

Living Apart Together

Over de verhouding tussen toezichthouders en maatschappelijke stakeholders

Caelesta Braun

Inleiding

De verhouding tussen toezichthouders en de sector is van oudsher een netelige kwestie. Betekenisvol en legitiem toezicht vraagt om zowel distantie ten opzichte van als betrokkenheid bij de sector en andere maatschappelijke stakeholders. Een onbalans in deze relaties leidt vaak tot kritiek op het functioneren van de toezichthouder. Ook rond het functioneren van de NZa komt deze complexe relatie aan bod, maar slechts op een indirecte manier. De casus van het Rotterdamse Oogziekenhuis, waarbij de te innige verhouding tussen het ministerie van VWS en de NZa centraal staat, is een goed voorbeeld hiervan. Het accent in de duiding door de Commissie Borstlap van deze casus ligt op het handelen van het ministerie. Hierbij staat de balans tussen systeembevoegdheid en de bevoegdheid van het ministerie om in individuele gevallen te interveniëren centraal. De keuze om een individuele aanwijzing te geven wordt in het rapport uitgelegd als een casus waarbij de onafhankelijkheid van de NZa ten opzichte van het ministerie ter discussie staat. Tegelijkertijd is dit een casus die de invloed van de sector blootlegt. Het gaat immers ook om beïnvloedingspogingen van het Oogziekenhuis dat, gebruikmakend van de wettelijke kaders en instellingsbesluiten, probeert via het ministerie druk uit te oefenen op de toezichthouder.¹ Dit aspect van de casus, lobbygedrag van maatschappelijke stakeholders via het ministerie om druk uit te oefenen op de toezichthouder, wordt niet of nauwelijks als afzonderlijke kwestie aan de orde gesteld.

Het is opvallend dat de 'losheid waarmee werd omgegaan met externe belanghebbenden'² niet of nauwelijks aan bod komt in het rapport van de Commissie Borstlap. De commissie laat de problematische relatie met maatschappelijke stakeholders, die Gotlieb aankaart in zijn bezwaarschrift, grotendeels of zelfs volledig buiten beschouwing.³ De dienstreizen die de directie op kosten en/of uitnodiging van organisaties uit de sector maakt,⁴ worden nauwelijks besproken, terwijl dit keuzes zijn die kunnen voortvloeien uit het onvoldoende afstand (kunnen) houden ten opzichte van de sector. De automatische reflex in dit soort gevallen is om de integriteitsregels verder aan te scherpen, zoals bij de NZa is gebeurd. Dat mag

1 H. Borstlap, P.F.M. van der Meer Mohr & L.J.E. Smits, Het rapport van de onderzoekscommissie intern functioneren NZa, 2014, p. 111-121. Te raadplegen via <www.minvws.nl>.

2 M. Chavannes, Gotlieb maakte MRI van de zorgmarkt, Opklaringen, NRC Handelsblad 20 september 2014, <www.nrc.nl/opklaringen/2014/09/20/gotlieb-maakte-mri-van-de-zorgmarkt/>.

3 Borstlap, Van der Meer Mohr & Smits 2014.

4 De NZa zorgt goed voor zichzelf; good governance, NRC Handelsblad 14 juni 2014.

dan inderdaad een legitiem deel van de oplossing zijn, maar cruciaal in dit soort kwesties is dat wordt begrepen waar deze keuzes vandaan komen.

De verwevenheid met de sector en beïnvloeding door de sector wordt publiekelijk als onwenselijk gezien, terwijl politiek gezien tegelijkertijd van toezichthouders een grotere mate van responsiviteit en oog voor de sectorbelangen wordt verwacht. Toezichthouders stellen zich daarom in toenemende mate de vraag hoe ze op een effectieve en legitieme wijze niet-gouvernementele organisaties (ngo's) en individuele burgers bij het toezichtproces kunnen betrekken, onder andere om tegenwicht te bieden aan dominante sectorbelangen. Enige tijd geleden vroeg de Autoriteit Financiële Markten (AFM) zich bijvoorbeeld af hoe ze consumentenprogramma's als RADAR of Kassa kan inzetten om misstanden bij financiële instellingen op te sporen.⁵ En ook Europese toezichthouders houden zich in toenemende mate bezig om sectororganisaties, ngo's en individuele burgers effectiever bij het toezichtproces te betrekken.⁶

In dit essay beschouw ik twee kwesties die relevant zijn voor de evenwichtskunst om de juiste afstand tot de sector te bewaren. Ten eerste is dit de te weinig door-dachte causaliteit die ten grondslag ligt aan de mogelijke invloed van de sector op toezichthouders. En ten tweede de obstakels om ngo's te betrekken bij het toezicht als gevolg van hun beperkte mobilisatiecapaciteit. Een beter inzicht in beide processen is noodzakelijk om de relatie tussen toezicht en maatschappelijke stakeholders legitiem en effectief vorm te geven.

Tussen vertrouwen en regulatory capture

Regulatory capture is een ingeburgerd begrip in de Nederlandse beleidscontext. Het is een intuïtieve verklaring, die vaak goed resoneert in het publieke debat. Een toezichthouder die klaarblijkelijk te veel in het belang van de sector handelt, is snel gevonden, zo blijkt vaak uit mediaberichtgeving en politieke discussies. Het paardenvleeschandaal, waarbij een vleeshandelaar paardenvlees voor rundvlees verkocht, bracht ook een discussie rond mogelijke belangenverstrengeling tussen de Nederlandse Voedsel en Warenautoriteit (NVWA) en de sector op gang. Dat de NVWA informatie over de producten waarin het paardenvlees is verwerkt niet openbaar wil maken, wordt door bijvoorbeeld *Foodwatch* uitgelegd als belangenverstrengeling: 'Het blijkt dat deze "bewaker van voedselveiligheid" de belangen van bedrijven belangrijker vindt dan de gezondheid en het recht op informatie van consumenten.'⁷ En de beslissing van de NZa om in de fraudekwestie rondom het St. Antonius Ziekenhuis in Nieuwegein een bestuurlijke boete op te leggen werd in het publieke en politieke debat impliciet gerelateerd aan te grote belangenverstrengeling met de sector. Het St. Antonius Ziekenhuis kreeg een

5 Persoonlijke communicatie tussen medewerker AFM en auteur.

6 Zie C. Braun & S. Arras, EU agencies as additional venue for interest mobilization, paper presented at the *ECPR pan European conference*, The Hague 5-7 June 2014.

7 Foodwatch daagt NVWA voor de rechter, Het Parool 15 april 2004; Vlees in de Nederlandse winkels is niet veilig, ANP 26 maart 2014; <www.foodwatch.org/nl/onze-campagnes/onderwerpen/paardenvlees-selten/2-minuten-info/>.

bestuurlijke boete van 2,5 miljoen euro voor foutief declaratiegedrag.⁸ In de Kamervragen naar aanleiding van de keuze van de NZa om hier een bestuurlijke boete voor op te leggen in plaats van strafrechtelijke vervolging, wordt het verband gelegd met de onafhankelijkheid van de NZa ten opzichte van de instellingen waarop zij toezicht houdt.⁹ Deze twee voorbeelden illustreren dat belangenverstrengeling met de sector vaak als voor vanzelfsprekend wordt aangenomen in kwesties van ontoelaatbaar gedrag door (organisaties uit) de sector. Maar dit is een losse en gemakkelijke interpretatie van *regulatory capture*.

De causale relatie die verondersteld wordt in het vraagstuk van *regulatory capture* is de volgende: strategisch gedrag van de sector(partijen) leidt tot strategische besluitvorming van de toezichthouder om in het eigen organisatiebelang te handelen in plaats van in het algemeen publieke belang. Immers, als de toezichthouder stevig maatschappelijk is ingebed, dan wint hij aan gezag en autoriteit ten opzichte van het ministerie. Dit draagt bij aan zowel een onafhankelijke relatie ten opzichte van het departement als verruiming van budget en bevoegdheden.¹⁰ Organisatiefalen in de sector wordt dan vaak gezien als toezichtsfalen, waardoor de toezichthouder dit langer dan wenselijk stil houdt, volgens Wijnbergen.¹¹ Dit veronderstelt dat de toezichthouder in kwestie *willens en wetens* alleen het sectorbelang dient omdat dit in het belang van de toezichthouder zelf is. Deze strategische overwegingen verdrukken de responsiviteit van de toezichthouder ten opzichte van het algemene publieke belang en zijn het gevolg van bewust beïnvloedinggedrag van de sector.¹²

Dit is de kern van de klassieke opvatting van *regulatory capture* die vaak aangehaald wordt als verklaring voor falend toezicht. Maar even vaak worden de onderliggende assumpties niet aangetoond, maar alleen plausibel geacht. Twee aannames zijn met name problematisch. Ten eerste veronderstelt deze definitie een afwijking van het publieke belang. Maar wat het publieke belang dan precies inhoudt, blijft vaak bijzonder impliciet.¹³ Het publieke belang wordt vaak als een axioma gepresenteerd in bevindingen over falend toezicht. In het publieke debat over de afhandeling van de fraude rond het St. Antonius Ziekenhuis wordt impli-

8 <<http://nos.nl/artikel/609373-boete-voor-st-antonius-ziekenhuis.html>>.

9 Kamerstukken II 2013/14, 2379, Aanhangsel van de Handelingen, vragen gesteld door de leden der Kamer met daarop door de regering gegeven antwoorden. Een van de Kamervragen in het debat luidt: 'Bent u van mening dat de NZa voldoende afstand houdt tot de instellingen waarop zij toezicht houdt?'

10 W.A. Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago: Aldine-Atherton 1971. P. Dunleavy, *Democracy, Bureaucracy and Public Choice. Economic Explanations in Political Science*, Herfordshire: Harvester and Wheatsheaf 1991.

11 Nog altijd geen draaiboek. De Commissie-de Wit ontwijkt de hamvraag, De Groene Amsterdammer 18 april 2012.

12 S.P. Croley, *Public interest regulation*, Florida State University Law Review 2000, 28(1), p. 7-105; M.E. Levine & J.L. Forrence, *Regulatory Capture, public interest and the public agenda: toward a synthesis*, Journal of Law, Economics and Organization 1990, 6, p. 167-198; R.A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, The Bell Journal of Economics and Management Science 1974, 5 (2), p. 335-358. G.J. Stigler, *The citizen and the state. Essays on regulation*, Chicago: The University of Chicago Press 1975.

13 D.P. Carpenter & D.A. Moss (eds.), *Preventing regulatory capture. Special interest influence and how to limit it*, New York: Cambridge University Press 2014.

ciet aangenomen dat de optie om op een bestuurlijke boete in te zetten ingegeven is door een te grote betrokkenheid bij de managementdilemma's van het ziekenhuis. 'De NZa heeft veel te nauw samengewerkt met het ziekenhuis, zeggen bronnen dichtbij het onderzoek',¹⁴ zo luidt de mediaberichtgeving. Maar in hoeverre de bestuurlijke boete daadwerkelijk minder effectief en een minder voor de hand liggende keuze was dan doorverwijzing naar het OM om het publiek belang te dienen, wordt nergens echt duidelijk uit de publiekelijke en politieke aantijgingen. De tweede problematische aanname bij *regulatory capture* is de invloed van de sector en de daaropvolgende strategische reactie van de toezichthouder om te handelen in het belang van de eigen organisatie. Namelijk, de toezichthouder handelt uit het belang van de sector omdat dit de relatie richting het moederdepartement ten goede komt. Een tevreden sector helpt om de reputatie en onafhankelijkheid richting het ministerie te versterken, zo luidt de gangbare interpretatie.¹⁵ Meestal lijkt er op het eerste gezicht wel sprake van invloed van de sector, maar is een bewuste strategische reactie van de toezichthouder veel moeilijker hard te maken. Als we de vergelijking maken met de financiële sector, wordt duidelijk dat deze organisaties vaak en veel lobbyen. Maar het is een tweede om daar de conclusie aan te verbinden dat er, in reactie op deze pogingen tot beïnvloeding, strategische beslissingen door de toezichthouder zijn genomen om daar enkel vanuit eigen organisatorisch belang op te reageren. Vaak is er sprake van een veel subtielere manier van beïnvloeding, die slechts lastig meetbaar is.¹⁶ In het geval van de financiële crisis was het achteraf heel duidelijk dat de steeds verdergaande regulering niet in voordeel van het publieke belang was. Maar voorafgaand aan de crisis was de heersende gedachte toch vooral dat verdergaande zelfregulering en financiële innovaties bijdroegen aan de welvaart voor iedereen. Zoals de oud-voorzitter van de *Federal Reserve* voor het Amerikaanse Congres getuigde: "Those of us who have looked to the self-interest of lending institutions to protect shareholders' equity, myself included, are in a state of shocked disbelief."¹⁷ In dit geval was er geen sprake van een bewuste strategische analyse om aan belangen van de financiële markten tegemoet te komen omdat dit de eigen organisatie voordeel op zou leveren, maar werd er gehandeld op basis van een zeker geloof en rotsvast vertrouwen in het vrijemarktdenken/(neo)liberalisme en het voordeel dat dit opleverde voor de welvaart van iedereen.¹⁸ Illustratief in dit verband is het citaat uit het boek *13 Bankers* over de invloed van de financiële sector op beleidsmakers:

'Most important, as banking became more complicated, more prestigious, and more lucrative, the ideology of Wall Street – that unfettered innovation and unregulated financial markets were good for America and the world –

14 <www.rtlnieuws.nl/nieuws/binnenland/nza-passeert-openbaar-ministerie-groot-fraudeonderzoek>.

15 Niskanen 1971; Dunleavy 1991.

16 A. Dür, Measuring interest group influence in the EU: A note on methodology, *European Union Politics* 2008, 9(4), p. 559-576. D. Lowery, Lobbying influence: meaning, measurement and missing, *Interest Groups and Advocacy* 2013, 2, p. 1-26.

17 <www.nytimes.com/2008/10/24/business/economy>.

18 J. Kwak, in: Carpenter & Moss 2014, p. 71-98.

became the consensus position in Washington on both sides of the political aisle. Campaign contributions and the revolving door between the private sector and government service gave Wall Street banks influence in Washington, but their ultimate victory lay in shifting the conventional wisdom in their favor, to the point where their lobbyists' talking points seemed self-evident to congressmen and administration officials.¹⁹

Dit wordt ook wel *cognitive closure* genoemd, waarbij het effect van dominante beleidsparadigma's, *framing* en het ontbreken van overtuigende beleidsalternatieven bijdraagt aan een situatie die lijkt op *regulatory capture*, maar veel subtieler is dan een kwestie van 'the industry hijacking the regulator'.²⁰

Maar ook de meer subtiele vormen van *regulatory capture* zijn een posthoc attributie van een verklarend mechanisme waarvan de causale werking zelden bloot is gelegd. Dat betekent dat invloed van de sector zeer zeker plausibel is, maar nauwelijks daadwerkelijk een-op-een aangetoond. Dat geldt ook voor bijvoorbeeld het bonusvraagstuk. Het feit dat er nog effectieve bonusregelingen zijn, kan wellicht deels geweten worden aan de invloed van de sector,²¹ maar het is moeilijk hard te maken dat de toezichthouders (en beleidsmakers in kwestie) hun positie in het debat laten afhangen van wat slechts vanuit het oogpunt van hun organisatie strategisch optimaal is.

Invloed van de sector is een fenomeen dat zich laat kenmerken door een glijdende schaal in plaats van een dichotomie, wat het des te lastiger maakt voor de toezichthouder de juiste balans te vinden tussen afstand tot en nabijheid van de sector. De onafhankelijkheid van de toezichthouder vraagt om gepaste afstand, de inhoudelijke keuzes die gemaakt moeten worden vragen om nabijheid van de sector. Dat is een lastige evenwichtskunst, zeker gezien de recente ontwikkelingen op het gebied van toezicht en de relatie met de sector. Illustratief in dit verband is de nadruk die binnen ACM wordt gelegd op een vertrouwensrelatie met de sector, waarbij het op informele manier nastreven van naleving de prioriteit heeft boven het inzetten van formeel toezichtinstrumentarium.²² Onvermijdelijk duikt de vraag naar invloed van de sector op, daar waar informele arrangementen de voorkeur krijgen boven het meer afstandelijk opleggen van bestuurlijke boetes. Deze nadruk op vertrouwen komt vaak niet alleen voort uit een meer politiek-ideologische visie van meer op afstand geplaatst toezicht. In een aantal gevallen relateert dit duidelijk aan beperkte capaciteiten bij de toezichthouder en de nadruk op kostenreductie. Als gevolg van beperkte beschikbare middelen vinden prioritering en risicotoezicht plaats. Op een informele manier tot overeenstemming komen verdient dan de voorkeur boven een gang naar rechter. Dit laatste vormt namelijk

19 S. Johnson & J. Kwak, 13 Bankers. The Wall Street Takeover and the next financial meltdown, US: Pantheon 2010, p. 5-6.

20 B.A. Aalbers, E. Engelen & A. Glasmacher, Cognitive closure in the Netherlands: mortgage securitization in a hybrid European political economy, *Environment and Planning* 2011 (43), p. 1779.

21 C. Braun, J. Scherpenisse, M. van der Steen & M. van Twist (te verschijnen), On the forces of policy change and joint causation. Insights from the Banker's bonus, *International Review of Administrative Sciences*.

22 Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek, NRC Handelsblad 11 april 2015.

een groot afbreukrisico voor de toezichthouder. Reputatieschade als gevolg van verloren rechtszaken is op de langere termijn nadelig voor het bevorderen van naleving en voor handhaving.²³

Mogelijke invloed van de sector op de toezichthouder moet dus losgekoppeld worden van het handelen uit eigen belang van de toezichthouder om goed zicht te krijgen op de onderliggende processen, en belangrijker, effectief te interveniëren om onwenselijke invloed van de sector te voorkomen. Als er sprake is van twijfelachtige praktijken in de omgang met de sector helpt het in isolement versterken van integriteitsregels niet om goede afwegingen te maken in de balans tussen afstand tot en nabijheid van de sector. Bewustwording van de individuele toezichtmedewerker is van groot belang om tijdig onwenselijke afhankelijkheid te herkennen. Dergelijke politiek-bestuurlijke sensitiviteit zou een belangrijk wervings- of ontwikkelingscriterium kunnen zijn voor toezichtmedewerkers.

Maatschappelijke belangen goed gewogen

De toezichttrends laten zien dat de wens toeneemt om ngo's en individuele burgers te betrekken bij het toezichtproces. De gedachte om burgers en ngo's bij het toezichtproces te betrekken komt voort uit zowel de gedachte van democratische legitimiteit en responsiviteit als vanuit het idee van verantwoordingsmechanismen. Daarnaast geldt voor ngo's dat ze de toezichthouder bij het huidige risico-toezicht kunnen aanvullen en als hulpmiddel bij de monitoring en opsporing van twijfelachtige praktijken kunnen dienen. Op deze manier vormen ngo's of maatschappelijke stakeholders in de brede zin een extra hulpmiddel om toezichthouders verantwoordelijk te houden en als aanvulling op de controlerende taken van het parlement en moederdepartement. Tegelijkertijd worden de bijdragen van ngo's ook als wenselijk gezien door toezichthouders omdat ze als oplossing voor een capaciteitsvraagstuk kunnen dienen.

Bij deze toenemende betrokkenheid van ngo's kunnen minstens twee vraagtekens worden geplaatst. Ten eerste wordt het vraagstuk van collectieve actie en representativiteit van deze ngo's buiten beschouwing gelaten. Niet alle publieke belangen weten zich even goed te mobiliseren en dat levert een ongelijk speelveld op voor organisaties die weliswaar maatschappelijke belangen vertegenwoordigen, maar tegelijkertijd ook kampen met beperkte middelen en capaciteit.²⁴ Het vereist dus een goed overzicht van de sector en de publieke belangen die hiermee gemoeid zijn om te bepalen of de bestaande en actieve ngo's representatief zijn voor de reikwijdte aan maatschappelijke belangen zijn. Alleen ngo's erbij betrekken die het meest zichtbaar zijn, is daarom dus een twijfelachtige strategie om

23 C. Braun, The driving forces of stability. Exploring the nature of long-term bureaucracy-interest group interactions, *Administration and Society* 2013, 45(7), p. 809-836; C. Poppelaars, *Steering a course between friends and foes*, Delft: Eburon 2009, p. 188-189.

24 M. Olson, *The logic of Collective Action. Public goods and the theory of groups*, Cambridge: Harvard University Press 1965; M. Hojnacki, D.C. Kimball, F.R. Baumgartner, J.F. Berry & B.L. Leech, *Studying Organizational Advocacy and Influence: Reexamining Interest Group Research*, *Annual Review of Political Science* 2012 (15), p. 379-399.

tegenwicht te bieden aan de bedrijfsbelangen die hun weg richting de toezichthouder haast automatisch vinden. Daarnaast richten ngo's zich niet alleen op de publieke belangen die ze vertegenwoordigen, maar zijn ze afhankelijk van hun leden voor hun voortbestaan. Intensieve samenwerking met toezichthouders kan ertoe leiden dat ze als gevolg van compromisvorming en medeverantwoordelijkheid voor de beleidsuitvoering hun identiteit ten opzichte van hun achterban verliezen.²⁵ Een te grote betrokkenheid van ngo's kan dus een afbreukrisico zijn voor deze organisaties en niet passen bij hun rolopvatting. Grote betrokkenheid of coöptatie is dus vanuit dit perspectief onwenselijk voor de meeste ngo's. Daarnaast past het intensiever betrekken van stakeholders minder goed bij de hiërarchische vormen en bevoegdheden van toezichtarrangementen. Alhoewel vanuit politiek-ideologisch perspectief de betrokkenheid van ngo's en individuele burgers aanlokkelijk mag klinken, het is zeker geen panacee voor democratische legitimiteit, sterkere verantwoordingsmechanismen of het capaciteitsvraagstuk waar toezichthouders zich mee geconfronteerd zien.

Living Apart Together: naar een evenwichtige relatie tussen maatschappij en toezicht

Concluderend hebben we tot op heden weinig systematische kennis over de evenwichtskunst die is vereist om de juiste dosering tussen afstand tot en betrokkenheid bij de sector te bewerkstelligen en de betrokkenheid van andere maatschappelijke stakeholders effectief en legitiem vorm te geven. Dit leidt tot de onbevredigende conclusie dat tot op heden veel, zo niet alles, afhangt van het (morele) kompas van de individuele toezichtmedewerker. Gezien de recente ontwikkelingen richting meer horizontaal toezicht, waarbij de relaties tussen maatschappelijke stakeholders met inbegrip van zowel sectororganisaties als maatschappelijke organisaties zoals ngo's en individuele burgers steeds belangrijker worden, is een gedegen kader, dat verder gaat dan het opstellen en implementeren van stevige integriteitsregels, een noodzakelijke maar bij lange na niet voldoende voorwaarde om de LAT-relatie tussen toezicht en maatschappelijke stakeholders betekenisvol en legitiem vorm te geven.

25 G. Jordan & W.A. Maloney, *Democracy and interest groups: Enhancing participation?*, London: Palgrave Macmillan Limited 2007; G. Jordan & W.A. Maloney, *The protest business? Mobilising campaign groups*, Manchester: Manchester University Press 1997; H. Klüver & S. Saurugger, *Opening the black box: The professionalization of interest groups in the European Union*, *Interest Groups & Advocacy* 2013, 2 (2), p. 185-205.