

Vergaderjaar 2014–2015

34 111

Wijziging van de Gezondheidswet en de Wet op de jeugdzorg teneinde een mogelijkheid op te nemen tot openbaarmaking van informatie over de naleving en uitvoering van regelgeving, besluiten tot het opleggen van sancties daarbij inbegrepen

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT ¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 12 september 2014 en het nader rapport d.d. 11 december 2014, aangeboden aan de Koning door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de Staatssecretarissen van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, van Economische Zaken en van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 15 juli 2014, no.2014001405, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, in overeenstemming met de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Gezondheidswet en de Wet op de jeugdzorg teneinde een mogelijkheid op te nemen tot openbaarmaking van informatie over de naleving en uitvoering van regelgeving, besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties daarbij inbegrepen, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel creëert een specifieke grondslag en verplichting voor het actief openbaar maken van toezichtgegevens en sanctiebesluiten door de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA), de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de Inspectie Jeugdzorg (IJZ). Bij algemene maatregel van bestuur zal de informatie die de toezichthouders openbaar moeten maken worden aangewezen. De categorieën informatie die voor openbaarmaking in aanmerking komen zijn in het wetsvoorstel opgesomd.

Met de actieve openbaarmaking wordt beoogd de naleving van regelgeving te bevorderen en transparantie te bieden aan partijen, inclusief aan de consument. Leedtoevoeging is niet het oogmerk van openbaarmaking van sanctiebesluiten.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt in de eerste plaats op dat er inmiddels uiteenlopende regelingen gelden ten aanzien van de openbaarmaking van bepaalde sanctiebesluiten en toezichtgegevens. Die regelingen verschillen sterk van elkaar. Zij geeft in overweging een algemene regeling te maken voor de openbaarmaking van de gegevens waarom het hier gaat. Voorts maakt zij opmerkingen over onder meer het gebonden karakter van het besluit tot openbaarmaking, de uitzondering op de standstill periode, de openbaarmaking van de reactie van betrokkene op de toezichtgegevens, en de effectiviteit van de openbaarmaking. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 15 juli 2014, no. 2014001405, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 12 september 2014, no. W13.14.0245/III, bied ik U hierbij aan.

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt in de eerste plaats op dat er inmiddels uiteenlopende regelingen gelden ten aanzien van de openbaarmaking van bepaalde sanctiebesluiten en toezichtgegevens. Die regelingen verschillen sterk van elkaar. Zij geeft in overweging een algemene regeling te maken voor de openbaarmaking van de gegevens waarom het hier gaat. Voorts maakt zij opmerkingen over onder meer het gebonden karakter van het besluit tot openbaarmaking, de uitzondering op de standstill periode, de openbaarmaking van de reactie van betrokkene op de toezichtgegevens, en de effectiviteit van de openbaarmaking. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

1. Algemene regeling actieve openbaarmaking

Het wetsvoorstel geeft een specifieke grondslag voor de actieve openbaarmaking van toezichtgegevens en sanctiebesluiten. De Afdeling merkt op dat er inmiddels op verschillende beleidsterreinen regelingen gelden voor de openbaarmaking van bepaalde sanctiebesluiten en andere gegevens door toezichthouders (zie de Wet op het financieel toezicht, Instellingwet Autoriteit Consument en Markt, Wet op het onderwijstoezicht en de Wet marktordening gezondheidszorg). Het openbaarmakingsregime verschilt per regeling. De belangrijkste verschillen betreffen de verplichting of de bevoegdheid van de toezichthouder tot openbaarmaking,² de uitzonde-

² Zo geldt op grond van artikel 1:97 Wet op het financieel toezicht (Wft) en artikel 65 Mededingingswet een verplichting voor de toezichthouder om een sanctiebesluit (bestuurlijke boete of last onder dwangsom) openbaar te maken. Dezelfde verplichting geldt voor de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Echter, wat betreft andere gegevens dan sanctiebesluiten geldt er een bevoegdheid voor de ACM tot openbaarmaking (artikelen 12u t/m 12w Instellingwet Autoriteit Consument en Markt (Stb. 2014, 247)). Een verplichting tot openbaarmaking van inspectierapporten is opgenomen in artikel 21 Wet op het onderwijstoezicht. Op grond van artikel 80 Wet marktordening gezondheidszorg heeft de zorgautoriteit de bevoegdheid om een bestuurlijke sanctie of een aanwijzing openbaar te maken.

ringen van artikel 10 Wet openbaarheid van bestuur (Wob),³ en de termijn waarbinnen de informatie niet openbaar wordt gemaakt.⁴

Ondanks deze verschillen zijn de aard van de openbaar te maken gegevens (het gaat steeds om sanctiebesluiten – zoals bestuurlijke boete, last onder dwangsom en bindende aanwijzing – en toezichtgegevens (zoals inspectiegegevens)) en de doelen van de openbaarmaking (transparantie in het functioneren van toezichthouders, het informeren van het publiek ter waarschuwing, en het bevorderen van naleving van regelgeving) steeds dezelfde. Een andere overeenkomst tussen de verschillende openbaarmakingsregimes is dat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van toepassing is. Dit sluit aan op de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.⁵

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. De meest aangewezen wet waarin dit zou kunnen worden geregeld is naar het oordeel van de Afdeling de Algemene wet bestuursrecht.

1. Algemene regeling actieve openbaarmaking

Het wetsvoorstel geeft een specifieke grondslag voor de actieve openbaarmaking van toezichtgegevens en sanctiebesluiten. De Afdeling merkt op dat er inmiddels op verschillende beleidsterreinen regelingen gelden voor de openbaarmaking van bepaalde sanctiebesluiten en andere gegevens door toezichthouders en dat het openbaarmakingsregime verschilt per regeling. De Afdeling geeft in overweging om een algemene regeling te treffen, waarbij de Algemene wet bestuursrecht naar het oordeel van de Afdeling de meest aangewezen wet is waarin dit geregeld zou kunnen worden.

Tot nu toe is er geen generieke aanpak voor de openbaarmaking van controlegegevens tot stand gekomen. Dit houdt verband met de specifieke kenmerken van toezicht en uitvoering van regelgeving voor de verschillende sectoren. De verschillende openbaarmakingsregimes sluiten aan op deze specifieke kenmerken en de beoogde doelen van de sectoren. Met de Afdeling is de regering echter van mening dat het vanuit het oogpunt de uniforme toepassing van regels omtrent openbaarmaking te bevorderen en onnodige verschillen te vermijden, wenselijk is om waar mogelijk een algemene regeling te treffen. Hiertoe zullen de mogelijkheden verkend worden. Om vooruitlopend op een eventuele algemene regeling alvast zo spoedig mogelijk de beoogde transparantie te kunnen bieden en naleving van de regelgeving te bevorderen, zal dit wetsvoorstel voortgezet worden.

³ In de Wft wordt in het geheel niet verwezen naar de uitzonderingsgronden van de Wob. De enige uitzondering op grond van die wet is indien de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van de wet (artikel 1:97, vierde lid). Artikel 65 Mededingingswet verwijst naar alle gronden van artikel 10 Wob. Wat betreft de ACM wordt voor de uitzonderingsgronden onderscheid gemaakt tussen ernstige en minder ernstige overtredingen. Bij de minder ernstige overtredingen is artikel 10 Wob in zijn geheel van toepassing, terwijl bij de ernstige overtredingen alleen drie weigeringsgronden van toepassing zijn (artikel 10, eerste lid, onderdeel c, en artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g Wob).

⁴ Deze termijn verschilt van 5 werkdagen tot twee weken.

⁵ ABRvS, 31 mei 2006, JB 2006 en AB 2006, 329, m.nt. P.J. Stolk.

2. Gebonden karakter besluit tot openbaarmaking

Het openbaarmakingsregime van het wetsvoorstel is als volgt. Er geldt een verplichting voor de toezichthouder om bij algemene maatregel van bestuur (amvb) aangewezen toezichtgegevens en sanctiebesluiten⁶ openbaar te maken. Een aantal gegevens is uitgezonderd van openbaarmaking: bedrijfs- of fabricagegegevens⁷, gegevens waarvoor een beroepsgeheim geldt, maar die wel bij de toezichthouder bekend zijn, en voorts bepaalde persoonsgegevens.⁸ Dit betreft slechts enkele van de uitzonderingsgronden van artikel 10 Wob.

De openbaarmaking zal worden voorafgegaan door een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Die besluiten hebben een hoge mate van gebondenheid:⁹ behoudens de hiervoor geschetste uitzonderingsgronden is openbaarmaking voor bij amvb aangewezen informatie verplicht. Er vindt geen individuele belangenafweging plaats.

De keuze voor een dergelijk openbaarmakingsregime wordt in de toelichting als volgt gemotiveerd. Bij openbaarmaking op basis van artikel 8 van de Wob verplicht artikel 10 van die wet dat bij iedere openbaarmaking een afweging wordt gemaakt. Dat past niet goed bij het huidige categoriegerichte openbaarmakingsbeleid. De in dit wetsvoorstel geformuleerde doelstellingen vergen dat aan het publiek een zo volledig mogelijk beeld wordt geschetst van welke informatie beschikbaar is. De Wob brengt mee dat delen van de beschikbare informatie niet beschikbaar worden gesteld, mede omdat door een afweging van de belangen niet tot openbaarmaking mag worden besloten. Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat het de wetgever is die de belangen van de onder toezicht gestelden in het algemeen afweegt tegen andere belangen, en niet zoals geldt bij de Wob, per individueel geval, aldus de toelichting.¹⁰

Mede gelet op artikel 10 Grondwet en artikel 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) maakt de Afdeling over het voorgestelde openbaarmakingsregime twee opmerkingen.

a. Openbaarmaking van sanctiebesluiten

Het voorgestelde openbaarmakingsregime betekent dat er geen beleidsvrijheid en slechts een beperkte beoordelingsruimte is voor de openbaarmaking.¹¹ De mogelijkheden voor de betrokken bestuursorgaan om een sanctie niet openbaar te maken zijn daarom zeer beperkt. Met name kunnen belangen van betrokken natuurlijke personen en ondernemingen niet ten volle worden gewogen.

⁶ In dit advies wordt gesproken over «sanctiebesluit». Daarmee worden zowel een bestuurlijke sanctie en besluiten tot het opleggen van herstelsanctie in de zin van artikel 5:2 Awb bedoeld als een besluit inhoudende een bevel of aanwijzing (zoals neergelegd in het voorgestelde artikel 44, derde lid, onderdeel h, Gezondheidswet en het voorgestelde artikel 48a, derde lid, onderdeel e, Wet op de jeugdzorg.

⁷ Zoals bepaald in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wob.

⁸ Voorgestelde artikel 44, vijfde en zesde lid, Gezondheidswet en het voorgestelde artikel 48a, vijfde en zesde lid, Wet op de jeugdzorg.

⁹ Zie memorie van toelichting, onder «Rechtsbescherming».

¹⁰ Memorie van toelichting, onder «Evaluatie», derde tekstblok.

¹¹ Met beleidsvrijheid wordt de vrijheid bedoeld die aan een bestuursorgaan is gelaten wanneer is geregeld dat het al dan niet een bepaald besluit «kán» nemen. Bij beoordelingsruimte gaat het om de vraag hoe nauwkeurig de wetgever de condities heeft omschreven waaronder een bestuursorgaan een bepaalde bevoegdheid moet of mag gebruiken (Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 15^{de} dr., Amsterdam 2011, p. 140–146).

Zoals de Afdeling eerder heeft opgemerkt,¹² kan openbaarmaking van een sanctie diep ingrijpen in de betrokken onderneming en in de persoonlijke levenssfeer van de betrokken natuurlijke personen en tot aanzienlijke economische en reputatieschade leiden. Artikel 8 EVRM vereist voor inmenging in de persoonlijke levenssfeer een specifieke bij wet voorziene afweging in termen van proportionaliteit.¹³ Voorts blijkt uit jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens dat niet alleen natuurlijke personen, maar onder omstandigheden ook rechtspersonen een beroep kunnen doen op artikel 8 EVRM.¹⁴ Voor de openbaarmaking van sanctiebesluiten betekent het voorgaande naar het oordeel van de Afdeling dat in elk geval aan de uitzonderingsgronden van artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g, van de Wob moet kunnen worden getoetst.

Gelet op het gebonden karakter van het besluit tot openbaarmaking leidt het opnemen van deze uitzonderingsgronden in het wetsvoorstel er nog niet toe dat per openbaarmakingsbesluit een individuele afweging plaatsvindt. De Afdeling is echter van oordeel dat openbaarmaking van sanctiebesluiten een individuele belangenafweging vereist. Het ingrijpende karakter van openbaarmaking van besluiten van punitieve aard brengt mee dat de openbaarmaking de uitkomst zou moeten zijn van een belangenafweging in het concrete geval, die uiteindelijk door de rechter kan worden getoetst. In een dergelijke belangenafweging dient het beginsel dat een maatregel gelijke maat houdt met de normschending (evenredigheidsbeginsel) in acht te worden genomen, mede in verband met de mogelijke toepasselijkheid van artikel 8 EVRM.

Het argument in de toelichting dat individuele toetsing niet goed past bij de categoriegerichte openbaarmakingsbeleid van grote hoeveelheden gegevens gaat niet op wat betreft sanctiebesluiten. Sanctiebesluiten zijn in aantal een fractie van de zeer grote hoeveelheid (toezicht)gegevens (van met name de NVWA). In de toelichting is niet specifiek ten aanzien van de openbaarmaking van sanctiegegevens gemotiveerd waarom moet worden afgezien van een individuele belangenafweging.

Gelet op het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat het wetsvoorstel ten aanzien van de openbaarmaking van sanctiebesluiten de mogelijkheid moet bieden voor een toetsing aan de uitzonderingsgronden van artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g, van de Wob en tevens voor een individuele belangenafweging.¹⁵ De Afdeling adviseert het wetsvoorstel aan te passen.

¹² Advies van de Afdeling advisering van 1 februari 2013 inzake wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 4, blz. 5–7).

¹³ Voor zover het tevens om de uitvoering van EU-recht gaat, zijn ook de corresponderende bepalingen van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van toepassing (voor artikel 8 EVRM betreft dit de artikelen 7 en 8).

¹⁴ Zie o.m. EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400, EHRM 16 februari 2000, 27798/95 (Amann vs. Zwitserland) en EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97 (Société Colas Est e.a. vs. Frankrijk). Zie ook HvJ EU 22 oktober 2002 (Roquette Freres), C-94/00 en HvJ EU 9 november 2010 (Volker und Markus Schecke GbR en Hartmut Eifert), gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09.

¹⁵ In dit verband wordt verwezen naar artikel 65 van de Mededingingswet. Daar geldt net als het onderhavige wetsvoorstel een verplichte openbaarmaking van een bestuurlijke boete of last onder dwangsom. Op grond van die bepaling zijn alle uitzonderingsgronden van artikel 10 Wob van toepassing. Een soortgelijke bepaling is artikel I, onderdeel H (artikel 12 u) van de Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de ACM te houden markttoezicht (Stb. 2014, 247). Deze bepaling is destijds naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering aangepast.

b. Gebonden beschikking sluit toetsing aan art. 8 EVRM niet uit

Meer in het algemeen merkt de Afdeling op dat een toetsing van gebonden openbaarmakingsbeschikkingen aan artikel 8 EVRM ingevolge artikel 94 Grondwet steeds mogelijk blijft. Bij de openbaarmaking van zowel toezichtgegevens als sanctiebesluiten kan sprake zijn van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van natuurlijke en onder omstandigheden ook van rechtspersonen. De openbaarmaking van deze gegevens kan diep ingrijpen in de betrokken onderneming en kan leiden tot aanzienlijke economische en bijvoorbeeld imagoschade van de onderneming en van natuurlijke personen. Door de openbaarmaking kan de onderneming of betrokken natuurlijke persoon onevenredig worden getroffen in belangen die raken aan de persoonlijke levenssfeer. Een dergelijke inbreuk kan gerechtvaardigd zijn indien – onder andere – is voldaan aan de eis van proportionaliteit: het belang dat wordt gediend met publicatie dient in een redelijke verhouding te staan tot het belang van de betrokkene om geen onevenredig nadeel als hiervoor bedoeld te ondervinden.

Naar het oordeel van de Afdeling kan bij het voorgestelde gebonden karakter van openbaarmakingsbesluiten niet worden voorbij gegaan aan toetsing aan het evenredigheidsbeginsel op grond van artikel 8 EVRM.

De Afdeling adviseert op het voorgaande in de toelichting in te gaan.

2. Gebonden karakter besluit tot openbaarmaking

Mede gelet op artikel 10 Grondwet en artikel 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) maakt de Afdeling twee opmerkingen over het voorgestelde openbaarmakingsregime:

a. Openbaarmaking van sanctiebesluiten

De Afdeling constateert dat het voorgestelde openbaarmakingsregime betekent dat er geen beleidsvrijheid en slechts een beperkte beoordelingsvrijheid is voor de openbaarmaking. De Afdeling merkt op dat openbaarmaking van een sanctie diep kan ingrijpen in de betrokken onderneming en in de persoonlijke levenssfeer van de betrokken natuurlijke personen en tot aanzienlijke economische en reputatieschade leiden. Gelet hierop is de Afdeling van mening dat openbaarmaking van sanctiebesluiten een individuele belangenafweging vereist. De Afdeling is van oordeel dat het wetsvoorstel ten aanzien van de openbaarmaking van sanctiebesluiten de mogelijkheid moet bieden voor een toetsing aan de uitzonderingsgronden van artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g, van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en tevens voor een individuele belangenafweging en adviseert het wetsvoorstel aan te passen.

De Afdeling merkt in haar advies terecht op dat de rechter een besluit tot openbaarmaking – net als andere besluiten – te allen tijde kan toetsen aan artikel 8 EVRM. De regering is echter van oordeel dat dit niet noopt tot het opnemen in de wet van een individuele belangenafweging bij het openbaar maken van sanctiebesluiten, met name omdat deze belangenafweging de doelstelling van het wetsvoorstel ondermijnt.

De Afdeling is van oordeel dat, gelet op de omstandigheid dat bij de openbaarmaking van sanctiebesluiten mogelijk sprake is van reputatieschade, per geval een afzonderlijke afweging van belangen nodig zal zijn alvorens tot openbaarmaking te kunnen overgaan. Het wetsvoorstel beoogt daarentegen dat ongeacht de omstandigheden van

het geval de toezichthouder over alle uitkomsten van onderzoeken transparant is. De wetgever draagt de toezichthouder daartoe op zonder dat vooraf een nadere afweging van het belang en de mogelijke gevolgen voor de betrokkene plaatsvindt, waarbij – zoals aangegeven in de memorie van toelichting – door de wetgever reeds is afgewogen dat het belang van transparantie van het handhavings- en toezichtsbeleid prevaleert boven het individuele belang van instellingen, bedrijven en beroepsbeoefenaren.

De regering kiest met dit voorstel bewust 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.

Indien het mogelijk zou worden gemaakt in individuele gevallen uitzonderingen te maken op de openbaarmaking van sanctiebesluiten, kan de omstandigheid dat niet openbaar is gemaakt dat een sanctiebesluit is genomen, niet alleen betekenen dat überhaupt geen sanctiebesluit is genomen, maar ook dat er wel een dergelijk besluit is genomen, maar dat dat op grond van andere belangen niet aan de openbaarheid is prijsgegeven. Dat leidt enerzijds tot rechtsongelijkheid tussen beroepsbeoefenaren, instellingen en bedrijven, anderzijds ondermijnt het de waarde van de wel beschikbare informatie omdat daar geen eenduidige betekenis aan kan worden toegekend.

Aspecten als de zwaarte van de opgelegde maatregelen en de aard van de overtreding, kunnen dus geen reden zijn om tot een oordeel te komen om van publicatie af te zien in een individueel geval, zonder daarmee de doelstellingen van de wet in gevaar te brengen. Het belang van transparantie, het informeren en beschermen van anderen, dient naar het oordeel van de regering te prevaleren boven het individuele belang van mogelijk te lijden reputatieschade.

Als, zoals de Afdeling voorstelt, in de wet zou worden opgenomen dat een individuele belangenafweging dient plaats te vinden, zou dit tot de ongewenste situatie leiden dat burgers en bedrijven niet meer van de juistheid en volledigheid van de informatie uit kunnen gaan. Alleen al de (theoretische) mogelijkheid dat (ernstige) normschendingen onbekend blijven omdat de belangen van de betrokkene zich tegen openbaarmaking verzetten, leidt ertoe dat het publiek geen betekenis kan toekennen aan de omstandigheid dat bijvoorbeeld ten aanzien van een bepaald bedrijf geen sanctiebesluit bekend is gemaakt. Het niet openbaar maken van op een bepaalde instelling, bedrijf of beroepsbeoefenaar betrekking hebbende informatie betekent dat juist een extra benadeling ontstaat van degenen die zich niet aan de openbaarmaking kunnen onttrekken.

Verder is van belang dat bij de openbaarmaking van andere informatie dan sanctiebesluiten geen belangenafweging behoeft plaats te vinden. Dat heeft tot gevolg dat de gegevens in (onderdelen van) inspectierapporten die aan sanctiebesluiten ten grondslag liggen, wel openbaar gemaakt zullen worden, maar het daarop gebaseerde sanctiebesluit niet altijd. Dat zal tot verwarring (kunnen) leiden bij het publiek over de vraag of het door de toezichthouder gehanteerde handhavingsbeleid wel consequent wordt toegepast.

De suggestie van de Afdeling ziet niet alleen op de onevenredige benadeling maar ook op de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Ten aanzien van dat aspect geldt een gelijke redenering als voor de oneven-

redige benadeling. Daarbij moet worden opgemerkt dat in het wetsvoorstel er al wel in is voorzien dat die inbreuk tot een minimum wordt beperkt. Zonder de openbaarmaking van persoonsgegevens heeft de openbaarmaking niet alleen geen zin, het zou dit wetsvoorstel zelfs overbodig maken.

De opmerkingen van de Afdeling vormen aanleiding de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel op dit onderdeel te verduidelijken.

b. Gebonden beschikking sluit toetsing aan art. 8 EVRM niet uit

Meer in het algemeen merkt de Afdeling op dat een toetsing van gebonden openbaarmakingsbeschikkingen aan artikel 8 EVRM ingevolge artikel 94 Grondwet steeds mogelijk blijft. Naar het oordeel van de Afdeling kan bij het voorgestelde gebonden karakter van openbaarmakingsbesluiten niet voorbij gegaan worden aan toetsing aan het evenredigheidsbeginsel en zij adviseert hierop in te gaan in de toelichting.

Vooropgesteld moet worden dat de openbaarmaking van inspectiegegevens voor het overgrote deel geen betrekking zal hebben op persoonsgegevens. Inspectiegegevens worden in principe ontdaan van persoonsgegevens voordat ze openbaar worden gemaakt. Slechts in enkele gevallen, genoemd in het wetsvoorstel, is openbaarmaking van persoonsgegevens toegestaan. De belangen van personen op wie de openbaarmaking betrekking heeft in deze specifieke gevallen staan niet in de weg aan de invulling van de maatschappelijke belangen van openbaarmaking. Het weglaten van informatie kan een verkeerd beeld van de situatie geven. Het publiek moet er op kunnen vertrouwen dat een volledig beeld van toezicht en handhaving gegeven wordt. In de toelichting is reeds aangegeven dat artikel 8 EVRM niet in de weg staat aan het openbaarmakingsbeleid waaraan het wetsvoorstel uitvoering geeft. De algemene afweging van de belangen van de openbaarmaking ten opzichte van de belangen van belanghebbende van wie gegevens openbaar worden gemaakt op grond van artikel 8 EVRM, is opgenomen in de memorie van toelichting. Zoals de Afdeling terecht opmerkt neemt een en ander niet weg dat de rechter een besluit tot openbaarmaking te allen tijde kan toetsen aan artikel 8 EVRM.

3. Rechtsbescherming – uitzondering standstill periode

Volgens het wetsvoorstel geldt een standstill periode van twee weken waarbinnen de openbaarmaking niet zal plaatsvinden. Betrokkene kan binnen deze twee weken een verzoek om een voorlopige voorziening doen. Indien een verzoek om voorlopige voorziening is gedaan, dan wordt de openbaarmaking opgeschort totdat de voorzieningenrechter heeft beslist.¹⁶ In uitzonderingsgevallen is de termijn van twee weken niet van toepassing. Het gaat om bepaalde sanctiebesluiten (bevelen en aanwijzingen die een beperkende maatregel inhouden, last onder bestuursdwang) en het instellen van verscherpt toezicht.¹⁷ De toelichting vermeldt dat de termijn van twee weken in die gevallen niet kan worden afgewacht, omdat er een noodzaak is het publiek zo snel mogelijk te informeren. In dat geval kan worden volstaan met het nemen van een besluit waarin wordt aangekondigd wat en wanneer openbaar wordt gemaakt.¹⁸

¹⁶ Voorgestelde artikel 44a, eerste en vierde lid, Gezondheidswet en artikel 48b, eerste en vierde lid, Wet op de jeugdzorg.

¹⁷ Voorgestelde artikel 44a, vijfde lid, Gezondheidswet en artikel 48b, vierde lid, Wet op de jeugdzorg.

¹⁸ Memorie van toelichting, onder «Rechtsbescherming», laatste tekstblok en artikelsgewijze toelichting op artikel 44a Gezondheidswet.

Allereerst is onduidelijk of in de vorengenoemde uitzonderingsgevallen een kortere standstill periode dan twee weken zal worden gehandhaafd, of in het geheel geen standstill periode zal worden gehandhaafd. Dat in bepaalde situaties een kortere standstill periode dient te worden aangehouden in verband met gevaar voor de volksgezondheid en met het oog op snelle informatievoorziening aan het publiek, is begrijpelijk. In zeer uitzonderlijke situaties – bijvoorbeeld als sprake is van acuut gevaar voor de volksgezondheid – is zelfs voorstelbaar dat de openbaarmaking (bijna) onmiddellijk moet gebeuren en dat dus een zeer korte, of in het geheel geen standstill periode in acht moet worden genomen.

Echter, in alle opgesomde uitzonderingssituaties in het geheel geen standstill periode in acht nemen, komt de Afdeling niet redelijk voor. Zoals hiervoor gesteld, dient onmiddellijke openbaarmaking gereserveerd te worden voor de zeer uitzonderlijke gevallen waar sprake is van acuut gevaar voor de volksgezondheid.¹⁹ De Afdeling is van oordeel dat het wetsvoorstel de mogelijkheid moet bieden tot een differentiatie in de standstill periode waarbij verschillende belangen (belang van betrokkene om niet onevenredig te worden benadeeld en het belang van snelle informatieverschaffing aan het publiek) tegen elkaar worden afgewogen.

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel aan te passen.

3. Rechtsbescherming – uitzondering standstill periode

Volgens het wetsvoorstel geldt een standstill periode van twee weken waarbinnen de openbaarmaking niet zal plaatsvinden. In uitzonderingsgevallen is de termijn van twee weken niet van toepassing. Volgens de Afdeling is het niet duidelijk of in dergelijke uitzonderingsgevallen een kortere standstill periode dan twee weken of in het geheel geen standstill periode zal worden gehandhaafd. De Afdeling is van mening dat het wetsvoorstel de mogelijkheid moet bieden tot een differentiatie in de standstill periode waarbij verschillende belangen tegen elkaar worden afgewogen en adviseert het wetsvoorstel aan te passen.

Met de Afdeling is de regering van mening dat een differentiatie in de standstill periode waarbij verschillende belangen tegen elkaar worden afgewogen mogelijk moet zijn. Anders dan de Afdeling is de regering van oordeel dat het wetsvoorstel deze mogelijkheid reeds bevat en derhalve niet aangepast hoeft te worden. In het wetsvoorstel is opgenomen dat de minimale termijn van twee weken niet van toepassing is in bepaalde uitzonderingsgevallen, hetgeen betekent dat in die gevallen de volledige twee weken niet afgewacht hoeven te worden alvorens tot openbaarmaking wordt overgegaan. Dit houdt in dat op elk moment in de periode van nul tot twee weken de openbaarmaking kan plaatsvinden, waarbij onmiddellijke openbaarmaking slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan de orde zal zijn. Het draagt niet bij aan duidelijkheid om in het wetsvoorstel alle mogelijke periodes van in het geheel geen standstill tot twee weken standstill op te nemen voor de verschillende uitzonderingsgevallen. De regering kiest voor een bepaalde mate van flexibiliteit in het voorstel, zodat per casus een afweging kan plaatsvinden en op basis daarvan voor de verschillende situaties een passende standstill periode gekozen kan worden. In de toelichting is duidelijker aangegeven dat in uitzonderingsgevallen een standstill periode van nul tot twee weken kan worden gehandhaafd en niet slechts nul of twee weken.

¹⁹ Zie J.A.E. van de Jagt-Jobsen en O.S. Nijveld, «Actieve openbaarmaking van informatie door IGZ: het wetsontwerp tot wijziging van de Gezondheidswet», TvGR 2013, p. 214–225.

4. Openbaarmaking reactie betrokkene op de toezichtgegevens

De in het wetsvoorstel geregelde stand still periode is er voor bedoeld dat betrokkene de openbaarmaking tegen kan houden door een verzoek om een voorlopige voorziening in te dienen, of om onjuistheden in de openbaar te maken gegevens te herstellen.²⁰ In het wetsvoorstel is evenwel niet geregeld dat bij het openbaar maken van toezichtgegevens tevens de reactie van betrokkene op de toezichtgegevens (controlegegevens of inspectierapport) openbaar wordt gemaakt.

De Afdeling merkt op dat volgens de huidige beleidsregels omtrent openbaarmaking van controlegegevens door de NVWA de reactie van betrokkene op de controlegegevens wél openbaar wordt gemaakt. Volgens deze beleidsregels wordt betrokkene in de gelegenheid gesteld om zijn reactie te geven op de controlegegevens. Indien betrokkene van deze gelegenheid gebruik heeft gemaakt, wordt de reactie²¹ tezamen met de controlegegevens op de website van de NVWA weergegeven.²² In dit verband wordt tevens verwezen naar regelgeving met betrekking tot andere toezichthouders waarin is geregeld dat de zienswijze van de betrokken onderneming of van de betrokkene wordt gevoegd bij de openbaar te maken gegevens.²³

De toelichting bevat geen argumenten waarom in het wetsvoorstel is afgezien van een dergelijke verplichting tot openbaarmaking van de reactie van betrokkene. De Afdeling is van oordeel dat de weergave van deze reactie in de rede ligt, temeer nu volgens het voorgestelde openbaarmakingsregime geen individuele belangenafweging meer plaatsvindt bij de openbaarmaking van toezichtgegevens.

De Afdeling adviseert om in het wetsvoorstel een verplichting op te nemen voor de toezichthouder om de reactie van betrokkene op de toezichtgegevens openbaar te maken.

4. Openbaarmaking reactie betrokkene op de toezichtgegevens

In het wetsvoorstel is niet geregeld dat bij het openbaarmaken van toezichtgegevens tevens de reactie van betrokkene op deze gegevens openbaar wordt gemaakt. De Afdeling merkt op dat volgens de huidige beleidsregels omtrent openbaarmaking van controlegegevens door de NVWA de reactie van betrokkene op de controlegegevens wél openbaar wordt gemaakt. De toelichting bevat geen argumenten waarom in het wetsvoorstel is afgezien van een dergelijke verplichting tot openbaarmaking. Nu volgens het voorgestelde openbaarmakingsregime geen individuele belangenafweging plaatsvindt, is de Afdeling van oordeel dat weergave van de reactie van betrokkene in de rede ligt. De Afdeling adviseert om in het wetsvoorstel een verplichting op te nemen voor de toezichthouder om de reactie van betrokkene op de toezichtgegevens openbaar te maken.

²⁰ Voorgetelde artikel 44a, eerste en vierde lid, en de memorie van toelichting onder «Rechtsbescherming», zesde tekstblok.

²¹ Onderdelen van de reactie die persoonsgegevens, bedrijfsnamen of bedrijfsgegevens van derden dan wel strafbare of aanstootgevende uitlatingen bevatten, worden niet op de website gepubliceerd.

²² Artikel 3, tweede lid, van het Besluit houdende beleidsregels omtrent openbaarmaking van controlegegevens door de NVWA.

²³ Artikel 20 Wet op het onderwijstoezicht (Inspectie van het Onderwijs) en artikel 3 Beleidsregel openbaarmaking inspectiegegevens bij zware of ernstige asbestovertredingen (Inspectie SZW).

Op grond van de genoemde beleidsregels van de NVWA worden belanghebbenden expliciet in de gelegenheid gesteld om een korte schriftelijke reactie te geven op de controlegegevens. Indien een belanghebbende van deze mogelijkheid gebruik maakt, wordt de reactie tezamen met de controlegegevens op de website weergegeven. Niet in alle gevallen waarin openbaarmaking van toezichtgegevens plaatsvindt, zal een belanghebbende een reactie geven. In de gevallen waarin wél een reactie wordt gegeven, zal de belanghebbende deze wellicht niet altijd openbaar willen maken. Om deze redenen is ervoor gekozen om geen algemene verplichting voor de toezichthouder in het wetsvoorstel op te nemen om de reactie van betrokkene op de toezichtgegevens openbaar te maken. Bij algemene maatregel van bestuur zal de mogelijkheid tot het geven van een reactie en het openbaar maken van deze reactie nader worden geregeld.

5. Effectiviteit openbaarmaking

In vergelijking met de huidige situatie zal er onder het regime van het wetsvoorstel aanzienlijk meer informatie openbaar worden gemaakt. De toelichting vermeldt dat zodra het wetsvoorstel in werking treedt, de NVWA meer dan nu het geval is gegevens openbaar zal maken waarover zij de beschikking heeft en die betrekking hebben op haar toezicht. De NVWA voert jaarlijks enkele honderdduizenden inspecties uit, waarvan de resultaten voor een substantieel deel in beginsel voor openbaarmaking in aanmerking komen. De omvang en diversiteit van de openbaar te maken gegevens is bij de andere twee toezichthouders minder groot. De gegevens zullen zo veel mogelijk via internet openbaar worden gemaakt.²⁴

De vraag is op welke wijze met de openbaarmaking van de gegevens de beoogde doelen (bevorderen van de naleving van regelgeving, het informeren van het publiek ter waarschuwing en tevens het geven van inzicht aan het publiek over de wijze waarop toezicht en uitvoering worden verricht) worden bereikt.²⁵ Naar het oordeel van de Afdeling is het niet zinvol om de grote hoeveelheid gegevens ongeordend op internet te plaatsen, omdat daarmee de vorengenoemde doelen wellicht niet zullen worden bereikt.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de wijze waarop burgers en bedrijven worden geholpen hun weg te vinden in een dergelijke grote hoeveelheid op internet geplaatste informatie, teneinde de effectiviteit van de openbaarmaking te versterken.²⁶

²⁴ Memorie van toelichting, onder «Evaluatie», vijfde tekstblok en onder «De openbaarmakende instanties».

²⁵ Uit de evaluatie over de openbaarmaking van controlegegevens van de VWA uit 2009 is gebleken dat openbaarmaking effect heeft op risicobeheersing binnen bedrijven, maar dat de bekendheid bij consument en bij bedrijven met openbaarmaking laag is. Partijen baseren hun keuzes niet of nauwelijks op de controlegegevens (zie Kamerstukken II 2009/10, 26 991, nr. 276).

²⁶ Wat betreft de NVWA wordt in de toelichting alleen verwezen naar het zogenaamde stoplicht-model. Dit houdt in dat de NVWA door middel van kleuren haar oordeel zal geven over hoe een bedrijf de regels naleeft. Rood staat voor bedrijven die ernstig tekort schieten, oranje voor bedrijven waar nog tekortkomingen bestaan die moeten worden opgelost, en groen voor bedrijven die regels goed naleven. De kleur wit staat voor bedrijven waar de NVWA geen oordeel over kan geven omdat het niet over recente gegevens beschikt.

5. Effectiviteit openbaarmaking

In vergelijking met de huidige situatie zal er onder het regime van het wetsvoorstel aanzienlijk meer informatie openbaar worden gemaakt, zo veel mogelijk via internet. De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de wijze waarop burgers en bedrijven worden geholpen hun weg te vinden in een dergelijke grote hoeveelheid op internet geplaatste informatie, teneinde de effectiviteit van de openbaarmaking te versterken.

De beoogde doelen van openbaarmaking van gegevens zijn het bevorderen van de naleving van de regelgeving, het informeren van het publiek ter waarschuwing en tevens het geven van inzicht aan het publiek over de wijze waarop het toezicht en uitvoering worden verricht. Met de Afdeling is de regering van mening dat het niet zinvol is om de grote hoeveelheid gegevens ongeordend op internet te plaatsen, omdat daarmee de genoemde doelen mogelijk niet zullen worden bereikt. Het is in ieders belang dat de gegevens toegankelijk en bruikbaar gepresenteerd worden. Het voorstel schrijft geen verplichte wijze van presentatie van gegevens voor, aangezien deze voortdurend in ontwikkeling is en al naar gelang de aard van openbaar te maken gegevens aangepast en verbeterd zal worden. Hierdoor kan altijd een passend en overzichtelijk beeld gegeven worden.

6. Bekendmaking besluit tot openbaarmaking aan betrokkene

In het wetsvoorstel is bepaald dat de openbaarmaking niet plaatsvindt binnen twee weken na het tijdstip waarop het besluit (tot openbaarmaking) is genomen.²⁷ De Afdeling wijst er op dat het tijdstip waarop het besluit is genomen een ander tijdstip is dan waarop het besluit aan betrokkene is bekend gemaakt. Bekendmaking geschiedt nadat het besluit door het bestuursorgaan is genomen. De twee weken termijn dient naar het oordeel van de Afdeling pas aan te vangen nadat het besluit aan de betrokkene is bekend gemaakt.²⁸

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel in die zin aan te passen dat de openbaarmaking niet plaatsvindt binnen twee weken nadat het besluit aan de betrokkene bekend is gemaakt.

6. Bekendmaking besluit tot openbaarmaking aan betrokkene

In het wetsvoorstel is bepaald dat de openbaarmaking niet plaatsvindt binnen twee weken na het tijdstip waarop het besluit (tot openbaarmaking) is genomen. De Afdeling wijst er op dat het tijdstip waarop het besluit is genomen een ander tijdstip is dan waarop het besluit aan betrokkene is bekend gemaakt. De twee weken termijn dient naar het oordeel van de Afdeling pas aan te vangen nadat het besluit aan betrokkene is bekend gemaakt en zij adviseert het wetsvoorstel aan te passen.

Dit advies van de Afdeling is overgenomen. De voorgestelde artikelen 44a, eerste lid, Gezondheidswet en 9.8, eerste lid, Jeugdwet, zijn in die zin aangepast dat de openbaarmaking niet plaatsvindt binnen twee weken nadat het besluit aan de betrokkene is bekend gemaakt.

²⁷ Voorgestelde artikel 44a, eerste lid, Gezondheidswet en het voorgestelde artikel 48b, eerste lid, Wet op de Jeugdzorg.

²⁸ In dit verband wordt verwezen naar artikel 3:40 van de Awb waarin is bepaald dat een besluit niet in werking treedt voordat het bekend is gemaakt, en artikel 6:8 van de Awb waarin is bepaald dat de termijn (voor bezwaar- en beroep) pas begint te lopen na bekendmaking van het besluit.

In verband met de inwerkingtreding van de jeugdwet met ingang van 1 januari 2015, zijn de wijzigingen voor de Wet op de jeugdzorg geschrapt.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt zowel in de Gezondheidswet als in de Jeugdwet een bepaling op te nemen om af te zien van openbaarmaking indien dat in strijd is of zou kunnen komen met het doel van de wet in het kader waarvan de openbaarmaking plaatsvindt. Zo'n situatie kan zich voordoen indien bijvoorbeeld openbaarmaking lopende of samenhangende onderzoeken van de inspectie in gevaar kan brengen. Indien dat risico op enig moment voorbij is, kan alsnog tot openbaarmaking worden overgegaan.

Dit nader rapport is aanleiding de memorie van toelichting op onderdelen aan te passen.

Tot slot zijn nog enkele redactionele wijzigingen aangebracht.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vicepresident van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U, in overeenstemming met de Staatssecretarissen van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Economische Zaken en Veiligheid en Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
E.I. Schippers