

tot slot erop dat de berichtgeving in het FD in een andere zaak voor de AFM aanleiding vormde om van openbaarmaking af te zien.

7.2 Zoals de AFM in het bestreden besluit heeft gemotiveerd, beoogt zij met de openbaarmaking van het boetebesluit marktdeelnemers te informeren over de overtredingen die hebben plaatsgevonden en te waarschuwen. Ook kan openbaarmaking een algemeen preventieve werking hebben en vormt publicatie voor de AFM een middel om verantwoording af te leggen over haar werkzaamheden en beleeggers te informeren. Het College volgt het betoog van naam 1 niet dat de verschillende doelen waartoe de publicatie van de aan hem opgelegde boete volgens de AFM dient, al met de berichtgeving in het FD zijn bereikt. De omstandigheden dat in (onder meer) het FD aandacht is besteed aan de aan naam 1 opgelegde boete en dat de AFM andere bestuurlijke sancties betreffende naam 3 al openbaar had gemaakt, laat onverlet dat er op de AFM een wettelijke verplichting rust om tot publicatie van de onherroepelijke boetes over te gaan. De berichtgeving voorafgaand aan de openbaarmaking van het boetebesluit in (onder meer) het FD is daarnaast niet op één lijn is te stellen met de wettelijk voorgeschreven openbaarmaking en maakt niet dat het doel van informeren en waarschuwen niet meer relevant is. Zoals de AFM heeft gemotiveerd wordt met de openbaarmaking door de AFM (ook) een andere groep dan de lezers van het FD geïnformeerd en bovendien wordt ook informatie verstrekt over de uitkomst van de (hoger) beroepsprocedure van naam 1. De AFM heeft zich daarom terecht op het standpunt gesteld dat het nog steeds van belang is om ook de naam van naam 1 te publiceren om de markt effectief te informeren en te waarschuwen. De maatschappelijke belangen van openbaarmaking worden niet voldoende gediend door een geanonimiseerde openbaarmaking. Voor zover naam 1 erop heeft gewezen dat de berichtgeving in het FD in een andere zaak voor de AFM aanleiding vormde om van openbaarmaking af te zien, baat dit hem niet. Het betrof in die zaak, naar de AFM onweersproken heeft gesteld, een openbaarmaking op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). Anders dan in de Wft is de bevoegdheid tot openbaarmaking van een boetebesluit op grond van de Whc een discretionaire bevoegdheid. Al hierom is van een gelijk geval geen sprake.

7.3 Naar het oordeel van het College heeft de AFM ook terecht geconcludeerd dat geen sprake is van een onevenredige mate van schade voor naam 1. Daargelaten dat de door naam 1 gestelde schade met name het gevolg lijkt te zijn van de berichtgeving in het FD voorafgaand aan de openbaarmaking door de AFM, geldt dat naam 1 de door hem als gevolg van de openbaarmaking door de AFM te verwachten (financiële) schade niet heeft geconcreti-

seerd en onderbouwd. Wat de door naam 1 genoemde uitschrijving bij DSI betreft, is zonder een nadere onderbouwing, niet aannemelijk geworden dat de uitschrijving het gevolg is van de openbaarmaking van het boetebesluit. Dat naam 1 zich heeft moeten laten uitschrijven kan bijvoorbeeld ook het gevolg zijn van het feit dat hij door AFM is beboet.

7.4 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat, gelet op de met volledige openbaarmaking van het boetebesluit door AFM nagestreefde doelen en daarmee gediende belangen, niet aannemelijk is dat de schade voor naam 1 door deze volledige openbaarmaking zodanig zal zijn dat sprake is van onevenredige schade.

#### Conclusie

8. De slotsom is dat het hoger beroep ongegrond is. Het College zal de aangevallen uitspraak, met verbetering van gronden waarop deze rust, bevestigen.

9. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

#### Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### Noot

1. Dit is een uitspraak die voor de financiële (rechts)praktijk belangrijk is. De wetgever heeft de publicatie van sanctiebesluiten op grond van de Wft nooit als een punitieve sanctie gezien, terwijl financiële instellingen dit wel als zodanig ervaren door de reputatieschade die ze oplopen. Alhoewel de openbaarmaking van boetebesluiten onderhevig is aan een evenredigheidstoets, leidde deze in de praktijk zelden tot de anonieme openbaarmaking van een boetebesluit. De zogenoemde 'individuele bijzondere situatie'-toets kwam neer op een papieren werkelijkheid. In deze uitspraak lijkt het CBb voor het eerst te breken met de strikte toepassing van deze toets. Voortaan moet de toezichthouder bij elke openbaarmakingsbesluit toetsen of de vier door de wetgever beoogde doelen van publicatie opwegen tegen de concrete, individuele schade voor de betrokkene. Deze uitspraak markeert daarmee een belangrijke stap in de rechtsontwikkeling van de evenredigheidstoets bij de openbaarmaking van sanctiebesluiten.

Deze uitspraak moet worden begrepen in het licht van de bredere ontwikkeling die het evenredigheidsbeginsel in het algemene bestuursrecht de afgelopen jaren heeft doorgemaakt, en nog steeds doormaakt. Om die reden zal ik, na de bespreking in aantekening 2 van de feiten van deze uitspraak, ingaan op de toetsing van besluiten van bestuursorganen in algemene zin (aantekening 3). Vervolgens

behandel ik de evenredigheidstoets zoals die binnen het openbaarmakingsregime geldt (aantekening 4). Daarna analyseer ik de nieuwe toets die het CbB in deze uitspraak heeft geformuleerd (aantekening 5). Ook zal ik ingaan op de wijze waarop toepassing is gegeven aan de nieuwe toets (aantekening 6). Ik sluit af met enkele slotbeschouwingen (aantekening 7).

2. *Feiten.* In deze uitspraak staat de vraag centraal of de AFM de boete openbaar mocht maken die zij had opgelegd aan een voormalige bestuurder (een natuurlijk persoon) van een inmiddels ontbonden financiële onderneming.

Op 6 april 2017 heeft de AFM de financiële onderneming beboet wegens het niet voeren van adequaat beleid dat een integere bedrijfsvoering waarborgde. Ook is de bestuurder op 6 april 2017 beboet wegens het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding. De boetebesluiten hebben betrekking op de periode van 1 april tot en met 28 augustus 2014.

Op 19 oktober 2020 besluit de AFM het boetebesluit openbaar te maken. De bestuurder en onderneming hebben geprobeerd de publicatie van de boetebesluiten te voorkomen met een verzoek om een voorlopige voorziening (Rb. Rotterdam (vrz.) 9 februari 2021 ECLI:NL:RBROT:2021:2925). Dat is niet gelukt, waarna de AFM op 10 februari 2021, een dag na de uitspraak van de voorzieningenrechter, het boetebesluit openbaar maakte.

In de bodemprocedure is uitsluitend het openbaarmakingsbesluit ten aanzien van het boetebesluit van de bestuurder beoordeeld. Het beroep van de onderneming is namelijk ingetrokken, omdat deze inmiddels was geliquideerd. Ook in de bodemprocedure oordeelde de rechtbank Rotterdam dat het boetebesluit openbaar mocht worden gemaakt (Rb. Rotterdam 3 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:1853). De bestuurder heeft vervolgens hoger beroep ingesteld bij het CbB.

3. *Toetsing besluiten bestuursorganen.* De evenredigheidstoets heeft de afgelopen jaren een ingrijpende ontwikkeling doorgemaakt. Lange tijd toetste de bestuursrechter besluiten van bestuursorganen slechts marginaal aan het evenredigheidsbeginsel op basis van het zogenoemde willekeursverbod: de belangenafweging mocht niet kennelijk onredelijk zijn.

In de *Harderwijk*-uitspraak (ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten) kreeg het toetsingskader van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4, tweede lid, Awb een nieuwe invulling: de bestuursrechter moet sindsdien beoordelen of de maatregel geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is. De intensiteit van de toetsing hangt af van verschillende factoren en varieert tussen een terughoudende en volledige toetsing (zie ook Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2168).

Na de *Harderwijk*-uitspraak volgden er verschillende uitspraken van zowel rechtbanken als de hoogste bestuursrechters, waarin de contouren van de nieuwe evenredigheidstoets verder werden uitgewerkt en verduidelijkt (zie voor het overzicht CbB 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190, AB 2024/164, m.nt. M. van Zanten). Deze rechtspraak onderscheidt drie typen besluiten met een verschillende toepassing van de evenredigheidstoets: (i) discretionaire besluiten, (ii) gebonden besluiten gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde een wet in formele zin en (iii) gebonden besluiten gebaseerd op een wet in formele zin.

Het uitgangspunt bij besluiten op basis van een discretionaire bevoegdheid is dat een indringende evenredigheidstoets mogelijk is, waardoor de scherpe randen van een besluit kunnen worden weggenomen. Bij een gebonden bevoegdheid op grond van een wet in formele zin, is daarentegen slechts een zeer terughoudende toetsing mogelijk (HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*)). Als gevolg van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, kan een bestuursrechter wetten in formele zin immers niet toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen zoals het evenredigheidsbeginsel. Als er omstandigheden zijn waarmee de wetgever bij het opstellen van de wet geen of onvoldoende rekening heeft gehouden, dan kan dat aanleiding zijn om het besluit toch rechtstreeks aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel te toetsen. De lat voor het aannemen van zulke niet-verdisconteerde omstandigheden ligt overigens hoog (ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128, m.nt. M. van Zanten).

De toetsing van een gebonden bevoegdheid aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel biedt volgens het CbB geen grond om uit te gaan van een andere inhoud dan het in artikel 3:4, tweede lid, Awb gecodificeerde evenredigheidsbeginsel. Daarmee is het CbB in zijn uitspraak van 26 maart 2024 verder gegaan dan de Afdeling. Dit betekent dat een bestuursrechter gebonden bevoegdheden “onder de streep” nog kan toetsen of de toepassing van het voorschrift in het concrete geval evenwichtig is (de evenredigheid *stricto sensu*). De andere twee stappen van de klassieke drietraptstoets (geschiktheid en noodzakelijkheid) zijn bij gebonden bevoegdheden reeds op het niveau van het algemeen verbindend voorschrift beoordeeld en kunnen dus niet meer getoetst worden door de bestuursrechter (CbB 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190, r.o. 8.2, AB 2024/164, m.nt. M. van Zanten).

Interessant is overigens dat de wetgever het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb heeft ingediend, waardoor de evenredigheidstoets, ook in het kader van gebonden bevoegdheden, verbreed wordt. Dit kan tot gevolg hebben dat de uitkomst van de belangenafweging die de wetgever bij