

De zwakste schakel

Enkele gevolgen van het stelsel van gelede normstellingen

Het economisch strafrecht kenmerkt zich door het veelvuldig gebruik van zogenaamde gelede normstellingen. Niet alleen is het zo dat ten aanzien van zeer veel voorschriften in de Wet op de economische delicten (WED) moet worden nagaan of het overtreden ervan een economisch delict en daarmee een strafbaar feit is, tevens zal vaak in lagere regelgeving moeten worden gedoken om uit te vinden hoe het voorschrift precies moet worden ingevuld. Dit is een wetgevingstechniek die een aantal bezwaren met zich brengt. Met name de rechtszekerheid komt in het gedrang door dergelijke ontoegankelijke regelgeving. De ontwikkeling heeft zich de afgelopen jaren echter voortgezet in het bestuursstrafrecht: we zien ook hier dat de gelede normstelling voorkomt en tot punitieve sancties kan leiden. In deze bijdrage zal ik twee fenomenen bespreken die bij de gelede normstellingen de kop opsteken. Het eerste, dat zich zowel in het straf- als bestuursrecht kan voordoen, behelst het verschijnsel dat de uiteindelijke norm wordt neergelegd in een stuk regelgeving dat wellicht niet is terug te voeren op de oorspronkelijke wet in formele zin. Ik zal ingaan op voorbeelden waarin sprake is geweest van discussie over de (on)verbindendheid van regelgeving. De vraag of de regeling verbindend is of niet klemt te meer als het tweede verschijnsel zich voordoet. Dit fenomeen speelt met name in het bestuursrecht: de situatie dat de handhaving en sanctionering van een bepaalde regeling is opgedragen aan hetzelfde (zelfstandige) bestuursorgaan als dat de regelgeving in eerste instantie heeft vastgesteld. Ik zal stilstaan bij de wenselijkheid van het in één hand gelegen zijn van zowel de vaststelling van de regelgeving, het toezicht op de naleving ervan en de uiteindelijke sanctionering van die naleving.

De problematiek van gelede normstellingen

Zoals bekend is het in de WED vergeefs zoeken naar normstellingen¹. De wet catalogiseert welke strafbepalingen als economisch delict kunnen worden beschouwd: deze strafbaarstellingen wijzen slechts de plaatsen aan waar de normstelling is te vinden. Ook die vindplaatsen bieden meestal niet veel soelaas: veelal zal de wet in formele zin op zijn beurt weer verwijzen naar een AMvB, welke weer kan worden ingevuld door een ministeriële regeling.² Niet zelden moet in die regelgeving ook nog gezocht worden naar bepalingen aangaande de strafbaarheid van bepaalde gedragingen en/of kwalificatie van de gedraging als misdrijf of overtreding. Enkele willekeurige bekende voorbeelden op verschillende terreinen van dergelijke gelede normstellingen zijn het op de Arbeidstijdenwet gebaseerde Arbeidstijdenbesluit vervoer, met

daaronder nog wat ministeriële regelingen; het Vuurwerkbesluit; de Warenwet (met eindeloos veel besluiten en regelingen) en de Wet Toezicht Effectenverkeer 1995 (Wte 1995), (met daaronder het Besluit Toezicht Effectenverkeer 1995 (Bte 1995) en de Nadere Regeling Gedragstoezicht Effectenverkeer 2002 (NR 2002)).

Dat door deze methode van wetgeving de betreffende normen niet altijd even makkelijk zijn te achterhalen mag duidelijk zijn. Het kan echter ook nog wel eens lastig zijn om een gevonden norm terug te voeren op de juiste wet. Zo is het Vuurwerkbesluit gebaseerd op meerdere wetten (de Wet Milieubeheer, de Wet Milieugevaarlijke Stoffen, de Wet Vervoer Gevaarlijke Stoffen, de Wet Rampen en Zware ongevallen en de Arbeidsomstandighedenwet). Zelfs na uitgebreid onderzoek van die wetgeving is het niet eenvoudig om vast te stellen op welke wet bijvoorbeeld het verbod om per levering meer dan 10 kilo vuurwerk aan een particulier ter beschikking te stellen (artikel 2.3.3 van het Vuurwerkbesluit) is gebaseerd. Daarmee is dus ook het aan de hand van de WED vaststellen of deze gedraging strafbaar is gesteld³ problematisch.

Eén en ander leidt tot problemen in de sfeer van het *lex certa*-beginsel en het legaliteitsbeginsel⁴: de (sanctionering van de) norm is, zeker voor de buitenstaander, niet duidelijk kenbaar. Daarbij komt nog dat de wetgever slechts een schets geeft van de regelgeving: de lagere regelgeving wordt in een later stadium door lagere organen vastgesteld. Nu is dit, zolang de wetgevingsbevoegdheid maar uitdrukkelijk door een formele wet is toegekend, op zich niet in strijd met het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr, waarin het begrip 'wettelijke strafbepaling' naar de heersende leer ziet op wetgeving in materiële zin.⁵ Er moet echter voor worden gewaakt dat op deze manier in het formele wetgevingsproces niet om de hete brij wordt heengedraaid en de lagere regelgever (zonder

* Mr. J.M.W. Lindeman is universitair docent aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht.

1 Slechts enkele gedragingen worden in de WED omschreven én strafbaar gesteld: Art. 26, 33 en 34 jo art. 1, aanhef en onder 5 WED. Het betreft steeds het handelen in strijd met krachtens de WED opgelegde straffen of maatregelen danwel het niet voldoen aan een krachtens de WED gedane vordering.

2 M. Wladimiroff, 'Economisch strafrecht, een verkenning', in: M. Wladimiroff (red.), *Facetten van economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 19.

3 In dit geval volgens mij: artikel 24 Wet Milieugevaarlijke Stoffen jo 1a, aanhef, onder 1 WED.

4 Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 102-104; A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 22.

5 C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 72.

directe parlementaire controle) allerlei lastige normstellingen moet gaan fabriceren. Komt het tot vage normstellingen, dan kunnen deze bovendien leiden tot extensieve interpretatie door de rechter, iets waartoe deze zich om efficiencyredenen best wel eens zal laten verleiden.⁶ Beide problemen komen later in dit artikel aan bod.

Er is nog een probleem dat deze gelede normstelling met zich kan brengen. De invulling die door de lagere regelgever aan de hogere regelgeving is gegeven, kan afwijken van het kader dat die regelgeving probeerde te scheppen. Dit kan dusdanige proporties aannemen dat daardoor buiten de gedelegeerde bevoegdheid is getreden; de wetgeving is dan zonder wettelijke grondslag. Hierbij kan eveneens gedacht worden aan het probleem dat de nationale gelede regelgeving zich uiteindelijk niet verdraagt met de Europese regelgeving. Is een normstelling te vaag of ontbeert zij een wettelijke grondslag, dan kan het gevolg daarvan zijn dat de regel onverbindend is.

In de volgende paragrafen zal ik een aantal voorbeelden van regelgeving geven waarin van voornoemde problemen sprake lijkt te zijn.

Voorbeeld 1: Arbeidstijdenbesluit vervoer

Op 21 maart 2001 oordeelde de Amsterdamse Economische Politierechter (EPR) dat artikel 8:1 lid 2 van het Arbeidstijdenbesluit Vervoer⁷ (Atbv) onverbindend was.⁸ Deze bepaling houdt het volgende in: 'Behoudens de artikelen 2.4:4 en 2.4:5, tweede en derde lid, wordt, indien de bestuurder werknemer is, ingeval van het niet naleven van een tot de bestuurder gerichte bepaling de werkgever aangemerkt als degene die die bepaling niet heeft nageleefd.' Kort gezegd komt het erop neer dat overtredingen van rijtijdenregelgeving door de chauffeurs van vrachtwagens de werkgever worden aangerekend. Nu is dat niet zo bijzonder, want ook onder het regime van de oude (thans niet meer in werking zijnde) Rijtijdenwet gold deze 'fictieve aansprakelijkheid'. Waar de economische politierechter over viel, was dat het Atbv geen basis had in een wet in formele zin voor wat betreft het regelen van een strafrechtelijke aansprakelijkheid die afwijkt van de in het wetboek van strafrecht geregelde daderschaps- en deelnemingsbepalingen. De aansprakelijkheidsstelling was volgens hem dus niet 'krachtens' de wet en dientengevolge onverbindend.

Uiteraard maakten vele transportondernemers dankbaar gebruik van deze onverwachte 'escape' die hier door de rechter werd geboden. Lange tijd zijn door het openbaar ministerie zelfs in het geheel geen rijtijden-zaken bij de rechter aangebracht. Onmiddellijk is door de wetgever begonnen met het maken van reparatiewetgeving: de Arbeidstijdenwet is uiteindelijk dusdanig aangepast, dat de fictieve aansprakelijkheid van de werkgever wél in de formele wet werd geregeld.⁹ Dit alles terwijl het maar zeer de vraag is, of het oordeel van de Amsterdamse economische politierechter juist was.

De vraag is namelijk hoever de verbindendheidscontrole door de rechter eigenlijk gaat. Keulen stelt dat de controle een rechtszekerheidsaspect en een rechtsstatelijk aspect heeft:¹⁰ de rechter moet toetsen of de strafbaarstel-

ling wel een basis in een formele wet heeft (waarbij de terminologie 'krachtens' een flinke ruimte geeft) en of de lagere regelgever niet buiten zijn bevoegdheid is getreden. Ten aanzien van het rechtszekerheidsaspect valt op te merken dat de aansprakelijkstelling van de werkgever inhoudt dat hij als normadressaat wordt vermoed verantwoordelijk te zijn voor bepaalde gedragingen en dus een zorgplicht krijgt opgelegd. Dat is iets anders dan dat buiten het wetboek van strafrecht een daderschapsconstructie zou zijn geregeld.¹¹ Ten aanzien van het bevoegdheidsaspect blijkt uit de wetsgeschiedenis van de Arbeidstijdenwet en het Atbv dat het steeds de bedoeling van de wetgever is geweest om het principe van de fictieve aansprakelijkheid, zoals dat bestond in de Rijtijdenwet, te handhaven.¹²

Bij mijn weten is het vonnis van de economische politierechter in Amsterdam naderhand niet bevestigd, noch zijn er andere gerechten geweest die een dergelijke uitspraak hebben gedaan. In tegendeel: andere feitenrechtters hebben openlijk afstand genomen van het vonnis.¹³ De kwestie is, met betrekking tot een aantal oudere zaken (van vóór de inwerkingtreding van artikel 8:1 lid 2 Atbv), nu een aantal keer zonder succes aan de Hoge Raad voorgelegd. Hierbij werd een beroep gedaan op artikel 1 lid 2 Sr, inhoudende dat het hof niet had mogen veroordelen omdat de voor de verdachte meest gunstige bepaling (namelijk: geen strafbaarheid vanwege onverbindende regelgeving) moest worden gehanteerd.¹⁴ De Hoge Raad is evenwel niet ingegaan op de stelling dat de bepaling onverbindend zou zijn geweest, maar stelde alleen dat uit niets blijkt dat de wetgever een veranderd inzicht omtrent de strafwaardigheid van deze overtredingen heeft gehad.

Bovenstaand voorbeeld is illustratief voor de rechtsonzekerheid die de gelede normstellingen met zich kunnen brengen: uit de reacties van de wetgever (herstelwetgeving), openbaar ministerie (wachten met aanbrengen van nieuwe zaken) en rechterlijke macht (tegenstrijdige vonnissen) is goed af te leiden dat het voor velen onduidelijk is geweest of de wetgevingsketen een schakel miste of niet. De gevolgen voor de handhaving zijn hier nogal omvangrijk geweest, terwijl uiteindelijk de soep misschien helemaal niet zo heet gegeten hoefde te worden. Het blijkt dat het *lex certa*-beginsel niet alleen een beschermende functie heeft voor de rechtssubjecten

6 E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch orderingsrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 7-9.

7 *Stb.* 1998, 125, ten tijde van de uitspraak laatstelijk gewijzigd bij besluit van 7 november 2000, *Stb.* 2001, 5.

8 EPR Amsterdam 21 maart 2001, *LJN AB0702*.

9 Wet van 18 april 2002, *Stb.* 2002, 238.

10 B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 31.

11 EPR Roermond, 28 maart 2002, *LJN AE3766*.

12 Zie de Nota van Toelichting bij het Wijzigingsbesluit van het Atbv, *Stb.* 2001, 5; zie ook EPR 's-Gravenhage, 29 april 2003, *LJN AF8698*.

13 Zie de hiervoor voetnootgewijs genoemde uitspraken, evenals Hof 's-Hertogenbosch 28 maart 2003, *LJN AF7160*.

14 HR 22 oktober 2002, *JOL* 2002, 572.

maar ook van belang is voor de handhavingsketen: niemand zal immers bereid zijn energie te steken in de handhaving van regelgeving die dusdanig onduidelijk is dat het maar de vraag is of een rechter uiteindelijk tot veroordeling zal overgaan. Met name dit aspect speelt ook een rol bij het verderop te bespreken samengaan van wetgevende en handhavende bevoegdheden: een kritische zelfreflectie zal daar misschien (nog) minder snel plaatsvinden.

Voorbeeld 2: Nadere Regeling Gedragtoezicht Effectenverkeer 2002.

Al in het begin van de jaren '90 heeft Doorenbos vraagtekens gezet bij de constructie van de effectenregelgeving. Daarin kon, op basis van de Wet Toezicht Effectenverkeer 1995 en het Besluit Toezicht Effectenverkeer 1995, door de STE (thans geheten de Autoriteit Financiële Markten; 'AFM') een Nadere Regeling worden vastgesteld, met daarin voorschriften waarvan overtredingen als economische delicten kunnen worden beschouwd.¹⁵ Hij betwijfelde het democratische gehalte van deze regelgeving, nu de STE bij het vervaardigen van die regels geheel zelfstandig en zonder parlementaire controle te werk kon gaan. Tevens sprak hij de angst uit dat het *lex certa*-beginsel niet werd gerespecteerd, doordat sommige normen (te) vaag waren. Desalniettemin is de situatie thans vrijwel ongewijzigd: de Autoriteit Financiële Markten heeft, als Zelfstandig Bestuursorgaan (ZBO), zelf de Nadere Regeling Gedragtoezicht Effectenverkeer 2002 vastgesteld¹⁶, waarin nog steeds een grote hoeveelheid gedragsvoorschriften wordt gegeven waarvan het niet-naleven veelal is bedreigd met een bestuurlijke boete en/of een WED-straf. Terzijde merk ik hier op dat het legaliteitsbeginsel en het *lex certa*-beginsel ook verondersteld worden van toepassing te zijn op bestuursrechtelijke sancties. Dit volgt onder meer uit artikel 7 van het EVRM.¹⁷ Uiteraard inspireert deze vorm van regelgeving de advocatuur tot het voeren van verweren die ertoe strekken dat bepalingen uit de NR 2002 onverbindend zouden zijn. Zo heeft M.A. Blom betoogd dat artikel 32 van de NR 2002 onverbindend is, omdat het een verbod op koersmanipulatie regelt, terwijl door de wetgever met nadruk is gesteld dat de Wte 1995 dit nu net niet wilde regelen.¹⁸ Hij diept daartoe een aantal passages uit de parlementaire behandeling van de Wte 1995 op, waaruit zonneklaar blijkt dat de minister *op dat moment* de tijd nog niet rijp achtte voor het formuleren van een algemeen verbod op koersmanipulatie. Als advocaat heeft hij deze stelling ook aan de Rotterdamse rechtbank voorgelegd in de *World Online*-zaak, waarin de AFM aan de ABN/AMRO-bank een bestuurlijke boete had opgelegd wegens (onder meer) koersmanipulatie. De Rechtbank was het niet met hem eens:¹⁹

'In artikel 11 van de Richtlijn 93/22/EEG wordt aan de lidstaten van de Europese Unie opgedragen gedragsregels ten aanzien van beleggingsondernemingen op te stellen, waarbij minimaal uitvoering aan bepaalde beginselen moet worden gegeven. (...)

Nu de wetgever met artikel 11 Wte 1995 blijkens haar parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk heeft beoogd

een wettelijke basis te bieden voor het stellen van gedragsregels als bedoeld in artikel 11 van voornoemde Richtlijn, bestaat aanleiding de opsomming a t/m d van het eerste lid van artikel 11 van de Wte 1995 niet te beperkt en in het licht van evengeciteerd artikel 11 van de Richtlijn op te vatten.

Gelet hierop, biedt artikel 11, eerste lid, aanhef en onder a en d, van de Wte 1995 een voldoende grondslag voor de regels, gesteld in de artikelen 35 en 40, eerste lid, van het Bte 1995. Verweerster heeft voorts met het vaststellen van artikel 32 van de NR 1999 [thans NR 2002 - JL] haar regelgevende bevoegdheid als bedoeld in artikel 35 van het Bte 1995 niet overschreden. Vastgesteld wordt daarom dat niet gezegd kan worden dat dit artikel 32 geen verbindende kracht toekomt.

De formele wetgever heeft er (vooralsnog) voor gekozen in de Wte 1995 zelf geen regels met betrekking tot koersstabilisatie op te nemen. Dit enkele feit staat er echter niet aan in de weg dat een lagere wetgever terzake regels stelt, indien en voorzover diens bevoegdheid daartoe althans tot een formele wettelijke bepaling te herleiden valt. Daarnaast wijst de rechtbank er met verweerster nog op dat de discussie, zoals die destijds omtrent het al dan niet opnemen van regels inzake stabilisatie in de Wte 1995 gevoerd werd, betrekking had op regelgeving die zich tot een ieder zou richten, net zoals de strafbepalingen inzake voorwetenschap. Artikel 32 van de NR 1999 richt zich echter slechts tot onder toezicht staande effecteninstellingen en daarmee gelijk gestelde ondernemingen.'

De rechtbank toetst dus aan de Richtlijn Beleggingsinstellingen en oordeelt dat de Wte 1995 en daarmee het Bte 1995 en de NR 2002 (hoewel dat uit de wet noch de parlementaire geschiedenis daarbij blijkt) hun basis vinden in die richtlijn. Dat er kritiek is op deze royale extensieve interpretatie van de Rechtbank laat zich raden (zie de noot van Frielink en De Groot bij het vonnis in *JOR*). Intussen is het de vraag of de strafrechter zich (in het tamelijk onwaarschijnlijke geval dat hij een dergelijke zaak

15 D.R. Doorenbos, 'Nieuwe strafbepalingen inzake het effectenverkeer', *TVVS* 1993, p. 169-173. Zie ook H. de Doelder en V. Mul, *Gebruik van voorwetenschap. Het juridische kader*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank-, Verzekerings- en Effectenbedrijf 2004, p. 54.

16 *Stcrt.* 1999, 12, p. 8. Deze oorspronkelijke tekst van de NR 1999 (toen nog vastgesteld door de STE) is sindsdien herhaaldelijk gewijzigd. Een actuele, doorlopende tekst is te vinden op de website van de AFM (<www.afm.nl>, onder 'wetten en regels').

17 O.J.D.M.L. Jansen, 'De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht', in: J. de Hullu, F.W. Bleichrodt en O.J.D.M.L. Jansen, *Herziening van het sanctiestelsel, preadvies voor de NJV*, Deventer: Kluwer 2002, p. 190-191; zie ook: C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten* (diss. Maastricht), Den Haag: SDU Uitgevers 2002, p. 138-150.

18 M.A. Blom, 'Koersstabilisatie en de Nadere Regeling', in: B.M. van Beek e.a., *Een bewezen bestaansrecht* (Lustrumbundel 2002 Vereniging voor Effectenrecht), Deventer: Kluwer 2002, p. 15-18.

19 Rechtbank Rotterdam 30 september 2003, *JOR* 2003, 266 (m.nt. K. Frielink en en J.F. de Groot), r.o. 2.4.3

voorgeschiedeld zou krijgen) naar het oordeel van de bestuursrechter zal voegen: de Hoge Raad heeft aangegeven dat een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter meebrengt dat, mede met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, in het geval de daartoe bij uitstek aangewezen hoogste bestuursrechter in een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang onherroepelijk de *onverbindendheid* van een algemeen verbindend voorschrift heeft uitgesproken, de strafrechter - behoudens bijzondere omstandigheden - in beginsel van dat oordeel van deze bestuursrechter dient uit te gaan en zich niet opnieuw zelfstandig een oordeel over de onverbindendheid van het desbetreffende voorschrift vormt. De strafrechter moet dus uitgaan van onverbindendheid van regelgeving als die onherroepelijk door de bestuursrechter is uitgesproken.²⁰ In het kader van de behoorlijke taakverdeling en de rechtseenheid zou het voor de hand liggen die redenering ook om te draaien, maar ik besef dat ik me hier op glad ijs begeef: de Hoge Raad toont een grillige kant als het gaat om respecteren van uitspraken van rechters van andere disciplines.²¹ Overigens is er op dit moment ten aanzien van de verbindendheid van de bepalingen uit de NR 2002 nog geen sprake van een oordeel van de hoogste bestuursrechter.

De vraag wat de strafrechter zal doen blijft zich opwerpen als we ook nog wat civielrechtelijke jurisprudentie bekijken. De gedragsvoorschriften van de NR 2002 hebben immers niet alleen verticale, maar ook horizontale werking. Met name in de aandelenlease-sfeer wordt, nu er sprake is van flinke economische malaise, op dit moment enorm veel geprocedeerd door 'gedupeerden'. Aanbieders van deze risicovolle beleggingsproducten zouden onvoldoende onderzoek hebben gedaan naar de financiële positie en ervaring met beleggen van hun aankomende cliënten. Artikel 28 lid 1 van de NR 2002 schrijft een dergelijk onderzoek voor: het 'know your customer'-beginsel. Het niet naleven ervan door de aanbieder van een effectenlease-product kan een toerekenbare tekortkoming opleveren (dus: wanprestatie) en is een beboetbaar én strafbaar feit. Ook hier stelt de advocatuur zich op het standpunt dat die bepaling onverbindend zou zijn, omdat de inhoud ervan niet is terug te voeren op de Wte 1995. En ook hier oordeelt de rechter dat de ratio van de Richtlijn Beleggingsdiensten doorwerkt op de wet, waardoor in het Bte 1995 en de NR 2002 de bedoelde voorschriften geregeld kunnen worden.²² De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat dit een wat minder vergaande interpretatie van de regelgeving is, maar het blijft toch wel wat: het voorschrift van artikel 11 Wte 1995 voor de effecteninstellingen om zich te houden aan (bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gestelde) regels ten aanzien van deskundigheid, betrouwbaarheid en aan het publiek te verstrekken informatie, strekt zich er dus toe uit dat die effecteninstelling wordt verplicht informatie in te winnen betreffende de financiële positie, ervaring met beleggingen in financiële instrumenten en beleggingsdoelstellingen van hun cliënten.

Tussenconclusie

Het blijkt eens en te meer dat het stelsel van de gelede normstellingen voor de nodige (soms onverwachte) problemen kan zorgen. Uit het voorbeeld van het Arbeidstijdenbesluit vervoer blijkt dat de gelede normstelling uiteindelijk heeft geleid tot regelgeving die een dusdanige onduidelijkheid in het leven riep dat gedurende enige tijd de vervolging heeft stilgelegen. Het voorbeeld van de NR 2002 laat zien dat bij het ontwerpen van de raamwet bewust is gekozen voor het achterwege laten van een regeling omtrent koersmanipulatie. Desalniettemin wordt het in een later stadium doodleuk aan de AFM overgelaten om een deel van deze (door de minister als complex ervaren) regelgeving gedetailleerd in te vullen. Vervolgens lijkt de rechter aan een half woord genoeg te hebben om te oordelen dat die lagere regelgeving zeker wel in het systeem van de wet past. Ook in het geval van artikel 28 NR 2002 wordt door de civiele rechter een vergelijkbare toets toegepast. Wat naar mijn smaak nog een factor is die in overweging moet worden genomen is het feit dat de in gelede normstelling vervatte regelgeving vaak verschillende rechtsgebieden bestrijkt. Dat betekent, zoals het voorbeeld van de NR 2002 laat zien, dat de regelgeving moet worden geïnterpreteerd en beoordeeld door de civiele rechter, de bestuursrechter, én de strafrechter. Alleen al om die reden zou de regelgever er voor moeten kiezen de normstellingen ondubbelzinnig vast te stellen.

Machtenscheiding

De kanttekeningen die hierboven zijn gemaakt ten aanzien van de NR 2002 klemmen des te meer omdat de handhaving van die regelgeving primair ligt bij hetzelfde orgaan als dat de regelgeving heeft gemaakt: de Autoriteit Financiële Markten, een zelfstandig bestuursorgaan. Daarmee ontstaat de staatsrechtelijk merkwaardige situatie dat binnen één organisatie de regelgevende, de uitvoerende én de sanctionerende macht is geconcentreerd, terwijl die organisatie op geen enkele wijze hiërarchisch ondergeschikt is aan een politiek verantwoordelijke. Weliswaar kan tegen de boetebeschikking in beroep worden gegaan bij de Rechtbank Rotterdam en kan daarvan weer beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (waardoor de onafhankelijke rechterlijke toets blijft gewaarborgd), het blijft een feit dat de primaire boetebeschikking wordt genomen door de AFM, op basis van onderzoek door de AFM op grond van regelgeving van de AFM. Daar komt nog bij dat de AFM ook nog placht 'interpretaties' van bepaalde stukken regelgeving te geven, die waarschijnlijk voor de rechter bindende werking hebben. De conclusie dat hier van een twijfelach-

20 HR 28 november 2002, *NJ* 2003, 81 (m.nt. Buruma).

21 Zie bijvoorbeeld HR 11 mei 2004, *JOL* 2004, 258, waarin hij oordeelde dat de strafrechter niet is gebonden aan de eerdere *feitenvaststelling* van de bestuursrechter dat een bijstandsfraude onvoldoende zou vaststaan.

22 Rechtbank Amsterdam 12 november 2003, *JOR* 2004, 14 (m.nt. Eisma) r.o. 11-11.4. Zie ook Rechtbank Amsterdam 30 juni 2004, *LJN* AP4933, r.o. 7.2.1. Een goede samenvatting van jurisprudentie op dit vlak is te vinden in de eindrapportage van de Commissie Geschillen Aandelenlease, *Over lenen, leasen en verliezen*, Den Haag: 2004 (*Kamerstukken II* 2003/04, 28 965, nr. 10).

tige concentratie van bevoegdheden sprake is, is snel getrokken:²³ deze concentratie is in strijd met de trias politica en (misschien wel belangrijker) met het systeem van *checks and balances*. En ik ben bang dat we op een rijdende trein zitten die niet eenvoudig meer te stoppen is. De 'autoriteiten' nemen toe en zullen allemaal wel in meer of mindere mate regelgevende bevoegdheid krijgen.²⁴

Het is hier met het oog op de strafrechtelijke signatuur van dit blad op zijn plaats enige opmerkingen te plaatsen over de regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen. Het is moeilijk een eenduidige definitie te geven van het begrip 'zelfstandig bestuursorgaan'. Aanwijzing 124a van de Aanwijzingen voor de regelgeving²⁵ definieert het als: een bestuursorgaan op het niveau van de centrale overheid, dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister.²⁶ Zijlstra geeft in zijn dissertatie een zeer gedetailleerde definitie, die ik ietwat verkort weergeef:²⁷ een zelfstandig bestuursorgaan is een bestuursorgaan dat *niet*

- (a) algemeen vertegenwoordigend is;
- (b) ondergeschikt is aan een algemeen vertegenwoordigend orgaan, of
- (c) daaraan verantwoording is verschuldigd, of
- (d) ondergeschikt is aan een orgaan dat verantwoording verschuldigd is aan een algemeen vertegenwoordigend orgaan.

Wat hieruit duidelijk naar voren komt, is dat het bestuursorgaan dus zelfstandig is ten opzichte van de minister. Meer abstract gezegd: het orgaan is zelfstandig ten opzichte van het 'democratisch complex'. De minister noch het parlement kan het handelen van het orgaan in een individueel geval bepalen.²⁸ Dat betekent dat het handelen van een zelfstandig bestuursorgaan een beperkte democratische legitimatie heeft, waardoor het in feite maar op zeer beperkte schaal zelfstandige beleidsruimte kan hebben: het 'democratisch complex' moet die ruimte invullen.²⁹

Aanwijzing 124f, eerste lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving luidt als volgt: 'regelgevende bevoegdheden worden aan een zelfstandig bestuursorgaan uitsluitend toegekend: (a) voor zover het betreft organisatorische of technische onderwerpen, of (b) in bijzondere gevallen mits voorzien is in de bevoegdheid tot goedkeuring van de regeling door een minister'. De aanwijzing wordt als volgt toegelicht: 'Algemeen verbindende voorschriften worden in beginsel niet vastgesteld door anderen dan regering (en Staten-Generaal), provincies en gemeenten. Het is derhalve in beperkte mate aanvaardbaar dat aan een zelfstandig bestuursorgaan regelgevende bevoegdheid wordt toegekend. Niet uitgesloten is dat in bijzondere gevallen over andere dan organisatorische of technische onderwerpen regels worden gesteld, doch uitsluitend indien voorzien is in ministeriële goedkeuring. Aan de motivering hiervan in de toelichting worden vanwege het uitzonderlijk karakter zware eisen gesteld.' Hoe de begrippen 'organisatorische of technische onderwerpen' moeten worden uitgelegd blijkt niet uit de toelichting. Kloosterman en Winter menen dat het onder-

werpen moet betreffen waarover algemeen aanvaarde of aanvaardbare inzichten bestaan en die geen beleidskeuzes behelzen; 'bijzondere gevallen' zou dan al het overige bestrijken.³⁰ Ook Zijlstra geeft aan dat de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften voorbehouden moet blijven aan het 'democratisch complex'.³¹ Deze benaderingen ademen uit dat er voor een zelfstandig bestuursorgaan een zeer beperkte bevoegdheid is om algemeen verbindende voorschriften uit te vaardigen.

Kijken we ter vergelijking naar de bevoegdheid die een minister krijgt om regelgeving te maken, dan wordt dat beeld niet veel anders: ook hier geldt het primaat van de wetgever en is de ruimte voor de minister om regels vast te stellen niet groot.³² Aanwijzing 26, eerste lid, luidt namelijk: 'Delegatie aan een minister van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften wordt beperkt tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld.' De toelichting hierbij luidt: 'Indien delegatie plaatsvindt verdient het in het algemeen de voorkeur dat de bevoegdheid wordt toegekend bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen. Slechts in bepaalde gevallen is delegatie of subdelegatie aan een minister geoorloofd (...)'.

Dit alles is vanuit het oogpunt van onze democratische rechtsstaat uiteraard niet verwonderlijk: het beginsel van de machtenscheiding verbiedt een grote concentratie van overheidsmacht in één hand.

De lagere regelgever in het algemeen en het zelfstandige bestuursorgaan in het bijzonder heeft dus beperkte arm-slag. Uit onderzoek naar zowel de regelgeving van zelf-

23 Zie ook: M.I. Jap-A-Joe Blagrove, *Beursfraude effectief aangepakt* (diss. Maastricht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003 en J.H. Nieuwenhuis (red.), *T&C Ondernemingsrecht*, inleidende aant. 2 bij WTE 1995.

24 Zo krijgen we binnenkort De Nederlandse emissieautoriteit (Nea), een ZBO dat ter uitvoering van het systeem van handel in emissierechten wordt ingesteld. Zie (ook bezorgd over deze ontwikkeling) A. de Lange, 'Schone handel', *TOS* 2003, p. 42-51 en J.M. Bazelmans, 'De implementatie van Europese handel in emissierechten in Nederland', *Milieu en Recht* 2004, p. 214 - 220. Een ander voorbeeld is de Voedsel- en Warenautoriteit, onder meer belast met toezicht op naleving van de Warenwet. Een goed overzicht van de ontwikkelingen op dit gebied gaf Jansen in de vorige editie van dit blad: O.J.D.M.L. Jansen, 'Bestraffend bestuursrecht. Voort met de bestuurlijke boete!', *TOS* 2004, p. 53 e.v.

25 *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd in *Stcrt.* 2002, 97.

26 Aanwijzing 124a van de Aanwijzingen voor de regelgeving (*Stcrt.* 1996, 177, p. 16: Aanwijzingen inzake zelfstandige bestuursorganen.).

27 S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), 's-Gravenhage: Vuga 1997, p. 87.

28 S.E. Zijlstra, a.w., p. 84-86.

29 S.E. Zijlstra, a.w., p. 130-131.

30 D.R. Kloosterman en H.B. Winter, 'In zelfstandigheid geregeld. Een onderzoek naar de omvang en de aard van de regelgevende bevoegdheden van zelfstandige bestuursorganen en de kwaliteit van der regelgeving', *Regelmaat* 2003, p. 119-130.

31 S.E. Zijlstra, a.w., p. 124.

32 W.J.M. Voermans en Ph. Eijlander, 'Regelgeven in de schemerzone. De kwaliteit van ministeriële regelingen onderzocht', *Regelmaat* 2002, p. 123-133.

standige bestuursorganen als de ministeriële regelgeving³³ blijkt echter dat de lagere regelgevers lang niet altijd binnen hun regelgevende bevoegdheid blijven en dat zelfstandige bestuursorganen een grotere regelgevende ruimte krijgen dan vanuit staatsrechtelijk oogpunt is gewenst.

Terugkerend naar de concentratie van bevoegdheden bij de AFM stel ik het volgende vast. De AFM heeft als bestuursorgaan een vergaande, gedetailleerde regelgevende bevoegdheid. Dat past niet goed in ons staatsrechtelijk bestel. Hier komt bij dat de AFM tevens met het toezicht op de naleving én de sanctionering is belast. Dit is een anomalie in onze democratische rechtsstaat, die naar mijn smaak snel ongedaan moet worden gemaakt. De rechterlijke toetsing strekt zich namelijk slechts uit tot de vraag of de AFM aan de hand van de voorliggende regelgeving tot het besluit om een boete op te leggen heeft kunnen komen. Wat de rechter *niet* kan toetsen, is of de AFM in redelijkheid het geschonden voorschrift heeft kunnen vaststellen. Die ruimte heeft de rechter alleen indien sprake is van onverbindendheid van de regeling. Ik heb hierboven een aantal bepalingen besproken waarvan de verbindendheid ter discussie staat. Ik ben zeer benieuwd of in hoger beroep een wat meer staatsrechtelijk doorwrochte benadering van de besproken rechterlijke uitspraken te verwachten is.

Hierbij zij overigens nog opgemerkt dat de lust tot procederen bij de meeste aan het toezicht van de AFM onderworpen instellingen niet groot is. Ten eerste speelt de dreigende openbaarheid daarbij een rol³⁴, ten tweede weten de instellingen ook goed dat ze in de toekomst de AFM op hun pad blijven tegenkomen: ze willen de verhoudingen dus zo goed mogelijk houden.³⁶ Of er dan van een effectieve rechterlijke controle gesproken kan worden is maar de vraag.

Ik sluit mij dan ook van harte aan bij Hillen, die voorstelt om de regelgevende bevoegdheid bij de AFM weg te halen en terug te leggen op 'verantwoord niveau':³⁶ alleen op die wijze wordt daadwerkelijk recht gedaan aan onze democratische rechtsstaat. In vergelijkbare zin liet ook Van der Vlies zich uit:³⁷ zij stelt vast dat er een hergroepering in de taken van de staatsorganen plaatsvindt. Er is een boete-opleggend bestuur, dat niet altijd dusdanig is georganiseerd dat er van subjectieve en objectieve onpartijdigheid in de boete-oplegging sprake is. Op deze situatie moeten de staatsorganen zich volgens haar bezinnen.

Slotsom

Gelede normstellingen leiden tot onduidelijkheid en daarmee tot potentiële schending van het legaliteitsbeginsel en het *lex certa*-beginsel. Ik heb vastgesteld dat niet altijd duidelijk is of de lagere regelgeving wel verbindend is. Een vermoede onverbindendheid van een regeling kan de effectiviteit van handhaving en rechtspraak danig parten spelen. Binnen het staatsrechtelijk bestel is het discutabel of de lagere regelgevers wel de regelgevende bevoegdheid hebben die ze zichzelf toebedelen. In die zin is het de vraag of een zelfstandig bestuursorgaan als de AFM

überhaupt een regeling als de NR 2002 zou mogen uitvoeren. Dit klemmt omdat de AFM deze regeling zelf handhaaft door toezicht te houden en sancties op te leggen. Niettegenstaande de rechtsbescherming die een door de AFM beboet (rechts)persoon geniet, is het niet in overeenstemming met ons staatsrechtelijk bestel dat sanctionering op die wijze plaatsvindt: het vervaardigen van de normstelling is immers aan elke democratische controle onttrokken, terwijl de rechter maar met mate kan toetsen. Deze situatie kan ongedaan gemaakt worden door de regelgevende bevoegdheid terug te geven aan de rechtmatige eigenaar: het 'democratisch complex'.

33 De rapportage is te vinden in: W. Voermans en P. Eijlander, *Onderzoek kwaliteit van ministeriële regelingen*, Tilburg: Centrum voor Wetgevingsvraagstukken 2002, samengevat in Voermans en Eijlander 2002 (zie noot 32) en D.R. Kloosterman e.a., *In zelfstandigheid geregeld; een onderzoek naar de omvang van de regelgevende bevoegdheden en de kwaliteit van regelgeving van zelfstandige bestuursorganen*, Groningen: Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen, 2002, samengevat in: D.R. Kloosterman en H.B. Winter 2003 (zie noot 30).

34 D. Douwes en M. Rengers, 'Voor AFM is het dweilen met de kraan open', *de Volkskrant* 10 juli 2004, Economie p. 7.

35 I.C. van der Vlies en J.H.P. van Spanje, 'Checks, balances, public governance en de AFM', *NJB* 2004, p. 1341.

36 J.L.S.M. Hillen, 'Aanwijzingen voor de effectenregelgeving', in: B.M. van Beek e.a. 2002 (zie noot 18), p. 153-154.

37 I.C. van der Vlies, 'Hergroeperen', *NJB* 2004, p. 723. Haar gedachtegoed is nader uitgewerkt in het hiervoor al genoemde artikel dat zij met J.H.P. van Spanje schreef (zie noot 35).