



Utrecht University School of Governance Postprint Series

JG van Erp, H Winter

Toezichtautoriteiten en inspecties

In E. Muller, H. Kummeling, R. Nehmelman (eds), *Instituten van de Staat*,
Wolters Kluwer 2020

Utrecht University School of Governance (USG) is part of the faculty of Law, Economics and Governance at Utrecht University, the Netherlands. <https://www.uu.nl/en/organisation/utrecht-university-school-of-governance>

This series publishes work of USG staff and research master students prior to publication for early dissemination as well as post-publication to enhance discussion with the academic community and with society at large.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Contact

If you wish to contact us regarding this work, please send an email to the author or to the secretariat: bestuurssecretariaat.usbo@uu.nl.

II Toezichtsautoriteiten en inspecties

J.G. van Erp & H.B. Winter

11.1 Inleiding

Toezicht op de naleving van wet- en regelgeving is een van de kerninstituties van onze rechtsstaat. Toezicht waarborgt de veiligheid van producten, de betrouwbaarheid van diensten en beschermt tegen risico's, juist in situaties waarin burgers daartoe niet zelf in staat zijn. Op vrijwel alle aspecten van ons dagelijks leven hebben we te maken met producten en diensten van een dermate hoge complexiteit, dat het onmogelijk is om zonder specifieke expertise de risico's of kwaliteit ervan te bepalen. Of het nu gaat om voedselveiligheid; kwaliteit van gezondheidszorg; nucleaire veiligheid of financiële producten: toezichthouders hebben tot taak om de kwaliteit en veiligheid ervan te borgen, als gebruikers dat niet zelf kunnen. Bovendien zijn aan producten of diensten vaak risico's verbonden die alleen op collectief niveau of op langere termijn schade opleveren. Prijsafspraken tussen ondernemingen, het uitzenden door etherpiraten of schadelijke chemische uitstoot bij productieprocessen leveren zelden grote individuele schade op, maar wel aanzienlijke collectieve schade of risico's en ongewenste effecten op de lange termijn. Toezicht beoogt te beschermen tegen risico's, ook in gevallen waarin dit de belangen van individuen overstijgt. Door het uitoefenen van toezicht hebben toezichthouders tot slot een belangrijke functie in het waarborgen van het maatschappelijk vertrouwen in het functioneren van ondernemingen en dienstverleners.

Toezicht en handhaving worden vaak beschouwd als het sluitstuk van de beleidscyclus en zijn, wellicht om die reden, soms onderbelicht geweest in analyses van bestuurlijke instituties. De huidige rechtsstaat wordt wel gekenschetst als een 'regulatory state' in de zin dat regulering in toenemende mate het primaire sturingsmiddel van de staat is. Privatisering en decentralisatie van overheidstaken, gaan niet gepaard met minder, maar met méér regulering, prestatie-indicatoren, kwaliteitsnormen, en professionele standaarden, en een toenemende roep om verantwoording ('accountability') van de organisaties en instanties die aan deze normen zijn onderworpen. Toezicht neemt daardoor een vlucht: publiek toezicht door de overheid, maar ook intern toezicht binnen organisaties; privaat toezicht door professionele dienstverleners; en maatschappelijke controle door maatschappelijke 'waakhonden' zoals milieuorganisaties; media en burgers.

In deze bijdrage staat het publieke toezicht centraal: publiekrechtelijk toezicht zoals dat wordt uitgeoefend door inspecties en (markt)autoriteiten en door lagere overheden (gemeenten, provincies en omgevingsdiensten). Dit toezicht kan zich richten op ondernemingen, semipublieke organisaties en professionele beroepsbeoefenaren. Interbestuurlijk toezicht (van rijk op provincies en gemeenten en

van provincies op gemeenten) of toezicht op de uitoefening van overheidstaken (zoals door de Inspectie voor de Krijgsmacht of de Inspectie Justitie & Veiligheid) valt buiten de reikwijdte van dit hoofdstuk. Ook intern toezicht binnen overheidsorganisaties behandelen we niet, evenmin als intern toezicht binnen semipublieke of marktorganisaties.

Inspecties en autoriteiten behandelen als ‘instituten van de staat’ is strikt genomen natuurlijk merkwaardig. Formeel gesproken zijn inspecties en autoriteiten immers of onderdeel van een ministerie (als agentschap of als regulier departementsonderdeel) of daaraan weliswaar verbonden, zij het op afstand. De ministeriele verantwoordelijkheid staat in bijna alle gevallen voorop, tenzij het een ZBO betreft, maar ook dan spreekt de Tweede Kamer de minister op hoofdlijnen wel degelijk aan als dat nodig is. De institutie is dus de minister, niet de inspectie of autoriteit. Ondertussen ligt een minder formele benadering ook voor de hand. En dan is duidelijk dat in overdrachtelijke zin inspecties en autoriteiten wel degelijk organisaties zijn die in toenemende mate van belang moeten worden geacht voor de ordening van onze samenleving. Het belang van inspecties en autoriteiten kan worden afgeleid uit de toename van het aantal inspecties en autoriteiten gedurende de laatste decennia. Maar de betekenis wordt nog zichtbaarder wanneer wij kijken naar de invloed die inspecties en autoriteiten uitoefenen in de samenleving. De laatste jaren staan inspecties en autoriteiten in het brandpunt van de belangstelling waar het thema's betreft als veiligheid en gezondheid en juist daar waar de relatie tussen overheid en samenleving aan de orde is. In verschillende recente gebeurtenissen in het publieke domein speelde het optreden van toezichtsorganisaties of juist het falen daarvan een belangrijke rol. Denk aan de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit in de Fipronil-affaire, de Autoriteit Financiële Markten in de casus rond de rente-derivaten en de afwezigheid van publiek toezicht in de affaires rond verschillende woningcorporaties.

11.2 Geschiedenis van inspecties en autoriteiten

Het aantal inspecties en autoriteiten vertoonde de afgelopen decennia een toename, ondanks regeringsbeleid dat is gericht op concentratie en fusie. In dit verband is de motie-Aptroot een belangrijk ijkpunt. Die motie riep de regering op de toezichtsorganisaties te fuseren tot een organisatie. Namens het kabinet reageerde minister van Financiën Wouter Bos welwillend; hoewel afstand werd genomen van het idee van concentratie in een organisatie werd wel ingestemd met fusies op onderdelen.¹ De afgelopen tien jaar leidden die fusiebewegingen tot verschillende geconcentreerde inspecties per ministerie, zoals de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA)², de Inspectie Justitie & Veiligheid (IJ&V)³,

¹ TK 2005/06, 30 300 XIII, nr. 29.

² Fusie van inspecties op het terrein van het ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.

³ Fusie van inspecties op het terrein van het ministerie van Justitie, later Veiligheid en Justitie en recent weer Justitie en Veiligheid.

de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (ISZW)⁴ en de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT).⁵ Tegelijkertijd is sprake van groei van het aantal inspecties en autoriteiten. De afgelopen tien jaar zagen bijvoorbeeld de Autoriteit Consument en Markt⁶, de Nederlandse Zorgautoriteit, de Kansspelautoriteit, de Autoriteit Persoonsgegevens en de Nederlandse Emissieautoriteit het licht. Hoewel geen objectieve gegevens beschikbaar zijn, wordt algemeen aangenomen dat het aantal organisaties met een toezichtstaak is toegenomen. Sommigen gebruiken hiervoor wel de metafoor van zelfrijzend toezicht. Hoewel de daarin opgenomen kwalificatie sterk overdreven moet worden geacht, is er wel degelijk sprake van een trend. Toezicht is in die zin een reflectie van een maatschappelijke verandering die coördinatiemechanismen die voorheen binnen de hiërarchie van de overheidsorganisatie besloten lagen, verplaatst naar specifiek daarvoor toegeruste toezichtsarrangementen. Die verandering wordt veroorzaakt door verzelfstandiging en privatisering van overheidstaken en het meer in algemene zin zoeken naar samenwerking tussen overheid, markt en samenleving voor zaken met een publiek belang. Daarnaast speelt een rol de toegenomen inzet op controle en verantwoording die algemeen in de steeds complexere Westerse samenlevingen aan de orde is en zeker in het bijzonder in ons land van groot belang lijkt te zijn. Toezicht is daarbij ook vaak complementair aan een ander fenomeen dat zich in onze ‘regulatory state’ voordoet: de verschuiving van gedetailleerde normstelling in regelgeving naar open normering en een verschuiving van precieze normstelling aan de voorkant naar controle en verantwoording aan de achterkant. In die zin speelt toezicht ook een belangrijke rol in de verhouding tussen de formele normstellende regelgever die op afstand komt te staan en het uitvoerende bestuur dat meer ruimte krijgt. Die ruimte wordt vervolgens door het uitvoerende bestuur of door de sector zelf ingevuld met andersoortige eisen, zoals prestatievoorschriften, kwaliteitseisen en andere vormen van zelfregulering. De verantwoording over de invulling van die eisen achteraf neemt daarbij een hoge vlucht.

Op dit moment zijn er in ons land tientallen inspecties en autoriteiten. In een overzicht uit 2015 komen Mertens, Muller en Winter tot een veertigtal, maar dat overzicht lijkt niet volledig (en is bovendien ook zeker niet meer actueel).⁷ Duidelijk is dat afzonderlijke inspecties en autoriteiten hun eigen geschiedenis hebben. Het is niet eenvoudig daarin algemene lijnen, behalve de hierboven zeer grof gedeuide ontwikkelingen, te ontwaren. Tussen de verschillende toezichtsorganisaties bestaan grote verschillen als het gaat om hun achtergrond en ontstaansgeschiedenis. Tegelijkertijd hebben ze vrijwel allemaal met dezelfde opgaven en dilemma’s te maken die we hierna in het stuk nader aanduiden. In onderstaand

4 Fusie van inspecties op het terrein van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

5 Fusie van inspecties op het terrein van het ministerie van Infrastructuur en Milieu, later I&W en (deels) BZK.

6 Een fusie van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de OPTA en de Consumentenautoriteit uit 2013.

7 Mertens, Muller en Winter 2015.

schema is een overzicht opgenomen van een aantal belangrijke rijksinspecties en autoriteiten.

Agentschap Telecom (ministerie van Economische Zaken en Klimaat): houdt toezicht op onder andere het veilig gebruik van de ether, controleert het gebruik van radiofrequenties en treedt op tegen radiopiraten.

Autoriteit Consument en Markt (ZBO; ministerie van Economische Zaken): houdt mededingingstoezicht. Treedt op tegen kartelvorming en controleert fusies en overnames. Houdt zich ook bezig met consumentenbescherming tegen oneerlijke handelspraktijken en oefent toezicht uit op onder andere de energie- en postsector.

Autoriteit Financiële Markten (ZBO; ministerie van Financiën): houdt gedragstoezicht op de ondernemingen op financiële markten.

Autoriteit Nucleaire Veiligheid en Stralingsbescherming (ZBO; ministerie van Infrastructuur en Waterstaat): houdt toezicht op de veiligheid van de nucleaire sector in Nederland.

Autoriteit Persoonsgegevens (ZBO; ministerie van Justitie en Veiligheid): houdt toezicht op de bescherming van persoonsgegevens conform de Algemene Verordening Gegevensbescherming.

Belastingdienst (ministerie van Financiën): uitvoeringsorganisatie én toezichthouder op de naleving van belastingregelgeving door belastingplichtige personen en ondernemingen en de correcte toekenning van toeslagen.

Bureau Financieel Toezicht (ministerie van Justitie en Veiligheid): toezichthouder op de vrije juridische beroepsbeoefenaren, zoals notarissen, gerechtsdeurwaarders en belastingadviseurs.

Commissariaat voor de Media (ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap): houdt toezicht op de naleving van de Mediawet en draagt bij aan informatievrijheid en onafhankelijkheid van media.

De Nederlandsche Bank (NV; ministerie van Financiën): houdt prudentieel toezicht op financiële markten in nauwe samenwerking met de Europese Centrale Bank.

Erfgoedinspectie (ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap): houdt toezicht op organisaties die zich bezighouden met monumentenbehoud, het beheer van de rijkscollectie, zoals schilderijen en boeken, en de digitale archieven van de overheid.

Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport): bewaakt de veiligheid en kwaliteit van de zorg, farmacie en hulpmiddelen, en de jeugdbescherming.

Inspectie Leefomgeving en Transport (ministerie van Infrastructuur en Waterstaat): de toezichthouder voor onder andere de transportsector, openbaar vervoer, leefomgeving en milieu, en de Autoriteit Woningcorporaties.

Inspectie van het Onderwijs (ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap): toezicht op de kwaliteit van het onderwijs.

Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid): houdt toezicht op veilige arbeidsomstandigheden, schijnconstructies en eerlijke betaling, en de uitvoering van het socialezekerheidsstelsel.

Inspectie Justitie en Veiligheid (ministerie van Justitie en Veiligheid): houdt onder andere toezicht op het functioneren van de politie en penitentiaire inrichtingen.

Kansspelautoriteit (ZBO; ministerie van Justitie en Veiligheid): bestrijdt illegale kansspelen, coördineert de preventie van gokverslaving en reguleert het aanbod van kansspelen.

Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit): de kwaliteitsbewaker van voedsel en consumentenproducten en toezichthouder op de visserij en agrarische sector.

Nederlandse Zorgautoriteit (ZBO; ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport): houdt toezicht op de toegankelijkheid en kostenbeheersing in de zorg, zowel op zorgaanbieders als verzekeraars.

Rijksdienst voor het Wegverkeer (ZBO; ministerie van Infrastructuur en Waterstaat): Toelating van voertuigen en voertuigonderdelen op de Nederlandse en Europese markt; toezichthouder op erkende bedrijven en op de technische staat van voertuigen

Staattoezicht op de Mijnen (ministerie van Economische Zaken en Klimaat): houdt toezicht op de delfstoffenwinning in Nederland.

Naast de landelijke inspecties en markttoezichthouders zijn er departementale toezichthouders, die alleen toezicht houden op departementale diensten, zoals de Inspectie Ontwikkelingssamenwerking en Beleidsevaluatie. Op regionaal niveau zijn Omgevingsdiensten verantwoordelijk voor toezicht op de naleving van milieuwetgeving en het Besluit Risico's Zware Ongevallen. Op lokaal niveau is er toezicht door gemeenten op de naleving van lokale vergunningsvoorschriften.

11.3 Onderscheid tussen inspecties en autoriteiten

Inmiddels is al een aantal keren gesproken over inspecties en autoriteiten en het hierboven opgenomen overzicht geeft voorbeelden van beide categorieën. Hoewel het onderscheid tussen inspecties en autoriteiten niet altijd scherp is gehanteerd bij de oprichting van die organisaties, geeft het wel enig houvast om het terrein af te bakenen. De Inspectieraad – het samenwerkingsverband tussen de rijksinspecties – heeft in 2013 het initiatief genomen om een aantal begrippen op het terrein af te bakenen, zo ook deze begrippen. Rijksinspecties – ook wel rijksinspectiediensten – zijn volgens dat Begrippenkader Rijksinspecties de toezichthoudende organisaties die direct onder ministeriële verantwoordelijkheid vallen en die zich hebben verenigd in de Inspectieraad.⁸ Deze inspecties houden toezicht op activiteiten die zich hoofdzakelijk afspelen in het publieke

⁸ Velders en Brunia 2013.

domein. Voorbeelden daarvan zijn de Inspectie van het Onderwijs en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ). Autoriteiten zijn daarvan te onderscheiden doordat ze toezicht houden op activiteiten op de markt. Markttoezichthouders zijn – met uitzondering van De Nederlandsche Bank, dat een NV is – allemaal zelfstandige bestuursorganen anders dan de rijksinspecties die onderdeel van een departement zijn. Dat de begrippen bij de oprichting van toezichtsorganisaties niet consequent zijn gehanteerd blijkt bijvoorbeeld uit de recent ontstane NVWA die toezicht houdt op de markt (voedselveiligheid, productveiligheid etc.), maar ook verantwoordelijk is voor het keuren van producten ten behoeve van de export en tegelijkertijd toch geen zelfstandig bestuursorgaan is, maar als agentschap onderdeel is van het ministerie van LNV. Datzelfde geldt ook voor de Autoriteit Woningcorporaties, die toezicht houdt op woningcorporaties en dat als agentschap onderdeel is van het ministerie van BZK en organisatorisch is ondergebracht bij de Inspectie Leefomgeving en Transport.

11.4 Decentrale overheden en Europa

Tot dusverre is het beeld nog betrekkelijk overzichtelijk, maar het wordt complexer zodra ook het toezicht door gemeenten en provincies en het toezicht door de Europese Unie in de beschouwing wordt betrokken. Het gemeentelijke toezicht speelt zich op veel terreinen af. Van oudsher is sprake van toezicht op de naleving van voorschriften in het fysieke domein en op het terrein van openbare orde en veiligheid. Denk aan de klassieke rol van het bouw- en woningtoezicht, maar ook aan het toezicht dat door de burgemeester wordt uitgeoefend op de openbare orde (zoals toezicht op de naleving van de Opiumwet en de Algemene Plaatselijke Verordening). Het milieutoezicht dat van oudsher en nog steeds berust bij het bevoegd gezag (college van BenW en GS) is op decentraal niveau inmiddels organisatorisch ondergebracht bij Omgevingsdiensten of Regionale Uitvoeringsdiensten waar provincies en gemeenten hun ambtelijke capaciteit hebben geconcentreerd in een streven naar vergroting van de kwaliteit en de onafhankelijkheid van datzelfde bevoegd gezag. Gemeenten hebben er sinds de decentralisaties op het sociaal domein een aantal belangrijke toezichtstaken bijgekregen. Uit recent onderzoek blijkt dat de ontwikkeling van die toezichtstaken bij gemeenten tot nu toe nog niet de hoogste prioriteit heeft gehad.⁹

Ook op Europees niveau heeft het toezicht zich de afgelopen jaren snel ontwikkeld. Het toezicht op financiële instellingen is onderverdeeld in toezicht op verzekeraars en pensioenfondsen (European Insurance and Occupational Pensionfunds Authority, EIOPA), toezicht op effectenmarkten (European Securities and Markets Authority, ESMA) en het toezicht op banken (door de European Banking Authority, EBA en de Europese Centrale Bank, ECB). De verhouding tussen Europees toezicht en het toezicht door de lidstaten wordt bepaald door de

9 Winter & Mein 2017.

omvang van de onder toezicht gestelde instellingen. Zo is de ECB bevoegd voor het toezicht op significante (grote) banken – hetgeen in overleg met de lidstaten wordt bepaald. En overigens speelt ‘Europa’ soms een rol in tweedelijns toezicht door te controleren of de nationale toezichthouders hun werk in voldoende mate en op adequaat niveau verrichten. In de dieselgate-affaire bleek dat dit toezicht in sommige gevallen slechts op papier werd uitgeoefend. In reactie op die affaire stuurden de Europese Commissie en het Europees Parlement aanvankelijk aan op een duidelijke Europese rol bij het toezicht op autokeuringen. Later werd duidelijk dat een Europese toezichthouder op autokeuringsinstanties er toch niet zou komen.

De rol van Europa is hoofdzakelijk beperkt tot normstelling waarmee toezichthouders op het niveau van de lidstaten rekening hebben te houden. Die normstelling concentreert zich op de terreinen waaraan de Europese regelgever vanuit het oogpunt van de realisatie van de vrijheden (personen, goederen, diensten en kapitaal) prioriteit hecht. Het betreft dan onder meer normen op het terrein van mededinging, productveiligheid en de stabiliteit van financiële markten.

11.5 Wettelijke grondslagen

Toezichthouders hebben een grondslag nodig voor hun handelen, die is neergelegd in een wettelijk voorschrift. Wanneer het gaat om autoriteiten die zelfstandig bestuursorgaan zijn, is een wettelijke regeling van de organisatie zelf vereist. Europese eisen stellen daarbij op sommige terreinen beperkingen aan de mate waarin de toezichthouder mag worden beïnvloed door het bestuursorgaan, zoals op het terrein van het toezicht op de energiemarkt, de privacy en de mededinging.¹⁰

Volgens een bekende definitie is toezicht houden het verzamelen van informatie over de normnaleving, het beoordelen van de normnaleving en het desgewenst op basis daarvan plegen van een interventie.¹¹ Het is de vraag of deze klassieke definitie van toezicht nog volstaat. Hierna gaan we onder 6 in op de verschuiving van normnaleving naar probleemoplossing, die voor het optreden van inspecties en autoriteiten van toenemend belang lijkt te zijn. Wat daar ook van zij: de toezichthouder heeft altijd informatie nodig om te kunnen handelen en voor het verzamelen van informatie dient hij over een wettelijke grondslag te beschikken. In hoofdstuk 5, titel 5.1, van de Algemene wet bestuursrecht is de algemene bevoegdheid van een toezichthouder voor het verzamelen van informatie neergelegd. Iemand die is benoemd als toezichthouder beschikt over de in titel 5.2 Algemene wet bestuursrecht opgesomde bevoegdheden, waaronder de bevoegdheid tot:

¹⁰ Ottow en Lavrijssen 2011; Ottow 2010.

¹¹ De Ridder 1988; minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties (Tweede Kaderstellende Visie op Toezicht) 2005.

- het betreden van plaatsen, met medeneming van de benodigde apparatuur, met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner (art. 5:15 Awb);
- het vorderen van inlichtingen (art. 5:16 Awb);
- het vorderen van inzage van een identiteitsbewijs (art. 5:16a Awb);
- vorderen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:17 Awb);
- het nemen van monsters (art. 5:18 Awb);
- het onderzoeken van vervoermiddelen (art. 5:19 Awb).

De Awb geeft een algemene regeling, hetgeen betekent dat wanneer een toezichthouder wordt aangewezen hij over de in die wet neergelegde bevoegdheden beschikt. In uitzondering daarop bepaalt art. 5:14 Awb dat bij het wettelijk voorschrift of het besluit dat de toezichthouder als zodanig aanwijst, de aan de toezichthouder toekomende bevoegdheden kunnen worden beperkt. Op dezelfde wijze kunnen in de bijzondere wet aanvullende bevoegdheden worden toegekend.

Voor het houden van toezicht en het uitoefenen van zijn toezichtbevoegdheden is een toezichthouder aan een aantal randvoorwaarden gebonden. Een bekende eis is het uitspreken van de cautie, die is verbonden aan het zwijgrecht waarop een verdachte van een strafbaar feit zich mag beroepen. Een toezichthouder moet degene die wordt verhoord met het oog op een aan hem mogelijk op te leggen bestraffende sanctie, erop wijzen dat hij niet verplicht is tot antwoorden (art. 5:10a Awb).

Een toezichthouder kan alleen dan op basis van de vaststelling van geheel of gedeeltelijk ontbrekende normnaleving overgaan tot een interventie wanneer hij over een bevoegdheid daartoe beschikt. De handhavinginstrumenten waarover de meeste toezichthouders beschikken zijn de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuursrechtelijke boete. Het arsenaal aan toezichtinstrumenten dat inspecties en autoriteiten daarnaast ook nog kunnen inzetten is zeer gevarieerd en omvat instrumenten als de waarschuwing, de aanwijzing, de schorsing, de intrekking en de publicatie. Toezichthouders die toezien op beroepsgroepen, kunnen daarnaast ook klachten voordragen bij tuchtcolleges. Tot slot kunnen toezichthouders vermoedens van strafbare feiten melden bij het openbaar ministerie en daarmee afstemmen of strafrechtelijk onderzoek gewenst is.

11.6 Taak en positie van inspecties en autoriteiten in de rechtsstaat

11.6.1 VERSCHUIVING VAN HANDHAVING NAAR PROBLEEMOPLOSSING

De taak van toezichthouders wordt vaak opgevat als het controleren en doen naleven van wet- en regelgeving door middel van handhaving. Deze taak is in een rechtsstaat cruciaal, om te waarborgen dat beleid en wetgeving ook wordt uitge-

voerd en nageleefd zoals bedoeld. Toezicht is daarmee een onmisbare schakel in de beleidscyclus. Zonder toezicht op de naleving van regelgeving, zijn wet- en regelgeving slechts op papier van betekenis. De onafhankelijke handhaving van wetgeving is daarom een van de pijlers van de rechtsstaat.

Om verschillende redenen heeft zich de afgelopen jaren een verschuiving en verbreding voorgedaan van de functie-opvatting van toezichthouders. In de eerste plaats noopt de maatschappelijke complexiteit en dynamiek tot een bredere opvatting van de taak van de toezichthouder dan alleen het controleren van de naleving van bestaande wetgeving. Soms doen zich nieuwe problemen en risico's voor, waarbij een rol voor de toezichthouder gewenst is. Een bredere definitie van toezicht is "wettelijk gelegitimeerde beïnvloeding van bepaalde aspecten van het gedrag van een rechtspersoon ten einde een maatschappelijk gewenst handelingspatroon beter te bereiken"¹² – waarbij moet worden aangetekend dat toezicht zich ook vaak op beroepsbeoefenaren richt zonder dat sprake is van rechtspersoonlijkheid. Het 'maatschappelijk gewenste handelingspatroon' staat in grote lijnen in de wet omschreven, maar toezichthouders hebben ook een eigen verantwoordelijkheid bij het definiëren hiervan. Steeds minder vaak biedt het naleven van wet- en regelgeving voldoende garantie voor het uitblijven van schade: in onze complexe, dynamische samenleving zijn de risico's daarvoor te onvoorspelbaar en doen zich steeds nieuwe, onvoorziene ontwikkelingen voor bij de uitvoering van beleid. Ook gaapt vaak een kloof tussen gedrag dat naar de letter van de wet correct is, maar dat toch indruist tegen de geest van de wet of maatschappelijke normen.

Het is daarom tegenwoordig gebruikelijk om toezicht een eigenstandige maatschappelijke functie en verantwoordelijkheid toe te kennen. Toezicht is dan – in de woorden van de WRR – meer dan een 'verlengstuk van beleid'.¹³ "Een toezichthouder dient voorbij de grenzen van wet- en regelgeving te kijken, op zoek naar risico's en bedreigingen voor het systeem waarop de overheid toezicht houdt", aldus de WRR in haar gezaghebbende rapport "Toezien op publieke belangen".¹⁴ De WRR formuleert dan ook als kerntaak voor toezichthouders: het waarborgen van de publieke belangen. Die publieke belangen zijn de 'hoger liggende doelen' van wet- en regelgeving. Die belangen vloeien voort uit wetgeving, maar vallen daar niet automatisch mee samen. Gerichtheid op publieke belangen brengt volgens de WRR met zich mee dat de focus verschuift van de resultaten van toezicht – bijvoorbeeld aantallen inspecties, boetes en interventies – naar de maatschappelijke waarde van toezicht – de uitkomsten ervan voor publieke belangen en de preventie van schade. Toezichthouders moeten zich vaker de vraag stellen of met de naleving van regelgeving ook de achterliggende waarden – zoals veiligheid en betrouwbaarheid – zijn geborgd. Dat vraagt een meer reflectieve, analytische benadering

¹² Mertens 2006, p.266.

¹³ WRR 2013.

¹⁴ WRR 2013, p. 106.

van maatschappelijke ontwikkelingen en risico's, waarbij nalevingstoezicht slechts een van de onderdelen is. Toezichthouders moeten niet alleen controleren, maar ook signaleren en agenderen: "en reflectieve toezichthouder agendeert, spiegelt en voedt actief het publieke debat over 'de staat van de sector'", zo stelt de WRR.¹⁵

Een tweede ontwikkeling is dat toezicht zich minder richt op controle van de naleving van objectief meetbare normen, en meer op kwaliteit van dienstverlening door semipublieke instellingen. Met de opkomst van het neoliberale model als centraal uitgangspunt van onze maatschappij, zijn vele publieke taken geprivatiseerd en is marktwerking geïntroduceerd in steeds meer sectoren waarin voorheen publieke dienstverleners actief waren. Volkshuisvesting; re-integratie van werkzoekenden of gedetineerden; thuis- en jeugdzorg; en kinderopvang, worden in toenemende mate aangeboden door semipublieke dienstverleners en door de overheid ingekocht via prestatiecontracten, of zelfs volledig aan de markt overgelaten. Dat is gepaard gegaan met een toename aan kwaliteitsnormen, veldnormen, en financiële verantwoordingsinstrumenten, waar inspectie en marktautoriteiten weer op toezien. Ook doen private investeerders hun intrede in sectoren die voorheen met publieke middelen werden gefinancierd. De stabiliteit van de Nederlandse economie en de kwaliteit van de bestaande publieke diensten, maken dat de Nederlandse semipublieke sector, zoals de zorg en sociale woningbouw, aantrekkelijk zijn geworden voor private investeerders. Daarmee ontstaat in deze sectoren meer dan voorheen een prikkel om niet alleen het publieke belang, maar ook het belang van het voortbestaan of de winstgevendheid van de organisatie mee te wegen. Hoewel de bedoeling van marktwerking in de meeste gevallen is concurrentie om kwaliteit te introduceren in combinatie met het bevorderen van efficiëntie, krijgt in de praktijk de kostenreductie soms de overhand, ten koste van de kwaliteit. Het belang van kwaliteitstoezicht om publieke belangen te borgen die met de dienstverlening zijn gemoeid, wordt dan ook groter.

In de derde plaats is de functie van toezicht de afgelopen jaren verschoven van uitsluitend controle op de naleving achteraf, naar een mix waarin ook voor de preventie van overtredingen, het bevorderen van 'spontane' naleving (compliance), het bevorderen van zelfregulering en kwaliteitsborging een belangrijke rol is weggelegd. Toezicht verschuift van het controleren van gedrag op de werkvloer, naar het controleren van kwaliteitsborgingssystemen, managementinformatiesystemen en veiligheidssystemen. Toename van informatisering en technologische ontwikkelingen maken het mogelijk om informatie uit te lezen waar vroeger ter plaatse moest worden gecontroleerd. Toezicht wordt 'systeemtoezicht' of meta-toezicht. Inspecties en markttoezichthouders ontplooiën daarnaast allerlei activiteiten die zich richten op de bevordering van de min of meer vrijwillige naleving door organisaties, zoals voorlichting om kennis en begrip van regelgeving bij onder toezicht gestelden te bevorderen, of het bewust maken van consumenten en burgers zodat

¹⁵ WRR 2013, p. 15.

zij risicovolle producten en aanbieders uit de weg gaan. Preventief toezicht brengt tot slot aandacht met zich mee voor de besluitvormingsprocessen in organisaties en de bestuurscultuur. Zo richten AFM en DNB zich op de ‘boardroom dynamics’ binnen financiële instellingen, en vindt bestuurderstoetsing plaats van de integriteit en het risicoprofiel van bestuurders. Ook bestuurders en interne toezicht-houders van woningcorporaties moeten sinds juli 2015 vooraf getoetst worden op het geschiktheid en integriteit. De Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, en de Nederlandse Zorgautoriteit, houden toezicht op ‘Goed Bestuur’ binnen instellingen.¹⁶ Ook bij de Onderwijsinspectie maakt toezicht op governance binnen de instellingen en het interne toezicht deel uit van het toezichtsarrangement. Verschillende inspecties stellen dat hun toezicht zich richt op het versterken van het lerend vermogen van de organisaties waar zij toezicht op houden.¹⁷ Door deze verschuiving van aandacht is het aannemelijk dat overtredingen vaker worden voorkomen. Het is echter heel moeilijk dat zichtbaar en meetbaar te maken. Zo levert de bredere functie van toezichtsinstanties – van controle op de naleving en handhaving, naar problemen oplossen, preventie van risico’s, kwaliteitsverbetering, en het bevorderen van leervermogen van onder toezicht gestelde, een aantal dilemma’s en knelpunten op met betrekking tot verantwoording, waarop we in de volgende paragraaf nader zullen ingaan.

Het ‘systeemtoezicht’ of ‘horizontaal toezicht’ is niet van kritiek ontbloot. Onderzoek uit 2009 liet zien dat de introductie daarvan niet eenvoudig zou zijn en evenmin zouden besparingen vanzelfsprekend zijn.¹⁸ De Belastingdienst werkt sinds 2005 op die manier ter bevordering van de kwaliteit van aangiften bij het midden- en kleinbedrijf en bij grote ondernemingen. Samenwerking en vertrouwen zijn daarbij sleutelbegrippen. Naar aanleiding van kritiek daarop adviseerde de commissie-Stevens in 2012... ‘dat het vooral op intuïtie gebaseerde (...) thans dringend aanvulling behoeft van rationele sturing op basis van valide empirische informatie. Vertrouwen alleen is een te broze basis. Het gaat om gerechtvaardigd vertrouwen. Vertrouwen dat ook in volledig transparante verhoudingen overeind blijft’.¹⁹ Ook in het milieutoezicht en productveiligheidstoezicht zijn diverse voorbeelden te vinden van ongerechtvaardigd vertrouwen van toezicht-houders in certificaten en ketens, zoals onder andere duidelijk werd in de crises rondom tankopslag Odfjell en rondom Fipronil in eieren. In beide gevallen bleken certificaten en keten-controle niet te voorkomen dat ernstige overtredingen plaatsvonden.

¹⁶ www.igj.nl/onderwerpen/goed-bestuur.

¹⁷ Onder andere Inspectie Justitie en Veiligheid, koers 2020, Toezicht dat er toe doet, file:///C:/Users/erp00010/AppData/Local/Google/Chrome/Downloads/Toezicht+dat+ertoe+doet+%2528Folder%2529.pdf.

¹⁸ Helderman en Honingh 2009.

¹⁹ Commissie Horizontaal Toezicht Belastingdienst, Fiscaal toezicht op maat. Soepel waar het kan, streng waar het moet, 2012, p.5.

11.6.2 ONAFHANKELIJKHEID VAN TOEZICHTHOUDERS

Onafhankelijkheid van toezicht is een van de kernwaarden in het toezicht. Die onafhankelijkheid kent verschillende aspecten. Toezichhouders moeten in de eerste plaats onafhankelijk opereren van de politiek. Ten tweede moeten ze optreden in het publieke belang, zonder zich te laten leiden door hun persoonlijke belang, het belang van de organisatie, of belangen van de sector waarop ze toezicht houden of delen daarvan. Onafhankelijkheid heeft ook een professionele kant: toezichhouders moeten objectief, onpartijdig, en integer zijn, en opereren op basis van objectieve kennis en expertise. De organisatie moet zo zijn ingericht dat benoemingsprocedures, interne besluitvorming en intern toezicht, en het integriteitsbeleid de onafhankelijkheid waarborgen. Zo zijn bij marktautoriteiten ‘Chinese muren’ ingericht om een functiescheiding aan te brengen tussen de onderzoeksafdelingen die overtredingen vaststellen, en de afdeling juridische zaken die over handhaving beslist.²⁰ Integriteitsbeleid heeft betrekking op belangenverstrengeling, en op zorgvuldig, correct en evenredig optreden en bejegenen van alle bij het toezicht betrokken partijen. Hoewel er diverse incidenten zijn geweest met betrekking tot integriteit van toezichhouders, waarbij de schijn van belangenverstrengeling niet kon worden vermeden of waarbij gedrag van individuele toezichhouders aanleiding gaf tot vragen over integriteit, is opvallend dat er in het beleid en de verantwoording van toezichhouders weinig systematisch aandacht lijkt te worden besteed aan de integriteit van toezichhouders. De NVWA heeft recent integriteitsbeleid geëxpliciteerd en ook openbaar gemaakt, maar dit lijkt een uitzondering. Integriteit is niet systematisch een punt van aandacht in de jaarverslagen of externe verantwoording van de meeste Nederlandse toezichhouders. Desondanks zijn in het Nederlandse publieke toezicht nauwelijks integriteitsschendingen bekend, zoals dat op gezette tijden wel het geval is bij politie, douane en openbaar ministerie.

In de literatuur over onafhankelijkheid van toezicht wordt een onderscheid gemaakt tussen formele en feitelijke onafhankelijkheid van politieke beïnvloeding. Formele onafhankelijkheid betekent dat besluiten van toezichhouders niet worden beïnvloed door de politiek.²¹ Maar formele onafhankelijkheid betekent nog geen feitelijke onafhankelijkheid. Achter de schermen kan op diverse wijzen politieke invloed worden uitgeoefend.²² Formele, juridische onafhankelijkheid is slechts één van de factoren die de feitelijke onafhankelijkheid bepalen: er zijn meer instrumenten om autonomie voor toezichhouders te creëren, zoals leiderschap, expertise, bekostigingsstructuur en financiële middelen, en de keuze van het management.²³ Benoemingen van inspecteurs-generaal en directieleden van markttoezichhouders zijn in Nederland over het algemeen a-politiek en gebaseerd op expertise. Ook meer impliciete factoren zoals de reputatie, het gezag, de

20 Daalder 2011.

21 Gilardi & Magetti 2011.

22 Hanretty & Koop 2013.

23 Hanretty & Koop 2013.

autoriteit, en de maatschappelijke legitimiteit van een toezichthoudende organisatie én de voorzitter of inspecteur-generaal, maken een toezichthouder minder vatbaar voor politieke beïnvloeding.

Anderzijds betekent formele onafhankelijkheid niet dat toezichthouders in volledig isolement van ministeriele verantwoordelijkheid en politieke beïnvloeding zouden moeten optreden. De onafhankelijkheid betreft in ieder geval de besluitvorming over individuele gevallen, waarbij geen politieke beïnvloeding mag bestaan. Onafhankelijkheid is echter niet absoluut en het toezicht is gebaat bij een goede werkrelatie tussen departement en de toezichthouder. Ook is in het licht van het ontbreken van directe democratische verantwoording, een vorm van verantwoording naar de politiek wenselijk. Inspecties zijn onderdeel van een departement, toezichtsautoriteiten zijn veelal zelfstandige bestuursorganen en staan als zodanig op grotere afstand van het departement, vaak omdat zij ook regulerende taken hebben. Maar ook zij hebben een sturingsrelatie met het departement, vastgelegd in een convenant met afspraken tussen het beleidsdepartement en de toezichthouder over de wederzijdse sturingsrelatie, uitwisseling van informatie, en de financiële stromen. Zonder dat dit nader kan worden gepreciseerd, geldt over het algemeen dat een ‘arm’s length’ relatie wenselijk wordt geacht.²⁴ Het is dan ook niet ongebruikelijk en ook niet onwenselijk dat hoofdlijnen van het toezichtsbeleid met het moederdepartement wordt afgestemd, zoals de strategie, gekozen prioriteiten, en het handhavingsbeleid worden afgestemd. Hoewel geen duidelijke richtlijnen bestaan voor de werkwijze en intensiteit van die relatie, is een goed uitgangspunt dat politieke en beleidsmatige sturing zich idealiter zou moeten afspelen binnen de kaders van de plannings- en controlecyclus, waarbij toezichthouders verantwoording afleggen over hun jaarplannen, prioritering en jaarverslagen. In de praktijk is departementale sturing echter niet zelden meer incidentgericht en ad hoc dan in een sturingsconvenant is vastgelegd. Opvallend is ook dat in de praktijk toezichthouders veelal door de politiek ter verantwoording worden geroepen naar aanleiding van incidenten, terwijl er voor hun beleidsplannen en strategie veel minder belangstelling bestaat. Juist wanneer de taak van toezichthouders zich verbreedt van toezien op de naleving van wetgeving, naar de preventie van risico’s en het realiseren van publieke belangen, is een goede balans van belang tussen afstemming met politieke opdrachtgevers en verantwoording over strategie en prioritering, en onafhankelijke oordeelsvorming en besluitvorming over risico’s en interventies.

Over de relatie tussen de rijksinspecties en de ‘moederdepartementen’ op onderdelen als de formele relatie tussen het departement en de inspectie, de relatie tussen toezichthoudende en uitvoerende taken, de informatievoorziening op reguliere basis aan het departement en op incidentele basis aan de minister, inclusief de mogelijkheid van de minister tot het geven van een reactie voordat

²⁴ IMF 2010.

een toezichtsrapport openbaar wordt gemaakt, verscheen in 2015 een regeling van de minister-president. Daarin zijn ook regels gesteld over de door de minister te hanteren aanwijzingsbevoegdheid.²⁵ Het belang van de aanwijzingen is gelegen in het geven van ruimte aan de inspecties om zonder bemoeienis van een minister op basis van hun deskundigheid informatie te verzamelen, een oordeel te vormen, te adviseren en te rapporteren. Dat geeft een zekere waarborg van onafhankelijkheid, niet in staatsrechtelijke zin, maar wel in de praktijk van alledag waarin inspecties ruimte nodig hebben om te kunnen functioneren. De minister kan geen instructies geven over de wijze waarop een onderzoek wordt uitgevoerd, noch over de bevindingen die daaruit voortvloeien, of de oordelen of de adviezen waartoe die leiden. De aanwijzingen zijn tot stand gekomen naar aanleiding van het onderzoek van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid over de aardbevingsrisico's in Groningen, maar zijn onder meer ook te zien als een reactie op het eerder aangehaalde rapport van de WRR uit 2013. Interessant in dit opzicht is ook dat de in de Inspectieraad verzamelde rijksinspecties hebben aangegeven verschillende onderwerpen verder uit te willen werken, zoals de signalerende en agenderende functies van de toezichthouders, waarvoor de WRR in zijn rapport ook al aandacht vroeg.

Naast onafhankelijkheid van politieke beïnvloeding, is onafhankelijkheid van de gereguleerde sector en daarbinnen de onder toezicht staande ondernemingen van het grootste belang. Het gevaar van 'capture' – beïnvloeding van de besluitvorming van toezichthouders ten gunste van specifieke belangen, door overmatige verwevenheid met de sector ligt voortdurend op de loer.²⁶ Ook in de relatie met onder toezicht gestelden moet een toezichthouder daarom de balans tussen samenwerking met de sector, en onpartijdigheid steeds bewaken. In een klein land als Nederland, met een traditie van overleg en samenwerking tussen overheid en bedrijfsleven, en een relatief kleine arbeidsmarkt, is dat van bijzonder belang. De meest rechtstreekse vorm van verwevenheid is personele verwevenheid, waarbij toezichthouders na hun carrière in publieke dienst een betrekking aanvaarden bij voorheen onder hun toezicht staande ondernemingen, en vice versa – met het risico dat dit vooruitzicht hen minder objectief maakt bij het beoordelen van ondernemingen. Voor dergelijke 'revolving doors' zijn in Nederland geen sterke aanwijzingen. Sommige toezichthouders hebben juist moeite om gespecialiseerd personeel te werven dat voldoende kennis heeft van de sector: vanzelfsprekend is het van belang dat bij de Autoriteit Financiële Markten, de Kansspelautoriteit, en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd professionals werken met kennis van financiële markten; kansspelen; en zorg. Enige mate van personele verwevenheid komt daarom de kwaliteit van het toezicht juist ten goede, mits voldoende waarborgen worden ingebouwd voor onafhankelijke besluitvorming.

²⁵ Regeling van de minister-president, minister van Algemene Zaken van 30 september 2015, nr. 3151041, houdende de vaststelling van de Aanwijzingen inzake de rijksinspecties.

²⁶ Markttoezichthoudersberaad 2013.

Andere vormen van ‘capture’ zijn in Nederland wel vastgesteld. In een onderzoek naar de aardbevingsrisico’s in Groningen van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid, stelt de Raad dat het Staatstoezicht op de Mijnen zich te lang (tot augustus 2012, de beving bij Huizinge) als onderdeel heeft opgesteld van het ‘gasgebouw’ bestaande uit het ministerie van Economische Zaken en de NAM, en niet opereerde als een onafhankelijke, kritische waakhond. Het ‘gasgebouw’ was een hecht samenwerkingsverband, gericht op consensus met wederzijds begrip voor en interne transparantie over elkaars belangen – een klassiek voorbeeld van collusie waarbij partijen die elkaar tegenwicht zouden moeten bieden een complementaire relatie hebben en elkaar juist bevestigen. Ook bij de Nederlandse Zorgautoriteit werd door de onafhankelijke commissie Borstlap in het verleden ongewenste verwevenheid met de zorgsector én politieke inmenging in specifieke casus vastgesteld. De Regionale Omgevingsdienst Rijnmond DCMR tot slot, werd ‘onderhandelingstoezicht’ verweten in het toezicht op de Odfjell Terminals.²⁷ Door deze affaires is het belang van onafhankelijk toezicht meer zichtbaar geworden wat inmiddels onder andere heeft geleid tot het vastleggen van de onafhankelijke positie van inspecties ten opzichte van de politiek in de reeds genoemde Aanwijzingen inzake de Rijksinspecties en in sommige gevallen ook tot een wettelijke regeling van onafhankelijkheid, zoals de Wet onafhankelijke risicobeoordeling Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit.

Onafhankelijkheid van de sector is, wederom, geen kwestie van zo min mogelijk contact. Een goede relatie met het onder toezicht gestelde veld is juist van belang voor de informatiepositie van de toezichthouder om tot een adequate prioritering van risico’s te komen. Afstemming en samenwerking met stakeholders is nodig om draagvlak voor het toezicht te realiseren en vrijwillige naleving te bevorderen. Aangezien een toezichthouder maatschappelijke effecten zelden eigenstandig zal kunnen realiseren is effectieve samenwerking van groot belang. Samenwerking kan worden gezocht met mede-toezichthouders, zowel nationaal als internationaal, maar ook met private en maatschappelijke actoren, om het krachtenveld van maatschappelijke, publieke en private actoren goed te benutten. Vanzelfsprekend moeten toezichthouders hierbij onafhankelijk blijven ten opzichte van deelbelangen en geldt ook hier het *arm’s length* principe. Kennis en expertise van toezichthouders zijn van groot belang om de onafhankelijke positie te kunnen waarmaken. Een van de risico’s van samenwerking met de sector is immers dat de toezichthouder geen onderscheid kan maken tussen professionele en effectieve zelfregulering en window-dressing, of sectorale risicoanalyses niet goed op waarde kan schatten.

27 Onderzoeksraad voor de Veiligheid 2013.

11.7 Toezicht, regulering en rechtspraak

Toezichthouders zijn – overbodig om te zeggen in een rechtsstaat – bij de uitvoering van hun taken gebonden aan de wet en kunnen door rechterlijke uitspraken in individuele gevallen ter verantwoording worden geroepen. Tegelijkertijd is een belangrijke verschuiving waar te nemen waarin in ons stelsel de toezichthouder steeds meer gaat lijken op de ‘regulator’ in het Angelsaksische model. De toezichthouder pakt die rol waar de wetgever steeds meer terugtreedt en zich soms beperkt tot het stellen van open normen. Daarbij past ook de eerder gesignaleerde maatschappelijke rol die de toezichthouder speelt bij het voorkomen van risico’s en het adequaat inspelen op trends en ontwikkelingen. Dat betekent dat toezichthouders door de wetgever gestelde normen van een nadere invulling voorzien en daar waar de wetgever niets heeft geregeld door het stellen van prioriteiten op basis van een risicoanalyse optreden. Daarmee wordt de positie van toezichthouders kwetsbaar. Het verbaast dan ook niet dat de toezichthouders die zich bij uitstek op dit vlak begeven, de AFM en de ACM, regelmatig in rechterlijke procedures worden gedaagd. Bij het in concrete gevallen definiëren van schadelijke situaties en het daartegen optreden, zoeken deze toezichthouders soms de grens op van wat nog wel bij hun taak hoort op grond van de door de wetgever gestelde (algemene) norm en het handelen in het kader van het dienen van het algemeen maatschappelijk belang. Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter ver mee gaat in het aftasten van die grenzen en toezichthouders dus de ruimte biedt om op te treden. Maar daarentegen zijn er ook concrete gevallen waarin toezichthouders door de bestuursrechter worden teruggefloten. Op zichzelf is dat niet problematisch; maar het maakt van toezichtsorganisaties steeds meer instituties van de staat in de betekenis daarvan die in deze bundel centraal staat.

Een mooi voorbeeld van het bovenstaande is de manier waarop de ACM optreedt op het terrein van afspraken die bedrijven onderling maken over duurzaamheid. Hier is een duidelijke spanning tussen een maatschappelijk gewenste ontwikkeling enerzijds en de wenselijkheid van ongestoorde mededinging anderzijds. ACM heeft op dat terrein een toezichtvisie ontwikkeld waarin een aantal uitgangspunten is geformuleerd dat in concrete gevallen wordt gehanteerd.²⁸

11.8 Functioneren, maatschappelijke meerwaarde en de rol van de wetenschap

Wat opvalt wanneer het functioneren van toezichthouders van enige afstand wordt bezien is dat toezichthouders slechts in beperkte mate verantwoording afleggen aan publiek en politiek over hun handelen. Dat verbaast des te meer

²⁸ Visiedocument mededinging en duurzaamheid, mei 2014; zie ook de beleidsregel van de minister van EZ over Mededinging en Duurzaamheid, 30 september 2016.

omdat dat hun ‘core business’ is en politiek en publiek in toenemende mate eisen stellen aan de transparantie van publieke organisaties. Wanneer die verantwoording wel wordt afgelegd gaat het niet zelden om een overzicht van de toezichtsacties, het aantal opgelegde dwangsommen en waarschuwingen, maar minder vaak om een meer algemeen beeld van de stand van zaken op een bepaald terrein. Het is niet allemaal kommer en kwel, steeds meer toezichtsorganisaties gaan over tot het publiceren van een ‘staat van’, zoals de Inspectie van het Onderwijs doet in de jaarlijkse ‘staat van het onderwijs’.

Toezichtsorganisaties publiceren dus steeds vaker, maar nog wel in beperkte mate, over hun handelen. Over de meerwaarde van dat handelen voor het toezichtsveld zijn de meeste inspecties nog behoorlijk zwijgzaam. Hoewel al langere tijd wordt gepleit voor meer inzicht in de effecten van toezicht hebben de meeste toezichthouders zich niet meer dan schoorvoetend op dat pad begeven.²⁹ In 2010 riep Winter in zijn oratie op om meer te investeren in het meten van de maatschappelijke effecten van toezicht. Deze oproep werd in 2013 nog eens herhaald door de WRR die toezichthouders aanraade om hun bijdrage aan het oplossen van maatschappelijke problemen beter inzichtelijk te maken. Effectmeting door toezichthouders vindt sporadisch plaats maar heeft nog niet geleid tot nieuwe inzichten in criteria voor goed toezicht. Het afleggen van verantwoording over die effecten wordt echter wel steevast genoemd als een van de criteria voor goed toezicht. De belangrijkste Nederlandse beleidsmatige kaders voor toezichthouders zijn neergelegd in de Kaderstellende visie op toezicht uit 2005 en de criteria voor goed toezicht van het Markttoezichthoudersberaad. De WRR publiceerde het eerdergenoemde rapport ‘Toezen op Publieke Belangen’ (2013), maar afgezien van de kabinetsreactie daarop (2014) is het algemene toezichtskader niet aangepast. Ook niet in reactie op andere bouwstenen die vanuit de wetenschap zijn aangeleverd, zoals op het terrein van criteria voor ‘goed toezicht’: de LITER-criteria van Ottow (legality, independence, transparency, effectiveness, and responsibility).³⁰

Het is opvallend dat in vergelijking met andere terreinen, de wetenschappelijke onderbouwing van toezichtsinterventies betrekkelijk zwak is en ook weinig ter discussie wordt gesteld door onder toezicht gestelden. In bijvoorbeeld het justitiële domein, de gezondheidszorg of de economie is het ingrijpen op basis van gevalideerde en objectieve kennis gebruikelijk of althans het streven; het toezicht werkt in vergelijking daarmee veel minder op basis van state of the art kennis. Zo is inmiddels in veel wetenschappelijk onderzoek, waaronder een systematische meta-analyse, vastgesteld dat de afschrikwekkende werking van sancties bij ondernemingen als zodanig beperkt is – toch blijft sanctionering de kern van het toezicht en wordt het nut van sancties niet ter discussie gesteld.³¹

29 Robben 2010, Winter 2010, Welp 2012.

30 Ottow 2015.

31 Simpson, Rorie, Alper en Schell-Busey 2014.

Ook op de theorie van responsive regulation en de handhavingspiramide van Ayres en Braithwaite die hieronder wordt besproken en die de basis vormt van de strategie van veel toezichthouders om uit te gaan van vertrouwen in de sector is in wetenschappelijke literatuur inmiddels veel kritiek gekomen, zonder dat dit tot een aanpassing heeft geleid van de toezichtstrategie.³²

Toch is er, zeker in vergelijking met het buitenland, relatief veel uitwisseling van kennis tussen toezicht en wetenschap en is er ook binnen toezichtsorganisaties een ontwikkeling waar te nemen naar een meer wetenschappelijk onderbouwde aanpak. Diverse toezichthouders hebben eigen onderzoeksafdelingen of werken samen met ‘academic partners’. Recent zijn vooral vanuit de gedragspsychologie innovaties voortgekomen uit inzichten over gebreken in informatieverwerking en besluitvorming door consumenten en bestuurders – het toezicht is zich, in reactie hierop, minder gaan richten op het informeren en meer op het beschermen van consumenten. Toezichthouders experimenteren ook en evalueren hun interventies, zoals de AFM, die de effecten onderzocht van de ‘Wild West Waarschuwing’ (U belegt buiten AFM-toezicht)³³ en de NVWA die het effect onderzocht van een op overreding gebaseerde aanpak van voedselhygiëne.³⁴ Naast deze eigen initiatieven, zijn er interdepartementale onderzoeksprogramma’s; leerstoelen; en is een wetenschapsagenda³⁵ ontwikkeld voor het toezicht, die tot doel heeft toezichtsvragen in wetenschappelijke netwerken te agenderen om meer fundamentele en vernieuwende kennis te genereren, bovenop de instrumentele kennis die vanuit inspecties en markttoezichthouders zelf wordt ontwikkeld.

Dat toezichtsorganisaties beperkt inzicht verschaffen in hun maatschappelijke meerwaarde betekent uiteraard niet dat die er niet is. Daarbij moet ook worden gewezen op de investering die toezichthouders de afgelopen decennia hebben gedaan in het ontwikkelen van hun toezichtsbeleid. Waar dat nog niet zo heel lang geleden betrekkelijk pragmatisch vorm kreeg en vooral door individuele toezichthouders tot stand werd gebracht, hebben vrijwel alle toezichtsorganisaties tegenwoordig een toezichtsstrategie, waarin ze verduidelijken hoe ze toezicht op de naleving houden en welke prioriteiten ze daarbij stellen. Behalve een nalevingsstrategie onderscheiden de meeste toezichtsorganisaties ook een sanctiestrategie waarin ze expliciteren op welke wijze ze normafwijkend gedrag wensen te bestrijden. Ook de duidelijkheid over de rol van juridische instrumenten (de hiervoor genoemde dwangsom en de bestuurlijke boete) en de plaats in die sanctiestrategie van andere vormen van beïnvloeding (zoals publicatie of informeel overleg) wordt steeds groter. Veel toezichtsorganisaties werken volgens de theorie van de ‘responsive regulation’ van Ayres en Braithwaite, een benadering waarin de toezichthouder stapsgewijs escaleert richting meer ingrijpende interventies om naleving af te dwingen, ook wel afgebeeld in de vorm van een handhavingspiramide. De

32 Ayers & Braithwaite 1992.

33 Doi: 10.5553/TvT/187987052017008102004.

34 www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/tijdschrifttoezicht/2015/4/TvT_1879-8705_2015_006_004_003.

35 www.rijksinspecties.nl/publicaties/publicaties/2018/04/24/wetenschapsagenda-toezicht.

in deze piramide cruciale ‘top’ van het uitschakelen van een onderneming in geval van voortdurende overtreding, door het intrekken van de vergunning of het opleggen van zeer zware boetes, ontbreekt echter geregeld in het handhavingsarsenaal of in de praktijk. Daarmee wordt afbreuk gedaan aan een van de kernelementen van de handavingspiramide, ‘speaking softly while carrying a big stick’, en is de afschrikwekkende werking van het toezicht beperkter dan de theorie beoogt.

Met de vraag naar de effectiviteit van het toezicht hangt samen de discussie over te veel of te weinig toezicht. In feite is altijd sprake van een toezichtstekort; er zijn nu eenmaal te weinig toezichthouders om op alle handelingen van onder toezicht gestelden te kunnen letten. Dat is natuurlijk niet echt een probleem; was dat anders, dan zou al snel gesproken worden over een toezichtsstaat en zou de toezichtsdruk immens zijn. Om die reden prioriteren toezichthouders hun acties. Dat neemt niet weg dat op sommige terreinen sprake lijkt te zijn van een tekort. Bijvoorbeeld op het terrein van de voedselveiligheid en dierenwelzijn is dat zichtbaar geworden door een aantal ingrijpende affaires rond slachthuizen en het gebrekkige inzicht in de ‘vleesketen’. Een ander voorbeeld betreft het bouwen woningtoezicht, waarvan ook duidelijk lijkt te zijn dat het toezicht achter is gebleven, juist daar waar het bouwproces complexer is geworden en de samenhang daarbinnen regelmatig te wensen over laat (zie bijvoorbeeld de affaire rond betonvloeren Eindhoven Airport). De vraag is uiteraard welke reactie dan voor de hand ligt. Intensiever toezicht door publieke inspectiediensten is een mogelijk antwoord, maar de organisatie van privaat toezicht, zoals vorm wordt gegeven in de voorgenomen Wet kwaliteitsborging bouw, is daarvoor een ander alternatief.

11.9 Toekomstperspectief

We besluiten deze bijdrage met enkele actuele ontwikkelingen, die in de nabije toekomst nog aan betekenis zullen winnen.

In de eerste plaats wordt nationaal toezicht in toenemende mate geconfronteerd met de gevolgen van globalisering van productieprocessen en grensoverschrijdende problematiek. Nederlandse burgers krijgen vaker te maken met risico’s die zich voordoen in omliggende landen, zoals nucleaire risico’s in het grensgebied met België; typegoedkeuringen voor Volkswagens die zijn afgegeven in Duitsland; of, al wat langer geleden, IJslands toezicht op internetspaarrekeningen. Productie en risico’s globaliseren, maar het toezicht is in de meeste gevallen nog steeds nationaal. Nederlandse burgers en consumenten zijn dus deels afhankelijk van de kwaliteit van toezicht in andere landen en de zorgen over de veiligheid van de Belgische kerncentrale Tihange; de dieselfraude bij Volkswagen, en het Icesave schandaal, tonen aan dat dit soms tot problemen leidt. Steeds vaker worden bovendien diensten aangeboden die zich bewust aan nationaal toezicht

onttrekken, zoals online kansspelen, belastingconstructies, of geneesmiddelenverkoop via internet. Om in deze globaliserende, gedigitaliseerde context betekenis te houden, en lacunes in het toezicht op te lossen, is Europese (en internationale) samenwerking tussen toezichthouders belangrijker dan ooit.

Tegelijkertijd is er juist sprake van convergentie van toezicht door steeds verdergaande economische verwevenheid van nationale markten. Het is moeilijk uit te leggen als toezichthouders in verschillende landen tot verschillende oordelen komen over dezelfde zaken. Zo zag de NVWA zich in de Fipronil-crisis gedwongen informatie te publiceren over besmette eieren omdat de Duitse toezichthouder dit als standaardpraktijk hanteert. ‘Economische verwevenheid van de lidstaten beperkt de ruimte om een eigen handhavingspraktijk toe te passen’, zo oordeelde de commissie-Sorgdrager.³⁶

In de tweede plaats bieden technologie en de zogenaamde ‘dataficering’ van de samenleving, mogelijkheden tot innovatie van producten en diensten en ook van toezicht. ‘Big data’; blockchain; social media, gaming, virtual reality; biometrie; drones en satellietbeelden zullen in de komende jaren hun toepassingen krijgen in de toezichtspraktijk en het toezicht slimmer en efficiënter maken. Informatie kan beter worden verzameld, gedeeld én benut. Tegelijkertijd betekenen deze technologische ontwikkelingen een fundamentele transformatie van de markten en diensten waarop toezicht wordt gehouden. Steeds vaker vinden economische transacties plaats in informele platforms, zoals buurtzorg, Airbnb, of Thuisafgehaald.nl of in technologische contexten zoals een blockchain of algoritme. Toezicht is historisch gezien altijd gericht op (rechts)personen, en deze nieuwe ontwikkelingen vragen om een andere aanpak – in praktisch, juridisch, maar ook ethisch opzicht.

Tot slot is ook voor inspecties en autoriteiten in toenemende mate de rol van de media en openbaarheid van informatie van belang voor hun legitimiteit in de ogen van burgers en politiek. Toezichthouders kunnen gebruik maken van openbaarheid en trachten hun effectiviteit te vergroten door transparant te zijn over werkwijze en oordelen. Dat lijkt eenvoudig, maar dat is het niet. Over eenmaal openbaar gemaakte informatie verliest de toezichthouder immers de controle. Die informatie kan in de media een eigen leven gaan leiden en in een niet door de toezichthouder gewenst ‘frame’ terecht komen. In dat geval is het niet uitgesloten dat de gevolgen van openbaarmaking ver af komen te staan van hetgeen de toezichthouder daarmee beoogde. Toch experimenteren steeds meer toezichthouders met transparantie van toezichtsinformatie. In het buitenland plakken toezichthouders op de voedselveiligheid bijvoorbeeld stickers op etalageruiten van restaurants. In Nederland maakt de NVWA gebruik van de ‘Horeca Inspectiekaart-app’ die de voedselveiligheid van lunchrooms met behulp van een stoplicht aangeeft. Er is nog geen informatie over de effecten van deze manier van openbaarmaking van toezichtsinformatie.

³⁶ Commissie Onderzoek Fipronil in Eieren 2018.

Burgers verwachten dat toezichthouders voortvarend aan de slag gaan met de informatie die zij in de vorm van meldingen of klachten bij de toezichthouder neergeleggen. Niet zelden slagen toezichthouders er echter niet in signalen van burgers en bedrijven over normafwijkend gedrag op een effectieve wijze te gebruiken in hun toezichtswerk. In de Fipronil-affaire werden meerdere signalen afgegeven over het ontoelaatbare gebruik van verboden bestrijdingsmiddelen, maar die bereikten niet tijdig die onderdelen van de NVWA die er wat mee hadden kunnen doen. De Kwaliteitswet Zorginstellingen (Kwz) en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz) beleggen sinds 1996 de taak van individuele klachtbehandeling bij de zorgaanbieder en niet bij de IGJ, maar dat neemt niet weg dat de Inspectie voor de Gezondheidszorg jaarlijks meer dan 1.000 klachten ontvangt en dat die klagers verwachten dat actie wordt ondernomen naar aanleiding van hun klacht. Toezichtsorganisaties moeten hun organisatie dus zo inrichten dat een effectieve en doelmatige afhandeling van signalen is gewaarborgd – zeker nu de drempels voor het afgeven van die signalen steeds lager worden. Ook kan slimmer gebruik worden gemaakt van meldingen van klokkenluiders en andere ingewijden uit sectoren, zogenaamde ‘bellringers’, bijvoorbeeld beroepsorganisaties, ketenpartners, afnemers of concurrenten.³⁷ De clementieregeling in het mededingingstoezicht, waarbij de eerste deelnemer van een kartel die dit opbiecht aan de ACM vrijuit gaat, stelt de ACM bijvoorbeeld in staat moeilijk detecteerbare kartels op het spoor te komen.

Niet achter elke verkeersdeelnemer kan een surveillanceauto rijden, evenmin kan bij elke ziekenhuisopname en in elke schoolklas een inspecteur aanwezig zijn. Toezichtsorganisaties hebben per definitie te maken met de noodzaak van het stellen van prioriteiten. Het is onvermijdelijk dat zich soms incidenten voordoen. En in de mediacratie – waar de schuldvraag en de vraag naar politieke verantwoordelijkheid nooit ver weg is – wijzen de vingers dan snel naar de toezichthouder. Inspecties en autoriteiten moeten zich daarvan bewust zijn en zich op dergelijke situaties voorbereiden. Dat vraagt om proactief communicatiebeleid en gezaghebbend mediaoptreden. Toezichthouders – ook in de personen van voorzitters van marktautoriteiten, maar ook Inspecteurs-generaal – zullen meer naar buiten moeten treden en meer onafhankelijk verantwoording moeten afleggen. De toezichthouder is niet langer een uitvoeringsorgaan, maar steeds meer een zelfstandige institutie in de rechtsstaat. Daar past ook bij dat zij als zelfstandig en onafhankelijk orgaan voor het publiek zichtbaar en aanspreekbaar zijn.

37 Van Erp en Loyens 2016.

Literatuur

Ayers, I. & J. Braithwaite, *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*, Oxford: Oxford University Press 1992.

Commissie Horizontaal Toezicht Belastingdienst, *Fiscaal toezicht op maat: Soepel waar het kan, streng waar het moet*, Den Haag 2012.

Commissie Onderzoek Fipronil in Eieren, *Onderzoek Fipronil in Eieren*, Den Haag 2018.

Daalder, E.J., Interne onafhankelijkheid binnen de boezem van toezichthoudende organisaties: Over de positie van bestuurders bij het nemen van boetebe-sluiten, *Tijdschrift voor Toezicht* 2011 (2), 3, p. 51-60.

Erp, J. van & K. Loyens, *Horen, zien en spreken: Een onderzoek naar meldgedrag van misstanden door externe omstanders*, Den Haag: BJu 2016.

Gilardi, F. & M. Magetti, The independence of regulatory authorities, in: D. Levi-Faur (eds.), *Handbook on the politics of regulation*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar 2011.

Hanretty, C. & C. Koop, Shall the Law Set Them Free? The formal and Actual Independence of Regulatory Agencies, *Regulation & Governance* 2013, 7, 2, p. 195-214.

Helderman, J.-K. & M.E. Honingh, *Systeemtoezicht: Een onderzoek naar de condities en werking van systeemtoezicht in zes sectoren*, Den Haag: BJu 2009.

IMF, *The making of good supervision: Learning to say no* 2010.

Markttoezichthoudersberaad, *Criteria voor goed toezicht* 2013. Verkregen van www.afm.nl/nl/nieuws/2013/apr/criteria-goed-toezicht.aspx.

Mertens, F.J.H., Toezicht door inspecties, in: F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller (red.), *Handhaving: Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 265-301.

Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties, *Kaderstellende Visie op Toezicht*, Kamerstuk 27831 no. 15, Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 2005-2006, 15 oktober 2015.

Onderzoeksraad voor de Veiligheid, *Veiligheid Odffell Terminals Rotterdam periode 2000-2012*, Den Haag 2013.

Ottow, A.T., *Market and competition authorities: Good agency principles*, Oxford: Oxford University Press 2015.

Ottow, A.T., Onafhankelijkheid van toezichthouders, Hof van Justitie EU 9 maart 2010, Commissie/Duitsland, zaak C-515/07, *Tijdschrift voor Toezicht* 2010 (1) 3, p. 78-86.

Ottow, A.T. & S.A.C.M. Lavrijssen, Het Europese recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders, *Tijdschrift voor Toezicht* 2011 (2) 3, p. 34-50.

Ridder, J. de, Beleidsvoering door toezicht, in: A.F. Leemans e.a. (red.), *Handboek beleidsvoering overheid*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1988.

Robben, P.B.M., *Toezicht in een glazen huis: Effectiviteit van het toezicht op de kwaliteit van de gezondheidszorg*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2010.

Simpson, S., M. Rorie, M. Alper & N. Schell-Busey, Corporate Crime Deterrence: A Systematic Review, *Campbell Systematic Reviews* 2014-4, The Campbell Collaboration 2014.

Velders, R. & M. Brunia, *Begrippenkader rijksinspecties*, Inspectieraad: Den Haag 2013.

Welp, P., Effectiviteit van toezicht: Tijd voor responsive evaluation, *Tijdschrift voor Toezicht* 2012 (3) 2, p. 7-22.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Toezen op publieke belangen: Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013.

Winter, H.B., *Zicht op toezicht? Over de meerwaarde van toezicht in de risicosamenleving*, Groningen 2010.

Winter, H.B. & A.G. Mein, De staat van toezicht en handhaving door gemeenten, *De Gemeentestem* 2017, 7464, p. 938-942.

