

Vertrouwen is goed, controle is beter?

Preadviezen van
Stavros Zouridis
Steven Hijink
Maarten Hage
Alex Harteveld
Rolf Hoving
Hansko Broeksteeg
Lisanne Groen



Vertrouwen is goed, controle is beter?

Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging

154e jaargang/2024

Vertrouwen is goed, controle is beter?

Preadviezen van

Prof. mr. Stavros Zouridis

Prof. mr. Steven Hijink

Dr. Maarten Hage

Mr. dr. Alex Harteveld

Prof. mr. Rolf Hoving

Prof. mr. Hansko Broeksteeg

Mr. dr. Lisanne Groen



Wolters Kluwer

Verkorte citeerwijze: Zouridis e.a., *Vertrouwen is goed, controle is beter?* (NJV 154e jaargang) 2025/[paragraafnummer]

Volledige citeerwijze: S. Zouridis e.a., *Vertrouwen is goed, controle is beter?* (NJV 154e jaargang) Deventer: Wolters Kluwer 2025.

Het complete productaanbod vindt u in de online webshop: <https://shop.wolterskluwer.nl/>

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.h2rplus.nl

ISBN 978 90 13 18131 9

NUR 820-102; 823-301

© 2025, Wolters Kluwer Nederland B.V. e/o de betreffende auteur(s). Alle rechten voorbehouden. Tekst- en datamining niet toegestaan.

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. c.q. de betreffende auteur(s). Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Niets uit deze uitgave mag worden gebruikt of opgeslagen in een applicatie die gebruik maakt van artificial intelligence (AI) of daarmee vergelijkbare toepassing, waaronder begrepen het gebruik ten behoeve van het trainen van een AI-toepassing.

Gebruik van (delen van) de inhoud van deze uitgave voor tekst- en datamining is niet toegestaan.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: wolterskluwer.com/nl-nl/solutions/nederland/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via wolterskluwer.com/nl-nl/privacy-cookies.

Zie de inhoud van deze uitgave ook op:
wolterskluwer.com/nl-nl/solutions/inview/

InView



De preadviseurs



Prof. mr. Stavros Zouridis is als hoogleraar Bestuurskunde verbonden aan Tilburg University en als visiting professor Governance of safety and security aan de Universiteit Leiden. Zijn onderzoek richt zich op hoe rechtsstaten werken, zowel vanuit het perspectief van de veiligheid en bescherming die rechtsstaten (horen te) bieden als vanuit de bescherming tegen de staat zelf. Hij was onder meer directeur Algemene Justitiële Strategie bij het toenmalige Ministerie van Justitie en lid en plaatsvervangend voorzitter van de Onderzoeksraad voor Veiligheid.



Prof. mr. Steven Hijink is advocaat te Rotterdam bij CalcuLaw en als hoogleraar corporate reporting verbonden aan het Van der Heijden Instituut en het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Hij is onder meer redactielid van het tijdschrift Ondernemingsrecht. Zijn recente onderzoek is gericht op corporate governance, verslaggeving door ondernemingen en regulering van accountants(organisaties).



Dr. Maarten Hage is aan Phyleon verbonden als adviseur op het gebied van governance en compliance met een scherp oog voor gedrag en cultuur in organisaties. Hij heeft zijn expertise opgedaan in het bankwezen, auditfirma's en toezicht, maar ook in de academische wereld. Hij heeft zich verder gespecialiseerd op het gebied van gedrags- en cultuurverandering in organisaties door middel van een executive master bij INSEAD (EMC). Maarten is gepromoveerd aan de economische faculteit van de Erasmus Universiteit in Rotterdam.



Mr. dr. Alex Harteveld is oud-advocaat-generaal bij de Hoge Raad en sinds 1 mei 2025 raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Den Haag. Van 2018 tot 2023 bekleedde hij de leerstoel Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden aan de Rijksuniversiteit Groningen. Verder was hij betrokken bij de advisering door de Raad van State over het voorstel voor een nieuw Wetboek van Strafvordering.



Prof. mr. Rolf Hoving is bijzonder hoogleraar Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden aan de Rijksuniversiteit Groningen, en wetenschappelijk medewerker bij het Openbaar Ministerie. Hij doet onderzoek naar het effect van toezicht op het handelen van de politie en het Openbaar Ministerie en andere onderwerpen op het terrein van het strafprocesrecht en het bewijsrecht.



Prof. mr. Hansko Broeksteeg is hoogleraar staatsrecht aan de Radboud Universiteit. Hij publiceert voornamelijk over het politieke staatsrecht, decentralisatie en enkele grondrechten. Hij geeft staatsrechtelijk onderwijs van propedeuse tot master. Hij is (onder meer) rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Midden-Nederland en toezichthouder in het onderwijs.



Mr. dr. Lisanne Groen is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit. In haar onderzoek en onderwijs houdt zij zich vooral bezig met (politiek) staatsrecht, in het bijzonder vraagstukken over wetgeving, interpretatie van de Grondwet en de verhouding tussen de staatsmachten.

Inhoudsopgave

Voorwoord	1
<i>Stavros Zouridis</i> Vermeend wantrouwen, maar reële controlesystemen. Lessen voor recht en rechtsstaat	5
<i>Maarten Hage en Steven Hijink</i> Vertrouwen, transparantie en controle in het ondernemingsrecht – laveren tussen goede bedoelingen en onbedoelde effecten op menselijk gedrag	53
<i>Rolf Hoving en Alex Hartevelt</i> Vertrouwen en controle in het strafproces	97
<i>Hansko Broeksteeg en Lisanne Groen</i> Ministeriële verantwoordelijkheid tussen controle en vertrouwen	141
Stellingen	186

Voorwoord

Het recht veronderstelt van oudsher vertrouwen. De goede trouw is een civielrechtelijke norm, de vertrouwensregel is de basis van ons parlementair stelsel en het gematigd inquisitoire stelsel binnen het strafrecht stelt groot vertrouwen in rechter en Openbaar Ministerie.

Nu het maatschappelijk vertrouwen in instituties en regels onder druk lijkt te staan, heeft dat zijn weerslag op juridische normen en juridische stelsels. Onafhankelijke toezichthouders schieten als paddenstoelen uit de grond. Burgers worden door de overheid intensief gecontroleerd als zij aanspraak willen maken op voorzieningen. Bedrijven moeten steeds vaker met accountantsverklaringen of onafhankelijke audits aantonen dat zij aan de normen voldoen, in plaats van dat dat wordt verondersteld. In het parlement is de vertrouwensvraag de laatste jaren met grote regelmaat aan de orde geweest, waarbij de staatsrechtelijke kaders onder druk staan. Binnen het strafrechtelijk domein wordt steeds vaker een rechterlijke toets vereist, waarvoorheen vertrouwen werd gesteld in het magistratelijke Openbaar Ministerie. Tegelijkertijd speelt het Openbaar Ministerie een steeds grotere rol in de buitengerechtelijke afdoening en is er steeds minder vanzelfsprekend vertrouwen dat hierbij magistraatelijk gehandeld wordt. Langzamerhand lijkt het erop dat het vertrekpunt van redeneren niet langer vertrouwen, maar controle is. Controle lijkt dan vervolgens eerder het wantrouwen te vergroten dan dat zij eraan bijdraagt dat het onderling vertrouwen tussen de betrokkenen toeneemt.

Deze ontwikkeling lijkt te zijn versneld door de COVID-19-crisis.¹ Waar de overheid bij de aanvang van de crisis op zeer goede vertrouwenscijfers kon rekenen, is de oogst achteraf helaas minder positief. De vergaande maatregelen die in de bestrijding van de corona zijn genomen hebben geleid tot een tegenbeweging. Het verzet tegen de coronamaatregelen is vervolgens verbreed naar een beweging waarin het anti-overheidssentiment een grote rol speelt. De AIVD schatte de aanhang van deze beweging in Nederland op waarschijnlijk meer dan 100.000 personen.² Zorgwekkend lijkt ook dat het afnemende vertrouwen in de politiek zelf een politiek strijdpunt

1 Zie voor een eerste reflectie op het effect van de coronamaatregelen en de kinderopvangtoeslagenkwestie op het vertrouwen het jaarverslag van de Raad van State over 2020, te vinden via www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/jaarverslag-raad-van-state-2020/.

2 Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Anti-institutioneel-extremisme in Nederland, een ernstige bedreiging voor de democratische rechtsorde?, mei 2023, p. 31.

wordt. Het aanwakkeren van wantrouwen is voor een deel van de politieke partijen een politiek doel.³

Los van deze ontwikkeling lijkt het toeslagenschandaal het algemene vertrouwen in instituties te hebben doen afnemen. De Raad van State benadrukt in zijn jaarverslag over 2020 dat overheden binnen de rechtsstaat zonder dat vertrouwen niet goed en overtuigend kunnen functioneren en dat zonder vertrouwen de rechtsstaat leeg zou zijn.⁴

Tegelijkertijd bestaan er bij burgers hoge verwachtingen van de overheid voor de oplossing van maatschappelijke problemen: klimaat, migratie, stikstof, de oorlog in Oekraïne, de woningcrisis, ondermijning. Het idee van de maakbare samenleving en het geloof in de effectiviteit van overheidsingrijpen kunnen na een lange tijd waarin het vertrouwen in de markt centraal stond weer op veel steun rekenen. De vraag is of die hoge verwachtingen – waarvan niet vaststaat dat zij kunnen worden waargemaakt – niet het risico in zich dragen van een teleurstelling, met een mogelijk afnemend vertrouwen tot gevolg. Het uit de aard der zaak beperkte probleemoplossend vermogen van de overheid verhoudt zich niet tot de hoge verwachtingen die burgers jegens de overheid koesteren. Er wordt veel vertrouwen gesteld in de rechtshandhaving door politie en Openbaar Ministerie. Zal dit zo blijven als blijkt dat maatschappelijke problemen niet door het strafrecht kunnen worden opgelost? Steeds meer maatschappelijke problemen lijken bovendien in de rechtszaal te moeten worden beslecht, omdat binnen het politieke domein geen consensus over een oplossing kan worden gevonden.

Ook het vertrouwen van Nederlandse burgers in grote bedrijven is afgenomen. Deze afname lijkt te maken te hebben met een te grote gerichtheid op het maken van winst, deels in combinatie met het verwijt dat de beloningsverschillen groot zijn en de aandacht voor klimaat gering is. De vraag is of een toename van toezicht aan de hand van normen, zoals klimaatdoelstellingen, dit vertrouwen zullen vergroten. Het lijkt erop dat de nieuwe generatie burgers kritischer kijkt of bedrijven van het ‘walk the walk’ of ‘talk the talk’ zijn. Met andere woorden: zijn deze normen en waarden ook daadwerkelijk terug te zien in de cultuur van de onderneming?

De vraag is of deze korte schets een goede weergave is van de werkelijkheid. Is het vertrouwen inderdaad afgenomen en is controle daadwerkelijk toegenomen, en zo ja geldt dat over de hele linie? En wat is dan het effect van deze maatschappelijke ontwikkelingen op het rechtsbestel? Kan een rechtsbestel functioneren zonder vertrouwen? Welke rol spelen de toegenomen eisen van transparantie? Hoe kan het vertrouwen in het maatschappelijk verkeer tussen burgers en bedrijven onderling worden gestimuleerd, al dan niet door een goed gebruik van controle-instrumenten? Wat zijn de randvoorwaarden voor een *high trust society*? Hoe kan het vertrouwen in de overheid in al haar verschijningsvormen worden verbeterd? En, last but not least, welke

3 Zie SCP, Burgerperspectieven 2023, bericht 1, p. 15, te vinden via <https://www.scp.nl/publicaties/publicaties/2023/04/20/burgerperspectieven-2023-bericht-1>.

4 Zie voetnoot 1, p. 9.

rol kan het recht hier spelen? Deze vragen vormen het onderwerp van de vier preadviezen in het jaar 2025.

Stavros Zouridis zet ons aan de hand van empirisch onderzoek met beide benen op de grond. Uit empirisch onderzoek blijkt dat het vertrouwen van Nederlanders in elkaar of in instituties helemaal niet tanende is. Het is vooral een cultuur van achterdocht die de afgelopen decennia tot de explosie van geformaliseerde controlesystemen en tot juridisering heeft geleid. Deze cultuur van achterdocht is niet gegrond in een reële daling van het maatschappelijk vertrouwen, maar heeft een eigen dynamiek gekregen. In deze cultuur nemen geformaliseerde controlesystemen het al dan niet vermeend wantrouwen niet weg, en evenmin heeft de enorme proliferatie van deze controlesystemen het maatschappelijk vertrouwen aantoonbaar bevorderd. De cultuur van achterdocht heeft vooral geleid tot meer controle, die vervolgens de achterdocht verder heeft aangewakkerd. Wat dit betekent voor de keuzes die we maken bij de vormgeving van het recht, is in het preadvies aan de hand van vele prikkelende voorbeelden uitgewerkt.

Vertrouwen speelt een cruciale rol in het economisch verkeer. Het preadvies van Maarten Hage en Steven Hijink richt zich op de interactie tussen vertrouwen en controle in het ondernemingsrecht en de financiële markten, met speciale aandacht voor accountants. Ondernemingen worden geconfronteerd met onzekerheden als gevolg van klimaatverandering, digitalisering en geopolitieke verschuivingen. Om die onzekerheden te verminderen wordt vaker gegrepen naar transparantieverplichtingen, en meer toezicht en controle. Tegelijkertijd is er een toename te zien van collectieve aansprakelijkheidsprocedures om naleving van nieuwe normen, onder andere op klimaatgebied, af te dwingen. Hoewel de eisen aan accountants de afgelopen tien jaar sterk zijn toegenomen, is de kritiek op de sector niet afgenomen. Het preadvies onderzoekt alternatieve perspectieven die kunnen bijdragen aan een vergroting van het vertrouwen in het accountantsberoep.

In het preadvies van Alex Harteveld en Rolf Hoving staat de vraag centraal in hoeverre controle op de naleving van strafvorderlijke normen door de politie en het Openbaar Ministerie kan bijdragen aan het vertrouwen in het strafrecht en het strafproces. Controles en toezicht kunnen leiden tot een betere normnaleving, zo constateren de preadviseurs. Het vaststellen van fouten die het Openbaar Ministerie en de politie maken, leidt er met regelmaat toe dat er maatregelen worden genomen om die fouten te voorkomen. Tegelijkertijd bestaat het gevaar dat bij de controle vooral de nadruk komt te liggen op gemaakte fouten. Dit kan het vertrouwen in de politie en het Openbaar Ministerie weer ondermijnen. Over dit spanningsveld handelt dit preadvies.

Hansko Broeksteeg en Lisanne Groen onderzoeken in hun preadvies hoe de politieke ministeriële verantwoordelijkheid zich verhoudt tot parlementaire controle en de vertrouwensregel. Hoe wordt de werking van deze staatsrechtelijke leerstukken beïnvloed door afnemend vertrouwen van enerzijds burgers in de politiek en anderzijds de Tweede Kamer in ministers of het kabinet? Zijn er aanpassingen nodig, bijvoorbeeld in de vorm van een andere invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid of een gewijzigde verhouding ten opzichte van andere leerstukken? De auteurs komen tot de conclusie dat het staatsrechtelijk concept van de ministeriële verantwoor-

delijkheid nog steeds bruikbaar is. Sterker nog, het is onmisbaar in een parlementair stelsel. Zij bepleiten meer aandacht voor ‘constitutionele etiquette’ om het vertrouwen van burgers in de politiek te bevorderen.

Wij zijn de preadviseurs zeer dankbaar voor hun doorwrochte analyses van de relatie tussen vertrouwen en controle. In een tijd waarin geopolitiek het vertrouwen tussen landen onderling en tussen landen en hun bevolking zwaar op de proef wordt gesteld, kan het belang van het bevorderen van vertrouwen in de maatschappelijke orde en de overheid niet worden onderschat. Als juristen kunnen wij hier een bijdrage aan leveren door bij de vormgeving van het recht te kiezen voor controlevormen die dat vertrouwen bevorderen. De preadviezen bieden hier de nodige handvatten en veel stof tot verder nadenken. Wij zien dan ook uit naar een interessante en geanimeerde jaarvergadering.

Tot slot willen we op deze plek ook de jonge experts – Alma Bešić, Loes van Dijk, Suzanne Poppelaars, Jasper Tazelaar, Jessica Versluis, Max de Vries, Wubbo Wierenga, en Ewout de Wit – bedanken voor hun reflectie op de concept-preadviezen tijdens een bijeenkomst in januari 2025. Zij hebben daarmee een belangrijke bijdrage geleverd aan de kwaliteit van de preadviezen.

De begeleidingscommissie van de NJV 2025:

Lydia Faltas
Rick Robroek
Hanneke Schipper-Spanninga

Vermeend wantrouwen, maar reële controlesystemen

Lessen voor recht en rechtsstaat

Stavros Zouridis

1	Een preadvies over vertrouwen en controle	7
1.1	<i>Vertrouwen is goed, controle is beter</i>	7
1.2	<i>De controleprikkel en nodeloze bureaucratie</i>	8
1.3	<i>Opzet van het preadvies</i>	9
2	Vertrouwen: het onbegrepen fundament onder rechtsorde en rechtsstaat	11
2.1	<i>Wat is controle en wat is vertrouwen?</i>	11
2.2	<i>Vertrouwen: de ‘leap of faith’ naar gedrag</i>	13
2.3	<i>Wat heeft dit met recht te maken?</i>	15
2.4	<i>De stand van het vertrouwen in Nederland</i>	18
2.5	<i>Wel vertrouwen dus, maar ook gedeelde rechtsstatelijke waarden?</i>	22
2.6	<i>Dus: een solide vertrouwensfundament onder rechtsorde en rechtsstaat</i>	23
3	De ‘trust-control nexus’ in de sociaalwetenschappelijke literatuur	25
3.1	<i>Geen afnemend vertrouwen, wel meer controle</i>	25
3.2	<i>De ‘trust-control nexus’: empirisch onderzoek naar het verband tussen vertrouwen en controle</i>	28
3.3	<i>Kerninzicht 1. Controle en vertrouwen staan niet los van elkaar</i>	31
3.4	<i>Kerninzicht 2. De dynamiek tussen controle en vertrouwen kan zowel ‘virtuous spirals’ als ‘vicious spirals’ opleveren</i>	32
3.5	<i>Kerninzicht 3. Te snel wordt verondersteld dat controle beter is dan vertrouwen, maar soms is dat wél zo</i>	34
3.6	<i>Kerninzicht 4. Controlesystemen die coöperatie mogelijk maken, versterken vertrouwen</i>	37
3.7	<i>Kerninzicht 5. Ook informele mechanismen zijn effectief</i>	38
3.8	<i>Kerninzicht 6. Controle en vertrouwen zijn twee zijden van dezelfde medaille</i>	39
4	Lessen voor (wetgevings)juristen	41
4.1	<i>Bevindingen en conclusies</i>	41
4.2	<i>Lessen en debatpunten voor juristen</i>	42
	Samenvatting	45
	Verwijzingen	47

De kern van dit preadvies laat zich met een waargebeurde persoonlijke anekdote samenvatten. Ruim een decennium geleden deed ik met mijn toen nog levende moeder op zaterdagmiddag boodschappen bij een grote supermarkt in het centrum van Tilburg. Bij haar thuis aangekomen bleek dat zij haar handtas in de boodschappenwagen had laten staan, met sleutels, geld en pasjes erin. Hoewel zij zich erbij neerlegde dat de tas al verdwenen was, ben ik toch teruggereken. Bij de supermarkt aangekomen bleek de tas keurig bij de beveiliging afgegeven te zijn met alles er nog in. Voor het afhandelen van het papierwerk bezochten we het hok van de beveiliging, dat gevuld bleek met een enorme verzameling gevonden voorwerpen die door klanten waren afgegeven. Gevraagd naar deze verzameling gaf de beveiliging aan dat mensen wel de spullen afgeven die ze aantreffen maar dat ze ervan uitgaan dat anderen dat niet doen en er dus niet naar komen informeren als ze iets kwijt zijn. Generaliserend in termen van dit preadvies: het gros van de Nederlandse burgers gedraagt zich vertrouwenswaardig, maar ze gaan ervan uit dat anderen dat niet doen (ook al zijn ze in de meeste gevallen zelf de 'anderen'). Het gevolg is een cultuur van achterdocht die aanzet tot geformaliseerde controlesystemen en jurisdisering.

1.1 Vertrouwen is goed, controle is beter

In kringen van juristen, accountants, auditors en managers is het een geveleugelde uitspraak: vertrouwen is goed, controle is beter. Deze naar verluidt uit het Russisch geleende uitdrukking (soms zelfs aan Lenin toegeschreven) wordt ingezet als rechtvaardiging voor nieuwe controlesystemen. In Nederland heeft dit credo geleid tot gedetailleerde wet- en regelgeving, een onverzadigbare verantwoordingscultus en volledig dichtgetimmerde contracten. Kritiek hierop is ook al jaren te horen. Professionals zou het leven zuur of onmogelijk worden gemaakt, jurisdisering zou in private en publieke verhoudingen het onderling vertrouwen verdringen en het omslachtige verantwoordingsproces zou tijd en geld wegtrekken uit het primair proces (bijvoorbeeld in de zorg, het onderwijs en bij de politie). Ondanks de kritiek is het nog niemand gelukt om de groei van geformaliseerde controlesystemen een halt toe te roepen, laat staan te keren. Ook heeft de groei van controlesystemen de behoefte eraan nog niet bevredigd. Niet alleen neemt het aantal controlesystemen nog steeds toe, ook het publieke en politieke discours over het groeiend wantrouwen of afnemend vertrouwen in Nederland is niet gekeerd. Blijkbaar is het niet zo dat meer controle leidt tot minder wantrouwen of meer vertrouwen; sterker nog, wie de (oude en nieuwe) media volgt, krijgt het idee dat Nederland hard op weg is naar een 'low trust'-samenleving ondanks de controlesystemen. De preadviezen vanuit de verschillende rechts-

gebieden (staatsrecht, strafrecht, privaatrecht/ondernemingsrecht) geven goed aan wat de gevolgen hiervan zijn voor het recht.

Bij de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* wordt nogal eens geappelleerd aan de tijdgeest. Controle past beter bij de huidige tijd omdat Nederland niet meer het 'high trust'-land is met het beroemde koordje uit de brievenbus. Telkens worden daarbij dezelfde verhalen aangeroepen: de overheid faalt (kijk maar, toeslagenaffaire en aardbevingen in Groningen!), er wordt (bewust) informatie achtergehouden door de instanties en grote bedrijven en burgers zoeken massaal de randen van de wet op. Hoewel het discours wijst in de richting van toenemend wantrouwen en afnemend vertrouwen in Nederland, blijkt uit onderzoek onder Nederlanders dat hun vertrouwen zowel in historisch als in internationaal-vergelijkend perspectief hoog is. Nederland is nog steeds, of wellicht zelfs meer dan ooit, een 'high trust society'.

1.2 De controleprikkel en nodeloze bureaucratie

In de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* zijn vertrouwen en controle alternatieven voor elkaar. In meer academische termen zijn controle en vertrouwen zogeheten functionele equivalenten en dus verschillende oplossingen voor hetzelfde probleem. De veronderstelling is dat controle en vertrouwen dezelfde functie vervullen in het maatschappelijk verkeer, maar dat controle dat beter doet dan vertrouwen. De inzet van dit preadvies is het beantwoorden van de vraag hoe het precies zit met het verband tussen vertrouwen en controle. De Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV) heeft immers niet voor niets de uitspraak van een vraagteken voorzien. De insteek van het preadvies is het confronteren van deze uitspraak aan het beschikbare empirische onderzoek over de verband tussen vertrouwen in controle en het empirisch onderzoek naar vertrouwen in Nederland. Naar de zogeheten 'trust-control nexus', het verband tussen vertrouwen en controle, is in de *sociale psychologie*, de *sociologie*, de *economie* en de *bestuurs- en organisatiewetenschappen* onderzoek gedaan. Soms is ook *historisch* onderzoek interessant.

In zijn studie Trust in numbers vergelijkt Porter (1995) bijvoorbeeld de ontwikkeling van de accountancy in de Verenigde Staten in de twintigste eeuw met de Franse ingenieurscultuur in het Corps des Ponts et Chaussées in hetzelfde tijdsgewricht. Waar de accountants in de Verenigde Staten zichzelf steeds transparanter en extern controleerbaar maakten, bleef de Franse ingenieurscultuur er een van beslotenheid, gedeelde ervaring en persoonlijk vertrouwen. De Franse ingenieurs voelden geen noodzaak 'to engage in the elaborate justificatory ritual of formal quantitative decision making procedures unless threatened from outside by controversy and political procedures' (Porter 1995: 142). De Amerikaanse accountants kozen wel voor controle in plaats van vertrouwen. Vanwege de 'public exposure' en de 'absence of trust' is iedere vorm van 'personal discretion' in dit domein verdwenen en is het accountantsvak geheel dichtgetimmerd (Porter 1995: 96-97). Deze ontwikkeling van het accountantsvak is volgens Porter geen gevolg van de 'logic of finance' of 'unchecked power on the part of professional experts', maar is veroorzaakt door het 'zelfverheffend uitwissen' van zichzelf door de professionals die anders nog minder ruimte hadden gekregen voor hun vak. De controleerbaarheid op basis van protocollen is volgens Porter (1995: 98) het equivalent van grijze pakken; jezelf onzichtbaar maken door te objectiveren, uniformeren en standaardiseren. Controle boven vertrouwen dus, vanwege de toenemende externe druk op een professie. Het effect is op termijn verwoestend gebleken, ook voor het vertrouwen in de professie.

Niet alleen historisch onderzoek, ook bestuurskundig empirisch onderzoek bevestigt dat controle tot meer ‘red tape’ (nodeloze bureaucratie) leidt. Organisaties die meer externe controle ervaren, ontwikkelen meer nodeloze bureaucratie, ook wanneer voor andere variabelen (zoals bevolkingsdichtheid of politiek klimaat) wordt gecorrigeerd. Onderzoekers naar managers bij Britse gemeenten concluderen op basis van dit onderzoek dat de beste strategie om bureaucratie tegen te gaan bestaat uit vertrouwen op ‘the informal organization and the functioning of informal communication networks to reinvigorate rule effectiveness’ (Brewer et al. 2012: 308). De historische lijn in het preadvies van Harteveld en Hoving over het strafrecht laat een vergelijkbaar proces in het strafrecht zien als het gaat om de toetsing van het bewijsmateriaal. Het vertrouwen van de Hoge Raad in een wetsgetrouwe omgang met strafvorderlijk bewijs is, zo laten de preadviseurs zien, na aanvankelijk vertrouwen (het *de-audit*-arrest uit 1926) de afgelopen decennia afgenomen, mede onder druk van uitspraken van het EHRM. Zelfs op het bij uitstek professionele en bovendien magistraatelijk werk van het Openbaar Ministerie is in 1999 controle gekomen buiten de zaakgerichte controle door de strafrechter om. De Hoge Raad zet echter tegelijkertijd een rem op de mate van controle; in een door Harteveld en Hoving in hun preadvies geciteerd arrest rust volgens de Hoge Raad ‘op de strafrechter niet de taak en de verantwoordelijkheid de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken’.

1.3 Opzet van het preadvies

De uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* is zeer relevant voor juristen. In de preadviezen wordt de uitspraak geplaatst in de context van de verhouding tussen parlement en regering in het staatsrecht, de verhouding tussen rechter enerzijds en politie en Openbaar Ministerie anderzijds en in de ‘governance’ zoals deze in het ondernemingsrecht is geregeld. In dit overkoepelend preadvies wordt de uitspraak in een empirisch-juridisch perspectief geplaatst. In dat empirisch-juridisch perspectief gaat het niet om juridische kwesties (wat is rechtmatig en niet rechtmatig?), maar om de *betekenis van het recht voor de rechtssubjecten en hun verhoudingen*. In paragraaf 2 worden vertrouwen en controle als functionele equivalenten verkend en in de context van het recht, de rechtsorde en de rechtsstaat geplaatst. Betoogd wordt dat het in theorie inderdaad gaat om functionele equivalenten. Ook wordt in deze paragraaf uitgelegd dat het steeds meer leunen op controle niet onderbouwd kan worden met een reële daling van het (sociaal en institutioneel) vertrouwen in Nederland.

Nadat vertrouwen en controle in de context van de rechtsorde en de rechtsstaat zijn geplaatst, kan het onderling verband worden geanalyseerd. Dit leerstuk wordt wel de ‘trust-control nexus’ genoemd, de vraag naar het precieze verband tussen vertrouwen en controle. Dat verband is in allerlei contexten onderzocht, van de verhouding tussen managers en medewerkers tot de verhouding tussen lidstaten en internationale organisaties. In paragraaf 3 worden enkele kerninzichten gedestilleerd uit een beperkte literatuurstudie naar het beschikbare empirische onderzoek.

De belangrijkste conclusies worden in paragraaf 4 nog eens samengevat en ter afsluiting volgen enkele adviezen voor het debat in de kring van de NJV.

2.1 Wat is controle en wat is vertrouwen?

De vraag die de uitdrukking *vertrouwen is goed, controle is beter* oproept, is om te beginnen waar de begrippen ‘controle’ en ‘vertrouwen’ eigenlijk voor staan. Als we Van Dale erop na slaan, staat controle voor nogal uiteenlopende fenomenen. Ten eerste behelst controle het uitoefenen van *toezicht in een verhouding*. Dat de één een ander controleert, verwijst ernaar dat de één toezicht uitoefent over de ander door bijvoorbeeld informatie over het gedrag van de ander te verzamelen of door daadwerkelijk het gedrag van de ander te observeren. Deze betekenis van ‘controle’ doet zich doorgaans voor in een asymmetrische (machts)verhouding: de één controleert (de ‘principaal’, zoals deze in de economische principaal-agenttheorie wordt genoemd), de ander wordt gecontroleerd (de ‘agent’). De principaal-agenttheorie wordt beschreven in het preadvies van Hage en Hijink en daarin toegepast op het ondernemingsrecht (bij de ontkoppeling van eigendom en zeggenschap), in het bijzonder voor wat betreft de rol van accountants. Een tweede betekenis van ‘controle’ verwijst naar *verifiëren*. Controleren van de feiten houdt in dat de feiten nog eens worden geverifieerd, niet per se in een asymmetrische verhouding. Denk bijvoorbeeld aan partijen die gezamenlijk een situatie (de kwaliteit van een product bijvoorbeeld) verifiëren, waarbij geen van beide partijen toezicht houdt op de ander. Naast toezicht en verificatie noemt Van Dale nog een derde betekenis, namelijk die van *beheersen*. Controleren houdt dan in dat iemand of iets de omstandigheden ‘controleert’ in de zin van ‘onder controle heeft’; denk bijvoorbeeld aan een gecontroleerd experiment waarin in een laboratorium de omstandigheden worden beheerst. Ook deze betekenis staat los van een eventueel asymmetrische verhouding tussen partijen. Zowel in het publieke en politieke discours als in de sociaalwetenschappelijke literatuur heeft ‘control’ of ‘controle’ een meer specifieke betekenis, namelijk het (proberen te) beheersen van het *risico* van *opportunistisch* gedrag van de wederpartij. Er wordt van uitgegaan dat de ‘wederpartij’ of een overheidsorganisatie ‘opportunistisch’ gedrag vertoont in de zin van het maximaliseren van het eigen belang ten koste van de belangen van anderen, al dan niet door bedrog. Controlemechanismen, zoals een boete, de verplichting om informatie te verschaffen of het inschakelen van een derde partij, beogen het risico van opportunistisch gedrag te verkleinen. De inzet van het recht (juridisering) is zo’n controlemechanisme.

Controle is op allerlei manieren en plekken in de rechtsorde terug te vinden. Denk bij het toezicht in een ‘verticale’ verhouding bijvoorbeeld aan het toezicht op de verwerking van persoonsgegevens door de Autoriteit Persoonsgegevens op grond van de AVG of het toezicht door de Raad van Commissarissen in art. 2:140 BW. Verificatieplichten zijn ook in het recht verankerd. Denk aan de plicht van een notaris in art. 21 lid 2 Wet op het notarisambt om zijn dienst te weigeren wanneer hij vermoedt of de overtuiging heeft dat de werkzaamheid die van hem wordt verlangd, strijdt met onder meer de wet. Ook de vergewisplicht in art. 3:9 Algemene wet bestuursrecht is een voorbeeld. Dit artikel verplicht het bestuursorgaan dat een besluit neemt op basis van een onderzoek naar feiten of gedragingen dat uitgevoerd is door een adviseur zich ervan te vergewissen dat dit onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Controle als het beheersen van de omstandigheden is ook in het recht verankerd. Zo heeft de werkgever in art. 7:658 BW de plicht om ‘de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt’. Kenmerkend voor al deze betekenissen en vormen in een juridische context is het *geformaliseerde karakter* ervan. Dat geldt ook voor de drie privaatrechtelijke controlemechanismen die Hage en Hijink in hun preadvies beschrijven: “(verdergaande) transparantie- en informatieverplichtingen aan ondernemingen, het (uitbreiden van het) houden van toezicht (of controle) op de naleving van verplichtingen en het vergroten van de civielrechtelijke handhavingsmogelijkheden om naleving van die verplichtingen af te dwingen”. De grondslag voor controle is doorgaans geformaliseerd in een rechtsbron. Er is, met andere woorden, sprake van een geformaliseerd controlesysteem. Dergelijke geformaliseerde controlesystemen zijn sterk verbonden met het recht, althans het in dit preadvies gehanteerd formele begrip van het recht. Het recht staat in dit preadvies niet voor één of meer materiële rechtvaardigheidsbeginselen, maar voor het geformaliseerde kanaal waarlangs het maatschappelijk verkeer verloopt (en dat is vastgelegd in rechtsbronnen, zoals wetgeving en jurisprudentie).

In tegenstelling tot controle is vertrouwen nauwelijks geformaliseerd in ‘systemen’ en in het (geformaliseerde) recht ook nauwelijks te vinden. Toch is vertrouwen voor ons dagelijks leven veel belangrijker dan controle. Vertrouwen ‘stuurt’ het voedsel dat we eten, de keuze voor de school van de kinderen, de relatie met een partner en het pensioen waarvan we op enig moment hopen te gaan genieten. Zonder vertrouwen kunnen we niet leven, zoals onder meer Luhmann (1968) en O’Neill (2002) betogen. We moeten immers eten, drinken en ademen, en zelfs als we sommige leveranciers van voedingsmiddelen niet vertrouwen zullen we andere wel moeten vertrouwen. Ook als we voortdurend controles eisen en daarin steeds verder gaan, zullen we ergens aan het eind van de controleketen iemand moeten vertrouwen. Sommigen vertrouwen de foto van de snelheidsovertreding door de politie niet en eisen inzicht in de totstandkoming van de foto, maar moeten er dan op vertrouwen dat bijvoorbeeld het ijkproces dat recent heeft plaatsgevonden wel vertrouwenswaardig is of dat de camera-apparatuur door een betrouwbare leverancier is vervaardigd. Of we vertrouwen de supermarkt niet en eisen toezicht door de NVWA, maar dan moeten we uiteindelijk wel de NVWA vertrouwen. En zo kan het eisen van ‘checks’ en controles niet einde-

loos doorgaan, al was het maar omdat op enig moment de controleur van de controleur van de controleur toch wel vertrouwd moet worden. Zonder vertrouwen kan geen mens leven.

Omdat vertrouwen zo alledaags en voor iedereen vertrouwd is, zou het logisch zijn als het fenomeen inmiddels wetenschappelijk goed begrepen wordt. Helaas is niets minder waar: vertrouwen is nog altijd een onbegrepen fundament onder het samenleven, ondanks eeuwenlange bestudering ervan. Hoe vertrouwen werkt, wordt soms in het dagelijks leven wel begrepen zoals blijkt uit uitdrukkingen als ‘vertrouwen komt te voet en gaat te paard’. Hoewel het Latijnse begrip ‘fiducia’ en het Nederlandse (door het Duits beïnvloedde) begrip ‘vertrouwen’ etymologisch niet verwant zijn, is de betekenis hetzelfde en zijn ze beide gebouwd op het concept ‘trouw’ (fides). Van Dale omschrijft ‘trouw’ als zelfstandig naamwoord met ‘morele verbondenheid, het zich houden aan een verbintenis’ en als bijvoeglijk naamwoord als ‘volhardend, standvastig’. Trouw staat dus vooral voor *gedrag* in lijn met een aangegane verbintenis waarin wordt volhard. ‘Vertrouwen’ staat dan in Van Dale weer voor ‘betrouwbaar achten’ of ‘geloof in iemands betrouwbaarheid’, maar ook voor ‘zich verlaten, rekenen op’. Waar trouw primair naar *gedrag* verwijst, staat vertrouwen naar iemands *innerlijke overtuiging* ten aanzien van een ander of, breder getrokken, ten aanzien van een onzekerheid over een toekomst.

2.2 Vertrouwen: de ‘leap of faith’ naar gedrag

In tegenstelling tot Van Dale wordt in veel sociaalwetenschappelijke theorieën vertrouwen niet beschouwd als geloof, maar als *geloof uitmondend in handelen* (bijvoorbeeld Sztompka (1999) en de verwijzingen daarin, maar ook Sasaki & Marsh (2012: 1)). Het gaat dus bij vertrouwen niet om een gemoedstoestand, maar om concreet handelen of gedrag. Bovendien wordt dit begrip onderscheiden van geloof, hoop en (beredeneerde) verwachting. Vertrouwen verschilt van een beredeneerde verwachting omdat vertrouwen *subjectief* is en niet *geobjectiveerd* kan worden met bijvoorbeeld informatie. De weersverwachting is geen kwestie van vertrouwen, maar een beredeneerde verwachting op basis van informatie over een storm die in aantocht is gezien de windrichting. Op basis van objectieve informatie over een wederpartij of over een toekomstige situatie komt een *verwachting* tot stand, maar voor de stap naar *vertrouwen* is een subjectieve, in de vertrouwende persoon gelegen, basis nodig. In de Engelstalige literatuur wordt hiervoor ‘leap of faith’ gebruikt. Daarmee staat vertrouwen nog niet gelijk aan de subjectieve categorie ‘hoop’. Om het verschil tussen hoop en vertrouwen duidelijk te maken gebruikt Luhmann (1968: 28) het voorbeeld van de moeder die haar kind voor een avond overdraagt aan een babysitter. De moeder hoopt dat alles goed gaat, dat het kind een leuke avond heeft en goed gaat slapen. Vertrouwen gaat verder dan hoop en raakt aan de beslissing om het kind sowieso aan een ander toe te vertrouwen; vertrouwen weerspiegelt de onzekerheid die eigen is aan deze beslissing, terwijl hoop de onzekerheid elimineert. In de woorden van Luhmann (1968: 29):

‘Der Vertrauende macht sich mithin an der Möglichkeit übergroßen Schadens die Selektivität des Handelns anderer bewußt und stellt sich ihr. Der Hoffende faßt trotz Unsicherheit einfach Zuversicht. Vertrauen reflektiert Kontingenz, Hoffnung eliminiert Kontingenz.’

Volgens Luhmann (1968: 40) kunnen indicaties die vertrouwen geven wel het risico verkleinen.

‘Sie geben keine vollständige Information über das zu erwartende Verhalten der Vertrauensperson. Sie dienen nur als Sprungbasis für den Absprung in eine immerhin begrenzte und strukturierte Ungewißheit.’

Net als bij de ‘leap of faith’ in de Engelstalige literatuur gaat het bij vertrouwen dus om een ‘sprong’ in ongewisheid. Vertrouwen en geloof laten zich wat moeilijker afbakenen. Beide verwijzen ze naar een (subjectief) gemoed waarin sprake is van een innerlijke overtuiging ten aanzien van een onzekerheid in de situatie of het gedrag van een ander. De onzekerheid die dat handelen met zich meebrengt kan teruggebracht worden door het gedrag van de ander beheersbaarder en voorspelbaarder te maken, bijvoorbeeld door een overeenkomst te sluiten. De onzekerheid verplaatst zich dan naar de vraag of de ander zich ook aan de overeenkomst houdt of daaraan gehouden kan worden. Ten principale blijft er echter altijd een onzekerheid bestaan die met vertrouwen gevuld moet worden. Sztompka (1999: 25) spreekt in dit verband bij vertrouwen over een ‘bet about the future contingent actions of others’ dat bestaat uit twee componenten: geloof en ‘commitment’. Het commitment blijkt uit de actie of het gedrag: als iemand ondanks onzekerheid over het gedrag van de wederpartij overgaat tot bijvoorbeeld koop of een arbeidsovereenkomst, is sprake van ‘placing a bet’ en dus van vertrouwen. Ook Seligman (1998) benadrukt het ‘geloofskarakter’ van vertrouwen door ‘trust’ af te zetten tegen ‘confidence’. Waar ‘confidence’ gebaseerd is op kennis over de voorspelbaarheid van het gedrag van de ander, vergt ‘trust’ een stap die gezet moet worden zonder dergelijke kennis. In het Nederlands staat zowel ‘confidence’ als ‘trust’ voor vertrouwen. In het preadvies van Hage en Hijink wordt ‘trust’ ook onderscheiden van ‘reliance’, waarbij het eerste staat voor ‘vertrouwen in’ en het laatste voor ‘vertrouwen op’. In hun kader is ‘vertrouwen op’ de optelsom van ‘vertrouwen in’ en ‘control’ (beheersing).

Gezien de aard van vertrouwen is het moeilijker te formaliseren dan controle. In de in dit preadvies gehanteerde formele rechtsopvatting is voor vertrouwen in de rechtsorde of in rechtsbronnen geen rol weggelegd. Wel speelt vertrouwen een rol als veronderstelling van bijvoorbeeld ‘goede trouw’, maar zelfs dan vergt het een ‘van geval tot geval’-benadering, wat al illustreert dat vertrouwen zich maar moeilijk laat regelen. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de vertrouwensregel in het staatsrecht, niet voor niets een regel van ongeschreven staatsrecht, maar desondanks in het preadvies van Groen en Broeksteeg beschreven als ‘de kern’. Ook Harteveld en Hoving geven in hun strafrechtelijk preadvies aan dat het wettelijk systeem ‘is gebaseerd op het vertrouwen dat de overheidsorganen die verantwoordelijk zijn voor de opsporing en vervolging van strafbare feiten – de politie, bijzondere opsporingsdiensten, het openbaar ministerie – daadwerkelijk de strafvorderlijke normen naleven’. Het formaliseren van vertrouwen lijkt een contradictie en niet reëel, maar is hooguit een veronderstelling (‘partijen worden verondersteld elkaar te vertrouwen’, of het vertrouwen van de strafrechter in het op ambtsead opgemaakt proces-verbaal door een politieagent).

Zoals in het preadvies van Groen en Broeksteeg beschreven, is ook in het staatsrecht de vertrouwensregel negatief geformuleerd door het vertrouwen te veronderstellen. Zelfs de rechtsfiguur ‘fiducia’ in het Romeins recht, symbool van geformaliseerd vertrouwen, is daarvan een voorbeeld (Noordraven (1988)).

Deze begripsmatige verkenning levert een heldere conclusie op. In de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* zijn vertrouwen en controle functionele equivalenten. Beide vervullen de functie van onzekerheidsreductie ten aanzien van het gedrag van een ander. De onzekerheid ten aanzien van dat gedrag kan opgevuld worden met geformaliseerde controle (een overeenkomst, het inschakelen van een derde die toezicht houdt op nakoming van de afspraak, sancties als de ander toch gedrag vertoont dat niet is afgesproken, een transparantieverplichting zoals omschreven in het preadvies van Hage en Hijink), maar ook met vertrouwen (een ‘leap of faith’). Geformaliseerde controle staat in de formele rechtsopvatting gelijk aan inzet van het recht, vertrouwen blijft buiten het recht. In beide gevallen blijft de onzekerheid ten principale bestaan, maar wordt desondanks handelen of het aangaan van een (handels)relatie mogelijk gemaakt.

2.3 Wat heeft dit met recht te maken?

Hoewel het niet helemaal synoniem is, kan de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* in de formele rechtsopvatting in dit preadvies (het recht als stelsel van formele regels, procedures, rechten en structuren) ook begrepen worden als *vertrouwen is goed, maar gebruik van het recht is beter*. De uitspraak laat zich dus lezen als een pleidooi voor juridisering. De toevoeging van een vraagteken door het bestuur van de NJV suggereert dat juridisering ook een kritische bevraging verdient, zelfs in kringen van juristen waar ook voor geldt dat met een hamer in de hand overal spijkers worden waargenomen. Het pleidooi is toepasbaar over vrijwel de hele linie van het recht: van het familierecht (denk aan echtscheiding of nalatenschap) tot het bestuur van grote ondernemingen, van het goederenrecht (van ‘grote’ Zuidas-schuldconstructies tot de schuldsanering) tot het strafrecht (inclusief de vraag naar toezicht op het Openbaar Ministerie, maar ook de inzet van opsporingsmiddelen) en het staatsrecht (alleen al de WOO is een voorbeeld). In alle gevallen is deze uitspraak zonder vraagteken een pleidooi voor juridisering: vertrouwen tussen familieleden, schuldeisers en schuldenaren, verdachten en Openbaar Ministerie, burgers en bestuursorganen, enz. is goed, maar de gang naar of via het recht is beter. Toch kiest het NJV-bestuur voor een vraagteken: is controle (en dus juridisering) eigenlijk wel beter dan vertrouwen?

Het pleidooi voor juridisering (dus liever controle dan vertrouwen) gaat uit van een specifieke opvatting over wat recht en rechtsorde eigenlijk zijn. Hoewel juristen dagelijks met het recht werken, vraagt niet iedereen zich af hoe de rechtsorde en de rechtsstaat eigenlijk ‘werken’, in de zin van tot stand komen, in stand blijven, veranderen, of weer verdwijnen. Zoals een biochemicus zich afvraagt hoe eiwitten zich vouwen en hoe bepaalde atomen zich binden in organische moleculen, zo kunnen onderzoekers die zich met de rechtsorde en de rechtsstaat bezighouden (zoals de auteur van dit preadvies) de vraag stellen hoe deze eigenlijk ‘werken’. De gemiddelde jurist zal zeggen dat het toch helder is hoe de rechtsorde werkt: door regels, bevoegd-

heden, normen/standaarden, procedures, rechten en instanties te positiveren in wetgeving, jurisprudentie, doctrine en verdragen. Bovendien: door voor een rechtsstaat de basisbeginselen van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid, legaliteit en eventueel grondrechten vast te leggen. Toch is dit niet voldoende om te begrijpen hoe een rechtsorde werkt, omdat dan precies het onbegrepen fundament waar in de vorige paragraaf op is gewezen over het hoofd wordt gezien. Er staat dan weliswaar veel moois op papier, maar er ‘werkt’ nog helemaal niets. Niet voor niets beschrijven Groen en Broeksteeg in hun preadvies de (ongeschreven) vertrouwensregel zelfs als ‘de kern van het parlementaire stelsel’. Met andere woorden: om de werking van rechtsstaat en rechtsorde te begrijpen is meer nodig dan de juridische afspiegeling daarvan in rechtsbronnen. Enkele jaren terug heb ik voor een beter begrip van rechtsorde en rechtsstaat een conceptueel hulpmiddel ontwikkeld, het rechtsstaatprisma (zie Zouridis 2019 en 2021). Net als een prisma een lichtbundel breekt in licht van verschillende golflengtes (en dus verschillende kleuren), breekt het rechtsstaatprisma de rechtsorde en rechtsstaat in drie ‘hoofdkleuren’ die alleen tezamen een kader vormen waarin de werking van rechtsorde en rechtsstaat kan worden begrepen (net als een lichtbundel het mengsel is van licht van verschillende golflengtes).

1. De eerste ‘hoofdkleur’ is voor juristen de meest vertrouwde, want in deze *juridische hoofdkleur* staan rechtsorde en rechtsstaat voor normen- en regelstelsels die bepalen wat rechtmatig en wat onrechtmatig is. De rechtsorde omvat tal van normen en regels om het sociaal verkeer te ordenen, van de arbeidsovereenkomst tot de normen ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens en van de praktische voorrangsregels die gelden in het verkeer tot en met de strafrechtelijke normen met een hoge morele lading als moord in art. 289 Wetboek van Strafrecht. Daarnaast omvat de rechtsorde regels, normen, bevoegdheden en procedures waarmee rechtssubjecten het recht tot gelding kunnen brengen (bijvoorbeeld de wetboeken voor straf- en burgerlijke rechtsvordering) en om recht tot stand te brengen (de grondwet, maar ook de wet op de rechterlijke organisatie en de algemene wet bestuursrecht zijn daarvan voorbeelden). Het geheel aan rechtsbronnen waarin regels, procedures, rechten, bevoegdheden, normen en instanties zijn vastgelegd levert op papier een rechtsorde op, en als daarin basale eisen van legaliteit, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid zijn opgenomen is tevens sprake van een rechtsstaat.
2. Al dit papierwerk levert echter op zichzelf nog geen werkende rechtsorde of een rechtsstaat op, althans niet een die het papier verlaat waarop deze is vastgelegd. Denk hiervoor maar eens aan landen die het juridisch construct prima op orde hebben, maar waar in de dagelijkse realiteit weinig van dat papier te zien is (Mexico bijvoorbeeld). Er is dus meer nodig voor een rechtsorde en een rechtsstaat dan een juridisch construct. Wat precies? Om te beginnen geeft McCormick (2007) een samenvatting van een tweede ‘hoofdkleur’. Van een rechtsstaat is volgens hem pas sprake als ‘most of the people most of the time refrain from the things that the law stigmatizes as wrongdoing’. Kortom, een rechtsorde of rechtsstaat werkt niet alleen als juridisch construct maar ten minste ook via het gedrag van de meeste mensen de meeste tijd. Hart (1961) verbindt in zijn theorie het recht als een ‘command’ van de soeverein met wat hij de ‘habit of obedience’ onder rechtsgenoten noemt. Het is niet voldoende dat het op papier verboden wordt om bij een rood verkeerslicht door te rijden, de norm werkt pas als de meeste mensen dat ook doen (wederom: kijk maar eens naar landen waar dat niet gebeurt). Zelfs de stel-

ling dat in dat geval de norm ten minste de aansprakelijkheid verdeelt voor eventuele schade, is pas houdbaar als dat ook doorwerkt in het gedrag van mensen. Ze moeten bijvoorbeeld al beroep doen op deze norm, mocht het tot schade komen, en niet bij een beroep op deze norm direct een pistool tegen hun hoofd krijgen waarna ze alsnog van de aansprakelijkheidstelling afzien.

3. Het mengsel van een juridisch construct en een normatieve institutionele orde in een samenleving levert nog steeds geen volledige verklaring op voor dé werking van de rechtsorde en de rechtsstaat. Om het gedrag van de meeste mensen de meeste tijd in overeenstemming met de norm te brengen, is het nodig dat diegenen die dat niet doen daar iets van merken. Gebeurt dat niet, dan wordt de sociale orde instabiel omdat deze zogeheten ‘predatory behavior’ beloont (niet-nakoming van contracten, diefstal en afpersing) en in dat geval steeds meer mensen zich steeds vaker schuldig maken aan onrechtmatig gedrag. Om de werking van rechtsorde en rechtsstaat te begrijpen is dus naast de juridische en sociaalwetenschappelijke nog een derde hoofdkleur nodig: de rechtsorde en rechtsstaat als geheel van bestuurlijke instituties die recht vormen maar vooral recht uitvoeren en handhaven. Niet alleen moet het recht worden gepositieerd door de daartoe bevoegde instanties, ook moet niet-naleving worden gecorrigeerd, eventueel met dwang (en/of straf). Deze derde hoofdkleur kan worden aangeduid als de bestuurlijke hoofdkleur.

Bijeen genomen geven de juridische, sociale en bestuurlijke hoofdkleur een meer reëel beeld van wat een rechtsorde en een rechtsstaat eigenlijk zijn. Alleen als de drie hoofdkleuren in ‘alignment’ zijn, dus congruent zijn met elkaar, komt het tot een rechtsorde en rechtsstaat. Over de ‘chemie’ tussen de verschillende kleuren weten we verrassend genoeg nog maar weinig. Toch speelt hier de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* een rol. Want als we de juridische hoofdkleur opvatten als geformaliseerde *controle*, de sociale hoofdkleur als *vertrouwen* en de bestuurlijke hoofdkleur als een mix (van zowel geformaliseerde controle als vertrouwen), in welke combinatie en/of in welke dynamiek leiden deze dan juist wel of juist niet tot een ‘werkende’ rechtsorde en rechtsstaat? Met andere woorden: hoeveel controle in welke vorm versterkt het sociaal vertrouwen en hoeveel van welke vormen van controle verzwakken het sociaal vertrouwen? Of omgekeerd: hoeveel vertrouwen (of wantrouwen) ondermijnt de werking van controlesystemen (en dus het recht)? Een goed begrip van de rechtsorde en rechtsstaat vergt dat de ‘chemie’ tussen de juridische, sociale en bestuurlijke hoofdkleur goed wordt begrepen. Daarvan is wetenschappelijk gezien nog niet of nauwelijks sprake; door het woud van opvattingen over de rechtsorde en de rechtsstaat wordt helaas de kern ervan nog maar nauwelijks begrepen. Als we de ‘chemie’ als vertrekpunt nemen, doemen tal van nieuwe onderzoeksvragen op die nog niet of nauwelijks zijn gesteld. Bijvoorbeeld: hoeveel (van welk type) vertrouwen precies is nodig voor een goed functionerende rechtsorde/rechtsstaat, is meer vertrouwen altijd goed of beter dan minder vertrouwen (of is het verband zoals dat heet parabolisch en neemt op enig moment de kwaliteit van de rechtsorde en de rechtsstaat af bij nóg meer vertrouwen?), wat is precies de betekenis van de bestuurlijke hoofdkleur voor de sociale en juridische hoofdkleur van de rechtsorde en de rechtsstaat, en ligt er niet nog een fundament onder deze hoofdkleuren, zoals een gemeenschappelijke religie, ideologie of taal? Zo constateert Norris (2022) dat juist gezond wantrouwen goed is voor de prestaties van de overheid en laten Lowry

et al. (2014) zien dat wantrouwen in virtuele teams de accuraatheid van beslissingen van deze teams verhoogt. Hoe interessant deze vragen ook zijn, ze leiden af van de kernvraag voor dit preadvies, namelijk wat het waarheidsgehalte is van de stelling dat vertrouwen goed is voor rechtsstaat en rechtsorde maar controle beter.

De bijziendheid die ontstaat door de eenzijdige focus op ofwel de juridische hoofdkleur ofwel de sociale dan wel bestuurlijke hoofdkleur, leidt niet alleen tot een onjuiste diagnose maar mede daardoor ook tot een onjuiste therapie. Denk bijvoorbeeld aan juristen die de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* hanteren. Zij verkiezen de juridische hoofdkleur boven de sociale en bestuurlijke hoofdkleuren en gaan ervan uit dat alleen rechtsbescherming burgers beschermt en ultimo dat alleen het recht (een grondwet dan wel internationale verdragen) en de rechter de democratische rechtsstaat kunnen beschermen. Impliciet is deze stelling bij tal van juristen terug te vinden, van die juristen die bij de opkomst van ‘populisme’ pleiten voor harde waarborgen voor grondrechten en rechtsstatelijkheid (‘het nog beter in beton gieten van de rechtsstaat’) tot de juristen die wars zijn van ‘mediation’ omdat de rechter uiteindelijk rechtmatigheid beter begrijpt dan de juristen. Omgekeerd kunnen sociale wetenschappers zich goed afzetten tegen de uitspraak en het belang van vertrouwen zozeer benadrukken dat ze voorbij gaan aan de ‘chemie’ tussen controle en vertrouwen en de betekenis van geformaliseerde controlesystemen. Met als gevolg naïef of blind vertrouwen, wat nogal eens eindigt in wantrouwen.

In de diagnose en de therapie gaan nogal wat juristen en sociale wetenschappers (economen bijvoorbeeld) die het credo *vertrouwen is goed, controle is beter* hanteren ervan uit dat controle in Nederland belangrijk is vanwege het tanend vertrouwen en groeiend wantrouwen. Uitgaande van de vergelijkbare functie ten aanzien van onzekerheidsreductie in het maatschappelijk verkeer, zou tanend vertrouwen of groeiend wantrouwen in Nederland een verklaring kunnen zijn voor de groei van geformaliseerde controlesystemen. De vraag is dus of sprake is van dalend vertrouwen in Nederland.

2.4 De stand van het vertrouwen in Nederland

Als we op mediaberichten en debatten in talkshows afgaan, zou het vertrouwen in Nederland laag zijn of in ieder geval lager worden. Hoe groot de (al dan niet nostalgische) behoefte aan vertrouwen is bleek wel uit het resoneren van het beroemde touwtje-uit-de-brievenbus-voorbeeld van voormalig politicus Jan Terlouw. Het vertrouwen zou niet alleen al jarenlang laag zijn of lager worden, het zou door de coronapandemie nog een extra knauw hebben gekregen. Burgers zouden nu niet alleen de politiek wantrouwen maar ook gevestigde instituten als het RIVM zijn in de vuurlijn terechtgekomen. Sommigen komen zelfs tot de conclusie dat we hard op weg zijn naar een ‘low trust society’ (Engbersen et al. 2021).

Het frame van dalend vertrouwen doet het in de media goed en kan altijd worden gebruikt om gezagsdragers te prikkelen (journalist tegen minister: ‘U weet toch dat het vertrouwen van burgers laag is, hoe gaat u dat herstellen?’). De vraag of het frame correct is, houdt wetenschappers al een tijd bezig maar hun metingen dringen nauwe-

lijks door in het publiek debat. Het frame zou waar kunnen zijn voor het ‘interpersoonlijk’ vertrouwen in concrete situaties (buren onderling, leidinggevend en medewerkers, sportverenigingen), maar voor weinig of dalend vertrouwen in deze situaties zijn weinig aanwijzingen. Nederlanders lijken in ieder geval niet terughoudend(er) te zijn om onderling relaties aan te gaan, getuige de immer groeiende aantallen (anonieme) economische transacties en vooral ook de groeiende online communicatie (van datingsites en groepsapps tot online marktplaatsen en ruilhandel). Nu wordt interpersoonlijk vertrouwen niet systematisch in Nederland gemeten, maar dat geldt wel voor het zogeheten sociaal vertrouwen (het vertrouwen in andere mensen in het algemeen) en het institutioneel vertrouwen (het vertrouwen van mensen in instituties). Eerst het sociaal vertrouwen. In tabel 1 zijn de CBS-cijfers over sociaal vertrouwen (het vertrouwen in andere mensen in het algemeen) over de periode 2012-2023 opgenomen. Uit deze cijfers blijkt geenszins sprake van een dalend sociaal vertrouwen in deze periode. Integendeel, het sociaal vertrouwen is in Nederland in ruim tien jaren een bijna negen procentpunt gestegen. Zo’n 60 tot 67% van de Nederlanders zegt andere mensen in het algemeen te vertrouwen; dergelijke percentages wijzen niet op Nederland als ‘low trust society’. Bovendien, als Nederland jaren terug wel een ‘high trust society’ was, laten de cijfers zien dat het alleen maar beter is geworden.

Ook het institutioneel vertrouwen, zo laat tabel 1 zien, is in Nederland over vrijwel de hele linie toegenomen in deze periode. Afgezien van kerken, politieke organen en grote bedrijven is het vertrouwen van burgers in allerlei instituties (sterk) toegenomen.

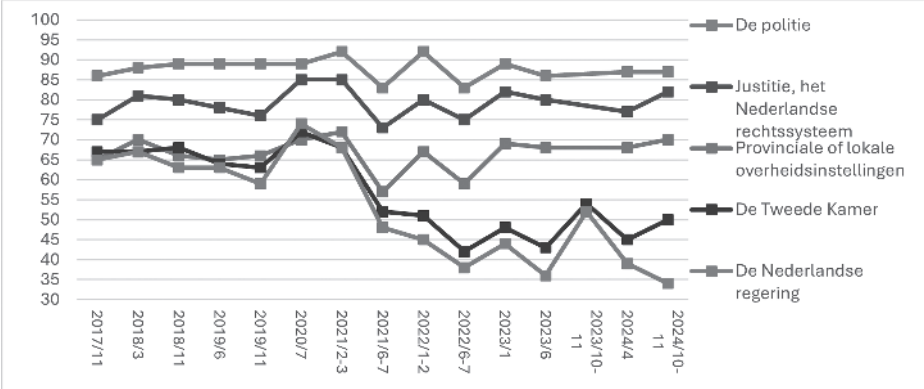
Tabel 1. Sociaal vertrouwen in Nederland 2012-2023

Vertrouwen in mensen en in organisaties; persoonskenmerken													
Kenmerken: Totaal													
Marges: Waarde													
		Perioden											
Onderwerp		2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Vertrouwen in andere mensen	%	58,3	58,3	57,9	59,7	59,9	62,2	61,7	61,8	63	66,3	66	66,7
Vertrouwen in organisaties Kerken	%	31	28,7	29,4	30,3	30,4	31,2	29,5	28,2	30,9	29,2	29,6	29,6
Vertrouwen in organisaties Rechters	%	68,8	69	68	69	71,5	72,9	72,6	73,6	77,3	79,2	76,6	77,5
Vertrouwen in organisaties Politie	%	67,7	67,5	67,9	68,8	70,3	74,5	74,8	75,3	78,1	79,3	77	77,4
Vertrouwen in organisaties Leger	%	59,3	61,7	62,2	64,8	64,9	64,8	63,5	66,9	71,8	72	63,7	67,3
Vertrouwen in organisaties Gezondheidszorg	%	.	.	.	.	.	.	.	.	.	83,9	78,3	74,5
Vertrouwen in organisaties Pers	%	30,9	31,8	31,3	30,3	31,2	31,9	36	36,1	39,3	45,9	39,8	36,6
Vertrouwen in organisaties Ambtenaren	%	44,3	40,8	41,9	42,3	42,6	45,5	46,6	46,3	49,7	46,2	42,5	43,9
Vertrouwen in organisaties Politici	%	.	.	.	.	27,5	31,6	32,1	30	39,7	33,3	23,8	23,8

Vertrouwen in mensen en in organisaties; persoonskenmerken													
Kenmerken: Totaal													
Marges: Waarde													
Perioden													
Vertrouwen in organisaties Gemeenteraad	%	.	.	.	.	.	.	.	.	.	55,1	50,6	51,5
Vertrouwen in organisaties Tweede Kamer	%	36,3	31,5	34,6	34,4	36,8	40,8	42	40	53,2	42,3	30,4	29
Vertrouwen in organisaties Europese Unie	%	39,2	34,3	36,4	35,8	36	43,1	45,2	45,7	48,1	53,4	48,7	47,1
Vertrouwen in organisaties Banken	%	41,6	34,3	36,6	35,4	36,3	39,9	42,8	41,5	46,6	48,7	48,5	50
Vertrouwen in organisaties Grote bedrijven	%	45,3	40,3	40,1	39,2	37,4	39,4	39,7	37,5	39,1	39,2	35,8	35,8
Bron: CBS													

Het periodiek uitgevoerd Eurobarometeronderzoek in de EU bevestigt zowel de *stand* als de *trend* voor wat betreft het institutioneel vertrouwen in Nederland. Hoewel de vertrouwenscijfers wat schommelen, heeft tweederde tot viervijfde van de Nederlandse bevolking vertrouwen in het rechtssysteem en de instellingen die het recht handhaven (bijvoorbeeld de politie). Naarmate instanties politieker worden, neemt het vertrouwen erin overigens (sterk) af (zie ook Dekker, Terpstra en Zouridis 2022).

Figuur 1. Institutioneel vertrouwen in Nederland van november 2017 tot november 2024^a

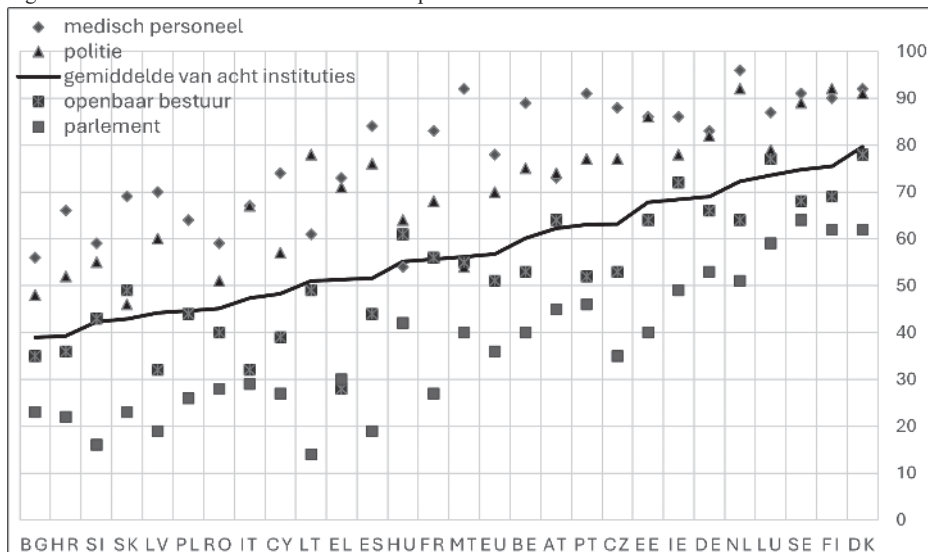


^a“Hoeveel vertrouwen hebt u in bepaalde instituties? Hebt u eerder wel of eerder geen vertrouwen in de volgende instituties?” Vermeld zijn de percentages met de keuze voor ‘eerder wel te vertrouwen’ in plaats van ‘eerder niet te vertrouwen’ en ‘ik weet het niet’. Bij de jaren zijn de maanden van onderzoek genummerd aangegeven. Bron: Tabellenbijlagen van de Eurobarometers (<https://europa.eu/eurobarometer>)

Ook in internationaal opzicht is het institutioneel vertrouwen in Nederland hoog. Nederland is steevast in de top 10 van de wereld te vinden in de indirecte metingen waarbij enquêtes onder deskundigen worden uitgezet, zoals de Wereldbank met de ‘good governance’-indicatoren en het World Justice Project met de ‘rule of law in-

dex'. Het Eurobarometeronderzoek bevestigt dat ook in EU-verband Nederland een hoge mate van institutioneel vertrouwen kent.

Figuur 2. Institutioneel vertrouwen^a in de Europese Unie^b in 2022



^aGemiddelde % 'geueigd te vertrouwen' in acht instituties, waarvan de vier vetgedrukte ook apart zijn vermeld: zijn: 1. Justice, the (national) legal system / Justitie, het Nederlandse rechtssysteem; 2. **The police / De politie**; 3. The army / Het leger; 4. **Public administration in (our country) / Het openbaar bestuur in Nederland**; 5. Regional or local public authorities / Provinciale of lokale overheidsinstellingen; 6. **Health and medical staff in (our country) / Medewerkers in de gezondheidszorg en artsen in Nederland**; 7. The (national) government / De Nederlandse regering; 8. **The (national) parliament/lower house / De Tweede Kamer**.

^bAT = Oostenrijk; BE = België; BG = Bulgarije; CY = Cyprus; CZ = Tsjechië; DE = Duitsland; DK = Denemarken; EE = Estland; EL = Griekenland; ES = Spanje; FI = Finland; FR = Frankrijk; HR = Kroatië; HU = Hongarije; IE = Ierland; IT = Italië; LT = Litouwen; LU = Luxemburg; LV = Letland; MT = Malta; NL = Nederland; PL = Polen; PT = Portugal; RO = Roemenië; SE = Zweden; SI = Slovenië; en SK = Slowakije.

Bron: Eurobarometer 96 (18.1-14.2.2022; bevolking van 15+)

Hoe moeten deze cijfers en trends worden beoordeeld? Uit de cijfers blijkt in ieder geval dat van laag sociaal en institutioneel vertrouwen of van dalend sociaal en institutioneel vertrouwen geen sprake is. Ook blijkt uit de cijfers dat in internationaal en Europees opzicht Nederland relatief veel institutioneel vertrouwen heeft. Voor het overige hangt de beoordeling af van de gehanteerde norm: als iedere niet-vertrouwende Nederlander een teken is van laag vertrouwen of groeiend wantrouwen, heeft Nederland een groot probleem want het gaat toch om een vijfde tot een derde van de Nederlanders. De optimisten zullen zeggen dat het glas voor tweederde (tot viervijfde) gevuld is en de cijfers dus niet wijzen op een (groeiend) probleem. Voor allebei is ongetwijfeld wat te zeggen, zeker omdat de niet-vertrouwende of zelfs wantrouwende Nederlanders de afgelopen decennia steeds luider van zich lijken te laten horen of in de (oude en nieuwe) media (meer) podium hebben gekregen. De cijfers laten echter niet de conclusie toe dat het vertrouwensfundament onder rechtsorde en rechtsstaat in Nederland verdwijnt, erodeert, of al verdwenen is.

2.5 Wel vertrouwen dus, maar ook gedeelde rechtsstatelijke waarden?

Zou het dan kunnen dat het sociaal en institutioneel vertrouwen in Nederland wel hoog zijn, maar dat tegelijkertijd sprake is van diepe controverses over rechtsstatelijke waarden? En dat dus daarom controlemechanismen nodig zijn omdat wat ‘hoort’ niet meer vanzelf spreekt. Uitgangspunt voor veel controlesystemen is de zogeheten doelincongruentie: controle is vooral nodig als je uiteenlopende doelen hebt. Waarom zou je immers iemand met controles belasten als die hetzelfde doel nastreeft? Wordt de waardenset die onder de rechtsstaat ligt nog gedeeld door Nederlandse burgers? Om te beginnen laat onderzoek hiernaar zien dat in Nederland sprake is van verschillende waardensets, zoals deze ooit door Van den Brink werden toegeschreven aan bedrijvige, bedreigde en berustende burgers (Van den Brink 2002). Sommige burgers zijn cynischer dan andere burgers, ook over de rechtsstaat, maar waardenverschillen wijzen er niet meteen op dat de rechtsstatelijke waarden (ook door de cynici) niet worden gedeeld.

Ook onderzoek van Duyvendak en Huurenkamp (2004) wijst erop dat in Nederland sprake is van een ‘moral majority’ die de auteurs als ‘prudent-progressief’ karakteriseren. Vrijzinnige waarden ten aanzien van bijvoorbeeld (homo)seksualiteit en individuele vrijheid waren ten tijde van hun onderzoek kenmerkend voor een groot deel van de Nederlanders, kleine gemeenschappen als orthodox-protestanten en orthodoxe moslims daargelaten. Ook een meta-analyse van een aantal bevolkingsenquêtes door Dekker en De Ridder (2016) laat een stevige ‘moral majority’ in Nederland zien. Meer dan 90% van de Nederlanders staat achter de democratie en vindt dat de democratie het beste systeem is om een land te besturen. Het is vooral de vrijheid die daarin van belang is, maar ook het recht voor iedereen om mee te beslissen. De vrijheid die de democratische rechtsstaat waarborgt, wordt dus door Nederlandse burgers gewaardeerd. Aan de sociale grondrechten mag van de meeste burgers evenmin getornd worden. Als het gaat om de waarde gelijkheid is het beeld onderzoeksmatig volgens Dekker en De Ridder lastiger te construeren. Voor burgerschap is het beeld eenduidiger. Zo onderschrijft 85% van de burgers in 2002-2003 het belang van altijd wetten en voorschriften navolgen voor burgerschap. Na de bereidheid om andere burgers te helpen, scoort het *altijd navolgen van wetten en voorschriften als tweede burgerschapswaarde*. In 2014 is het belang van het altijd navolgen van wetten en voorschriften verder gegroeid en onderschrijft 89% van de burgers dat. Vergelijkbare percentages worden gevonden in de jaarlijks uitgevoerde fiscale monitor als het gaat om de belastingmoraal, al lijkt de vanzelfsprekendheid van het naleven van wetten en regels daarin de afgelopen tien jaar wat afgenomen.¹ Ten aanzien van democratie, vrijheid en gelijke rechten durven Dekker en De Ridder (2016) de conclusie te trekken dat het hier gaat om ‘gedeelde waarden’ in Nederland.

1 Belevingsonderzoek Fiscale Monitor | Over de Belastingdienst.

2.6 Dus: een solide vertrouwensfundament onder rechtsorde en rechtsstaat

Op basis hiervan kan een tussenconclusie worden getrokken ten aanzien van de stand van het vertrouwen in Nederland. Hoewel over de stand en de verandering van het interpersoonlijk vertrouwen van Nederlanders in concrete situaties geen systematisch beeld bestaat, zijn het sociaal en institutioneel vertrouwen eerder stijgende dan dalende en in internationaal en Europees perspectief relatief hoog. Zelfgenoegzaamheid is altijd gevaarlijk, maar het lijkt er toch echt op dat zowel het sociaal vertrouwen als het institutioneel vertrouwen in Nederland voldoende hoog is de rechtsorde en de rechtsstaat van een solide fundament te voorzien. Bovendien kan een dalend vertrouwen niet de oorzaak zijn voor de groei van geformaliseerde controlesystemen om de onzekerheid in het maatschappelijk verkeer te reduceren, want het vertrouwen daalt simpelweg niet.

De explosieve groei van controlesystemen de afgelopen decennia heeft dus niet een ‘boost’ veroorzaakt in het sociaal en institutioneel vertrouwen in Nederland of het wantrouwen weggenomen; evenmin is het een reactie op toenemende onzekerheid door dalend vertrouwen, want het vertrouwen stijgt over een wat langere termijn bekeken. De vraag is daarom gerechtvaardigd of er sowieso een verband is tussen vertrouwen en controle. Deze vraag staat centraal in het onderzoek dat de afgelopen decennia is uitgevoerd naar de zogeheten ‘trust-control nexus’.

3.1 Geen afnemend vertrouwen, wel meer controle

Ondanks het sterk fundament van sociaal en institutioneel vertrouwen wordt in Nederland een groei gesignaleerd van controlesystemen, ook in het recht. Het preadvies van Hage en Hijink beschrijft de groei van controlesystemen in het ondernemingsrecht, nogal eens uitgelokt door (boekhoud)schandalen. In het preadvies van Harteveld en Hoving is de groei van controlesystemen (in het kielzog van een groeiende hoeveelheid normen) in het domein van de strafvordering beschreven. In beide preadviezen zijn ook internationale prikkels voor de groei van controlesystemen genoemd; voor wat betreft het ondernemingsrecht vooral het EU-recht en voor wat betreft het strafrecht het EVRM/EHRM en in het kielzog daarvan het EU-recht. Deze controlesystemen lijken niet aantoonbaar het sociaal en institutioneel vertrouwen in Nederland gestimuleerd te hebben, want dat is onverminderd hoog. Geformaliseerde controle in allerlei vormen, van de toename van regels, verantwoordingsplichten, transparantie-eisen tot juridische procedures, is de afgelopen decennia wel over de volle breedte flink gegroeid zo niet geëxplodeerd (de ‘law explosion’, zie voor de achtergronden Zouridis 2021).

Als deze groei niet uit reëel dalend sociaal en institutioneel vertrouwen voortkomt, waar komt deze dan vandaan? O’Neill (2002) onderscheidt in het kader van deze vraag de zogeheten ‘crisis of trust’ van een ‘culture of suspicion’. Van een ‘crisis of trust’ is in haar analyse geen sprake, waarbij zij vooral kijkt naar het gedrag van burgers. Wel is sprake van een ‘culture of suspicion’. Deze cultuur van achterdocht wordt in haar analyse gevoed door het eenzijdig denken in termen van (mensen) rechten, een denken dat negeert dat tegenover de rechten plichten staan, zoals de plicht om deze rechten ook echt tot gelding te brengen (bijvoorbeeld de plicht van een politieagent om een burger in nood te helpen). Door het negeren van wederkerigheid wordt passief burgerschap gekweekt, wat het vertrouwen ondermijnt en achterdocht versterkt. Vergelijkbare ondermijnende mechanismen ziet O’Neill bij het denken in termen van verantwoording (waarbij ze de ‘audit explosion’ noemt), in termen van (volledige) transparantie en bovenal bij het ongecontroleerd verspreiden van wantrouwen door de media. De reden dat ze spreekt van een achterdochtige cultuur is dat deze rechten, verantwoordingsstructuren en transparantie al jaren groeien, maar in plaats van te leiden tot meer vertrouwen en het bevredigen van het controlegevoel wakkeren ze dat laatste alleen maar aan. In deze zin is de cultuur van achterdocht

gegroeid op de (onterechte) veronderstelling van een vertrouwenscrisis. Een illustratie van iets van een 'controleparadox' geven Harteveld en Hoving in hun preadvies. De strafbeschikking gaat met meer controlemechanismen gepaard dan de transactie die voor vergelijkbare feiten werd gebruikt voor de komst van de strafbeschikking, maar de achterdocht tegen de strafbeschikkingspraktijk lijkt alleen maar gegroeid. Meer controlesystemen kunnen, ook in de lijn die O'Neill suggereert, als mentale fuik werken; naarmate er meer controlesystemen worden aangebracht, wordt de behoefte aan nóg fijnmaziger controle alleen maar groter. Dat overigens de explosieve groei van bijvoorbeeld parlementaire verantwoording in de vorm van vragen aan de regering niet per se een uitdrukking hoeft te zijn van achterdocht, laten Groen en Broeksteeg in hun preadvies zien. Ze vormen immers bij uitstek ook een manier om aan de buitenwereld en de achterban te laten zien dat een fractie zich een vraagstuk aantrekt of dit kritisch volgt.

In de kern kan het antwoord op de vraag waar deze controlesystemen vandaan komen gevonden worden in wat in de sociale wetenschappen het 'Thomas-theorema' wordt genoemd¹ en waarnaar wel eens gekscherend wordt verwezen als de enige 'natuurew' in de sociale wetenschappen: "If men define situations as real, they are real in their consequences." Aangezien de groei van controlesystemen 'man-made' is, is de logische conclusie dat ze voortkomen uit de situatiedefinitie van diegenen die ze bedenken en installeren. In welke situatiedefinitie ligt het voor de hand een controlesysteem te bedenken of te installeren? Een controlesysteem kan een rationele oplossing zijn voor een probleem, bijvoorbeeld in de theoretische situatie dat zogeheten opportunistisch gedrag bij de wederpartij loont (bijvoorbeeld wel goederen ontvangen en vervolgens niet betalen). In een dergelijke situatie moet controle het opportunistisch gedrag tegengaan.

Van deze situaties is lang niet altijd sprake bij het opzetten van een controlesysteem. Zo worden controlesystemen ook ingezet tussen partijen die veelvuldig met elkaar te maken hebben en waarbij opportunistisch gedrag van de ene partij (niet betalen van geleverde goederen) direct kan worden gevolgd door ingrijpen van de andere partij (geen goederen meer leveren). Ook hebben partijen vaak hetzelfde doel, bijvoorbeeld professionals en managers in dezelfde organisatie. In al deze situaties is voor een controlesysteem eigenlijk geen rationele grondslag.

Wat zijn in de categorie niet-rationele grondslagen de situatiedefinities uit het Thomas-theorema die tot controlesystemen leiden? Ten minste drie mechanismen lijken hoge ogen te gooien:

1. Het 'blame avoidance'-mechanisme. Dit mechanisme is ontdekt in onderzoek naar risicoregulering (Hood, Rothstein & Baldwin 2004). Kernvraag in dat onderzoek is waarom dezelfde risico's op verschillende manieren gereguleerd worden met wetgeving. Een even groot risico (bijvoorbeeld in aantallen mensenlevens dat op het spel staat) blijkt soms een relatief klein controlesysteem in de wetgeving uit te lokken en in andere gevallen een groot controlesysteem. Uit dit onderzoek

1 Een citaat uit een studie van het Amerikaans sociologen-echtpaar William en Dorothy Thomas dat door de socioloog Robert Merton tot theorema verheven is (zie Merton 1995 voor de intellectuele geschiedenis en achtergronden van dit theorema).

blijkt dat de objectieve verschillen (bijvoorbeeld omvang van het risico) niet of nauwelijks de verschillen in regelgeving en controle verklaren. De verklaring die Hood et al. (2004) opperen is ‘institutioneel’, in de zin dat het vanzelfsprekend gedrag is geworden ongeacht de precieze context en het precieze doel. Het kernbegrip daarbij is ‘blame avoidance’: door iets te reguleren (of te controleren) kan als het mis gaat de schuld worden afgeschoven op anderen want het was immers goed geregeld. ‘Blame avoidance’, het vermijden van blaam, is dus een eerste mechanisme dat controlesystemen kan uitlokken. Dit mechanisme zou ook een belangrijke bron kunnen zijn voor incidentgestuurde wetgeving, waarbij een gebeurtenis die in de Haagse arena van pers en politiek escaleert wet- en regelgeving uitlokt (zie bijvoorbeeld Zouridis (2006) voor het bestuurlijk omgaan met incidenten). Of een gebeurtenis wel of niet escaleert in de Haagse arena, wordt niet door de gebeurtenis zelf bepaald en evenmin door de vraag of deze een structureel probleem blootlegt. Dezelfde gebeurtenis kan immers in een context waarin de dagelijkse hectiek in Den Haag gedomineerd wordt door andere zaken niet escaleren. De zogeheten Maccabi-rellen in Amsterdam hebben wel verandering van het strafrecht uitgelokt maar in de dagen erna flink wat andere gebeurtenissen verdrongen die potentieel incidenten hadden kunnen worden en tot andere veranderingen in het strafrecht zouden leiden. Het is de ‘blame game’ waardoor er een effect op wetgeving ontstaat (Hood 2011).²

2. Het formaliseringsmechanisme. Een tweede bron voor controle (en regulering) is de *formalisering* van verhoudingen in de samenleving. Hoewel de precieze beoordeling en de precieze oorzaken voor de formalisering tussen de ‘grote sociologen’ verschillen, dekt formalisering als verzamelbegrip de lading goed.³ In geformaliseerde(r) verhoudingen verandert de situatiedefinitie van alle betrokkenen waardoor het logisch(er) wordt om contracten steeds verder te specificeren, steeds meer gedetailleerder wetten te maken en steeds meer controlesystemen op te zetten. Een wat meer ‘objectieve’ oorzaak van formalisering zou kunnen zijn dat door de arbeidsdeling en maatschappelijke schaalvergroting de onzekerheid toeneemt, dat deze onzekerheidstoename niet door vertrouwen opgevangen kan worden en dat dus een noodzaak ontstaat voor geformaliseerde controlesystemen.
3. Het mechanisme van externe druk. Een derde (niet-rationeel) mechanisme dat controlesystemen uitlokt is reeds aan de orde gekomen bij de beschrijving van de historische studie van Porter, namelijk *externe druk* die tot verantwoording dwingt. In de studie van Porter ging het om een beroepsgroep (de accountants), maar het kan ook gaan om een organisatie (denk aan een universiteit die zich moet verantwoorden over de kwaliteit van de opleidingen aan een visitatiecommissie om een opleiding te kunnen accrediteren en vervolgens ‘kwaliteit’ procedureel dichtspijkt met controleprocedures), een institutie (denk aan de officier van justitie in een strafproces ten overstaan van een rechter) of een hele sector (bijvoorbeeld de aangescherpte verantwoordingsplichten voor woningcorporaties na het financieel schandaal al weer twintig jaren terug). Externe druk is geen natuurwet,

2 Een persoonlijke noot als voormalig lid van de Onderzoeksraad voor veiligheid; het is bij dergelijke gebeurtenissen vrijwel onmogelijk om de ‘blame game’ te vermijden bij het trekken van lessen; als dat wel lukt, is de kwaliteit van de ‘doorwerking’ van dergelijke rapporten in mijn ervaring beter.

3 Zo spreekt Max Weber over een eeuwenlang proces van rationalisering met de verlichting als oorzaak, ziet Emile Durkheim toenemende ‘anomie’ als gevolg van onder meer arbeidsdeling of het verdwijnen van (religieuze) rituelen en spreekt Norbert Elias over ‘civilisatie’.

maar is het gevolg van een verantwoordingscultuur (of -cultus). In een (bureaucratische) verantwoordingscultuur zijn controlesystemen logisch, in een bijvoorbeeld professionele cultuur, artistieke cultuur of de privéwereld van een gezin zijn ze niet logisch. Hoewel zeker ook in het politieke frame en het mediaframe de externe druk en de verantwoording worden gezien als teken van wantrouwen (in burgers, in uitvoerders, in bestuurders) is het maar de vraag of er wel de dwingende noodzaak is wantrouwen aan te nemen. Ook van de externe druk die uitgaat van het internationaal recht (zowel EU als Raad van Europa) is het maar de vraag of de controle die daar het gevolg van is 'functioneel' of 'rationeel' is gezien de situatie in Nederland.

Kenmerkend voor deze mechanismen is dat ze 'institutioneel' zijn; het zijn geen doelgerichte acties maar uitdrukkingen van hoe het op een bepaald moment 'hoort' en daarmee van collectieve normen. We zijn kennelijk in een 'cultuur' van 'beheersing via controle' terechtgekomen, al dan niet als gevolg van wat Beck (1992) ooit de risicosamenleving noemt waarin de nadruk op productie (van voedsel, van energie, van infrastructuur) verlegd is naar de nadruk op de risico's van productie. Los van het speculeren over de oorzaken van de in Nederland heersende controlitis is het voor dit preadvies van belang om naar de gevolgen te kijken. Welke inzichten en lessen biedt het sociaalwetenschappelijk onderzoek naar de zogeheten 'trust-control nexus' op het punt van de gevolgen van controle voor vertrouwen?

3.2 De 'trust-control nexus': empirisch onderzoek naar het verband tussen vertrouwen en controle

Voor dit preadvies is geen nieuw empirisch onderzoek opgezet naar hoe controle en vertrouwen op elkaar inwerken, maar is een lichtvoetig literatuuronderzoek uitgevoerd naar wat over deze vraag aan onderzoek gepubliceerd is.⁴ Dat heeft 105 studies naar het verband tussen vertrouwen en controle opgeleverd. Vier min of meer preliminaire conclusies springen eruit.

1. Zowel controle als vertrouwen zijn verzamelbegrippen voor nogal uiteenlopende fenomenen. In paragraaf 2 zijn de begrippen conceptueel verkend. Het literatuuronderzoek levert nog enkele aanvullende noties op ten opzichte van de conceptuele verkenning. Bovendien laat het zien dat sommige controlesystemen het vertrouwen bevorderen en andere controlesystemen het vertrouwen schaden.

Das en Teng (2001) onderscheiden bijvoorbeeld 'competence trust' (de verwachting van 'technically competent role performance', oftewel het vermogen om te voldoen aan de verwachtingen) van 'good-will trust' (de verwachting dat de ander de morele verantwoordelijkheid of verplichting voelt om het eigenbelang niet altijd te laten prevaleren boven de belangen van anderen). Bij controle is er een

4 Met de gecombineerde zoektermen 'control' en 'trust' is gezocht naar literatuur in de op Web of science geïndexeerde internationale wetenschappelijke tijdschriften. Dat leverde op 15 mei 2024 1.743 publicaties op. Vervolgens is een relevantietoets uitgevoerd op deze set door alle titels en samenvattingen te bekijken. Zo is geen onderzoek meegenomen over bijvoorbeeld vertrouwen in zelfrijdende auto's of andere vormen van automatisering of technologie. Ook is een aantal onderzoeken verwijderd waarin het ging om de werking van 'consent' voor bijvoorbeeld medisch-wetenschappelijk onderzoek. Alleen artikelen waarin verslag wordt gedaan van (empirisch) onderzoek naar het verband tussen vertrouwen en controle is geselecteerd voor nadere bestudering. Na deze selecties zijn 105 artikelen als relevant aangemerkt, waarna de volledige tekst van de artikelen is geanalyseerd.

verschil tussen geformaliseerde controle(systemen) en informele controle(systemen). Formele controle omschrijven Das en Teng (2001) als het regulerend proces waarmee elementen van een systeem voorspelbaarder worden gemaakt door maatstaven te ontwikkelen voor het bereiken van een doel of toestand. Bijlsma-Frankema en Costa (2005) voegen eraan toe dat formele controle taakbetrouwbaarheid probeert te realiseren met behulp van een set van regels waarin de taak van een ander wordt omschreven en vervolgens naleving daarvan wordt gevolgd. Bij controle onderscheiden Das en Teng (2001) drie theoretische vormen:

1. controle op het gedrag, in het bijzonder 'the process which turns appropriate behaviour into desirable output' (Das en Teng 2001: 260), vooral geschikt als het resultaat van het gedrag moeilijk eenduidig vast te stellen is;
2. controle op het resultaat van het gedrag, met name geschikt als dat resultaat wel goed eenduidig vast te stellen is (lage zogeheten 'performance ambiguity');
3. controle op gemeenschappelijke waarden of een gemeenschappelijke cultuur ('social control'), noodzakelijk om op terug te vallen als het resultaat noch het proces waarlangs het resultaat bereikt wordt bij aanvang van de relatie goed te omschrijven zijn.

Het type controle dat wordt ingezet kan gevolgen hebben voor vertrouwen. Zo onderzoeken Wiemann, Meidert & Weibel (2019) de effecten van twee verschillende typen controle: 'Management by Objectives' vis-a-vis 'Systematic Performance Appraisal'. Het eerste type controle blijkt in de verhouding tussen gemeenteambtenaren en managers in Duitsland het vertrouwen te bevorderen, het tweede schaadt juist het vertrouwen. Beide controlesystemen zijn even indringend en in beide systemen zijn er (financiële) gevolgen voor de betrokkenen. 'Management by Objectives' bestaat uit 'extended performance review conversation' van vrijwillige, doorgaans mondeling uitgesproken doelen waarover gezamenlijk wordt besloten tussen management en (groepen) medewerkers. In 'Systematic Performance Appraisal' worden vanuit de respectievelijke rollen van managers en medewerkers de 'outcome criteria' zo objectief en meetbaar als mogelijk vastgelegd in bijvoorbeeld 'service agreements', waarna wordt vastgesteld of aan de criteria wordt voldaan. Niet alleen bleek 'Management by objectives' het vertrouwen te stimuleren (en in ieder geval niet tot minder vertrouwen te leiden, wat de 'Systematic Performance Appraisal' wel deed), belangrijker bleek de zogeheten 'intermediaire variabele', namelijk het 'cooperative working climate'. Naarmate een controlesysteem een coöperatief werkklimaat bevordert, neemt het vertrouwen van medewerkers in de organisatie toe en vice versa.

2. De relationele context is van belang voor het verband tussen vertrouwen en controle (de 'trust-control nexus'). Zo is het verband onderzocht in de relatie 'manager-medewerker', maar ook in de relatie tussen organisaties (in een 'supply chain'), tussen partners in een 'public-private partnership' (PPP), tussen nationale lidstaten en internationale organisaties, tussen patiënten en artsen en tussen partijen die betrokken zijn bij gebiedsontwikkelingsprojecten. Omdat de context sterk verschilt, is het niet goed mogelijk om de bevindingen zo maar te aggregeren of ervan uit te gaan dat wat in de ene context geldt ook transplanteerbaar is naar andere contexten. Een interessante context in dit verband is die van de professionals die als 'vertrouwensmechanismen' worden ingezet, zoals auditors en accountants, maar ook wetenschappers. In deze context gaat het om een voor het brede publiek ondoorgrondelijke professionaliteit (veelal niet minder mysterieus dan de alchemie in de middeleeuwen, denk aan artificiële intelligentie of data science, maar ook de economische modellen van het Centraal Planbureau of het stikstof-model van het RIVM) in combinatie met de noodzaak bij het publiek om erop te vertrouwen omdat het zelf controleren geen optie is.

Larsson (2006) onderzocht in deze context de 'trust-control nexus' in de context van auditor-klantrelaties in Zweden. In het bijzonder richt zijn onderzoek zich op drie typen vertrouwen: persoonlijk vertrouwen, onpersoonlijk vertrouwen en procesvertrouwen. Persoonlijk vertrouwen staat volgens Larsson (2006) voor de zwakke doch actieve verwachtingen ten aanzien van andere personen en hun vermogen om hun gedrag in te richten naar geïnstitutionaliseerde rollen en rolverwachtingen. Daar tegenover staat onpersoonlijk vertrouwen, de doorgaans passieve verwachting dat sociale instituties en organisaties betrouwbaar en voorspelbaar gedrag laten zien. Procesvertrouwen is het vertrouwen op basis van eerdere ervaringen of niet altijd in kennis gegronde toekomstverwachtingen ten aanzien van het gedrag van de ander. Empirische toetsing laat zien dat deze drie vormen van vertrouwen zich daadwerkelijk voordoen in de context van een auditor-klantrelatie. Het belangrijkste in deze relatie blijkt het persoonlijk vertrouwen, gevolgd door procesvertrouwen; onpersoonlijk vertrouwen noemt Larsson 'tertiair' in deze relatie. Bijzonder is dat dit onderzoek laat zien dat onpersoonlijk vertrouwen wel degelijk belangrijk is, omdat dit het basisvertrouwen in de markt van auditors borgt, nog voor de concrete auditor en het persoonlijk vertrouwen in beeld komt. Controle werkt in op het onpersoonlijk vertrouwen, bijvoorbeeld via de professionele codes en waarden (inclusief wetgeving) waardoor de auditor gebonden wordt aan een geïnstitutionaliseerde rol. Waar controle dus vooral raakt aan het algemeen vertrouwen op de achtergrond, speelt in de concrete auditor-klantrelatie het persoonlijk vertrouwen de belangrijkste rol.

3. Onderzoekers zijn het nauwelijks eens over het precieze verband tussen vertrouwen en controle. Waar soms een lineair verband wordt gezien (meer controle = meer vertrouwen) spreken andere onderzoekers van een parabolisch verband (tot op zekere hoogte is meer controle ook meer vertrouwen, daarboven is nog meer controle schadelijk voor het vertrouwen).

Al aan het eind van de jaren negentig van de vorige eeuw trokken Das en Teng (1998: 495) de conclusie dat 'there is little consensus regarding the relationship between trust and control' en mede op basis van een analyse van de dan beschikbare literatuur concludeert Möllering (2005: 285) zeven jaren later hetzelfde. De onenigheid wordt deels veroorzaakt door conceptuele verschillen (controle of vertrouwen wordt anders gemeten, met andere uitkomsten tot gevolg) en door uiteenlopende contexten van het onderzoek (de relatie tussen manager en medewerker is een andere verhouding dan tussen lidstaat en internationale organisatie), maar het zou ook kunnen dat in de tijd bekeken het onderzoek verschillende uitkomsten laat zien. Zo betogen Bijlsma-Frankema en Costa (2005) dat de effectiviteit van formele controle afneemt. Formele controle veronderstelt dat de wederzijdse prestaties nauwkeurig te specificeren en stabiel zijn, wat in een tijd van snelle veranderingen, flexibilisering en virtualisering van organisaties steeds minder mogelijk is. Daarnaast past formele controle vooral in een hiërarchische verhouding en is met de toename van netwerken, allianties en laterale relaties de context voor formele controle wat weggefallen. Ten derde noemen Bijlsma-Frankema en Costa (2005: 265) de inherente problemen van handhaving/naleving van contracten, zeker over de grenzen van organisaties, landen en rechtssystemen heen. Ten slotte is voorspelbaarheid, het uiteindelijke doel van controle, lastiger in een tijd van snelle (technologische) verandering. Kortom, alleen al door de afnemen van de effectiviteit van formele controle zouden we meer aangewezen zijn op vertrouwen, en dan is het belangrijk om te weten hoe vertrouwen (en controle) eigenlijk werken en op elkaar inwerken.

4. Het beschikbare empirische onderzoek laat vervolgens goed de *dynamiek tussen vertrouwen en controle* zien. In theorie kunnen vertrouwen en controle op verschillende manieren op elkaar inwerken.

Bijvoorbeeld Six (2013), die in theorie drie mogelijke verbanden onderscheidt:

1. *Vertrouwen en controle zijn substituten of communicerende vaten: simpel uitgedrukt leidt meer controle tot minder vertrouwen en vice versa.*
2. *Vertrouwen en controle zijn complementair en versterken elkaar: weer simpel uitgedrukt levert minder controle minder vertrouwen op, en omgekeerd, hoe meer controle hoe meer vertrouwen. Een variant op dit lineair verband is een parabolisch verband, waarin het toevoegen van controle tot een bepaald niveau het vertrouwen bevordert en vanaf dat niveau meer controle juist ten koste gaat van vertrouwen.*
3. *Vertrouwen en controle zijn zo verbonden dat ze niet van elkaar te (onder)scheiden zijn; deze benadering wordt wel duale benadering genoemd (vertrouwen en controle vormen een dualiteit).*

Hoe makkelijk zou het zijn als het beschikbare empirische onderzoek eenduidig op een van deze opties wees. Dat is echter niet het geval.

Uit het bestudeerd onderzoek kunnen wel enkele *kerninzichten* worden gedestilleerd.

3.3 Kerninzicht 1. Controle en vertrouwen staan niet los van elkaar

Controle en vertrouwen staan niet los van elkaar, maar staan met elkaar in verband. Er zijn geen studies aangetroffen waarin wordt geconcludeerd dat het gaat om twee geïsoleerde fenomenen of dat van een ‘trust-control nexus’ geen sprake is. Ten minste is sprake van ‘co-evolutie’ of een wisselwerking tussen vertrouwen en controle. Vertrouwen zonder controle werkt evenmin als controle zonder vertrouwen. Het idee dat vertrouwen wel zonder controle kan is evengoed een idee-fixe als het idee dat controle wel zonder vertrouwen kan. Controle en vertrouwen lopen in zekere zin ‘samen op’, al laat het onderzoek verschillende patronen van co-evolutie zien. Ook in hun preadvies betogen Groen en Broeksteeg dat voor een goede werking van de ministeriële verantwoordelijkheid zowel controle/verantwoording als vertrouwen nodig zijn. Zonder vertrouwen werkt de verantwoording niet (in de vorm van de inlichtingenplicht), maar zonder verantwoording en informatie aan het parlement is het lastig zo niet onmogelijk om tot (wederzijds) vertrouwen te komen.

Edelenbos & Eshuis (2012) begrijpen de dynamiek tussen vertrouwen en controle als een proces van ‘co-evolutie’. Waar zij controle associëren met ‘new public management’ brengen ze vertrouwen in verband met ‘new public governance’. Aan de hand van de analyse van twee casussen van omgevingsbesluitvorming (stadsvernieuwing in Breda en natuurbescherming in Friesland) laten deze auteurs verschillende ‘pathways’ of routes naar vertrouwen en controle zien. In de Bredase casus bleek aanvankelijk wantrouwen geleidelijk steeds meer vervangen te worden door vertrouwen en informele controle. De gemeente legde in de relatie met burgers sterk de nadruk op informele controle, directe communicatie en niet al te veel formele uitgeschreven regels; in plaats daarvan wilde de gemeente burgers meer invloed geven. Daarmee werd het vertrouwen onder burgers aanvankelijk positief beïnvloed. In de loop van het project veranderde de dynamiek. Omdat een van de projecten financieel uit de hand liep, nam de formele controle door de gemeente toe. Er kwam meer bureaucratische controle, wat door burgers weer als een teken van wantrouwen werd gezien. In deze casus observeren Edelenbos & Eshuis (2012: 662-663) een negatieve cyclus van afnemend vertrouwen en toenemende controle, maar aanvankelijk dus ook een positieve cyclus van toenemend vertrouwen en afnemende formele controle (‘symbiotic coevolution’). In de casus natuurbescherming in Friesland kozen de partijen vanaf de start van het project voor formele controle. Er was in deze casus overeenstemming over

formele en hiërarchische controle door een onafhankelijk door alle partijen vertrouwde commissie. In beide gevallen kan meer formele controle co-evolueren met meer vertrouwen.

Ook uit het onderzoek van Abdullah & Hadaroo (2020) naar twee 'public-private partnership'-scholen in het Verenigd Koninkrijk bleken verschillende patronen van co-evolutie. Bij aanvang van het PPP-contract moesten de partijen sterk bouwen op formele controle om te komen tot zogeheten 'competence trust' (deskundigheid van de wederpartij) terwijl in deze fase 'goodwill trust' geen rol speelt. Naarmate de samenwerking in de tijd vordert fungeert de formele controle als het vehikel om deskundigheid te laten zien en daarmee 'goodwill trust' (in de intenties) te kweken. In de loop van de tijd groeit bij de ene school het vertrouwen en hoeft er minder vertrouwd te worden op (formele en informele) controle, terwijl bij de andere school het lage niveau van vertrouwen juist leidt tot een sterkere behoefte aan formele controle.

Een enquête onder betrokkenen bij PPP-praktijken in China toont bovendien dat 'contractual control' (afspraken vastgelegd in contracten) bijdraagt aan 'goodwill trust', en dat transparante informatie-uitwisseling dit toch al positieve verband nog eens bevordert (Fu & Luo 2023).

De omgekeerde gang, die van controle naar vertrouwen, is ook in onderzoek waargenomen. Ahmad et al. (2018) zien hoe de Britse overheid bij het Private Finance Initiative vooral controlegerichte instrumenten inzet, om vervolgens te ervaren dat deze niet alleen de verkeerde prikkels blijken maar ook spanningen in het project creëren. Op basis van deze ervaringen is vervolgens meer ingezet op vertrouwen creëren door samen 'controls' te ontwikkelen met de betrokken partijen, wat aanzienlijk effectiever blijkt.

3.4 Kerninzicht 2. De dynamiek tussen controle en vertrouwen kan zowel 'virtuous spirals' als 'vicious spirals' opleveren

Dat vertrouwen en controle op elkaar inwerken dan wel in de tijd langs verschillende patronen 'co-evolueren' (soms eerst controle, dan vertrouwen, soms andersom of afwisselend in de tijd), blijkt dus uit nogal wat studies. De dynamiek tussen vertrouwen en controle kan zowel 'virtuous spirals' opleveren, waarin vertrouwen en controle elkaar versterken, als 'vicious spirals', waarin controle en wantrouwen elkaar versterken.

Het onderzoek van Van Berkel, Ferguson & Groenewegen (2019) wijst op een specifieke factor in deze co-evolutie: reputatieverlies en de schuldvraag ('blame attribution' en 'blame avoidance'). Aan de hand van een majeur infrastructureel programma laten ze zien dat uit angst voor beleidsfalen al aan preventief reputatiemanagement ('blame avoidance') wordt gewerkt door de beleidsmatige controle over de (deel)projecten te versterken. Met als gevolg afnemend vertrouwen tussen de samenwerkende partners in de projecten.

De vraag is of deze casus-gebaseerde onderzoeksbevindingen zich laten generaliseren. Sitkin & George (2005) onderzoeken namelijk drie mogelijke reacties op legitimiteitsdreiging en afnemend vertrouwen:

- 1. een toenemend gebruik van formele controle ('increased formalism');*
- 2. een afnemend vertrouwen op informele controle (de legalistische reactie: 'decreased informalism');*
- 3. geen verandering in het gebruik van formele controle ('attenuated formalism').*

Aan de hand van twee experimentele onderzoeken komen Sitkin & George (2005) tot de conclusie dat de laatste hypothese het sterkst wordt gesteund door het bewijs: gepercipieerde legitimiteitsdreiging en afnemend vertrouwen hebben niet of nauwelijks veranderingen tot gevolg in het gebruik van en het vertrouwen op formele controlemechanismen.

Het falen-dus-controle-in-plaats-van-vertrouwen-patroon lijkt niet alleen te snel geconcludeerd, het hangt mede af van de context waarin controlemechanismen worden ingezet. Klein Woolthuis, Hillebrand & Nooteboom (2005) concluderen op basis van een aantal casusanalyses dat in het algemeen vertrouwen vooraf gaat aan contracten, maar dat vertrouwen en contracten zowel elkaar kunnen aanvullen als alternatieven zijn voor elkaar. Wel lijken relaties gebaseerd op vertrouwen succesvoller te zijn dan de overwegend contractuele relaties. Ook van belang is de betekenis die door partijen aan het contract wordt gegeven. Is het contract vooral een teken van commitment of beoogt het een bescherming te zijn tegen opportunistisch gedrag van de wederpartij? Afhankelijk aan de betekenis die partijen geven aan het contract kan het juist bijdragen aan vertrouwen of afdoen aan vertrouwen, zo concluderen Klein Woolthuis, Hillebrand & Nooteboom (2005: 834-835).

Ook het type controlemechanisme dat wordt ingezet kan ertoe doen als het gaat om de vraag of het vertrouwen al dan niet bevordert. Eerder is al het onderzoek naar 'Management by Objectives' versus 'Systematic Performance Appraisal' genoemd. Daarin wordt een op dialoog gerichte afspraak over controle vergeleken met een eenzijdig objectiveerbaar en meetbaar controle-instrumentarium. Bekkers (2003) onderzoekt of accreditatie door filantropische instellingen kan worden ingezet om het publieke vertrouwen en het vertrouwen van donoren te stimuleren. Dat blijkt inderdaad het geval. Donoren die van de accreditatie op de hoogte zijn, blijken meer te doneren dan diegenen die niet op de hoogte zijn van accreditatie. Dergelijke controlemechanismen waarbij via intermediaire organisaties vertrouwen wordt gecreëerd, zouden juist in de onpersoonlijke setting van transnationale afhankelijkheden kunnen werken (bijvoorbeeld 'credit rating institutions', zoals Pixley al in 1999, dus ruim voor de financieel-economische crisis in 2007/2008, betoogt). Daar waar geen toegang is tot formele certificerings- of accreditatiemechanismen, blijkt een meer participatieve vorm van controle eveneens effectief, zoals bij kleine Mexicaanse biologische boeren die zich niet bij grote biologische keurmerken kunnen aansluiten (Nelson et al. 2015).

In allerlei onderzoeken komt terug dat vertrouwen en controle elkaar juist versterken. Oftewel: vertrouwen is goed in combinatie met controle. Een voorbeeld is het onderzoek van Torfing & Bentzen (2022). In hun analyse van het Deense bestuur vragen ze zich af hoe het hoge vertrouwensniveau in Denemarken verklaard kan worden, dat voordelen oplevert als het gaat om economische welvaart en sociale ontwikkeling. De verklaring hiervoor vinden ze in het zogeheten 'hybrid governance'-model dat ze karakteriseren als 'a delicate balance between trust and the legitimate need for control to secure accountability' (Torfing & Bentzen 2022: 113). Juist de combinatie van vertrouwen in ambtenaren en een legitieme behoefte aan controle en verantwoording levert vertrouwen op van burgers in het bestuur en sociaal vertrouwen. Sterker nog, 'a long-lasting political-administrative culture based on trust and a pragmatic, non-ideological combination of different governance paradigms has generated a positive trust-public governance feedback loop' (ibidem). Deze auteurs spreken over een 'virtuous circle of trust sustained by trust-based systems of evaluation, assessment, and accountability developed in close dialogue between public managers and employees'. Wederom moet nader worden genuanceerd naar het type controle-instrumentarium dat wordt ingezet. Six (2012) wijst weliswaar op een zelfversterkende cyclus van toenemend vertrouwen, maar heeft het over specifieke controle-instrumenten. Hoe meer vertrouwen toezichhouders hebben in de organisaties waarop toezicht wordt gehouden, hoe meer ruimte er volgens haar is voor 'self-determination enhancing-controlesystemen

voor het toezichtveld. Deze bevorderen op hun beurt het internaliseren van de waarden die de regulering beoogt en (dus) ook de naleving door de organisaties waarop toezicht wordt gehouden. Meer naleving maakt de cyclus rond, want daarmee neemt ook het vertrouwen van de toezichthouder toe. Kortom, vertrouwen noopt tot minder vanuit de toezichthouder geleide controlesystemen en daarmee ontstaat een zelfversterkende cyclus van nog meer vertrouwen. Six (2013) komt weliswaar tot een model van een zelfversterkende cyclus van vertrouwen (en meer zelfcontrole), maar dit model wordt in het artikel niet getoetst. Bovendien is het de vraag of een dergelijk vertrouwen van toezichthouders bijdraagt aan het publieke vertrouwen in de bedrijven waarop toezicht wordt gehouden. Een survey-experiment van Maman et al. (2023) toont aan dat het vertrouwen van burgers in bedrijven hoger is als gebruik wordt gemaakt van 'command & control'-regulering vanuit de overheid dan wanneer bedrijven meer door zelfregulering door de overheid worden gereguleerd.

In het preadvies van Harteveld en Hoving lijkt de strafbeschikking een goed voorbeeld van de dynamiek tussen 'virtuous spirals' en 'vicious spirals'. Ze laten aan de hand van de onderzoeken van de procureur-generaal bij de Hoge Raad zien dat de strafbeschikkingspraktijk daadwerkelijk is verbeterd. Tegelijkertijd vragen ze zich af of nog meer controlemechanismen op de strafbeschikking nog wel bijdragen aan kwaliteitsverbetering.

3.5 Kerninzicht 3. Te snel wordt verondersteld dat controle beter is dan vertrouwen, maar soms is dat wél zo

Te snel uitgaan van controle in plaats van vertrouwen miskent dat in veel situaties de doelen juist overeenkomen en er dus beter ingezet kan worden op vertrouwen dan op controle.

Waar sommige onderzoeken 'co-evolutie' of het gezamenlijk op- en aflopen van controle en vertrouwen laten zien, blijkt uit ander onderzoek dat vertrouwen en controle als communicerende vaten kunnen worden beschouwd. Vertrouwen en controle verschijnen onder meer als communicerende vaten in de economische theorie van transactiekosten. Eenvoudig gezegd: hoe meer met elkaar handelende partijen op basis van vertrouwen kunnen werken, hoe minder er via contract of controle geregeld hoeft te worden en hoe lager de transactiekosten. Op het macroniveau van een samenleving zijn de welvaartseffecten van (hoog) vertrouwen door lagere transactiekosten enorm en daarom worden vertrouwen en contract/controle wel als alternatieve 'governance mechanisms' beschouwd. Rus & Igljč (2005) onderzoeken vanuit dit perspectief de wisselwerking tussen vertrouwen en controle bij ondernemers in Slovenië en Bosnië-Herzegovina. In Slovenië is de institutionele omgeving voor ondernemers betrouwbaarder en worden zakelijke verhoudingen meer gevormd door vertrouwen dan door dichtgetimmerde contracten. In Bosnië-Herzegovina nemen deze onderzoekers het omgekeerde waar: minder vertrouwen en (dus) meer dichtgetimmerde contracten. Als vertrouwen toch aan de basis staat van zakelijke relaties in Bosnië-Herzegovina is dat interpersoonlijk vertrouwen (bijvoorbeeld tussen familieleden en vrienden, en geen gegeneraliseerd of generiek sociaal vertrouwen), hetgeen als 'governance mechanism' minder bruikbaar is dan institutioneel of generiek sociaal vertrouwen. Een ander onderzoek waaruit een meer 'negatieve' spiraal van controle en vertrouwen blijkt, is uitgevoerd door Teram & Igra (2008). Zij onderzochten de fusie van vier organisaties van jeugdzorg en in het bijzonder de invoering van een nieuwe behandelmethodiek waarbij professionele 'counselors' geïntegreerd werden in de intramurale zorgteams. Deze manier om de controle vanuit het management te versterken heeft geleid tot wantrouwen bij de zorgteams/medewerkers van de instel-

lingen. Op basis van dit onderzoek komen Teram en Igra tot de conclusie dat het gaat om de verhouding tussen controle en vertrouwen. Ze gebruiken daarvoor de metafoor van de 'Crazy glue' (instant werkende lijm) versus 'Epoxy glue' (lijm op basis van een vloeibare kunststof die na het uitharden bijzonder sterke binding oplevert). Bij fusies als deze gaat het om de mengverhouding tussen de 'instant werkende' controlesystemen en de harde lijm van het vertrouwen die eerst een proces van uitharden vergt. Hoewel hun onderzoek wijst op vertrouwen en controle als communicerende vaten, is hun conclusie dat beide nodig zijn. Ook binnen (Sloveense) organisaties nemen Kovac & Jesenko (2010) vertrouwen en controle waar als communicerende vaten: hoe sterker het vertrouwen binnen een organisatie, hoe minder de delegatie/overdracht van taken geformaliseerd hoeft te worden en hoe informeler er tussen de leden van een organisatie kan worden gecommuniceerd.

In plaats van controle en vertrouwen suggereert Segal (2012) een alternatief kader dat ze ontleend aan Van Slyke (2007). In dit kader wordt het 'principal-agent model' (waarin de principaal andere doelen of belangen heeft dan de agent en er dus een mechanisme moet zijn om het risico van opportunistisch gedrag te mitigeren, zoals controle, contract of vertrouwen) geplaatst tegenover het zogeheten 'principal-steward model' waarin juist de overeenkomende doelen worden benadrukt. Managers en medewerkers hebben in dit model geen van de 'principaal' afwijkende belangen, maar beiden hebben bijvoorbeeld belang bij het realiseren van het organisatiedoel (bijvoorbeeld bescherming van burgers tegen criminaliteit, een belang dat zowel de Minister van Veiligheid en Justitie heeft als de gemiddelde teamchef of politieagent). Vanuit 'stewardship'-theorie is controle dus veel minder vanzelfsprekend als vanuit het 'principal-agent model'. Segal laat aan de hand van de casus van publieke scholen in Edmonton (Canada) zien dat het inzetten van 'stewardship' zowel corruptie binnen de perken houdt als de efficiëntie ten goede komt. In de 'principal-agent'-theorie bestaat tussen beide een 'trade off' en is het systeem ofwel minder efficiënt als corruptie gereduceerd wordt (want: meer controle) en zal meer efficiëntie leiden tot meer corruptie. Jankauskas (2022) heeft vanuit hetzelfde kader de verhouding tussen lidstaten en twee internationale organisaties (de VN-landbouworganisatie FAO en het World Food Programme WFP) onderzocht. Daar waar bij de FAO weinig vertrouwen bij de lidstaten in het management bestaat en in de verhouding 'hard control' wordt ingezet, is de verhouding bij het WFP omgekeerd. Bij het WFP is er veel informatie door het management met de donoren gedeeld en lijken de doelen van management en lidstaten meer overeen te komen. Interessant is dat juist in de WFP-casus de bijdragen van de donoren vrijwillig zijn op grond waarvan volgens Jankauskas juist verwacht zou mogen worden dat 'hard controls' zouden worden gebruikt en het management zich vanuit 'opportunistic self-interest' zou gedragen 'to avoid funding cuts' (Jankauskas 2022: 582). Zoals bij alle tegenstellingen geldt ook bij 'agency' versus 'stewardship' dat op enig moment ook combinaties onderzocht worden. Schillemans & Bjurstøm (2020) constateren op basis van een enquête dat in de praktijk de verhouding tussen ministerie en drie uitvoeringsorganisaties een combinatie bevat van 'agency theory' en 'stewardship theory' en dat dit niet alleen de feitelijke situatie beschrijft maar ook de volgens respondenten 'optimale' situatie.

Hoe belangrijk het is om eerst het begrip 'controle' nader toe te spitsen alvorens onderzoek te gaan doen, laat het onderzoek van Roberts (2001) zien. Veel onderzoek naar 'corporate governance' gaat over de vraag hoe de belangen van de eigenaren 'op afstand' (aandeelhouders) het best kunnen worden geborgd. Verantwoording en controle zouden daarvoor manieren zijn, al dan niet in aanvulling op vertrouwen. Roberts onderscheidt twee uiteenlopende vormen en effecten van verantwoording. Tegenover elkaar staan processen en praktijken van verantwoording met 'individualiserende' en 'socialiserende' effecten. Individualiserende effecten ontstaan door marktmechanismen en formele hiërarchische vormen van verantwoording en controle, terwijl socialiserende effecten in verband worden gebracht met 'face-to-face accountability' tussen mensen die over gelijke machtsbronnen beschikken.

Roberts bepleit een combinatie van verschillende vormen van verantwoording in de relatie eigenaren/aandeelhouders versus bestuur en daarmee de noodzaak om het probleem van deze relatie te herformuleren van de vraag hoe de belangen van de eigenaren/aandeelhouders het best kunnen worden geborgd naar 'a problem of trust at a distance'. De meer socialiserende vormen van verantwoording ('face-to-face') zijn aanvullend op de op wantrouwen gebaseerde individualiserende vormen.

Ook over de richting van het verband tussen vertrouwen en controle zijn er aanwijzingen die in verschillende richtingen wijzen: vertrouwen kan leiden tot andere vormen/types van controle, maar controle kan ook het vertrouwen beïnvloeden. Er is eerder sprake van verschillende routes of 'pathways' dan van een eenduidige richting. Allerlei routes zijn in de onderzoeken aangetroffen, soms zelfs in dezelfde casus op verschillende momenten.

Verschiedende onderzoeken wijzen erop dat controle en vertrouwen elkaar versterken. Controle kan vertrouwen bevorderen en vertrouwen bevordert de effectiviteit van controle-instrumenten. Of dit gebeurt, hangt sterk af van het type controle-instrument dat wordt ingezet. Participatieve of wederkerige (reciproke) ontwerpen en het gebruik van controle-instrumenten in een dialoog, op basis van gezamenlijke formulering van ijkpunten en gezamenlijke monitoring, bevorderen vertrouwen. Ook controle-instrumenten met 'socialiserende' in plaats van 'individualiserende' effecten bevorderen vertrouwen. Omgekeerd werken eenzijdig ingezette, objectieveerbare en meetbare en 'individualiserende' controle-instrumenten negatief uit op vertrouwen. Zie in dit verband ook de analyse van Hage en Hijink in hun preadvies over de strategie om via transparantieplichten een vorm van 'maatschappelijk toezicht' te organiseren op ondernemingen, met het oog op publieke belangen. Transparantie zou aansprakelijkheid(stelling) kunnen uitlokken en daarmee 'verhoging van de mogelijke aansprakelijkheidsrisico's van (bestuurders en commissarissen van) ondernemingen en – in het verlengde daarvan – accountants'. Tegenover één (publieke) toezichthouder ontstaat door dit mechanisme bij uitstek een 'socialiserende' vorm van controle met nog onbekende effecten. Het wellicht tegenovergestelde effect van controle beschrijven Hage en Hijink overigens ook in hun preadvies: de controle op accountants. Tegenover de controlemechanismen en regels die in het accountantsberoep hebben geleid tot 'een afname van kritisch denken', stellen Hage en Hijink een stelsel voor dat de zogeheten 'working group mentality' in accountantskringen versterkt (de gerichtheid op de taak) in plaats van de 'basic assumption mentality' ('de secundaire – vaak onbewuste – tendens die optreedt wanneer een groep onzeker wordt of zich bedreigd voelt'). Controlesystemen dus die de 'parrhesia' versterken, het vrije (en kritische) spreken waarvoor deugden als moed en praktische wijsheid nodig zijn.

Ten slotte doet de context ertoe waarin controle wordt ingezet alsmede de betekenis die de betrokkenen aan controle geven. Als controle alleen een kwestie is van 'blame avoidance' of het 'afrekenen' van anderen, gaat het ten koste van vertrouwen en is controle dus zeker niet beter dan vertrouwen.

3.6 Kerninzicht 4. Controlesystemen die coöperatie mogelijk maken, versterken vertrouwen

Veel van het empirisch onderzoek naar vertrouwen en controle gaat over ‘princiaal-agent’-achtige situaties, waarbij een agent iets doet voor een principaal en daarmee de mogelijkheid heeft om opportunistisch gedrag te vertonen (met andere woorden: bedriegen). Het verband tussen vertrouwen en controle is ook onderzocht in een heel andere situatie, namelijk die van belemmeringen voor coöperatie (het komen tot samenwerking) of bij collectieve goederen. In deze situatie is coöperatie in theorie de beste oplossing voor het geheel, maar zijn de baten van niet-coöperatief gedrag voor individuele partijen groter dan de kosten. Denk bijvoorbeeld aan het klassieke ‘prisoner dilemma’, maar ook aan de situatie bij ‘collectieve goederen’ als defensie, dijken of snelwegen. Als iedereen netjes belasting betaalt voor het snelwegennet in Nederland, kan een goed snelwegennet worden aangelegd tegen relatief lage kosten per persoon. Betaalt een persoon niet en de rest wel belasting, dan ontstaat een uiteenlopende kosten-batenstructuur: de persoon die niet betaalt heeft wel alle baten maar geen kosten, terwijl voor alle anderen de kosten-batenstructuur hierdoor net ietsje minder goed uitpakt. Naarmate meer mensen niet betalen, worden de kosten voor diegenen die wel betalen steeds hoger en zal de prikkel om niet te betalen ook voor hen sterker worden. Hoe meer mensen echter stoppen met belasting betalen, hoe minder geld er binnenkomt en hoe slechter het snelwegennet voor iedereen zal worden. Kortom, in de structuur van de situatie is het voor individuen voordelig om wel te profiteren en niet te leveren maar als iedereen dat doet levert dat voor het geheel de meest nadelige oplossing op. Een van de kernvragen voor de sociale wetenschappen is hoe dergelijke belemmeringen overwonnen kunnen worden, want in samenlevingen waarin dat lukt pakt het voor de meeste mensen het meest gunstig uit.⁵

Miao et al. (2021) hebben het verband tussen vertrouwen en controle voor dit type contexten onderzocht, in hun geval irrigatievoorzieningen in Noordwest China. Zowel vertrouwen kan coöperatief gedrag uitlokken (als je zelf vertrouwen toont zullen anderen dat ook doen) als controle (monitoring of iedereen coöperatief gedrag vertoont en sanctionering bij niet-coöperatief gedrag). Uit hun studie blijkt dat in kleine groepen zowel controle als vertrouwen het probleem van de coöperatie kunnen overwinnen; bij grote groepen is alleen controle een effectief mechanisme voor deze problemen. Groepsgroottes variëren in deze studie tussen hele kleine groepen (minder dan dertig participanten) en grote groepen (meer dan 200 participanten). Naarmate de groep groter wordt, neemt de effectiviteit van vertrouwen als mechanisme voor dit type problemen af en neemt de effectiviteit van controle juist toe.

Op basis van een net iets andere onderzoeksvraag en theoretisch kader komen Hayashi et al. (1999) op basis van een experiment onder Japanse en Amerikaanse burgers tot de conclusie dat ook cultuuroetoe doet: vertrouwen speelt bij de Amerikanen een grotere rol als verklaring voor coöperatief gedrag en een ‘sense of control’ is iets belangrijker bij de Japanners. Zelfs zonder sterke formele instituties blijkt ‘control’ van belang. Een studie in Tanzania waar de formele instituties weinig waarborgen bieden tegen ‘opportunistisch gedrag’ (zeg maar: geen belasting betalen maar wel van de

5 Zie Zouridis 2021 voor een analyse waarin een goed functionerende rechtsstaat voor dit probleem de meest effectieve oplossing blijkt, en vergelijk de Scandinavische landen op dit punt eens met bijvoorbeeld de Latijns-Amerikaanse landen of de Aziatische landen met de Afrikaanse landen.

snelwegen gebruikmaken) toont op de langere termijn een scala aan controlemechanismen om toch tot coöperatief gedrag te komen (inclusief traditionele stamverbanden). Omdat het in dit onderzoek gaat om de meer alledaagse problemen (hoe kom ik aan eten?), is de noodzaak om tot coöperatief gedrag te komen groot en moeten mensen wel manieren vinden om anderen te vertrouwen. Zonder formele instituties die controleren gaat het dan volgens Tilmar & Lindkvist (2007) niet om een 'leap of faith' maar om 'small steps of faith'; in hun casestudie zijn vrouwen daar trouwens beter in dan mannen. Dit alles laat onverlet dat, ook voor transacties buiten de eigen groep, goed functionerende formele instituties die controle belichamen wel degelijk bevorderlijk zijn (bijvoorbeeld Fabbri 2021).

3.7 Kerninzicht 5. Ook informele mechanismen zijn effectief

Veelal gaat het bij het onderzoek naar controle om geformaliseerde controle in de vorm van contracten (met sanctiebepalingen) of andere vormen van afspraken (bijvoorbeeld managementafspraken). Doorgaans zijn hier formele instituties (als een rechtssorde, of rechtspraak) voor nodig, maar soms is sprake van situaties waarin controle niet mogelijk is en toch een 'leap of faith' moet worden genomen om te handelen, zoals illegale markten (denk aan online illegale markten voor drugs of wapens). Ook hiernaar is onderzoek gedaan en uit dat onderzoek blijkt dat niet altijd op formele instituties hoeft te worden vertrouwd; ook informele instituties kunnen het onzekerheidsprobleem oplossen en vertrouwen stimuleren.

Bancroft et al. (2020) onderzochten hoe vertrouwen ontstaat op een illegaal online drugsplatform op het dark web dat ze 'PsychForum Market' noemen (PFM). Kopers betalen op dit platform eerst voor drugs en moeten dan maar hopen dat de drugs die ze besteld hebben ook daadwerkelijk geleverd worden. Van formele controle op de levering door wie dan ook, inclusief de platformbeheerders, is geen sprake; evenmin is er een mogelijkheid om alsnog redres te halen bij niet-levering. Toch lijkt dit platform als marktplaats prima te functioneren, volgens de onderzoekers dankzij een paar mechanismen die vertrouwen stimuleren. Om te beginnen observeren de onderzoekers een tamelijk sterke gemeenschapsbinding door de gezamenlijke interesse in (de effecten van) psychoactieve middelen. Het platform ziet er eerder uit als een discussieplatform over dit onderwerp dan een marktplaats, en de beheerders benadrukken veelvuldig de eigen verantwoordelijkheid van de kopers/gebruikers voor veilige handel (bijvoorbeeld: 'never show your ID'). Omdat kopers vooraf betalen benadrukken de beheerders ook hoe belangrijk het is om je als koper goed te informeren over de verkopers en daar onderzoek naar te doen. Aldus ontstaan, in tegenstelling tot technische systemen waarbij met online/virtuele portemonnees wordt gewerkt, erg nauwe relaties tussen kopers en verkopers. Ook dat is een mechanisme dat vertrouwen stimuleert. Hierop is vervolgens een derde mechanisme gebouwd, het mond-tot-mondreputatiemechanisme. In een gesloten gemeenschap van mensen met dezelfde belangstelling of passie, ook al is het een gemeenschap van anonieme leden, met nauwe relaties tussen kopers en verkopers, werkt het reputatiemechanisme tamelijk feilloos tegen oplichting. Eerder onderzoek naar bijvoorbeeld een illegaal wijdverbreid gokspel op de Filipijnen liet vergelijkbare mechanismen voor vertrouwensproductie zien, waarbij reputatie het belangrijkste 'controlemiddel' is (Pedro 2017). Onderzoek naar matchfixing in Taiwan geeft aanleiding tot een vergelijkbare conclusie; het is niet de maffia die hiërarchisch controle en naleving afdwingt, maar het zijn netwerken waarin vertrouwen wordt geproduceerd (Tzeng & Ohl 2023). Op een meer algemeen niveau laten speltheoretische simulaties zien dat zelfs zonder formele dan wel informele sociale controle wel degelijk vertrouwen en samenwerking tussen vreemden/onbekenden kan ontstaan (Macy & Skvoretz (1998).

Dat ook openbaarheid en reputatie als controle/vertrouwensmechanisme kunnen werken, lijken Hartevelt en Hoving in hun preadvies over het strafrecht te betogen als het gaat om de hoge transacties. Door hoge transacties vooraf aan een Toetsingscommissie voor te leggen en vergezeld te laten gaan van een uitgebreid feitenrelaas, rijst volgens Hartevelt en Hoving de vraag ‘waarom dit niet kan worden aangemerkt als een voldoende waarborg om zonder rechterlijke controle erop te kunnen vertrouwen dat het Openbaar Ministerie de correcte belangenafweging maakt’.

3.8 Kerninzicht 6. Controle en vertrouwen zijn twee zijden van dezelfde medaille

Zowel de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter*, al dan niet voorzien van een vraagteken, als veel van het onderzoek naar de ‘trust-control nexus’ gaat ervan uit dat het bij controle en vertrouwen om verschillende fenomenen gaat. In enkele studies wordt deze veronderstelling fundamenteel bestreden; in plaats van ze te beschouwen als verschillende fenomenen (‘dualisme’) wordt wel gesteld dat het om verschillende zijden van dezelfde medaille gaat (‘dualiteit’ dus).

Möllering (2005: 286) stelt dat het bij vertrouwen en controle om (deels) dezelfde fenomenen gaat. De centrale vraag voor hem is hoe actoren positieve verwachtingen ontwikkelen over het (positief of negatief) gedrag van anderen waarvoor ze op de een of andere manier kwetsbaar zijn (bijvoorbeeld omdat ze zich ervan afhankelijk maken). Hoewel het antwoord hierop doorgaans ‘vertrouwen’ is, volstaat dat wat Möllering betreft niet. Vertrouwen veronderstelt immers per definitie een zekere mate van controle. Daarnaast verwijzen controle en vertrouwen naar elkaar. Ze bestaan niet alleen altijd tezamen, ze ‘exist in a reflexive relationship to each other when they form the basis of positive expectations’. Op de derde plaats creëren vertrouwen en controle volgens Möllering (2005: 292) elkaar. Als een actor immers vertrouwen in een andere actor generaliseert naar algemeen sociaal vertrouwen, krijgt dat vertrouwen een ‘control-like quality’. Omgekeerd: ‘control produces trust whenever actors refer to and maintain social structures despite the fact that structures can be contradictory and ambiguous or in some other way imperfect and open to interpretation, leaving room for benevolent or malevolent agency.’ Zowel controle als vertrouwen zijn dus ‘ingebakken’ in de sociale structuren waarin actoren bewegen en zijn niet los van elkaar te zien. Wat vertrouwen en controle weer wel gemeen hebben, is ‘uitstel’: in beide gevallen is en blijft er onzekerheid bestaan over het gedrag van de ander. Waar Möllering de dualiteit van controle en vertrouwen in theoretische zin benadrukt op een hoog abstractieniveau, vindt Khodyakov (2007) bevestiging voor de dualiteit in zijn onderzoek naar het dirigentloos symfonieorkest Orpheus. Khodyakov interviewde musici en observeerde zowel repetities als uitvoeringen om er achter te komen hoe de musici zonder dirigent complexe muziekstukken kunnen uitvoeren. Het antwoord: de dualiteit van controle en vertrouwen. Enerzijds ‘draait’ het orkest op het vertrouwen dat iedere musicus in staat is om op hoog niveau te musiceren en ook de professionele ambitie heeft om dat in het kader van dit orkest te doen. Tegelijkertijd is de onderlinge controle in het orkest sterk, waarbij Khodyakov allerlei controlestrategieën waarneemt (sociale controle, controle op ‘input’ en op ‘output’, maar ook op gedrag). Juist vanwege de dualiteit van controle en vertrouwen kan het orkest zonder dirigent op de bok op een hoog niveau complexe muziekstukken uitvoeren.

Van onderzoek naar het verband tussen vertrouwen en controle in de context van rechtsorde en rechtsstaat zijn we met abstracte discussies over dualiteiten en dualis-

men inmiddels wel erg verwijderd. Het wordt daarom tijd om weer terug te gaan naar de aanleiding voor dit preadvies, namelijk de lessen voor juristen die de rechtsorde creëren, uitvoeren en handhaven.

4.1 Bevindingen en conclusies

Dit preadvies begon met het centraal thema van het NJV-jaarcongres: vertrouwen is goed, controle is beter (vraagteken). Achtereenvolgens is betoogd dat:

- vertrouwen en controle functionele equivalenten zijn, aangezien ze allebei én aan- gaan van (handels)relaties mogelijk maken in een context van onzekerheid ten aanzien van het gedrag van de ander én zogeheten problemen van coöperatie (samenwerking) kunnen overwinnen;
- de stelling dat vertrouwen goed is, maar controle beter is ook gelezen kan worden als een pleidooi voor juridisering; het voorzien van de stelling van een vraagteken, zoals het NJV-bestuur heeft gedaan, kan omgekeerd gelezen worden als de noodzaak van het kritisch bevragen van juridisering;
- het scheiden van vertrouwen en controle een logische veronderstelling is die aan de uitspraak dat controle beter is dan vertrouwen ten grondslag ligt;
- de rechtsorde en de rechtsstaat alleen begrepen kunnen worden vanuit de chemie tussen de gepositieerde rechtsorde, het gedrag van de meeste rechtssubjecten en het bestuurlijk uitvoeren en handhaven van de rechtsorde;
- de uitspraak dat controle beter is dan vertrouwen daarom getuigt van een specifieke – enge – opvatting over het recht, de rechtsorde en de rechtsstaat, waarbij het juridisch perspectief boven het sociaal en bestuurlijk perspectief wordt geplaatst en het vertrouwensfundament onder het recht onterecht over het hoofd wordt gezien;
- er in Nederland geen sprake is van afnemend sociaal en institutioneel vertrouwen maar stabiel of zelfs licht stijgend vertrouwen;
- het desondanks inzetten/bouwen van controlesystemen en het juridiseren van verhoudingen wel gevolgen kan hebben voor het vertrouwen, met name via het aanwakken van een cultuur van achterdocht;
- dit inzetten/bouwen van controlesystemen vooral verklaard kan worden vanuit institutionele factoren: de behoefte aan ‘blame avoidance’, het culturele proces van voortgaande formalisering en de externe verantwoordingsdruk/verantwoordingscultuur;
- vertrouwen en controle niet van elkaar kunnen worden losgemaakt, maar in plaats daarvan co-evolueren;
- controle in deze co-evolutie zowel het vertrouwen kan versterken als verzwakken;

- vooral controle-instrumenten met ‘socialiserende’ effecten, waarin de controle gepaard gaat met dialoog en (meer of minder intensief) gesprek het vertrouwen stimuleren en controle-instrumenten met ‘individualiserende’ effecten partijen tegenover elkaar plaatsen en het vertrouwen ondermijnen;
- controle lijkt te werken als sociale ‘Crazy glue’ (instant werkende lijm) en vertrouwen als ‘Epoxy glue’ (lijm die na het uitharden bijzonder sterke binding oplevert);
- controle vertrouwen kan ondermijnen als het (uitsluitend) wordt ingezet voor ‘blame avoidance’ en het ‘afrekenen van anderen’.

4.2 Lessen en debatpunten voor juristen

Wat zijn nu de lessen voor juristen die volgen uit deze achtereenvolgende bevindingen? Vooralsnog kunnen vijf lessen worden geformuleerd.

1. Wellicht de belangrijkste les is om juridisering en controle niet ideologisch ofwel in te zetten of juist te vermijden, maar gericht in te zetten om het vertrouwen te versterken. Dus *niet vertrouwen is goed, controle is beter, maar controle is alleen goed als het bijdraagt aan (meer) vertrouwen*. Ook omgekeerd geldt dat vertrouwen controle nodig heeft; vertrouwen is alleen te prefereren als er ook controle bij komt kijken. Alleen met deze dubbelstrategie kan effectief met de onzekerheid ten aanzien van het gedrag van de ander worden omgegaan; bij uitsluitend vertrouwen wordt met een ‘leap of faith’ de onzekerheid omarmd en blijft het bij een sprong in het ongewisse. Met andere woorden: het gaat niet om controle óf vertrouwen maar om controle én vertrouwen. Harteveld en Hoving betogen in hun preadvies dat in het strafrecht ‘het idee dat vertrouwen en controle elkaar kunnen versterken’ sturend is geweest voor het strafrechtelijk bouwwerk en dat de toename van controle de afgelopen decennia ‘niet voortvloeit uit een gebrek aan vertrouwen maar juist kan bijdragen aan het vertrouwen in de werking van het strafvorderlijk stelsel op systeemniveau’. Een voorbeeld dus van controle én vertrouwen.
2. De context en het doel doen ertoe als het gaat om de effecten van controle en juridisering. Controle en juridisering met ‘socialiserende’ in plaats van ‘individualiserende’ effecten draagt bij aan vertrouwen. Onder toenmalig Minister van Justitie Hirsch Ballin is voor het Ministerie van Justitie in 2009 een zogeheten sociale cohesiestrategie verkend en in kaart gebracht. In deze strategie ging het erom het recht ‘socialiserend’ te laten werken, bijvoorbeeld door het makkelijker te maken voor verenigingen van eigenaren van appartementencomplexen om te investeren in collectieve voorzieningen of voor verenigingen van bedrijven in gemeenschappelijk beheer van een bedrijventerrein. In het strafrecht zou zo’n strategie ‘horizontaal’ herstel tussen slachtoffers en daders beter kunnen accommoderen, en in het ondernemingsrecht zou minder eenzijdig nadruk gelegd moeten worden op eigenaren/aandeelhouders maar het juridisch prikkelen van verschillende stakeholders bij een onderneming om de dialoog op te zoeken. Kortom, juridisering en controle kunnen het sociaal vertrouwen versterken, mits ingezet wordt op ‘socialiserende’ effecten. Bovendien is het van belang de context goed te ‘scannen’ op al dan niet gemeenschappelijke doelen. Door te snel uit te gaan van divergerende doelen van partijen wordt controle ingezet daar waar vertrou-

wen beter zou hebben gewerkt dan wel beïnvloedt controle het onderling vertrouwen negatief. Het ‘stewardship-agent’-model lijkt zowel efficiënter als betrouwbaarder dan het klassieke ‘principaal-agent’-model.

3. Een derde les is dat als juridisering en controle worden ingezet deze een breder doel moeten dienen dan ‘blame avoidance’ of indekken van de eigen positie. Als juridisering en controle uitsluitend voor indekken worden ingezet, tasten ze het vertrouwen aan en lokken ze bij de wederpartij geen ‘prosociaal’ of ‘coöperatief’ gedrag uit maar ‘antisociaal’ of ‘strategisch’ gedrag. De mogelijkheden om dan tot een vertrouwensbasis te komen met positieve effecten voor beide partijen worden door de verkeerde inzet van controle en vertrouwen ondermijnd. Voorkom dus vooral een cultuur van achterdocht die zichzelf in stand houdt en als een vicieuze spiraal zichzelf alleen maar versterkt (controle op controle op controle op controle, enz.). De dynamiek die Groen en Broeksteeg in hun preadvies beschrijven, lijkt soms wel op een ‘vicious spiral’: meer incidenten of schandalen roepen meer vragen op, wekken wantrouwen en wakkeren nog meer controle aan, wat vooralsnog niet heeft geleid tot minder incidenten en schandalen. Aangezien de inzet van controlesystemen voor ‘blame avoidance’ nogal eens uitgelokt wordt door ‘externe’ prikkels (politieke behoeften, mediadruk, publieke verontwaardiging, maar ook vonnissen van internationale rechters), is het de vraag voor juristen of ze deze prikkels niet op andere manieren kunnen kanaliseren dan wel zich er wat actiever tegen kunnen en/of moeten verzetten.
4. Houd in de context rekening met de schaal of de grootte van de groep en varieer het repertoire (vertrouwen of controle) bewust met de schaal. In kleinschalige contexten en kleine groepen is vertrouwen zonder (intensieve) controle zowel in ‘principaal-agent’-relaties als bij problemen van coöperatie een probaat middel. Controle en juridisering zijn dan weliswaar belangrijk als achtergrond of ‘backup’ in geval van nood, maar zijn niet nodig als primair kanaal waarlangs het maatschappelijk verkeer plaatsvindt. Naarmate de context grootschaliger wordt en de groep betrokkenen groter wordt, is controle en juridisering meer nodig om het vertrouwen te kunnen laten werken.
5. Juridisering is in de in dit preadvies gehanteerde rechtsopvatting een vorm van geformaliseerde controle, maar de literatuurstudie leert dat ten minste ook op informele controlesystemen kan worden vertrouwd en dat dergelijke systemen ook vertrouwen kunnen stimuleren. Als informele sociale controle zelfs in de onwaarschijnlijke context van illegale markten werkt (waar alleen vertrouwen beschikbaar is), is het de moeite waard om te verkennen voor welke andere doelen en in welke contexten het recht kan worden ingezet om de informele sociale controle te versterken. Ook op dit punt is de sociale cohesiestrategie voor het recht geen overbodige luxe. De stand van het vertrouwen in Nederland laat zien dat te snel vervallen in geformaliseerde controle én het vertrouwen niet stimuleert én de informele sociale controlemechanismen kan verdringen. Ook laat de stand van het vertrouwen in Nederland zien dat er meer dan voldoende fundament of sociaal vertrouwen is om juist niet al te gedetailleerde controlesystemen op te hoeven bouwen. Ook hier gaat het om het opzoeken van ‘alignment’ of congruentie tussen de rechtsorde (de ‘juridische hoofdkleur’ in het prisma), de sociale orde en de bestuurspraktijk. Dat informeel vertrouwen tussen de instituties van belang is, merken ook Groen en Broeksteeg op; niet voor niets zoeken zij de oplossing voor de erosie van het vertrouwen tussen de instituties in het versterken van de ‘consti-

tutionele etiquette' en niet in het vastleggen van meer geformaliseerde controles op de regering door het parlement.

De belangrijkste les die hieronder ligt is wellicht dat het credo uitnodigt tot wat hierboven de controleparadox is genoemd. Naarmate meer controlesystemen worden aangebracht, doet zich het risico voor van een mentale fuik waarin de behoefte aan nóg meer controle alleen maar toeneemt omdat achterdocht wordt aangewakkerd. Net als in de anekdote aan het begin van dit preadvies moet ervoor worden gewaakt al te snel uit te gaan van wantrouwen, want dat mondt uit in een cultuur van achterdocht die controlesystemen uitlokt. In een cultuur van achterdocht mondt vermeend wantrouwen uit in reële controlesystemen. Alleen al hierom zou de uitspraak *vertrouwen is goed, controle is beter* in het recht beter vervangen kunnen worden door de uitspraak *geen controle zonder vertrouwen, geen vertrouwen zonder controle*. In deze uitspraak krijgen controle én vertrouwen de gelijkwaardige plek die ze zowel theoretisch als empirisch verdienen. Juristen doen er goed aan het populaire credo op dit punt in te ruilen zodat ze hun bijdrage kunnen leveren aan het in stand houden en wellicht zelfs versterken van het sociaal en institutioneel vertrouwen in Nederland.

Samenvatting

Vertrouwen is goed, controle is beter. Vraagteken. Over deze uitdrukking, door het NJV-bestuur veranderd in een vraag, gaat dit preadvies. De uitdrukking suggereert dat vertrouwen en controle voorzien in een vergelijkbare behoefte in het maatschappelijk verkeer, maar dat controle daarin beter voorziet. In dit preadvies wordt de uitdrukking onder de loep genomen aan de hand van de literatuur over de zogeheten ‘trust-control nexus’, het verband tussen vertrouwen en controle. Daaruit blijkt dat vertrouwen en controle inderdaad zogeheten functionele equivalenten zijn. Met andere woorden: vertrouwen en controle zijn oplossingen voor hetzelfde probleem. Dat probleem is de onzekerheid ten aanzien van het gedrag van anderen. De vraag die in dit preadvies voorligt is of controle dat probleem beter adresseert dan vertrouwen.

Dat controle beter dan vertrouwen voorziet in de behoefte aan zekerheid ten aanzien van het gedrag van anderen, gaat er bij veel juristen in als koek. Tal van geformaliseerde controlesystemen zijn stevig in het recht verankerd, vertrouwen is hooguit een premisse in de vorm van bijvoorbeeld de ‘goede trouw’. Ook de gevolgen daarvan zijn helder: het recht is ‘hard’, vertrouwen is ‘zacht; het recht verschaft zekerheid, vertrouwen is een sprong in het ongewisse. Bovendien voorziet het recht in handhaving, desnoods met dwang, en vertrouwen laat zich niet handhaven. Aangezien de onzekerheid in de huidige wereld met open grenzen, anoniem online verkeer en veel vluchtige relaties groter is dan ooit, zit er niets anders op dan veel controlesystemen in te bouwen. Daar komt nog bij dat het vertrouwen in Nederland en in de wereld lijkt af te nemen en het wantrouwen tegen elkaar en tegen de instituties lijkt toe te nemen, als we althans de oude en nieuwe media mogen geloven.

Voor veel juristen zijn dit evidenties, maar ze blijken in dit preadvies de toets aan het wetenschappelijk onderzoek niet te doorstaan. Om te beginnen is het niet zo dat het vertrouwen van Nederlanders in elkaar of in de instituties tanende is. Eerder het omgekeerde: het vertrouwen in elkaar en in de meeste instituties is eerder stijgende dan dalende en sowieso onverminderd hoog. Ook al nemen de onzekerheden in het maatschappelijk verkeer wellicht toe, dat blijkt voor de meeste Nederlanders de meeste tijd geen belemmering om (ook online, ook anoniem) aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen. Ten tweede kunnen de Nederlandse rechtsorde en de rechtsstaat niet losgemaakt worden van het sociaal en institutioneel vertrouwen in Nederland. Een ‘real-life’ rechtsorde en een reëel bestaande rechtsstaat zijn gebouwd op een fundament van vertrouwen van mensen in elkaar en in de instituties. Zonder dit vertrouwen verlaat het recht het papier niet waarop het geschreven staat en kunnen de in het recht verankerde controlesystemen eenvoudigweg niet werken. Ten derde blijkt

uit de literatuur over de ‘trust-control nexus’ dat op een dieper niveau controle en vertrouwen niet van elkaar te scheiden zijn. Een goed functionerend controlesysteem veronderstelt vertrouwen en vertrouwen kan onzekerheid niet reduceren zonder een goed functionerend controlesysteem. Controle en vertrouwen blijken in de wetenschappelijke literatuur geen alternatieven voor elkaar, maar vullen elkaar aan of zijn zelfs twee zijden van dezelfde medaille.

Betekent dit dat elke vorm van controle het vertrouwen bevordert? Dat blijkt niet het geval. Om te beginnen kan controle op korte termijn voorzien in onzekerheidsreductie en daarmee de basis creëren voor vertrouwen dat vooral op de wat langere termijn een veel effectiever strategie voor onzekerheidsreductie blijkt. Ook zijn er vormen van controle die het vertrouwen ondermijnen en andere vormen van controle die het vertrouwen stimuleren. Vooral controle-instrumenten met zogeheten ‘socialiserende’ effecten, waarin de controle gepaard gaat met dialoog en (meer of minder intensief) gesprek tussen de betrokkenen blijken het vertrouwen te stimuleren. Deze vormen van controle worden gebouwd op vertrouwen en ondersteunen dat op hun beurt, bijvoorbeeld door alle betrokkenen op dezelfde manier informatie te verschaffen over de gemeenschappelijke doelen en belangen. Omgekeerd ondermijnen controle-instrumenten met ‘individualiserende’ effecten het onderling vertrouwen door partijen tegenover elkaar te plaatsen en de controle eenzijdig op te leggen en af te dwingen. In plaats van vertrouwen te stimuleren, versterken deze controle-instrumenten de onderlinge achterdocht.

Het is de cultuur van achterdocht die tot de explosie van geformaliseerde controlesystemen en tot juridisering heeft geleid de afgelopen decennia. Deze cultuur van achterdocht is niet gegrond in een reële daling van het maatschappelijk vertrouwen, maar heeft een eigen dynamiek gekregen. In deze cultuur nemen ook geformaliseerde controlesystemen het al dan niet vermeend wantrouwen niet weg, en de enorme proliferatie van deze controlesystemen heeft evenmin het maatschappelijk vertrouwen aantoonbaar bevorderd. In plaats van het vertrouwen te bevorderen heeft de cultuur van achterdocht alleen maar tot meer controle geleid die vervolgens de achterdocht verder heeft aangewakkerd. Het is dus zaak om de geest van juridisering en geformaliseerde controlesystemen weer terug in de fles te krijgen om het verband met het maatschappelijk vertrouwen te herstellen en controle weer ten dienste van vertrouwen in te zetten.

Stellingen:

1. Vanwege hun beroepsmatig aangeleerde achterdocht zoeken juristen te vaak zekerheid in geformaliseerde controlesystemen.
2. Controle is niet beter dan vertrouwen, want controle werkt alleen als er vertrouwen is.

Verwijzingen

A. Abdullah & I. Khadaroo (2020), 'The trust-control nexus in public private partnership (PPP) contracts', *Journal of Accounting and Public Policy* (39-6), <https://doi-org.tilburguniversity.idm.oclc.org/10.1016/j.jaccpubpol.2020.106768>

S. Ahmad, C. Connolly & I. Demirag (2020), 'A study of the operationalization of management controls in United Kingdom Private Finance Initiative contracts', *Public Administration* 98, p. 92-108

A. Bancroft (2020), 'Producing trust among illicit actors: a techno-social approach to an online illicit market', *Sociological Research Online* 25(3), p. 456-472

U. Beck (1992), *Risk Society. Towards a New Modernity*, London: Sage

R. Bekkers (2003), 'Trust, Accreditation, and Philanthropy in the Netherlands', *Non-profit and Voluntary Sector Quarterly* 32(4), p. 596-615

J.F.W. van Berkel, J.E. Ferguson & P. Groenewegen (2019), 'Once bitten, twice shy: how anxiety and political blame avoidance cause a downward spiral of trust and control in the aftermath of failed public projects', *Administration and society* 51(4), p. 545-580

K. Bijlsma-Frankema & A.C. Costa (2005), 'Understanding the Trust-Control Nexus', *International Sociology* 20(3), p. 259-282

G.A. Brewer, R.M. Walker, B. Bozeman, C.N. Avellaneda & G.A. Brewer Jr. (2012), 'External Control and Red Tape: The Mediating Effects of Client and Organizational Feedback', *International Public Management Journal*, 15:3, 288-314

G. van den Brink (2002), *Mondiger of moeilijker? Een studie naar de politieke habitus van hedendaagse burgers*, Den Haag: SDU

T.K. Das & B.S. Teng (1998), 'Between Trust and Control: Developing confidence in partner cooperation in alliances', *Academy of Management Review* 23, p. 491-512

T.K. Das & B.S. Teng (2001), 'Trust, Control, and Risk in Strategic Alliances: An Integrated Framework', *Organization Studies*, 22/2, p. 251-283

P. Dekker & J. de Ridder (2016), *Gedeelde waarden en een weerbare democratie. Een verkenning op basis van bevolkingsenquêtes*, Den Haag

P. Dekker, B.L. Terpstra & S. Zouridis, S. (2022), 'Hoe burgers naar uitvoering kijken', Tias/Tilburg University. <https://staatvandeuitvoering.nl/app/uploads/2022/06/12-08-22-Deelrapport-1-Het-burgerperspectief-op-uitvoering.pdf>

J.W. Duyvendak & M. Hurenkamp (red.) (2004), *Kiezen voor de kudde. Lichte gemeenschappen en de nieuwe meerderheid*, Amsterdam: Van Gennep

J. Edelenbos & J. Eshuis (2012), 'The Interplay between Trust and Control in Governance Processes: A Conceptual and Empirical Investigation', *Administration and Society* 44(6), p. 647-674

G. Engbersen, M. van Bochove, J. de Boom, B. El Farisi, A. Krouwel, J. van Lindert, K. Rusinovic, E. Snel, L. van Heck, H. van der Veen & P. van Wensveen (2021), *De laag-vertrouwensamenleving: De maatschappelijke impact van COVID-19 in Amsterdam*, Den Haag, Rotterdam & Nederland, Kenniswerkplaats Leefbare Wijken

M. Fabbri (2022), 'Institutional quality shapes cooperation with out-group strangers', *Evolution and Human Behavior* 43, p. 53-70

Y. Fu & Y. Luo (2023), 'The Interaction Effect of Trust and Contract on Dispute Negotiation Strategy: Evidence from the Chinese Construction Industry', *International Journal of Conflict Management* 34(3), p. 570-597

H.L.A. Hart (1961), *The concept of law*, Oxford: Oxford University Press

N. Hayashi et al. (1999), 'Reciprocity, Trust, and the Sense of Control', *Rationality and Society* 11(1), p. 27-46

C. Hood (2011), *The Blame Game. Spin, Bureaucracy, and Self-Preservation in Government*, Princeton and Oxford: Princeton University Press

C. Hood, H. Rothstein & R. Baldwin (2004), *The Government of Risk. Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford: Oxford University Press

V. Jankauskas (2022), 'Delegation and stewardship in international organizations', *Journal of European Public Policy* 29(4), p. 568-588

D.M. Khodyakov (2007), 'The complexity of trust-control relationships in creative organizations: insights from qualitative analysis of conductorless orchestra', *Social Forces* 86(1), p. 1-22

R. Klein Woolthuis, B. Hillebrand & B. Nooteboom (2005), 'Trust, Contract, and Relationship Development', *Organization studies* 26(6), p. 813-840

- J. Kovac & M. Jesenko (2010), 'The Significance and Role of Trust in an Organization within the processes of communication and control', *DRUŠ. ISTRAŽ. ZAGREB GOD.* 19, p. 259-277
- F. Krueger (2021), *The Neurobiology of Trust*, Cambridge: Cambridge University Press
- B. Larsson (2007), 'Unpacking Professional Trust – Dimensions of Trust in Swedish Auditors-Client Relations', *Sociological Research Online* 12(2)
- N. Luhmann (1968), *Vertrauen*, Konstanz: UVK
- N. MacCormick (2007), *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press
- M.W. Macy & J. Skvoretz (1998), 'The evolution of trust and cooperation between strangers: a computational model', *American Sociological Review* 63(5), p. 638-660
- H. Maine (1861/1970), *Ancient Law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, Gloucester: Smith
- L. Maman, Y. Feldman & D. Levi-Faur (2023), 'Varieties of regulatory regimes and their effect on citizens' trust in firms', *Journal of European Public Policy* 30(12), p. 2807-2831
- H. Mercier (2020), *Not born yesterday. The science of who we trust and what we believe*, Princeton & Oxford: Princeton University Press
- R.K. Merton (1995), 'The thomas theorem and the matthews effect', *Social Forces* 74(2), 379-422
- S. Miao et al. (2021), 'Trust or control? The role of group size in governing small-scale irrigation facilities', *Rural Sociology* 86(2), p. 357-384
- G. Möllering (2005), 'The trust/control duality. An integrative perspective on positive expectations of others', *International sociology* 20(3), p. 382-305
- E. Nelson et al. (2015), 'Participatory guarantee systems and the re-imagining of Mexico's organic sector', *Agriculture and Human Values* 33:373-388
- G. Noordraven (1988), *De Fiducia in het Romeinse recht*, Arnhem: Gouda Quint bv
- P. Norris (2022), *In Praise of Skepticism. Trust but Verify*, Oxford: Oxford University Press
- O. O'Neill (2002), *A Question of Trust. The BBC Reith Lectures 2002*, Cambridge: Cambridge University Press

- A.C. Pedro (2018), 'Ending institutions: Rule enforcement in selfgovernance systems', *Rationality and Society* 2018 30(1), p. 80-107
- J. Pixley (1999), 'Impersonal Trust in Global Mediating Organizations', *Sociological Perspectives* 42(4), p. 647-671
- T.M. Porter (1995), *Trust in numbers. The pursuit of objectivity in science and public life*, Princeton (NJ): Princeton University Press
- U. Ravale, A. Patil & G.M. Borkar (2022), 'Trust management. A Cooperative Approach using Game Theory', in: M.P. Levine, *The Psychology of Trust*, London: In-techOpen. 3-16
- J. Roberts (2001), 'Trust and Control in Anglo-American systems of corporate governance: The individualizing and socializing effects of processes of accountability', *Human Relations* 54(12), p. 1547-1572
- A. Rus & H. Iglič (2005), 'Trust, Governance, and Performance. The Role of Institutional and Interpersonal Trust in SME Development', *International Sociology* 20(3), p. 371-391
- J.M. Sanchez & M.L. Velez (2011), 'Control systems effects on the controlled's trust: empirical evidence in interorganizational relationships', in: Curtis, B.R. (Ed.). (2011), *Psychology of trust*, Nova Science Publishers, Incorporated, p. 185-205
- M. Sasaki & R.M. Marsh (2012), *Trust. Comparative perspectives*, Leiden/Boston: Brill
- T. Schillemans & K.H. Bjurstrøm (2020), 'Trust and verification: balancing agency and stewardship theory in the governance of agencies', *International Public Management Journal* 23(5), p. 650-676
- L. Segal (2012), 'Instilling Stewardship to Address the Integrity/Efficiency Dilemma', *Administration and Society* 44(7), p. 825-852
- A.B. Seligman (1998), 'Trust and Sociability: On the Limits of Confidence and Role Expectations', *American Journal of Economics and Sociology*, vol 57, no 4, p. 391-404
- S. Sitkin & E. George (2005), 'Managerial Trust-Building Through the Use of Legitimizing Formal and Informal Control Systems', *International sociology* 20(3), p. 307-338
- F. Six (2013), 'Trust in Regulatory Relations', *Public Management Review* 15(2), 163-185
- D. van Slyke (2007), 'Agents or Stewards: Using Theory to Understand the Government-Nonprofit Social Service Contracting Relationship', *Journal of Public Administration Research and Theory* 17, p. 157-187

- P. Sztompka (1999), *Trust. A Sociological Theory*, Cambridge: Cambridge University Press
- E. Teram & U. Igra (2005), 'Crazy versus Epoxy Glueing. Control and Trust in the Merger of Human Service Organizations', *Administration in Social Work* 29, p. 45-61
- M. Tilmar & L. Lindkvist (2007), 'Cooperation against all odds. Finding Reasons for Trust where Formal Institutions Fail', *International sociology* 22(3), p. 343-366
- J. Torfing & T.Ø. Bentzen (2022), 'The Danish Control-Trust Balance in Public Governance', in: A. Hagedorn Krogh, A. Agger & P. Triantafyllou, *Public Governance in Denmark*, p. 111-129
- C.C. Tzeng & F. Ohl (2023), 'Examining the Fabrics of Match-Fixing: The Underground sport betting system', *International Review for the Sociology of Sport* 58(1), p. 188-207
- K. Vallier (2021), *Trust in a Polarized Age*, Oxford: Oxford University Press
- M. Wiemann, N. Meidert & A. Weibel (2019), 'Good' and 'Bad' Control in Public Administration: The Impact of Performance Evaluation Systems on the Employees' Trust in the Employer', *Public Personnel Management* 48(3), p. 283-308
- Z. Yan & P. Kirsch (2021), 'Trust and Oxytocin. Context-Dependent Exogeneous and Endogeneous Modulation of Trust', in: Krueger 2021, p. 315-337
- S. Zouridis (2006), 'Het incident als bestuurlijke uitdaging', *Openbaar Bestuur* 2006, 16/9, p. 2-4
- S. Zouridis (2019), *De institutionele crisis van de rechtsstaat*, Den Haag: Boom Bestuurskunde
- S. Zouridis (2021), *De resonante rechtsstaat. Over de institutionele crisis van de rechtsstaat en hoe er weer uit te komen*, Den Haag: Boom Bestuurskunde

Vertrouwen, transparantie en controle in het ondernemingsrecht – laveren tussen goede bedoelingen en onbedoelde effecten op menselijk gedrag

Maarten Hage en Steven Hijink

1	Inleiding: de worsteling van juristen (en in andere wetenschapsgebieden) met ‘vertrouwen’	55
2	Ondernemerschap en bronnen van onzekerheid	59
2.1	<i>De rol van onzekerheid in economische besluitvorming</i>	59
2.2	<i>Enkele bronnen van onzekerheid: klimaatverandering, globotics en geopolitieke ontwikkelingen</i>	60
2.3	<i>De digitale transitie geïllustreerd: een kortere ‘levenscyclus’ van ondernemingen</i>	63
3	Onzekerheidsreductie: vertrouwen en typen van juridische controlemechanismen	65
3.1	<i>Interactie tussen vertrouwen (trust) en controle (beheersing, control)</i>	65
3.2	<i>Typen van juridische controlemechanismen: (transparantie) verplichtingen, controle en litigation</i>	67
4	De groei van controlemechanismen in ondernemingsrechtelijke wet- en regelgeving	71
4.1	<i>Maatschappelijke tendensen: marktontwikkelingen en de Europese wetgever als aanjagers</i>	71
4.2	<i>Herstel van vertrouwen in ondernemingen en accountants als doelstelling: verschillende golven</i>	73
5	Controlemechanismen in de recente duurzaamheidsagenda: nieuwe (transparantie)eisen en meer <i>litigation</i>	75
5.1	<i>De CSRD als onderdeel van de Europese ESG-lente</i>	75
5.2	<i>De CSRD and beyond: vergroting van de mogelijkheden voor ESG-litigation als controlemechanisme</i>	76
6	Dynamiek accountantsberoep: voorbeeld voor tanend vertrouwen en toenemende controle	79
6.1	<i>De accountantsberoepsgroep onder vuur</i>	79
6.2	<i>Kritiek op de rol van accountants bij continuïteit en fraude doet afbreuk aan vertrouwen</i>	80
6.3	<i>Nieuwe rol voor accountants ten aanzien van de CSRD</i>	81
6.4	<i>Een alternatieve route voor accountants?</i>	82
6.5	<i>Dilemma voor accountants: het afleggen van openbare verantwoordelijkheid en de geheimhouding</i>	86

7	Conclusie: vertrouwen en controle; dilemma's en paradoxen	89
	Samenvatting	95

1 Inleiding: de worsteling van juristen (en in andere wetenschapsgebieden) met ‘vertrouwen’

Voor het functioneren van onze hedendaagse samenleving is het bestaan van vertrouwen van doorslaggevend belang.¹ Al decennialang wordt – toegespitst op transacties in het economisch verkeer – onderkend dat vertrouwen (ook) in de private sector een grote rol speelt. Wat dat eerste betreft merkte de Amerikaanse econoom Arrow reeds in 1972 op dat ‘[v]irtually every commercial transaction has within itself an element of trust, certainly any transaction conducted over a period of time’.²

In de private sector, als onderdeel van de samenleving, speelt vertrouwen – in samenwerking met controle – (dus) een belangrijke rol.

Vanuit civielrechtelijk perspectief heeft het onderwerp ‘vertrouwen’ vele decennia de nodige pennen beroerd in de context van de wilsvertrouwensleer.³ Deze civielrechtelijke discussies spits(t)en zich toe op de rol van (de leer van opgewekt) vertrouwen bij de totstandkoming (en uitleg) van overeenkomsten, in de context van art. 3:33 en 3:35 BW.⁴ Aan die discussies besteden wij in dit preadvies geen nadere aandacht.

Centraal in dit preadvies staat de wijze waarop in wet- en regelgeving voor de private sector – meer specifiek in het ondernemingsrecht en, als onderdeel daarvan, de regulering van de financiële markten en actoren op die markten zoals accountants(organisaties) – aan vertrouwen en controle invulling wordt gegeven. Dat doen wij tegen de achtergrond dat ‘vertrouwen’ een complex begrip is, dat geduid moet worden vanuit opvattingen afkomstig uit verschillende wetenschappen.⁵

-
- 1 Zie hierover bijvoorbeeld Francis Fukuyama, *Trust. The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press, 1995 en Geoffrey Hosking, *Trust: A History*, Oxford University Press, 2014. Dit civielrechtelijke deel van het preadvies bouwt op onderdelen voort op eerder gepubliceerd werk van (een van) ons, waaronder J.B.S. Hijink, ‘Vertrouwen vanwege - en op - publiekrechtelijk toezicht op de financiële markten’, in: C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme & N.S.G.J. Vermunt (Eds.), *Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht*. Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, 150) (p. 119-136), Deventer: Wolters Kluwer (Hijink 2017) en J.B.S. Hijink, ‘Vertrouwen en transparantie. Over de complexe verhouding tussen transparantieverplichtingen en vertrouwen in het ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2019/35 (Hijink 2019a).
 - 2 Kenneth J. Arrow, *Gifts and Exchanges*, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, Nr. 4 (Summer, 1972), p. 343-362, op p. 357.
 - 3 Zie, bijvoorbeeld, J.H.M. Spanjaard, ‘Vertrouwen is goed, controle is beter’, *Contracteren* 2019, p. 80 e.v.; Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid* (diss. Leiden) 1995; A.S. Hartkamp, ‘De functie van het vertrouwen bij het ontstaan van verbintenissen’, *WPNR* 1991/6024, p. 747 e.v.
 - 4 Zie hierover uitvoerig *Asser-Sieburgh 6-III* 2022, nrs. 119-161, met verdere literatuurverwijzingen. Zie voor een beschrijving van het vertrouwensbeginsel in het vennootschapsrecht: L. Timmerman, ‘Vertrouwen op anderen: enkele algemene en vennootschapsrechtelijke opmerkingen’, *Ondernemingsrecht* 2011, p. 257-263.
 - 5 Peter O. Mülbert & Alexander Sajnovits, *The Element of Trust in Financial Markets Law*, *German Law Journal*, Vol. 18, No. 01 (2017), p. 2-38 (hierna: Mülbert/Sajnovits 2017), op p. 4.; Hijink 2019, p. 193.

'Vertrouwen' kan worden opgevat als de gemoedstoestand waarbij iemand accepteert dat hij of zij zich kwetsbaar opstelt, welke gemoedstoestand gebaseerd is op positieve verwachtingen van de intenties of het gedrag van een ander.⁶ Vertrouwen is aan de orde als onzekerheid speelt.⁷ Immers, indien er zekerheid bestaat over wat er staat te gebeuren, is vertrouwen overbodig. Als we precies weten wat ons te wachten staat, dan hoeven we niet meer te *vertrouwen* op een goede afloop. Dan weten we de (goede) afloop.⁸ Over de wijze waarop de complexe wisselwerking tussen de begrippen 'vertrouwen' en 'controle' werkt, bevat het algemene deel van de preadviezen de nodige beschouwingen. Deze beschouwingen bevestigen, voor ons, dat het begrip 'vertrouwen' voor juristen niet eenvoudig is te hanteren. Een belangrijke reden hiervoor is dat de betekenis die vertrouwen heeft in – en voor – het handelen van (en tussen) personen, instituties en de samenleving als geheel, geduid moet worden vanuit opvattingen afkomstig uit uiteenlopende wetenschapsgebieden. Ook (rechts)economen hebben lang geworsteld – en worstelen soms nog – met de vraag op welke wijze het bestaan van vertrouwen doorwerkt in, bijvoorbeeld, het functioneren van financiële markten en van de actoren – zoals accountants(organisaties) – die daarop werkzaam zijn.⁹

De nadruk in dit preadvies ligt dus op ondernemingen en het ondernemingsrecht. Daarbij hanteren wij een ruime en open benadering van het begrip 'ondernemingsrecht', namelijk als het recht inzake de aanwending van privaatrechtelijke rechtspersonen en andere organisatievormen voor ondernemerschap via de inzet van ondernemingen.¹⁰ Wij spitsen daarbij de aandacht toe op de rol van (controlerend) accountants, als een van de actoren in het ondernemingsrecht.¹¹

Als wij hierna schrijven over onzekerheid voor ondernemingen, over vertrouwen in ondernemingen, of toezicht op ondernemingen, dan dient daarbij voor ogen te wor-

6 Zie voor een beschrijving van het begrip 'vertrouwen': Guido Möllering, *Trust: Reason, Routine, Reflexivity*, Bingley: Emerald 2006 (hierna: Möllering 2006), p. 7-8. Möllering verwijst onder meer naar de vaak aangehaalde omschrijving die wordt gegeven in D.M. Rousseau, B. Sitkin, R.S. Burt & C. Camerer, *Not so different after all: a cross-discipline view of trust*, 23 *Academy of Management Review* p. 393-404 (1998), op p. 395.

7 Bart Nootboom, *Trust. Forms, Foundation, Functions, Failures and Figures*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2002 (hierna: Nootboom 2002) beschrijft dit (op p. 5) als volgt: "the importance and nature of trust arise from the unpredictability, or radical uncertainty, of human behaviour." Zie ook Möllering 2006, p. 7-8. Het gaat hierbij om onzekerheid (situaties waarbij niet alle alternatieve (keuze)mogelijkheden of uitkomsten duidelijk zijn), hetgeen moet worden onderscheiden van risico (in welk geval wel een inschatting kan worden gemaakt van mogelijke uitkomsten).

8 Zie ook B. Nootboom, *Vertrouwen. Opening naar een veranderende wereld*, Utrecht: Uitgeverij Klement 2017 (hierna: Nootboom 2017), p. 18-19.

9 Zie ook Nootboom 2002, op p. 1-2: "Trust is a complex and slippery notion, and many of its intricacies have been recognized throughout history. Behavioural science, however, has had problems in tackling the concept. Social science neglected it until some 30 years ago. (...) Economics has begun to recognize the importance of trust but tends to underestimate its complexity and to misconstrue it." Op het belang van 'vertrouwen' bij (rechts)economische analyses wijzen ook G.A. Akerlof & R.J. Shiller, *Animal Spirits, How Human Psychology Drives the Economy and Why It Matters for Global Capitalism*, New Jersey: Princeton University Press 2009, p. 11 e.v., D. Ariely, *Predictably Irrational, The Hidden Forces that Shape Our Decisions*, Londen: Harper 2009 (revised and expanded version), p. 304 e.v.

10 Zie voor deze omschrijving Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* 2013, p. 19-20.

11 Bij de beroepsuitoefening door accountants kan onderscheid worden gemaakt tussen werkzaamheden die samenhangen met het uitvoeren van (wettelijke) controles waarbij, in jargon, verschillende vormen van assurance worden verleend enerzijds, en tal van andere werkzaamheden waarbij kennis en vaardigheden op het gebied van de bedrijfsconomie, accountancy, fiscaliteit en organisatie theorie een rol spelen anderzijds. In dit preadvies ligt het zwaartepunt op de eerstgenoemde werkzaamheden. Wanneer hierna over (werkzaamheden van) accountants wordt gesproken, gaat het derhalve steeds over de accountant als controleur.

den gehouden dat uiteenlopende actoren aan de onderneming¹² verbonden zijn, zoals bestuurders, commissarissen, werknemers, aandeelhouders en andere investeerders.

In dit samenstel van actoren, tezamen ook wel aangeduid als de corporate governance van ondernemingen, kan sprake zijn van soms weer uiteenlopende, soms weer samenvallende rollen. Zo zal voor het vertrouwen van investeerders in een onderneming van belang kunnen zijn of vertrouwen in de bestuurders (en commissarissen) van de onderneming bestaat.

De opbouw van dit preadvies is als volgt. In de hiernavolgende paragraaf staan wij eerst kort stil bij de rol die onzekerheid speelt bij ondernemerschap en wat de bronnen van onzekerheid zijn (paragraaf 2). Daarna besteden wij – in aansluiting op het algemene deel van de preadviezen – aandacht aan de verhouding tussen vertrouwen en onzekerheid (sreductie) en een drietal controlemechanismen die in privaatrechtelijke verhoudingen een rol spelen in de wisselwerking tussen vertrouwen en controle. Het gaat daarbij om (i) het opleggen van wettelijke (transparantie)verplichtingen aan ondernemingen, in het bijzonder gericht op informatieverstrekking; (ii) het (uitbreiden van het) houden van toezicht op de naleving door ondernemingen van die verplichtingen (onder meer door accountants); en (iii) het door middel van (collectieve) privaatrechtelijke procedures afdwingen van die verplichtingen (paragraaf 3). Vervolgens besteden wij aandacht aan de groei van controlemechanismen in ondernemingsrechtelijke wet- en regelgeving. Het zwaartepunt ligt daarbij op bespreking van de nadruk die (Europese) wet- en regelgevers de afgelopen decennia hebben gelegd op het bijdragen aan (of herstellen van) vertrouwen in ondernemingen en accountants als doelstelling van nieuwe wet- en regelgeving, vaak in reactie op maatschappelijke gebeurtenissen (paragraaf 4).

De afgelopen jaren is, geïnitieerd door de Europese wetgever in het kader van de Europese duurzaamheidsagenda, wederom een groot aantal wetgevingsinitiatieven ontplooid waarmee nieuwe (informatie)verplichtingen voor ondernemingen zijn ingevoerd of aangekondigd. In het bijzonder gaat het daarbij om de Europese *Corporate Sustainability Reporting Directive* ('CSRD').¹³ Deze richtlijn is op 5 januari 2023 in werking getreden en leidt ertoe dat vanaf 2025 een eerste groep (grote beursgenoteerde) ondernemingen in hun bestuursverslag uitgebreide duurzaamheidsinformatie dient op te nemen over *Environmental, Social en Governance* ('ESG') thema's.¹⁴ De wisselwerking van de CSRD – en (zeer beknopt) van recente andere wet- en regelgeving die deel uitmaakt van de (Europese) duurzaamheidsagenda, zoals de in de zomer van 2024 tot stand gebrachte Europese *Corporate Sustainability Due Diligence Di-*

12 Wij blijven in dit preadvies weg van de juridisch-dogmatische discussie over de vraag hoe de rechtspersoon – doorgaans een naamloze of besloten vennootschap – zich verhoudt tot de door haar gedreven onderneming en zullen hierna functioneel steeds spreken over de onderneming. Zie voor fraaie overzichten van de ontwikkeling van het denken in deze discussie L. Timmerman, 'De vennootschap als spons; een paar opmerkingen op het Nederlandse vennootschapsrecht vanaf 1918', in: *100 jaar Handelsrecht. Over heden, toekomst en verleden*, Jubileumuitgave Vereniging 'Handelsrecht' 1918-2018, Uitgeverij Paris, Zutphen 2018, p. 63-100, alsmede L. Timmerman, 'Uitdagingen voor het ondernemingsrecht; op weg naar een echt ondernemingsrecht?', *MvO* 2020, p. 133-141.

13 Richtlijn (EU) 2022/2464 (*PbEU* 2022, L 322/15).

14 Er kan een boom worden opgezet over de vraag of, en in welke mate, ESG zich onderscheidt van – bijvoorbeeld – duurzaamheid (*sustainability*). Zie bijvoorbeeld Elizabeth Pollman, *The Making and Meaning of ESG*, Law Working Paper Nr 659/2022 October 2022, via http://ssrn.com/abstract_id=4219857. Wij laten dat rusten. De begrippen 'rapporteren over ESG', 'sustainability reporting' en 'duurzaamheidsverslagging' zijn – in ieder geval voor doeleinden van deze bijdrage – inwisselbaar.

rective ('CSDDD'¹⁵) – met de twee eerder onderscheiden controlemechanismen (nieuwe (transparantie)verplichtingen en meer *litigation*) bespreken wij in paragraaf 5. Daarna staan wij meer in detail stil bij de wijze waarop accountants hun werkzaamheden (moeten) uitvoeren. Ook de als gevolg van de CSRD uitgebreide rol van accountants komt daarbij aan bod. Wij besteden met name aandacht aan de dilemma's waarmee accountants worden geconfronteerd. Enerzijds wordt immers van accountants verwacht dat zij controleren; tegelijkertijd moeten (ook) accountants tot op zekere hoogte vertrouwen op informatie die hen wordt aangeleverd en moeten zij vertrouwd worden alvorens ondernemingen aan hen informatie aanleveren (paragraaf 6). Wij sluiten af met enkele concluderende beschouwingen over de dilemma's en paradoxen die spelen bij vertrouwen en controle (paragraaf 7).

15 Richtlijn (EU) 2024/1760 (*PbEU* L 5.7.2024).

2 | Ondernemerschap en bronnen van onzekerheid

2.1 De rol van onzekerheid in economische besluitvorming

In het preadvies van Zouridis is reeds opgemerkt dat het bij vertrouwen gaat om een ‘sprong’ in onzekerheid¹ en dat vertrouwen en controle als zogeheten functionele equivalenten kunnen worden beschouwd: beide vervullen de functie van onzekerheidsreductie ten aanzien van het gedrag van een ander.² In die onderlinge verhouding tussen onzekerheid en vertrouwen is relevant dat (de mate van) onzekerheid geen vaststaande omvang heeft. Onzekerheid hangt af van individuele opvattingen. Deze kunnen van tijd tot tijd, en van situatie tot situatie verschillen. Zo kan meer of minder onzekerheid bestaan, of althans worden gepercipieerd, die verband houdt met gebeurtenissen die in iemands persoonlijke beïnvloedingssfeer liggen.

Voor ondernemingen hangt onzekerheid in belangrijke mate samen met ontwikkelingen of gebeurtenissen waarbij dit verband lossen is, zoals (wereldwijde) politieke of klimatologische veranderingen. Onzekerheid kan ook toenemen door technologische ontwikkelingen. We lijken aan de vooravond te staan van de volgende industriële revolutie door verdergaande robotisering en inzet van *artificial intelligence* (waaronder zelflerende systemen). Dat leidt tot heel wezenlijke vragen³ en tot onzekerheid.

Een fundamentele voorvraag die hierbij speelt, is de vraag wat ‘onzekerheid’ eigenlijk is. Bijna honderd jaar geleden schreef de Amerikaanse econoom Frank Knight – op nog steeds belangwekkende wijze – over het concept ‘onzekerheid’ in de economische theorievorming.⁴ Onzekerheid, zo leert Knight ons, moet worden onderscheiden van ‘risico’. Bij risico’s gaat het om de (verdeling van een) waarschijnlijkheid (*probability*) van gebeurtenissen die vooraf kunnen worden bepaald of ingeschat. Voorbeelden daarvan zijn de uitkomst van het gooien met een dobbelsteen en het spelen in een casino. Bij onzekerheid gaat het daarentegen om gebeurtenissen waar-

1 Preadvies Zouridis, p. 14.

2 Preadvies Zouridis, p. 15.

3 Zie hierover uitvoerig het themanummer ‘De digitale onderneming’, *Ondernemingsrecht* 1, 2019 alsmede I.S. Wuisman, ‘Technologie (AI & blockchain) en ESG; de Europese benadering van de digitaliseringstransitie – Deel I, II en III’, in respectievelijk *Ondernemingsrecht* 2023/54, 2023/64 en 2023/65 (hierna: Wuisman 2023).

4 F.H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Iowa 1921 (hierna: Knight 1921).

van de waarschijnlijkheid onbekend is. Bij onzekerheid hebben we te maken met *unknown unknowns*.⁵

Het onderwerp ‘onzekerheid’ en de gevolgen van onzekerheid hebben recent in verschillende wetenschapsgebieden terecht (weer) meer aandacht gekregen. In het in 2020 verschenen boek *Radical Uncertainty* duiden de befaamde Engelse economen Jonh Kay en Mervyn King het verschil tussen ‘revolvable uncertainty’ en ‘radical uncertainty’⁶ als het gegeven dat ‘[r]adical uncertainty cannot be described in the probabilistic terms applicable to a game of chance’.⁷

2.2 Enkele bronnen van onzekerheid: klimaatverandering, globalisatie en geopolitieke ontwikkelingen

Er is dus sprake van onzekerheid wanneer het gaat om ‘unknown unknowns’, bijvoorbeeld om toekomstige gebeurtenissen, waarvan we – per definitie – de uitkomst niet weten.⁸ Er is een aantal oorzaken aan te wijzen waarom op dit moment voor ondernemingen (en bij ondernemingen betrokkenen) gesproken kan worden van tijden van grote onzekerheid. Wij benoemen er drie.

Een eerste bron van onzekerheid bestaat uit het proces van het door de mensheid overschrijden van de planetaire grenzen – hetgeen met name tot uitdrukking komt in de klimaatverandering en de afname van de biodiversiteit – waardoor de leefbaarheid op aarde (in de toekomst) onder druk komt te staan.

Dát sprake is van klimaatverandering, is geen onzekerheid (meer). Zeer zorgwekkend zijn de conclusies uit opeenvolgende rapportages van het *Intergovernmental Panel on Climate Change* (‘IPCC’) van de Verenigde Naties. Zo kan uit het rapport van het IPCC uit april 2022 worden geconcludeerd dat het klimaatdoel om tot 2050 een maximale temperatuurstijging te behalen van 1,5 °C inmiddels zeer onwaarschijnlijk is.⁹ De ontwikkelingen nadien zijn bepaald niet geruststellend.¹⁰ Ook het Gerechtshof Den Haag merkte in zijn uitspraak van 12 november 2024 in de *Milieudefensie/Shell*-zaak op, met

5 Zie ook Knight 1921, p. 232: “The practical difference between the two categories, risk and uncertainty, is that in the former the distribution of the outcome in a group of instances is known (either through calculation *a priori* or from statistics of past experience), while in the case of uncertainty this is not true.” Zie uitvoerig hierover: Steven Hijink, ‘De accountant en corporate governance: bespiegeling over onzekerheid’, in: C.D.J. Bulten e.a., *Corporate governance en de rol van het vennootschappelijk belang. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op 22 en 23 november 2019 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 166)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 (hierna: Hijink 2020). De rest van deze paragraaf bouwt voort op Hijink 2020.

6 Door Knight aangeduid als het verschil tussen ‘risk’ en ‘uncertainty’.

7 John Kay & Mervyn King, *Radical Uncertainty. Decision-making for an unknowable future*, London: Little, Brown Book Group, 2020 (hierna: Kay/King 2020), p. 14.

8 Zie ook Tuckett 2011, p. 20-21: “the future is inherently uncertain.” Tuckett wijst er, terecht, op dat juist bij aandelen en andere financiële activa, waarbij de waardering van dergelijke activa in belangrijke mate wordt bepaald door (verwachtingen over) toekomstige opbrengsten, de onzekerheid over die toekomstige opbrengsten een relevante – en vaak onderschatte – karakteristiek zijn.

9 Zie voor het IPCC rapport: <https://www.ipcc.ch/2022/04/04/ipcc-ar6-wgiii-pressrelease/>, waarover ook de berichtgeving in de media: <https://nos.nl/collectie/13871/artikel/2423890-ipcc-sneller-en-grootschaliger-actie-nodig-anders-raken-klimaatdoelen-uit-zicht>. Alsmede de voorpagina van *NRC Handelsblad* van 5 april 2022, Marcel aan de Brugh, IPCC: uitstoot moet direct omlaag.

10 Zie nadien ook de synthese in het IPCC rapport 2023: https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf; William J. Ripple e.a., ‘The 2024 state of the climate report: Perilous times on planet Earth’, *BioScience* 2024, 0, 1-13 (<https://doi.org/10.1093/biosci/biae087>) waarover – bijvoorbeeld – Maarten Keulemans, ‘Wetenschap waarschuwt: wereld gaat “onvoorspelbare nieuwe fase” van klimaatcrisis’, *De Volkskrant* 9 oktober 2024, voorpagina en p. 8-9.

een verwijzing naar het arrest van het Europese Hof voor rechten van de Mens ('EHRM') in de zaak *Verein Klimaseniorinnen Schweiz v. Zwitserland*,¹¹ dat 'climate change is one of the most pressing issues of our times'.¹² Het hof voegt daaraan toe dat '[h]et in de eerste plaats aan wetgevers en regeringen [is] om maatregelen te nemen om gevaarlijke klimaatverandering zoveel mogelijk te beperken. Dat neemt niet weg dat ook op ondernemingen, waaronder dus Shell, een verantwoordelijkheid kan rusten om maatregelen te nemen om gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan.'¹³

De – onzekere – gevolgen van (onder andere) klimaatverandering worden door ondernemingen als grote risico's gezien.¹⁴ Sinds enkele jaren wordt hieraan ook door wet- en regelgevers,¹⁵ in de academische literatuur¹⁶ en in de populaire pers¹⁷ aandacht geschonken. Klimaatverandering kan leiden tot grote wijzigingen in weerspatronen, met overstromingen, droogte en – daardoor – mislukte oogsten tot gevolg. Tal van onzekere sociaaleconomische effecten zoals mogelijke migratiestromen van ongekende omvang daargelaten, leidt dit tot economisch onzekerheden.¹⁸

Een tweede belangrijke bron van onzekerheid houdt verband met globalisering en robotisering, alsmede – (mede) daaruit voortvloeiende – (maatschappelijke en geopolitieke) conflicten.¹⁹ Door de eeuwen heen hebben verschillende golven van globalisering plaatsgevonden, telkens verlopend volgens een vast patroon. In dat patroon, zo wordt wel geschreven, is het startpunt een technologische doorbraak, waarna globalisering volgt, leidend tot economische groei. Maar daarna volgt een terugslag – *backlash* – in economische zin, die gepaard gaat met de opkomst van nationalistische en populistische stromingen.²⁰

Als startpunt van de eerste globaliseringsgolf kan daarbij worden gewezen op de doorontwikkeling door James Watt van de stoommachine waardoor deze, vanaf 1769, voor industriële doeleinden kon worden ingezet. Door de industriële revolutie – ook wel aangeduid als 'the first machine-age'²¹ – die

11 ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020.

12 Hof Den Haag 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099, r.o. 7.17.

13 Zie vorige noot, r.o. 7.17.

14 Illustratief hiervoor is het Global Risks Report 2024 van het World Economic Forum (hierna: Global Risks Report 2024; te vinden op: https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Global_Risks_Report_2024.pdf). Daarin wordt – al in het voorwoord op p. 4 – opgemerkt dat het rapport is opgesteld tegen de achtergrond van 'a backdrop of rapidly accelerating technological change and economic uncertainty, as the world is plagued by a duo of dangerous crises: climate and conflict'.

15 Zo publiceerde de Europese Commissie in december 2019 de Europese Green Deal; een ambitieus pakket plannen om in 2050 klimaatneutraal te zijn en tegelijkertijd economische groei te bevorderen. Zie de Europese Green Deal, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Brussel, 11 december 2019 (COM (2019) 640 final).

16 Zie bijvoorbeeld V.P.G. de Serière, 'Toekomstmuziek of utopie: kan de overheid voorschrijven dat de financiële sector meer substantieel bijdraagt aan het bereiken van klimaatdoelstellingen? Een overzicht', *Ondernemingsrecht* 2020/12.

17 Vergelijk het interview met Joseph Stiglitz, afgenomen door Wouter van Noort & Marika Stellinga, 'Klimaatverandering is onze nieuwe Wereldoorlog', *NRC Handelsblad* 23 en 24 november 2019, p. E13. Zie ook Els Engel & Pim Kakebeeke, 'Beurs- of klimaatcrisis', *Het Financieele Dagblad* ('HFD') Futures, 15 februari 2020, p. 12-13.

18 Zie ook Global Risks Report 2024, p. 7-8.

19 Deze – samenvallende – ontwikkeling is prachtig beschreven door Richard Baldwin in *The Globotics Upheaval, Globalization, Robotics and the Future of Work*, Oxford, Oxford University Press 2019 (hierna: Baldwin 2019). Hierover uitvoerig: Hijink 2020, p. 107 e.v.

20 Uitvoerig hierover: Baldwin 2019, p. 19 e.v.

21 Naast Baldwin 2019, die de 'first machine age' ook wel aanduidt als 'The great transformation', gebruiken ook Erik Brynjolfsson en Andre McAfee de term 'first machine age'. Zie Erik Brynjolfsson & Andre McAfee, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, Londen, W.W. Norton & Company 2014 (hierna: Brynjolfsson/McAfee 2014), p. 7.

daardoor in gang werd gezet, nam gedurende vele decennia de economische groei van (in eerste instantie) het Verenigd Koninkrijk enorm toe.²²

De tweede globaliseringsgolf kan worden gemarkeerd door de opkomst van informatie- en communicatietechnologie ('ICT') vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw.²³ Het gevolg van ICT en automatisering is dat een transformatie plaatsvond van de productie van goederen naar diensten (en gedachten). Dit leidde tot een tweede globaliseringsgolf, vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw,²⁴ en wordt ook wel gezien als de voedingsbodem voor de opkomst van het populisme vanaf het midden van de jaren negentig.²⁵

Het afgelopen decennium wordt wel aangeduid als de periode waarin de derde grote transformatie plaatsvindt. Sommige auteurs duiden deze transformatie aan als 'globalotics', een samentrekking van globalisering en robotisering.²⁶ Kenmerkend voor deze transformatie is de onvoorstelbaar snelle (verdere) digitalisering van de samenleving en ons werk. De opkomst van *artificial intelligence*, robotisering en datagedreven ondernemingen zijn hiervan voorbeelden.

Een belangrijk element is dat deze huidige (derde) golf van globalisering een onvoorstelbare snelheid heeft. Waar in de eerste globaliseringsgolf een eeuw lag tussen de technologische doorbraak en de opkomst van globalisering en in de tweede globaliseringsgolf die periode twee decennia bedroeg, vindt nu technologische ontwikkeling en globalisering vrijwel gelijktijdig plaats.²⁷ Robotisering en toepassingen van systemen van *artificial intelligence* vinden al enige jaren hun weg in de samenleving. Illustratief hiervoor zijn ook de verwachtingen dat in de zorg, als gevolg van toepassing van technologie, 'de komende tien jaar meer gaat veranderen dan in de halve eeuw daarvoor'.²⁸

De duurzaamheids- (of klimaat)transitie en digitale transitie, tezamen ook wel aangeduid als de 'twin transition', zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.²⁹ Deze transities hebben geleid, en leiden, tot onzekerheden³⁰ en tot een omvangrijke hoeveelheid nieuwe wet- en regelgeving.

-
- 22 Zie over het niet te onderschatten belang van de industriële revolutie Ian Morris, *Why the West Rules for Now, The Patterns of History and What They Reveal about the Future*, Londen Profile Books 2010 (hierna: Morris 2010) en Ian Morris, *The Measure of Civilisation. How Social Development Decides the Fate of Nations*, Londen: Profile Books 2013. Hierover ook: J.B.S. Hijink, 'Robots in de boardroom', *Ondernemingsrecht* 2019/3, p. 12-13 met verdere verwijzingen.
- 23 Baldwin 2019, p. 53 e.v. Zie uitvoerig over deze ontwikkeling zijn in 2016 verschenen boek *The Great Convergence: Information Technology and the New Globalization*, Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- 24 Over die globaliseringsgolf kan, ook vanuit andere perspectieven, nog het nodige worden opgemerkt. Wij laten dat hier rusten, maar wijzen slechts op de prikkelende beschouwingen – reeds uit 1977 – van Dani Rodrik, *Has Globalization Gone Too Far*; Washington: Institute for International Economics, 1997.
- 25 Baldwin zelf legt deze link door te wijzen op de (onverwachte) verkiezing van Trump in de Verenigde Staten van Amerika in november 2016 en de keuze in het Verenigd Koninkrijk voor de uitreding uit de Europese Unie (Brexit) in juni 2016, vergelijk Baldwin 2019, p. 74 e.v. Zie over de opkomst van het populisme ook (vanuit Engels perspectief) David Goodhart, *The Road to Somewhere. The Populist Revolt and the Future of Politics*, Londen: Hurst & Co 2017 (hierna Goodhart 2017) en (vanuit Nederlands en breder Europees perspectief) Kemal Rijken, *Eigen volk. Hoe het rechts-nationalisme Europa veroverde*, Amsterdam: Ambo | Anthos 2019 (hierna Rijken 2019).
- 26 Baldwin 2019.
- 27 Vergelijk Baldwin 2019, p. 16.
- 28 Zie bijvoorbeeld Maarten van Poll, 'Chatbots in de zorg: nu een stap terug om sneller vooruit te kunnen', *Het Financieel Dagblad* 2 augustus 2023 (<https://fd.nl/samenleving/1482237/chatbots-in-de-zorg-nu-een-stap-terug-om-snel-terug-om-snel-vooruit-te-kunnen>).
- 29 Zie in die zin bijvoorbeeld Wuisman 2023, p. 375 e.v.
- 30 Zie voor een fraaie beschrijving van de onzekerheden van deze tijd – waaronder klimaatverandering en digitalisering – ook Philipp Blom, *Wat op het spel staat*, Amsterdam: De Bezige Bij 2017.

Tegelijkertijd leiden de (naweeën van de) coronacrisis³¹ en de geopolitieke spanningen vanaf de in februari 2022 uitgebroken Oekraïneoorlog tot nieuwe onzekerheden. De onrust in het Midden-Oosten sinds najaar 2023 en de verkiezingsuitslagen in de Verenigde Staten van Amerika in het najaar van 2024 hebben daaraan verder bijgedragen.

Een van die onzekerheden ziet bijvoorbeeld op de vraag of de globalisering ten einde is en het tijdperk van deglobalisering aanbreekt.³² Bij die constatering dient echter een aantal nuanceringen te worden geplaatst, hetgeen te meer illustreert dat (ook) op dit punt onzekerheid bestaat.³³ Ook de (weer) uiteendrijvende opvattingen in verschillende landen over de (noodzakelijkheid en snelheid van de) klimaattransitie vergroot onzekerheid.

2.3 De digitale transitie geïllustreerd: een kortere ‘levenscyclus’ van ondernemingen

De gevolgen voor ondernemingen van *globoitics* of, naar men wil, de digitale transitie, zijn op dit moment al zichtbaar. Een indicator waaruit dit blijkt is de afgenomen lengte van de ‘levenscyclus’ van *businessmodellen* van ondernemingen. Als anekdotisch bewijs hiervoor kan dienen de opkomst – en ondergang – van de videoband en videotheek, en daarna van de dvd.³⁴

De digitalisering van de samenleving heeft ertoe geleid dat eind 2022 nog slechts enkele videotheken in Nederland bestonden, terwijl voor die bedrijfstak dertig jaar geleden nog een gouden toekomst werd voorspeld.³⁵

In breder perspectief blijkt deze ontwikkeling uit onderzoek naar de gemiddelde duur waarmee Amerikaanse ondernemingen opgenomen zijn (geweest) in de Amerikaanse S&P 500-index.³⁶ Uit dat onderzoek blijkt dat, met golfbewegingen, de gemiddelde duur van opname in de S&P 500-index de

31 Hierover ook Steven Hijink, ‘Onzeker ondernemingsrecht – het coronavirus and beyond’, *Ondernemingsrecht* 2020/50.

32 Zie bijvoorbeeld de bijdragen van Maartje Bakker, ‘Is dit het einde van de globalisering?’, *De Volkskrant* 2 april 2022, Katern Boeken en wetenschap, p. 24-25.

33 Zie bijvoorbeeld Martin Wolf, ‘Globalisation is not dying, it’s changing’, *Financial Times* 13 september 2022 (<https://www.ft.com/content/f6fe91ab-39f9-44b0-bff6-505ff6c665a1>), met onder meer verwijzingen naar vier online publicaties van Richard Baldwin over ‘The peak globalisation myth’, te lezen via <https://cepr.org/about/people/richard-baldwin>. Zie voor scherpe observaties over de wijze waarop globalisering en oorlog elkaar beïnvloeden: Haroon Sheikh, ‘Oorlog anno 2022: strijd in alle domeinen’, *NRC Handelsblad* 27 juli 2022, p. 19.

34 ‘De afkorting dvd stond oorspronkelijk voor ‘Digital Video Disc’, vanwege – zoals Wikipedia vermeldt – de oorspronkelijke doelstelling om een ‘formaat voor opslag van video’ te ontwikkelen. Later in de eindfase bleek dat er meer mogelijkheden waren voor dit formaat, en omdat de afkorting dvd al behoorlijk was ingeburgerd koos men om de naam te veranderen in Digital Versatile Disc (letterlijk: “digitale veelzijdige schijf”), zie <https://nl.wikipedia.org/wiki/Dvd>.

35 Vergelijk hierover: <https://www.rtl.nl/editienl/artikel/5348513/een-van-de-laatste-videotheken-nederland-stopt>, waarin wordt opgemerkt dat 22 november 2022 nog elf videotheken in Nederland bestonden (tegen 1263 winkels begin 2005). Overigens zijn er ook succesvolle ondernemingen, waarbij het oorspronkelijke *businessmodel* gerelateerd was aan verspreiding van video's, die zich hebben (door)ontwikkeld tot succesvolle ondernemingen in de technologiesector. Een in het oog springend voorbeeld is Netflix Inc, ooit opgezet als postorderbedrijf voor het verzenden van video's, thans – naar eigen zeggen – wereldleider op het gebied van *streaming entertainment service* (zie: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Netflix> en <https://www.netflixinvestor.com/ir-overview/profile/default.aspx>).

36 De S&P 500-index wordt, blijkens de eigen website, wereldwijd gezien als de beste weergave van de (500) grootste (uitgedrukt in marktkapitalisatie) Amerikaanse ondernemingen (zie <https://us.spindices.com/indices/equity/sp-500#overview>). Overigens kunnen ook niet-Amerikaanse, maar wel in de Verenigde Staten van Amerika genoteerde ondernemingen, worden toegelaten tot de S&P 500-index.

afgelopen decennia is afgenomen en, naar verwachting, de komende decennia verder zal afnemen.³⁷ De periode waarin het een Amerikaanse onderneming, met andere woorden, lukt om tot de grootste groep Amerikaanse ondernemingen te behoren, neemt de afgelopen decennia gemiddeld genomen af. Hiermee brengt dit onderzoek tot uitdrukking dat de levensduur van – het *businessmodel* van – (Amerikaanse) ondernemingen de afgelopen jaren (gemiddeld genomen) verkort is.

Intuïtief voel(d)en we dit ook wel aan. Met name de internethype, in de periode tussen 1997 en 2001, is exemplarisch geweest voor de snelle opkomst – maar ook snelle ondergang – van een aantal ondernemingen, zoals – destijds in Nederland – World Online en Newconomy. Maar ook in andere (technologische) sectoren – zoals in de bio-technologiesector – zijn voorbeelden van ondernemingen te vinden die in korte tijd zijn gegroeid (en niet zelden ook snel weer zijn verdwenen).³⁸ De digitale transitie zal er naar verwachting toe leiden dat in toenemende mate snelgroeiende ondernemingen in de technologiesector opkomen, terwijl tegelijkertijd ondernemingen uit andere economische sectoren verdwijnen. De (toekomst)bestendigheid van die nieuwe ondernemingen in de technologiesector is echter onzeker, zo illustreert ook de heftige reactie op de effectenbeurzen eind januari 2025 naar aanleiding van het nieuws dat de Chinese onderneming DeepSeek zeer kostenefficiënt een vernieuwend AI-model had ontwikkeld.³⁹

37 De gemiddelde duur is hierbij uitgedrukt in het aantal jaarlijkse wijzigingen per jaar, waarbij per jaar het aantal wijzigingen wordt gemiddeld over een periode van zeven jaar. Zie voor dit onderzoek (inclusief een beschrijving van de methodologie) Innosight, 2021 Corporate Longevity Forecast (https://www.innosight.com/wp-content/uploads/2021/05/Innosight_2021-Corporate-Longevity-Forecast.pdf).

38 Zie het overzicht met (Amerikaanse) faillissementen in 2023 op www.fiercebitech.com/special-reports/biotech-bankruptcies-break-10-year-record-2023, waar onder meer worden genoemd Sorrento Therapeutics en Wellstat Therapeutics.

39 Zie Marc Hijink, 'Chinese AI schokt de techsector', *NRC Handelsblad* 28 januari 2025, voorpagina.

3 Onzekerheidsreductie: vertrouwen en typen van juridische controlemechanismen

3.1 Interactie tussen vertrouwen (*trust*) en controle (beheersing, control)

Wij keren van de bronnen van onzekerheid terug naar de vraag hoe onzekerheid kan worden verkleind. Zoals in paragraaf 1 is opgemerkt, gaat het bij vertrouwen om een ‘sprong’ in onzekerheid. Zowel vertrouwen als controle kunnen daarbij de functie vervullen van onzekerheidsreductie ten aanzien van het gedrag van een ander. Op welke wijze vertrouwen en controle elkaar beïnvloeden, is in het preadvies van Zouridis uitvoerig beschreven. Daar is opgemerkt dat zowel over de aard van het verband tussen beide mechanismen uiteenlopende opvattingen te vinden zijn – het kan gaan om complementariteit, communicerende vaten of onlosmakelijke samenhang – als ook over de richting van het verband.¹

In de context van ondernemingen zijn vertrouwen (*trust*) en controle (ook wel aangeduid als beheersing of *control*) complementair en tot op zekere hoogte substituten.² De kunst is daarbij de balans te bewaken. Gegeven inherente onzekerheid moet waar controle ophoudt – of de mogelijkheden tot controle ophouden – vertrouwen aanwezig zijn, en vice versa. Er zal altijd een ondergrens en enige mate van vertrouwen (moeten) zijn. Zelfs bij vergaande vormen van controle – bijvoorbeeld door middel van contracten – is er een basis van vertrouwen nodig.³ Tegelijkertijd lijkt het zeer onverstandig, en wellicht zelfs naïef, om alleen maar uit te gaan van vertrouwen. Mogelijk kan in sommige situaties – bijvoorbeeld in de familiale sfeer – ‘blind vertrouwen’ nog werkbaar zijn, maar niet in het zakelijk verkeer.

Wij laten op deze plaats grotendeels onbesproken dat een aantal nuances kan worden geplaatst bij het begrip ‘vertrouwen’. Bedacht dient echter te worden dat onderscheid kan worden gemaakt tussen *trust* en het (ruimere) begrip *reliance*. Dat laatste omvat, kort gezegd, afhankelijkheid van een ander met

1 Preadvies Zouridis, p. 30-31.

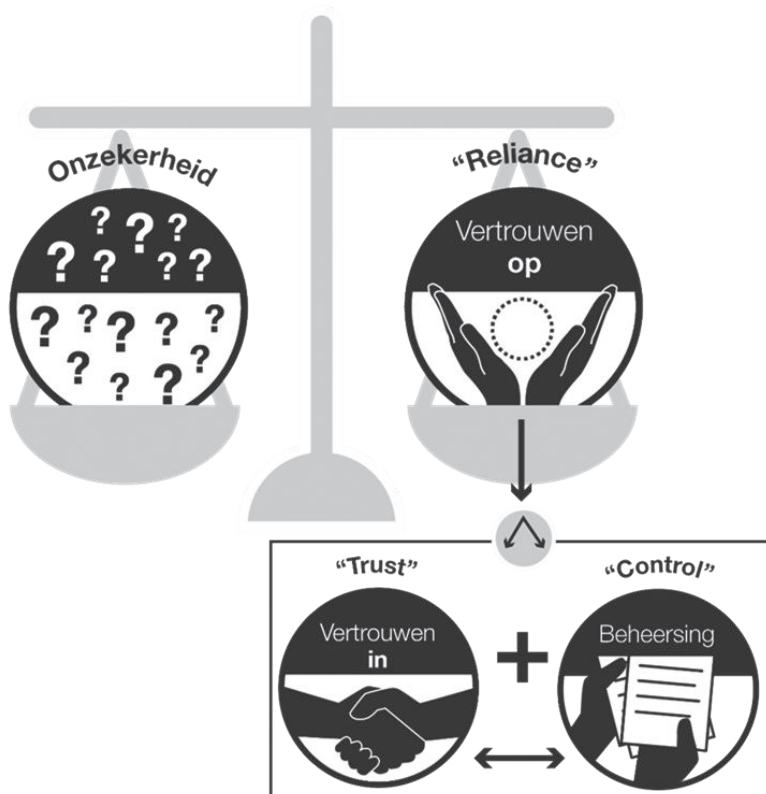
2 Vergelijk Nooteboom 2017, p. 31-32 en 139-141.

3 Bijvoorbeeld dat er ten minste vertrouwen (*trust*) bestaat dat een wederpartij bij een overeenkomst zich zal houden aan de overeengekomen of geldende voorschriften op welke wijze geschilbeslechting dient plaats te vinden indien partijen het oneens zijn over de uitleg van hun overeenkomst.

geloof in de goede afloop, om welke reden dan ook, inclusief beheersingsinstrumenten zoals contracten, toezicht en reputatie.⁴

Visueel kan de verhouding tussen onzekerheid en vertrouwen (*reliance*) – waarbij *reliance* bestaat uit de interactie tussen ‘trust’ en ‘control’ – als volgt worden weergegeven.⁵

Figuur 1. De vertrouwensbalans



In zakelijke relaties met, en tussen, ondernemingen zal derhalve steeds, naast (een minimum van) vertrouwen, sprake zijn van een aantal mechanismen van controle. Dergelijke controlemechanismen zijn juristen doorgaans niet vreemd. Een groot deel van het juridisch werk bestaat uit (adviseren over) vormgeven van (juridische) beheersingsinstrumenten, of procederen indien dergelijke instrumenten niet effectief (lijken te) zijn (geweest).

4 Zie voor heldere uiteenzettingen hierover Nooteboom 2017, p. 139-141. Hierover ook uitvoeriger Hijink 2019a, p. 196 e.v.

5 Deze visual is ontleend aan Hijink 2019a, p. 197.

Andere nuances, die wij verder onbesproken laten, zijn dat de wisselwerking tussen vertrouwen en controle in werkelijkheid complexer is, en uit meer lagen bestaat dan hierboven is weergegeven.⁶ Ook kan onderscheid worden gemaakt tussen vertrouwen in mensen en instituties.⁷ Daarbij lijkt overigens te gelden dat voor (de mate van) vertrouwen op organisaties (vertrouwen op) menselijk handelen van personen binnen die organisaties mede een rol speelt.⁸

3.2 Typen van juridische controlemechanismen: (transparantie) verplichtingen, controle en litigation

Om onzekerheid in het handelen met – en tussen – ondernemingen (en daarbij betrokkenen) te reduceren, kan in theorie een aantal controlemechanismen worden onderscheiden. Wij onderscheiden er een drietal: (i) het opleggen van (verdergaande) transparantie- en informatieverplichtingen aan ondernemingen; (ii) het (uitbreiden van het) houden van toezicht (of controle) op de naleving van die verplichtingen; en (iii) het vergroten van de civielrechtelijke handhavingsmogelijkheden om naleving van die verplichtingen af te dwingen.⁹

Naar hun aard spelen transparantie- (of informatie)verplichtingen voor ondernemingen een rol bij (het versterken van) controle. De theoretische fundering daarvoor ligt in de zogenoemde *principaal-agenttheorie*¹⁰

Deze theorie maakt een onderscheid tussen de opdrachtgevers (meestal de eigenaren/aandeelhouders) en de agenten (het bestuur/management). Op het moment dat een scheiding tussen eigendom door principaal en zeggenschap door agenten wordt ingevoerd, rijst de vraag hoe de belangen van principaal en agent op elkaar worden afgestemd. Dit vraagstuk wordt wel het *agencyprobleem* genoemd.¹¹ Het opleggen van publicatieverplichtingen aan ondernemingen heeft tot gevolg dat de zogenoemde monitoringskosten van investeerders, welke kosten voortvloeien uit '*agencykosten*', verminderen.¹²

Transparantie kan als instrument worden beschouwd om beheersingsmechanismen effectiever te maken. De theorie achter het opleggen van transparantieverplichtingen voor ondernemingen is dat deze voor investeerders (en mogelijk ook voor andere belanghebbenden) leiden tot meer controle. Marktpartijen kunnen op basis van openbaar gemaakte informatie 'geïnformeerd beslissingen nemen'. Het opleggen van transparantie kan (daardoor) 'disciplinerend' werken en leiden tot 'reputatieschade'.

6 Zo moet onderscheid worden gemaakt tussen vertrouwen op *competenties* (het vermogen iets goed te doen) en op *intenties* (de wil om iets naar vermogen te doen). Hierover Nooteboom 2017, p. 24-26 en 161 e.v. Zie ook Möllering 2006, p. 61 e.v.

7 Möllering 2006, p. 71 e.v.; Nooteboom 2017, p. 21-23

8 Nooteboom 2002, p. 75-77. De verhouding tussen vertrouwen op organisaties en het handelen van personen in die organisaties is overigens complex, vergelijk ook Möllering 2006, p. 71 e.v. Complexiteit is er daarnaast in gelegen dat bij het meten van 'vertrouwen op' iemand, of op een organisatie, uiteenlopende indicatoren voor betrouwbaarheid kunnen worden onderscheiden, waarbij het toetsen van die indicatoren (slechts) leidt tot het toetsen van gepercipieerde betrouwbaarheid; vergelijk Möllering 2006, p. 46 e.v. Hij merkt – op p. 48 – terecht op dat het meten van gepercipieerde betrouwbaarheid bij iemand niet kan worden gelijkgesteld met vertrouwen op diegene door een ander (of op een organisatie).

9 Andere mechanismen – zoals het in lijn (proberen te) brengen van belangen, bijvoorbeeld met behulp van beloningsmechanismen – laten wij onbesproken.

10 Grondleggers van de '*agency theory*' zijn Michael C. Jensen & William H. Meckling, in hun befaamde, 'Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure', 3 *J. Fin. Econ.* 305 (1976).

11 Uitvoerig hierover, met verdere verwijzingen, Hijink 2010, p. 132 e.v.

12 Hierover uitvoerig Hijink 2010, p. 317 e.v.

Dit zal – in theorie – bijdragen tot een toename van vertrouwen en het verkleinen van onzekerheid.¹³

Algemeen wordt aangenomen dat het opleggen van (nieuwe) wet- en regelgeving als zodanig niet volstaat om bij te dragen aan (herstel van) vertrouwen. Ook de hoeveelheid voorschriften doet ertoe.¹⁴ Relevant is daarnaast de mate waarin op nieuwe verplichtingen toezicht wordt gehouden en naleving van deze verplichtingen afgedwongen wordt, of kan worden.¹⁵ Controle – in de vorm van publiekrechtelijk toezicht of controle door *gatekeepers*, zoals accountants¹⁶ – op de naleving van (transparantie) verplichtingen door ondernemingen speelt daarbij een rol. Zo beschouwd, vindt de rol die accountants spelen in de corporate governance van ondernemingen – als controleur van de door de agent (bestuurders/commissarissen) verstrekte informatie ten behoeve van de principaal (aandeelhouders/investeerders) – zijn oorsprong (eveneens) in de hierboven genoemde principaal-agenttheorie.

Ter nuancering merken wij overigens op dat zeker in de Nederlandse context een verdergaande rol aan accountants kan worden toebedacht, namelijk die van de vertrouwenspersoon van het maatschappelijk verkeer. Deze taakopvatting is tot op de dag van vandaag te vinden in (de toelichting op) de door Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants ('NBA') uitgevaardigde Verordening Gedrags- en Beroepsregels Accountants ('VGBA').¹⁷

Een (subtiel) onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds de invloed die het opleggen van transparantieverplichtingen aan ondernemingen kan hebben op (het versterken van) vertrouwen in de adequate werking van de effectenmarkt en anderzijds de invloed die het toezicht op, en handhaving van, de naleving van die verplichtingen heeft.¹⁸ In discussie over de rol die toezicht en controle als juridisch controlemechanisme spelen, wordt vaak de vraag opgeworpen of naleving van (transparantie)

13 Of, en in welke mate, in de praktijk het opleggen van transparantieverplichtingen daar ook daadwerkelijk toe leidt, is onderwerp van discussie. Wij laten dat verder onbesproken. Zie hierover meer uitvoerig Hijink 2010, p. 332-336.

14 In het preadvies van Zouridis (p. 12-13), wordt hierover terecht opgemerkt dat 'het eisen van "checks" en controles niet eindeloos [kan] doorgaan, al was het maar omdat op enig moment de controleur van de controleur van de controleur toch wel vertrouwd moet worden'.

15 Zie bijvoorbeeld in deze zin Mülbert/Sajnovits 2017, p. 10: "The regime of sanctions (including its enforcement mechanisms) that applies to a particular system will be of crucial importance for establishing trust in that system. Effective regulations governing liability and other penalties are not only intended to ensure that the participants in the system conduct themselves in a manner that is consistent with the rules of that system. They are also a signal from the legislature that each market participant may expect the others to conduct themselves in a manner that is consistent with those rules."

16 Zie met betrekking tot de rol van de accountant als 'gatekeeper' reeds J.C. Coffee, *The Acquiescent Gatekeeper: Reputational Intermediaries, Auditor Independence and the Governance of Accounting*, Columbia Law School, The Center for Law and Economic Studies, Working Paper No. 191, 21 May 2001 (<http://ssrn.com/abstract=270944>). Ook bij controle van ESG (transparantie)verplichtingen is een rol voor gatekeepers – waaronder accountants, maar ook andere certificerende organisaties – weggelegd. Zie hierover Luca Enriques, Alessandro Romano & Andrew F. Tuch, *Green Gatekeepers*, *ECGI Working Paper Series in Law*, september 2024.

17 Algemeen Deel van de toelichting op de VGBA: "Accountants hebben een belangrijke verantwoordelijkheid om te handelen in het algemeen belang. Dat is een onderscheidend kenmerk van het accountantsberoep. Deze verantwoordelijkheid hangt samen met de rol van accountants als vertrouwenspersoon van het maatschappelijk verkeer..." Limperg, in de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw, wordt gezien als grondlegger hiervan.

18 Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge 1991, merken op (op p. 289 dat voor 'bescherming' van investeerders dat beursvennootschappen toegezegde informatie, op niet selectieve wijze, zullen publiceren, het opleggen van de enkele verplichting om informatie te publiceren onvoldoende is. Het is niet de publicatieverplichting alleen die deze 'bescherming' biedt maar ook de mogelijkheid om naleving van deze verplichtingen af te dwingen. Hierover ook Lynn A. Stout, *The Investor Confidence Game*, 68 Brook. L. Rev. 407 (2002) (hierna: Stout 2002, p. 431). Zie daarnaast Michelle N. Comeau, *The Hidden Contradiction Within Insider Trading Regulation*, 53 UCLA L. Rev. 1275 (2006).

verplichtingen door ondernemingen effectiever kan worden afgedwongen door middel van publiek toezicht of door middel van privaatrechtelijke handhaving, met behulp van mogelijkheden tot aansprakelijkstelling.¹⁹

In de Nederlandse ondernemingsrechtelijke context is de aandacht voor (collectieve) privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden de afgelopen jaren sterk toegenomen. Een van de redenen hiervoor is dat met de invoering van de Wet collectieve afwikkeling massaschade ('WCAM'²⁰) in 2005 en de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie ('Wamca'²¹) in 2020 de juridische infrastructuur voor (collectieve) civielrechtelijke handhaving is versterkt. Daarnaast bestaan uiteenlopende mogelijkheden – waarop wij in paragraaf 5 nader terugkomen – om civielrechtelijke procedures te entameren jegens ondernemingen (of bestuurders daarvan) op de grondslag dat – bijvoorbeeld als gevolg van tekortschietende informatievervalsing – door de (bestuurder van de) onderneming onrechtmatig is gehandeld (art. 6:162 BW).²² In het Nederlandse ondernemingsrecht is bovendien de regeling van de enquêteprocedure in art. 2:344-2:359 BW bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam van groot belang.²³ De aandacht voor *litigation* als juridisch controlemechanisme is hierdoor, zeker de afgelopen jaren, verder toegenomen.

-
- 19 Vergelijk bijvoorbeeld Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer, *What Works In Securities Laws*, NBER Working Paper Series, Working Paper 9882, July 2003, op p. 23. Hierover ook John C. Coffee, Jr., *Law and the Market: The Impact of Enforcement*, Columbia Law School, The Center for Law and Economic Studies, Working Paper No. 304, April 4, 2007 (www.law.columbia.edu/center_program/law_economics). Stephen M. Bainbridge, *Mandatory Disclosure: A Behavioral Analysis*, 68 U. Chin. L. R. 1023 (2000), op p. 286, stelt dat 'rigorously enforced proscriptions of fraud seem far more important than the mandatory disclosure system (...)'.
20 Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (*Stb.* 340, behandeld onder *Kamerstukken* 29 414).
21 Wet van 20 maart 2019 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (*Stb.* 130, behandeld onder *Kamerstukken* 34 608).
22 Met uiteenlopende, aanvullende, mogelijkheden om – bijvoorbeeld – de bestuurder aan te spreken op basis van misleidende financiële verslaggeving (art. 2:139/2:249 BW) of het onrechtmatig handelen te baseren op een oneerlijke handelspraktijk (art. 6:19a e.v. BW).
23 Illustratief hiervoor is de verschijning in 2022 van het 1732 pagina's tellende Handboek Enquêterecht (C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Handboek Enquêterecht (Serie Van der Heijden Instituut nr. 175)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022), waarin door M. de Jongh (op p. 35) wordt opgemerkt dat 'het enquêterecht (...) een product [is] van de Nederlandse "high trust society"'.

4.1 Maatschappelijke tendensen: marktontwikkelingen en de Europese wetgever als aanjagers

Het opleggen van (verdergaande) transparantie- en informatieverplichtingen, het (uitbreiden van het) houden van toezicht en controle op de naleving van die verplichtingen en het vergroten van de civielrechtelijke handhavingsmogelijkheden zijn vanuit theoretisch oogpunt dus te beschouwen als typen van juridische controlemechanismen. Ontwikkelingen in de wet- en regelgeving in de afgelopen decennia laten zien dat wet- en regelgevers hiervoor oog hebben. De aandacht van wet- en regelgevers is bovendien geïntensiveerd, hetgeen zich laat verklaren door maatschappelijke ontwikkelingen. Een patroon is zichtbaar van crises of schandalen – variërend van de ‘dot-com bubble’¹ die uiteenspatte in 2000, tot de ‘boekhoudschandalen’² in 2002/2003 en de financiële crisis vanaf 2008 – waarop steevast een reactie volgde van de (Europese) wetgever. Van de laatste jaren is de enorme hoeveelheid Europese wet- en regelgeving voor ondernemingen die deel uitmaakt van de Europese Green Deal.³ Deze regelgeving is erop gericht de Europese Unie om te vormen tot een moderne, grondstoffenefficiënte en concurrerende economie.⁴ Overigens zijn door de Europese Commissie op 26 februari 2025 de zogenoemde ‘Omnibus-voorstellen’ gepubliceerd,⁵ waarin voorstellen worden gedaan voor deregulering van deze recente (soms nog niet eens ingevoerde) Europese regelgeving met het oog op versterking van de concurrentiepositie van het Europese bedrijfsleven.

1 <https://nl.wikipedia.org/wiki/Internetzeepbel>.

2 Zie Martin Hoogendoorn, ‘Boekhoudschandalen’, *MAB* 2002, p. 487-488 en L. Timmerman, ‘De sprookjes van Andersen en Enron’, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 519-522.

3 Europese Green Deal, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en de het Comité van de Regio’s, Brussel, 11 december 2019 (COM (2019) 640 final).

4 Aldus de Europese Commissie op haar website: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_nl. Zie ook de Europese Green Deal, Mededeling van de Commissie, Brussel, 11 december 2019 (COM (2019) 640 final).

5 Waarvan deel uitmaken de Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards the dates from which Member States are to apply certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements en de Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2006/43/EC, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements (resp. COM(2025) 80 en 81 final; hierna: ‘Omnibus-voorstellen’).

Ontwikkelingen in het ondernemingsrecht, en in het verlengde daarvan ook breder in het civiele recht, laten zich, zo beschouwd, kenschetsen als een pendule, maar dan wel één die in de loop der tijd niet – of niet volledig – terugslaat.

Over de maatschappelijke ontwikkelingen als drijvers van ontwikkelingen in het ondernemingsrecht is de nodige literatuur verschenen.⁶ Initiatieven om het ondernemingsrecht van de Europese lidstaten te harmoniseren zijn vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw ontplooid.⁷ In de jaren negentig van de vorige eeuw ondernam de Europese wetgever nieuwe wetgevende initiatieven voor eenmaking van de Europese kapitaalmarkt. Hoewel die periode doorgaans wordt beschouwd als periode van deregulering en liberalisering, vond gelijktijdig de opkomst plaats van zogenoemde ‘marktmeesters’ zoals, in de Nederlandse context, (thans) de Autoriteit Financiële Markten (‘AFM’).⁸ De Europese wetgever was ook aanjager van de omvangrijke hoeveelheid wet- en regelgeving die in reactie op de financiële crisis vanaf 2008 tot stand werd gebracht. Als onderdeel daarvan werd in de Europese Unie het toezicht op de financiële sector versterkt⁹ en heeft de Europese Centrale Bank – als onderdeel van de tot stand gebrachte Europese Bankenunie¹⁰ – tot taak gekregen toezicht te houden op de significante banken in de eurozone.

Ook breder in het civiele recht zijn de afgelopen decennia uiteenlopende Europese richtlijnen en verordeningen aangenomen die hebben geleid tot Europees gedreven harmonisering van het privaatrecht. Die harmonisering ziet zowel op het internationaal burgerlijk procesrecht¹¹ als op uiteenlopende gebieden van het algemeen vermogensrecht, zoals het contractenrecht, het onrechtmatige daadsrecht en het goederenrecht.¹² Relevant in het kader van dit preadvies zijn onder meer de Europese Richtlijn oneerlijke handelspraktijken uit 2005, met wijzigingen en uitbreidingen nadien.¹³ Als meest recente ontwikkeling hierbij wijzen wij op de in 2024 vastgestelde Europese richtlijn ter versterking van de positie van de consument voor de groene transitie¹⁴ en het (thans in de onderhandelingsfase verkerende) voorstel voor de Europese *Green Claims Directive*.¹⁵

6 Zie bijvoorbeeld de fraaie proefschriften van Matthijs de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 94), Deventer: Kluwer 2014 en F.G.K. Overkleef, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

7 Te beginnen met de Eerste Richtlijn 68/151/EEG (*Pb EEG L 65*).

8 Illustratief hiervoor is dat eerst in de Europese Prospectusrichtlijn (Richtlijn 2003/71/EG; *PbEU L 345*) uit 2003 – nog geen 25 jaar geleden dus – een einde werd gemaakt aan de mogelijkheid dat goedkeuring van prospectussen plaatsvond in de vorm van zelfregulering door effectenbeurzen.

9 Zie voor een overzicht van deze nieuwe wetgeving tot en met mei 2013: J.B.S. Hijink, ‘Overheidssteun en -interventie in de financiële sector: crisiswetgeving in het ondernemingsrecht’, in: *Ondernemingsrecht in tijden van crisis*, Deventer: Kluwer 2014, p. 32–34 met verdere verwijzingen.

10 Hierover uitvoerig: G.W. Kastelein, *De Bankenunie en het vertrouwen in een goede afwikkeling* (Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2014) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 126), Deventer: Kluwer 2014 en B. Biens, ‘De Bankenunie: een nieuw huis voor het Europese banktoezicht’, *Ondernemingsrecht* 2014, p. 288–297.

11 Waarover nader O.J.W. Schotel, *Grenzeloos procederen. Aspecten van Nederlands internationaal burgerlijk procesrecht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2024.

12 Illustratief hiervoor is het – per nieuwe druk uitdijende – overzicht in, thans, Asser/Hartkamp 3-I 2023, randnummers 235–297.

13 Richtlijn 2005/29 EG, *PbEU L 149*.

14 Richtlijn 2024/825 inzake het versterken van de positie van de consument voor de groene transitie door betere informatie en door bescherming tegen oneerlijke praktijken (*PbEU L* van 6 maart 2024). Hierover Harold Koster, *Bb* 2024/16, p. 67–68.

15 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de staving en het communiceren van uitdrukkelijke milieueclaims (richtlijn groene claims), Brussel, 22 maart 2023, COM(2023) 166 final 2023/0085 (COD).

4.2 Herstel van vertrouwen in ondernemingen en accountants als doelstelling: verschillende golven

Als doelstelling voor invoering van nieuwe wet- en regelgeving in de afgelopen decennia is een aantal maal uitdrukkelijk gewezen op het ‘bijdragen aan’, ‘vergroten van’ of ‘herstellen van’ vertrouwen. Toegespitst op ondernemingen en accountants(organisaties) kan daarbij een aantal wetgevingsgolven worden onderscheiden.

Een eerste ‘golf’, die de wet- en regelgeving bevat die tot stand werd gebracht in reactie op de zogenoemde boekhoudschandalen van het begin van deze eeuw bij Enron, Worldcom, Parmalat en Ahold. In Nederland leidde dit onder andere tot de invoering van de Nederlandse Corporate Governance Code in 2003. De regering merkte over de code op dat deze ‘één van de maatregelen is om het vertrouwen van beleggers en het brede publiek in de financiële markten en in beursgenoteerde vennootschappen te herstellen’.¹⁶ Tot de eerste golf kan ook worden gerekend de nadere regulering van het accountantsberoep en accountantsorganisaties. Deze kreeg in Nederland vorm in de in 2006 ingevoerde Wet toezicht accountantsorganisaties (‘Wta’).¹⁷ De Wta leidde tot invoering van publiekrechtelijk toezicht op accountantsorganisaties. In de totstandkomingsgeschiedenis bij de wet werd (herstel van) vertrouwen in de accountant – en in accountantsorganisaties – en in de door accountants afgegeven verklaringen uitdrukkelijk genoemd als doelstelling voor de in te voeren nieuwe wet- en regelgeving en het publiekrechtelijke toezicht daarop.¹⁸

In de Verenigde Staten van Amerika werd in 2002, in reactie op de eerdergenoemde ‘boekhoudschandalen’, de Sarbanes-Oxley Act aangenomen, waarmee ook de Public Company Accounting Oversight Board (‘PCAOB’) – een publiekrechtelijke toezichthouder op accountantsorganisaties – in het leven werd geroepen.¹⁹ En ook de Europese wetgever stelde, in 2004, regelgeving vast waarin instelling van extern toezicht op accountants in de lidstaten werd voorgeschreven met het oog op, zij het indirect, versterking van vertrouwen in de controlefunctie die accountants dienen uit te oefenen.²⁰

Als tweede ‘golf’ kan worden gewezen op de wet- en regelgeving die, onder meer, door de Europese wetgever werd aangekondigd in reactie op de financiële crisis na 2009. In die tweede golf waren accountants(organisaties) (wederom) onderwerp van wet- en regelgeving.²¹ De Europese wetgever publiceerde in 2014 nieuwe voorschriften – de zogenoemde Auditrichtlijn en Auditverordening²² – met als doel de onafhankelijkheid en de professioneel-kritische houding van de accountants te versterken.

16 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 449, nr. 1, p. 6.

17 Wet van 19 januari 2006, houdende het toezicht op accountantsorganisaties (*Stb.* 2006, 70); inwerkingtreding op 1 oktober 2006 bij Besluit van 31 augustus 2006 (*Stb.* 2006, 404); behandeld onder *Kamerstukken* 29 658.

18 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 658, nr. 3, p. 1. Zie over de totstandkoming van de Wta: E.V.A. Eijkelenboom & J.B.S. Hijink, *Bouwen aan vertrouwen. Evaluatie van de Wet toezicht accountantsorganisaties (‘Wta’)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2014 (hierna: Eijkelenboom/Hijink 2014).

19 Sarbanes-Oxley Act, Public Law 107-204, 116 Stat. 745, in werking getreden op 30 juli 2002. Over het door de PCAOB uitgevoerde toezicht E.A. de Jong, ‘Het toezicht van de PCAOB op niet-Amerikaanse accountantskantoren’, *TvJ* 2007/4, p. 77-82.

20 Vergelijk de overwegingen 16, 17 en 20 (in onderlinge samenhang bezien) van Richtlijn 2006/43/EG (*PbEU* L 157).

21 Zie hierover ook P.M. van der Zanden & J.B.S. Hijink, ‘De accountantsprofessie anno 2012. Een schets van de ontwikkelingen, kansen en bedreigingen rondom een beroepsgroep in de vuurlinie’, *TvJ* 2012, p. 4-13.

22 Richtlijn 2014/56/EU (*PbEU* L 158/196) respectievelijk Verordening (EU) nr. 537/2014 (*PbEU* L 158, hierna: Audit verordening). Zie voor een bespreking van Richtlijn 2014/56/EG en de Audit verordening en de invloed die deze Europese regelgeving heeft op de Nederlandse wetgeving, H.K.O. Reimers & A.J.P. Tillema, ‘Nieuwe Europese en nationale regelgeving voor accountancy’, *Ondernemingsrecht* 2014/97.

Ook bij deze nieuwe voorschriften wordt (versterken van) ‘vertrouwen’ uitdrukkelijk als doelstelling genoemd.²³ Tot diezelfde golf kan ook worden gerekend de totstandkoming van de Europese (geharmoniseerde) richtlijn jaarrekening in 2013.²⁴ In de overwegingen bij deze richtlijn, gericht tot ondernemingen, noemt de Europese wetgever als een van de doelstellingen het verbeteren van ‘het vertrouwen van het publiek in financiële overzichten en verslagen door de verschaffing van verdergaande en consistente, specifieke informatie’.²⁵

Ook de meest recente golf van Europese wet- en regelgeving voor ondernemingen – meer in het bijzonder: in de considerans bij de CSRD – noemt uitdrukkelijk het belang van vertrouwen in relatie tot (op grond van de CSRD) te verstrekken (duurzaamheids)informatie. Zo wordt ter rechtvaardiging voor het uitvaardigen van de CSRD opgemerkt dat indien de CSRD niet tot stand zou zijn gebracht ‘de kloof tussen de informatiebehoeften van gebruikers en de door ondernemingen verschaft duurzaamheidsinformatie naar verwachting nog verder [zou] toenemen’.²⁶ Vervolgens wordt opgesomd wat de (aanzienlijke) negatieve gevolgen zouden zijn van die kloof, waarbij gewezen wordt op ontbrekende mogelijkheden voor beleggers om bij hun beleggingsbesluiten rekening te houden met duurzaamheidsgerelateerde risico’s en kansen en mogelijke systeemrisico’s die de financiële stabiliteit bedreigen. Nadrukkelijk wordt bovendien gerefereerd aan het controlemechanisme dat, indien de CSRD niet tot stand zou zijn gebracht, uiteenlopende belanghebbenden ‘minder mogelijkheden [hebben] om ondernemingen verantwoordelijk te stellen voor hun effecten op mens en milieu. Hierdoor ontstaat een gebrek aan verantwoording, wat ertoe zou kunnen leiden dat burgers minder vertrouwen hebben in ondernemingen, hetgeen wederom negatieve gevolgen zou kunnen hebben voor de efficiënte werking van de sociale markteconomie’.²⁷

23 Vergelijk bijvoorbeeld overweging 31 van de Auditrichtlijn.

24 Richtlijn 2013/34/EU (*PbEU* L 182, 2013, hierna: EU richtlijn jaarrekening).

25 Vergelijk overweging 55 bij de EU richtlijn jaarrekening.

26 CSRD, overweging 14.

27 CSRD, overweging 14. Wij laten verder onbesproken dat ‘vertrouwen in de werking van (met name de) financiële markten’ moet worden onderscheiden van ‘vertrouwen in individuele actoren op die markt’ (waaronder (bestuurders van) beursgenoteerde ondernemingen, accountants(organisaties) en andere actoren op de financiële markten). Dit onderscheid is overigens, zo wordt ook in de literatuur onderkend, relevant omdat tussen beiden een nauwe samenhang bestaat. Nader hierover Stout 2002, p. 420 en 426-427.

5.1 De CSRD als onderdeel van de Europese ESG-lente

De als onderdeel van de in 2019 aangekondigde Europese Green Deal¹ tot stand gebrachte CSRD staat niet op zichzelf, maar kan worden beschouwd als – onderliggend – fundament om te voorzien in informatieverstrekking over de duurzaamheidsaspecten van de bedrijfsvoering van ondernemingen.²

De CSRD verplicht ondernemingen die onder het toepassingsbereik vallen om een duurzaamheidsverslag – als onderdeel van het bestuursverslag – op te stellen en te publiceren. Dit duurzaamheidsverslag moet worden ingericht op basis van door de Europese Commissie uitgevaardigde duurzaamheidsstandaarden: de *European Sustainability Reporting Standards* ('ESRS').³

De CSRD trad op 5 januari 2023 in werking. Lidstaten hadden tot 6 juli 2024 de tijd om de CSRD in nationale wetgeving om te zetten.⁴ De Nederlandse wetgever is hierin niet geslaagd,⁵ hetgeen onverlet laat dat de eerste groep Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen in het voorjaar van 2025 vrijwillig heeft gerapporteerd met inachtneming van de ESRS.

De verslaggevingsverplichtingen op grond van de CSRD zouden oorspronkelijk op een groot aantal ondernemingen van toepassing worden.⁶ In de Omnibus-voorstellen is dat weer teruggebracht tot, kort gezegd, grote ondernemingen met ten minste 1.000 werknemers. Ondanks deze (voorgestelde) inperking van het toepassingsbereik van

1 Over de Green Deal verscheen de nodige literatuur. Wij wijzen, onder andere, op Marjan Peeters, 'De Groene Droom', *M en R* 2024/57, Harm-Jan de Kluiver, 'Kroniek van het Ondernemingsrecht. Ondernemingsrecht, mensenrechten en klimaat. Doen we de goede dingen en doen we ze goed? Over moeizame regulering en gebrek aan focus', *NJB* 2022, p. 952 e.v. en A. Lafarre, 'De Europese Green Deal en de rol van het ondernemingsrecht', *TvOB* 2021(2), p. 35-49.

2 Tot het pakket aan maatregelen als onderdeel van de Europese Green Deal behoren de Europese Taxonomieverordening (Verordening (EU) 2020/852; *PbEU* 2020, L 198/13) en de Sustainable Finance Disclosure Regulation ('SFDR'; Verordening (EU) 2019/2088; *PbEU* 2019, L 317/1). Zie over de samenhang tussen deze regelingen A.A. Jurgens-Boot & T. Wisse, 'Europese duurzaamheidsrapportages: Een koord uit drie strengen gevlochten', *Ondernemingsrecht* 2023/74 en Danny Busch, 'Duurzaamheidstransparantie via de financiële sector', *NJB* 2023, p. 3303 e.v.

3 Opgenomen in de Gedelegeerde Verordening (EU) 2023/2772 van de Europese Commissie van 31 juli 2023 (*PbEU* L van 22 december 2023). Zie over de CSRD en de ESRS, onder meer, L.K. van Dijk & J.B.S. Hijink, 'Finalisering van de Europese CSRD: een mijlpaal voor duurzaamheidsverslaggeving met grote impact op het ondernemingsrecht vanaf 2025', *Ondernemingsrecht* 2022/87 (hierna: Van Dijk & Hijink 2022) met verdere verwijzingen.

4 Art. 7 respectievelijk art. 5 CSRD.

5 Waarover kritisch Steven Hijink, 'Implementatiegepruts met de CSRD', *Ondernemingsrecht* 2024, p. 411-412.

6 Baks, Van Dijk & Hijink 2022, p. 223-224. In het oorspronkelijk voorstel voor de CSRD uit 2022 ging het in de EU naar verwachting om ca. 50.000 ondernemingen die onder het toepassingsbereik van de CSRD zouden vallen.

de CSRD en de eveneens in de Omnibus-voorstellen aangekondigde vermindering van het aantal datapunten waarover informatie moet worden verschaft, wordt de omvang van de te verstrekken informatie in het bestuursverslag door de CSRD – ten opzichte van de situatie voorafgaand aan de CSRD – enorm uitgebreid. Leidend daarvoor zijn de door de Europese Commissie op grond van de CSRD uitgevaardigde ESRS, welke parallel zijn ontwikkeld aan de totstandkoming van de CSRD.⁷

De eerste set ESRS bestaan uit twaalf verslaggevingsstandaarden. De eerste twee ‘cross-cutting’ standaarden bevatten algemene rapportageverplichtingen en regels over hoe de overige tien ‘topical’ (of: thematische) standaarden moeten worden toegepast.⁸ De tien thematische standaarden zijn onderverdeeld aan de hand van de term ‘ESG’: er zijn vijf E-standaarden, vier S-standaarden en één G-standaard.

5.2 De CSRD and beyond: vergroting van de mogelijkheden voor ESG-litigation als controlemechanisme

De invoering van de CSRD zal leiden tot een aardverschuiving op het terrein van jaarverslaggeving voor ondernemingen.⁹ Binnen enkele jaren zal het zwaartepunt van jaarverslagen – in ieder geval qua omvang – van financiële informatie verschuiven naar (niet-financiële) duurzaamheidsinformatie. In de praktijk van *litigation* zal de CSRD op termijn een belangrijke rol krijgen. Gegeven de forse (wereldwijde) toename en aandacht voor alleen al ‘climate (change) litigation’¹⁰ zal de CSRD onmiskenbaar leiden tot verhoging van de mogelijke aansprakelijkheidsrisico’s van (bestuurders en commissarissen van) ondernemingen en – in het verlengde daarvan – accountants.

Dat is niet zozeer omdat de CSRD zelf nieuwe juridische grondslagen bevat om aansprakelijkstelling op te baseren. Een vordering tot vergoeding van geleden schade als gevolg van (beweerdelijk) misleidende (duurzaamheids)verslaggeving zal, toegespitst op Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen, doorgaans worden ingesteld door investeerders op de grondslag dat sprake is van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).¹¹ De fors toenemende inhoudelijke eisen aan het bestuursverslag, als gevolg van de CSRD en daarop gebaseerde ESRS, zullen het eenvoudiger maken om te stellen (en eventueel te bewijzen) dat sprake is van duurzaamheidsverslaggeving die misleidend is.¹² Immers, hoe meer specifiek voorgeschreven en gedetailleerde voorschriften gelden voor een (duurzaamheids)verslag, des te eenvoudiger kan worden aangetoond dat niet is voldaan aan alle vereisten die gelden voor dat

7 In de literatuur is dit proces niet zonder reden ‘atypisch’ genoemd. Zie Van Dijk & Hijink 2022, p. 622.

8 Zie over deze structuur ook Van Dijk & Hijink 2022.

9 In die zin (o.a.) Van Dijk & Hijink 2022, p. 628.

10 Een overzicht is te vinden in het rapport *Global trends in climate change litigation: 2022 snapshot* (zie <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2022/08/Global-trends-in-climate-change-litigation-2022-snapshot.pdf>), waaruit over de afgelopen jaren reeds een enorme toename van klimaat-gerelateerde rechtszaken blijkt.

11 Wij laten verder onbesproken welke rol de zogenoemde jaarrekeningprocedure – de procedure op grond van art. 2:447 e.v. BW – bij de Ondernemingskamer (‘OK’) – kan spelen bij het oordeel dat sprake is van misleidende (duurzaamheids)verslaggeving. Hierover J.B.S. Hijink, ‘Misleidende duurzaamheidsverslaggeving’, in: J. van Bekkum & C.M. Harmsen (Eds.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 181)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 499-516). Zie ook Asser/Kroeze 2-1 2021/573.

12 Zie over de wijze waarop het publiceren van misleidende verslaggeving – toegespitst op misleidende financiële verslaggeving – kan leiden tot schending van een wettelijke plicht of van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm, bijvoorbeeld, A.C.W. Pijls, ‘Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor misleidende financiële verslaggeving’, *TvOB* 2020-5, p. 154-167. Het voorgaande geldt *mutatis mutandis* voor voorschriften die zien op duurzaamheidsverslaggeving, zoals de CSRD en daarop gebaseerde ESRS.

verslag. Toegesplitst op persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders, respectievelijk commissarissen, voor (misleidende) duurzaamheidsverslaggeving, kan art. 2:139/249 en 2:150/260 BW een rol spelen.¹³ Een rol daarbij speelt of 'een fout die misleiding op een materieel punt tot gevolg heeft'.¹⁴

De mogelijke aansprakelijkheidsrisico's die samenhangen met de totstandkoming van de CSRD daargelaten, is sprake van een aantal andere trends die voor Nederlandse ondernemingen leiden tot een groter *litigation*risico in verband met ESG.

Wij wezen reeds op Richtlijn (EU) 2024/825, waardoor de positie van de consument met betrekking tot duurzaamheidsclaims wordt verstevigd. De richtlijn zal verder normeren wanneer bepaalde uitingen en gedragingen ten opzichte van duurzaamheids- en milieucclaims als oneerlijke handelspraktijk worden gezien.¹⁵

Naast de zeer forse toename van (duurzaamheids)informatieverplichtingen voor ondernemingen op basis van deze Europese richtlijnen, is in het voorjaar van 2024 de weliswaar uitgeklede, maar nog steeds betekenisvolle, Europese CSDDD tot stand gebracht. Ook voor de CSDDD geldt dat als gevolg van deze richtlijn de mogelijkheden voor (ESG-)litigation verder toenemen. Hoewel de eerder genoemde Omnibus-voorstellen ook tot inperking van enkele oorspronkelijk in de CSDDD opgenomen verplichtingen leidt,¹⁶ bevat de CSDDD (nog steeds) een aantal normerende aspecten. Voor litigation relevante voorbeelden daarvan zijn de verplichting om (risicogebaseerde) passende zorgvuldigheid op het gebied van mensenrechten en milieu te betrachten (art. 5 CSDDD, met een nadere uitwerking in de daaropvolgende artikelen) en een transitieplan voor beperking van de klimaatverandering op te stellen en uit te voeren (art. 22 CSDDD).¹⁷

Ten slotte geldt, specifiek in de Nederlandse context, dat door de invoering van de in paragraaf 3.2 genoemde WCAM en WAMCA in Nederland de juridische infrastructuur voor collectieve vormen van litigation aanwezig is. De opkomst van *climate (change) litigation* is weliswaar een internationale trend,¹⁸ maar partijen in de Nederlandse samenleving – waaronder ondernemingen en accountants – zullen hiermee (naar wij verwachten) in toenemende mate in aanraking kunnen komen.¹⁹ De door ons

-
- 13 Hierover uitvoerig J. van Bekkum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. vanwege de jaarrekening', in: J.B.S. Hijink e.a. (red.), *Handboek Jaarrekeningenrecht (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 164)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 1105-1124 (hierna: Van Bekkum 2020), met verwijzingen naar andere literatuur.
- 14 In deze bewoordingen Van Bekkum 2020, p. 1112. Terzijde merken wij op dat in de wettelijke bepalingen die de persoonlijke aansprakelijkheid regelen van commissarissen van naamloze en besloten vennootschappen – respectievelijk art. 2:150 en 2:260 BW – de aansprakelijkheid voor het geven van een misleidende voorstelling is beperkt tot de (openbaar gemaakte) jaarrekening. In navolging van de meerderheidsopvatting in de literatuur menen wij dat dit onderscheid tussen de jaarrekening en het bestuursverslag achterhaald is. Hierover ook *Asser/Kroeze 2-I* 2021/573.
- 15 Zie voetnoot (thans) 94.
- 16 Zo vervalt in de Omnibus-voorstellen de oorspronkelijk in art. 29 CSDDD opgenomen bepaling over de aansprakelijkheid van ondernemingen die onder het toepassingsbereik van de CSDDD vallen.
- 17 Waarover ook reeds – in het licht van het vonnis in de *Milieudefensie/Shell*-zaak, Ronnie Bloemberg, 'Wordt de Shell-uitspraak ingehaald met de komst van de CSDDD? Een vergelijking tussen de reductieplicht uit het Shell-vonnissen en de CSDDD', *Ondernemingsrecht* 2024/42, p. 253 e.v.
- 18 Zie voor een overzicht van deze ontwikkelingen J. Setzer & C. Higham, *Global trends in climate change litigation: 2023 snapshot*, London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment (www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2023/06/Global_trends_in_climate_change_litigation_2023_snapshot.pdf) en M. Sato e.a., *Impacts of climate litigation on firm value*, Centre for Climate Change Economics and Policy Working Paper No. 421 ISSN 2515-5709 (online).
- 19 Zie voor een overzicht van alle tot 14 februari 2024 gepubliceerde Wamca-procedures Arthur Boitelle & Paul Olden, 'Een handleiding voor de WAMCA', *Ondernemingsrecht* 2024/18, p. 100 e.v.

genoemde *Milieudefensie/Shell-zaak*²⁰ is daarvoor illustratief. Over de vraag of de civiele rechter overigens kan voorzien in de meest effectieve wijze van gedragsverandering – waaronder de transitie naar een meer duurzame samenleving – lopen de opvattingen uiteen.²¹

Deze naar verwachting verder toenemende mogelijkheden van *litigation* beperken zich niet tot ondernemingen. Niet zelden wordt, vooruitlopend op of parallel aan, een aansprakelijkheidsprocedure jegens ondernemingen ook de accountant die betrokken is bij de controle van de verslaggeving van de desbetreffende onderneming (civielrechtelijk of tuchtrechtelijk) aansprakelijk gesteld.²²

De route om via het handelen (of nalaten) van de controlerend accountant te klagen over het beweerdelijk misleidend zijn van de door die accountant gecontroleerde verslaggeving is, op zichzelf bezien, niet onlogisch. Het behoort immers tot de vakbekwaamheid en deskundigheid van de controlerende accountant om een oordeel uit te spreken over de juiste toepassing van de inrichtingsvoorschriften in de gecontroleerde verslaggeving.²³ Om die reden zijn tuchtzaken jegens accountants gevoerd die, op de keper beschouwd, neerkwamen op klachten over het misleidend zijn van de gecontroleerde jaarrekening. Toegepast op duurzaamheidsverslaggeving, is in de toekomst derhalve niet uit te sluiten dat ook het beweerdelijk misleidend zijn van een duurzaamheidsverslag aan de accountantstuchtrechter wordt voorgelegd. Daarbij past echter als nuancering dat ook thans nauwelijks tuchtrechtelijke procedures worden gevoerd die uitsluitend klachten bevatten over (de door de accountant uitgevoerde beoordeling van) het bestuursverslag.²⁴

20 Deze procedure heeft, reeds naar aanleiding van het vonnis van de rechtbank, de nodige pennen in beweging gezet. Een greep: B.M. Katan, 'Ieder het hare. Enkele opmerkingen bij het klimaatvonnis tegen Shell', *Ondernemingsrecht* 2021/106, afl. 15, p. 663-669; A. Hammerstein, 'Vraagtekens bij een vonnis', in: W.J.M. van Veen e.a., *De Klimaatzaak tegen Shell* (ZIFO nr. 35), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 11-17; L. Bergkamp, 'De effectiviteit van het rechterlijk bevel tot emissiereductie in klimaatzaken', *NJB* 2023/113, afl. 2, p. 118-126 en Engelhard e.a., 'Urgenda, Milieudefensie/Shell and beyond: Over de invloed van klimaatzaken', *NTBR* 2024/5.

21 Zie bijvoorbeeld: B.M. Katan, 'Duurzaamheid via aansprakelijkheid? Verwacht er niet te veel van', *MvO* 2024, nr. 5 & 6, p. 127-140, met verdere verwijzingen.

22 In deze zin eveneens J.F. Garvelink, 'Aansprakelijkheid van de controlerend accountant', in: J.B.S. Hijink e.a. (red.), *Handboek Jaarrekeningenrecht (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 164)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 1151-1173, op p. 1156. Zie overigens ook zijn terechte nuanceringen over de verhouding tussen het accountantstuchtrecht en civielrechtelijke aansprakelijkheid (welke, kort gezegd, inhouden dat tuchtrechtelijke aansprakelijkheid niet per definitie leidt tot civielrechtelijke aansprakelijkheid).

23 Zie in deze zin ook J.E. Brink-van der Meer, *Accountantsaansprakelijkheid (Recht en Praktijk nr. CA20)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (hierna: Brink-van der Meer 2018), p. 249 e.v.

24 Een van de zeldzame voorbeelden is AK 12 februari 2010, *LJN* YH0078, *JOR* 2010/91, m.nt. C.M. Harmsen waarover ook Brink-van der Meer 2018, p. 260.

6 | Dynamiek accountantsberoep: voorbeeld voor tanend vertrouwen en toenemende controle

6.1 De accountantsberoepsgroep onder vuur

Een beroepsgroep die bij uitstek al jaren wordt bekritiseerd over de rol die zij vervult binnen het brede governance raamwerk van ondernemingen betreft die van de accountants. En laten deze accountants nu net een wezenlijke rol spelen bij de controle van de hiervoor beschreven transparantievereisten voor ondernemingen. Een rol die bovendien wordt uitgebreid op het gebied van (controleren van) duurzaamheidsinformatie. Deze beroepsgroep vervult een belangrijke rol binnen de kwaliteitsketen van financiële – en duurzaamheidsverslaggeving. Accountants fungeren namelijk als onafhankelijke controleurs van de financiële (en eventuele andere) verantwoording van ondernemingen.

Zoals wij in dit preadvies uiteen hebben gezet, speelt in het raamwerk van corporate governance vertrouwen een belangrijke rol. De accountant voegt dat in zekere mate toe door het (wel of niet) afgeven van een verklaring bij een door de onderneming gepubliceerde jaarrekening (en bij andere verslaggeving). Deze (beoogde) bijdrage aan vertrouwen wordt bereikt doordat het verschaffen van zekerheid bij gepubliceerde cijfers als kern van het werk van accountants wordt gezien. Zie in deze zin de wetgever in 2004 bij de totstandkoming van de Wta: “de kernfunctie van de accountant [is] het toevoegen van zekerheid in het maatschappelijk verkeer (...)”¹

Tot zover de theorie. De praktijk toont zich weerbarstig. Daar waar de accountant investeerders (de principaal) en andere belanghebbenden bij de onderneming proactief en tijdig dient te informeren over het handelen en de uitkomsten van het handelen van (bestuurders van) de onderneming, toont die principaal zich met enige regelmaat verrast over hetgeen zij aantreft. Bekende voorbeelden van deze verrassingen zijn uit het iets verdere verleden de schandalen rondom Enron en Ahold. Maar ook meer recent zijn er issues geweest rondom Vestia, Ballast Nedam, Wirecard, Eriks-SHV en Steinhoff. Om het nog maar niet te hebben over de actuele discussie rondom examenfraude binnen de sector. Zonder uitzondering zijn de grote accountantsorganisaties KPMG, EY, PwC en Deloitte hierbij betrokken geweest.

1 Vergelijk de Nota van toelichting bij het voorstel voor de Wta, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 658, nr. 3, p. 2.

In Nederland heeft de benodigde kwaliteitsverbetering als gevolg van deze schandalen sinds 2014 bijna onophoudelijk aandacht gekregen. Naast de wetgevende initiatieven die wij in paragraaf 4 reeds noemden, was er op gezette tijden aandacht in rapporten van de AFM over de kwaliteit van de controlewerkzaamheden. Sinds dat jaar hebben ook de accountants zelf met hun 53 maatregelen geprobeerd het heft in handen te nemen voor de verbeteringen van de sector. Desondanks is de publieke kritiek op de sector niet afgenomen. Ook in verschillende recentere rapporten, waaronder het genoemde eindrapport ‘Vertrouwen op controle’ van de Cta uit 2020, weerklinkt die kritiek.² De recente aandacht voor examenfraude breed in de sector is een prangend voorbeeld van aanhoudende kritiek op de accountantsprofessie.³ In december 2023 is om die reden (weer) wetgeving ingediend om bij te dragen aan (herstel van) vertrouwen in accountants.⁴

6.2 Kritiek op de rol van accountants bij continuïteit en fraude doet afbreuk aan vertrouwen

Recente onderwerpen van maatschappelijke kritiek op de rol van de accountant zijn de (in de ogen van verschillende stakeholders tekortschietende) aandacht voor de onderwerpen continuïteit en fraude. Voor beide onderwerpen is de laatste vijftien jaar de vraag opgeworpen of accountants wel alert genoeg zijn geweest om signalen bij hun controlecliënten op te pakken. Enkele malen heeft de Accountantskamer geoordeeld dat dit inderdaad niet afdoende is gebeurd.⁵

Op beide onderwerpen heeft de sector via werkgroepen en *guidance* van de NBA getracht uit te werken hoe de accountant zijn rol (beter) kan invullen.⁶ Ook hier geldt dat desondanks de kritiek vanuit de maatschappij groot blijft. Dit duidt mogelijk op een interessant fenomeen. Immers, er bestaan al geruime tijd regels en (iets zachtere) *guidance* over welke rol de accountant te vervullen heeft als het gaat om zijn rol ten aanzien van continuïteit en fraude. Maar blijkbaar is dat niet afdoende, want de kritiek op accountants blijft aanhouden. Nu zou het kunnen zijn dat de opsteller van beroepsregelgeving voor accountants – in de Nederlandse context primair de NBA – zelf tekortschiet. Maar het afgelopen decennium hebben zowel de NBA als ook de Amerikaanse opsteller van de beroepsvoorschriften – de eerdergenoemde PCAOB – en de internationale opsteller – de International Auditing and Assurance Standards Board (‘IAASB’) – zich over deze onderwerpen gebogen. Beide organisaties hebben in meerdere publicaties beschreven wat er van de accountant verwacht wordt.⁷ Dus als de beroepsregelgeving echt tekortschiet, dan gebeurt dat vanuit verschillende standardsetters en is blijkbaar niemand in staat om tot een sluitende set met beroepsregelgeving te komen. Hetgeen ook de vraag oproept of de doelstellingen, die ten

2 Eindrapport Cta van januari 2020 (<https://open.overheid.nl/documenten/ronl-51631d1f-b085-44a8-b04e-df5013a-3b7e3/pdf>).

3 Zie *Het Financieel Dagblad* van 21 oktober 2023, p. 2-3: “Accountant fraudeert ook bij toets eigen beroepsorganisatie.”

4 Voorstel voor de Wijzigingswet accountancysector, *Kamerstukken II* 36 484, alwaar in de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2023/24, 36 484, nr. 3, p. 5) invoering van aanvullende maatregelen wordt gerechtvaardigd: “(...) omdat de kwaliteit van de controle de basis is voor het vertrouwen in de controle en een voorwaarde voor vertrouwen in de sector”.

5 Zie, bijvoorbeeld, Accountantskamer 8 juli 2019 (ECLI:NL:TACAKN:2019:48).

6 Zie, bijvoorbeeld, de NBA-handreiking 1137: Corruptie, werkzaamheden van de accountant van juni 2024.

7 Zie, bijvoorbeeld, de in de vorige noot genoemde Handreiking.

grondslag liggen aan deze regelgeving, wel adequaat geformuleerd zijn, hetgeen raakt aan de fundamenteën van het beroep.

6.3 Nieuwe rol voor accountants ten aanzien van de CSRD

Er bestaat dus al kritiek op bestaande kerntaken van de accountant ten aanzien van continuïteit en fraude en dan is er recent ook nog een nieuwe taak bijgekomen voor de beroepsgroep. Welke impact gaat dat hebben op het bestaande vertrouwen in de accountant, neemt dat initieel toe of juist af bij deze uitbreiding van de taken van de accountants? Een van de uitgangspunten van de CSRD is namelijk het invoeren van de verplichting om het duurzaamheidsverslag aan (een bepaalde mate van) onderzoek door, bijvoorbeeld, een accountant te laten onderwerpen.⁸

Gedurende onderhandelingen over de CSRD tussen enerzijds de Europese lidstaten en anderzijds het Europees Parlement, hebben stevige discussies plaatsgevonden over de vraag of de beoordeling van duurzaamheidsverslaggeving voorbehouden moet zijn aan accountants of dat 'de markt' voor dit type beoordelingen ook toegankelijk moet zijn voor anderen. De uitkomst van deze onderhandelingen is dat in de CSRD de mogelijkheid behouden is voor lidstaten om toe te staan dat een onafhankelijke verlener van assurancediensten een oordeel geeft over de duurzaamheidsverslaggeving.⁹ Het gevolg hiervan is dat de duurzaamheidsinformatie in het bestuursverslag enerzijds en de andere delen van het bestuursverslag anderzijds, door verschillende personen of organisaties kan worden gecontroleerd. Gedurende het implementatieproces in Nederland is (voorlopig) de keuze gemaakt om alleen accountant toe te staan de duurzaamheidsverslaggeving te beoordelen, althans die keuze is gemaakt in het wetsvoorstel dat door de regering op 13 januari 2025 bij de Tweede Kamer is ingediend.¹⁰ Oproepen om (wel) gebruik te maken van de mogelijkheid om ook anderen dan accountants aan te wijzen zijn overigens ook gedaan.¹¹

De CSRD bepaalt dat de duurzaamheidsverslaggeving beoordeeld moet worden met een beperkte mate van zekerheid. De gedachte was dat op den duur moest worden toegewerkt naar een controle met een redelijke mate van zekerheid. In de eerder genoemde Omnibus-voorstellen wordt echter (ook op dit punt) voorgesteld een pas op de plaats te maken.

Het geven van een beperkte mate van zekerheid komt neer op het verstrekken van een *negatief* geformuleerd oordeel waarin de accountant bij een goedkeurend oordeel concludeert dat hem *niet* is gebleken dat het duurzaamheidsverslag als onderzoeksobject materiële afwijkingen bevat.¹² Bij dit voorname moet worden bedacht dat, anders dan geldt voor de controle van financiële informatie,¹³ op dit

8 Zie voor achtergronden over dit aspect nader Baks, Van Dijk & Hijink 2022, p. 224 e.v.

9 Zie voorgesteld art. 2 onder punt 23 Auditrichtlijn en de voorgestelde aanpassingen in art. 34 Jaarrekeningenrichtlijn.

10 Vergelijk art. IV onderdeel F van het voorstel voor de Wet implementatie richtlijn duurzaamheidsrapportering (*Kamerstukken II* 2024/25, 36 678, nr. 2).

11 Zie *Het Financieele Dagblad* 11 juli 2023, p. 13: "Duurzaamheidscheck niet alleen domein accountants."

12 Vgl. randnummer 60 in de considerans van de CSRD. Zie daarover ook uitgebreid A.E.M. Kamp-Roelands, 'Assurance bij duurzaamheidsinformatie. Wat betekent dit voor ondernemingen?', *FR* 2021, nr. 8/9 en Nancy Kamp-Roelands & Dick de Waard, 'Onzekere mate van zekerheid', *MAB* 97(3/4) (2023), p. 115-124.

13 Voor financiële verslaggeving bestaan dit soort standaarden wel, namelijk de zogenoemde *International Standards on Auditing* ('ISA's') uitgevaardigd door de *International Auditing and Assurance Standards Board* ('IAASB'). Deze ISA's zijn in Nederland omgezet in de door NBA uitgevaardigde NV COS. Zie nader hierover: L. in 't Veld, 'De wettelijke controle door de externe accountant', in: Hijink e.a., *Handboek Jaarrekeningenrecht* (VDHI nr. 164), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 138 e.v.

moment (nog) geen uitgeschreven, internationaal erkend, raamwerk bestaat met standaarden voor de controle van duurzaamheidsverslaggeving.¹⁴ De CSRD bevat(te) daarom het voorbehoud dat de Europese Commissie dient te beoordelen of het haalbaar is om het onderzoek van het duurzaamheidsverslag uit te breiden van een beperkte mate van zekerheid naar een redelijke mate van zekerheid.¹⁵ Het staat ondernemingen vrij om aan de accountant te vragen een controleverklaring met redelijke mate van zekerheid te verstrekken. Als toetsingskader voor de werkzaamheden van accountants komen daarbij, in de Nederlandse context, de standaarden zoals die zijn opgenomen in NV COS 3810N ('Assurance-opdrachten inzake duurzaamheidsverslaggeving') en NV COS 3410 ('Assurance-opdrachten betreffende emissieverslagen') in aanmerking.

6.4 Een alternatieve route voor accountants?

Waar brengt dit ons, als de ingeslagen weg van meer of meer gedetailleerde beroepsregelgeving voor accountants dan wellicht niet (afdoende) werkt? Ligt dat dan aan die regels of zijn er andere oorzaken aan te wijzen, waarom de praktijk afwijkt van de theorie uit de regelgeving? Het vertrekpunt om die vraag te kunnen beantwoorden, ligt in de kritiek vanuit de maatschappij op de wijze waarop accountants invulling geven aan de hun toebedachte taken. De kritiek op accountants ten aanzien van hun omgang met de vraagstukken van continuïteit en fraude, en de (sceptische) verwachtingen ten aanzien van hun rol rondom duurzaamheidsverslaggeving (op grond van de CSRD), raakt aan de kern van hun vak. Teruggrijpend op de eerdergenoemde agency-theorie is duidelijk dat het de primaire taak van de accountant is om de informatie-asymmetrie binnen ondernemingen tussen de principaal (de eigenaren/aandeelhouders/investeerders) en de agenten (het bestuur/management) (grotendeels) te adresseren.

Het concept van de primaire taak komt voort uit het werk van de Engelse psychiater en psychoanalyticus Wilfred Bion. In zijn werk rondom groepsdynamica benadrukt Bion (1961) het onderscheid dat kan worden gemaakt tussen de *working group mentality* en de *basic assumption mentality*.¹⁶ Accountants werken in beginsel samen in teams, zij maken dus zo goed als altijd deel uit van een groep. Volgens Bion is de primaire taak van een groep het werken aan en realiseren van de hoofddoelstelling waarvoor de groep is gevormd. Dit komt overeen met wat hij de 'working group mentality' noemt. Het is de rationele, taakgerichte kant van het functioneren die gericht is op het bereiken van de gestelde doelen van de groep. Voor accountants gaat dat dus om het uitvoeren van een goede controle om zo bij te dragen aan het verminderen van de informatie-asymmetrie tussen eigenaren en management. Hier tegenover identificeert Bion de zogenaamde 'basic assumption mentality', dit is de secun-

14 Wel bestaat ISAE 3000, over welke standaard door de IAASB in april 2021 'non-authoritative guidance' is uitgevaardigd, zie: <https://www.iaasb.org/publications/non-authoritative-guidance-applying-isaie-3000-revised-extended-external-reporting-assurance>. Ondertussen is de IAASB aan de slag met een project om een nieuwe standaard voor de beoordeling en controle van duurzaamheidsverslaggeving te introduceren, dat inmiddels heeft geleid tot een concept van de *International Standard on Sustainability Assurance* ('ISSA') 5000. Dit concept van ISSA 5000 is op 28 juni 2023 gepubliceerd ter consultatie. Zie <https://www.iaasb.org/news-events/2023-06/proposed-international-standard-sustainability-assurance-5000-approved-public-consultation-unanimous>.

15 Zie het nieuw ingevoegde art. 26a lid 3 in de Auditrichtlijn. In de Omnibus-voorstellen wordt voorgesteld dit in te perken tot 'een redelijke mate van zekerheid'. Lidstaten mogen, zo lang de Europese Commissie geen controlestandaarden heeft opgesteld, nationale standaarden blijven stellen (lid 2 van art. 26a Auditrichtlijn).

16 W.R. Bion (1961). *Experiences in Groups and Other Papers*. London: Tavistock Publication (hierna: Bion 1961).

daire – vaak onbewuste – tendens die optreedt wanneer een groep onzeker wordt of zich bedreigd voelt. In deze mentaliteit verliest de groep de focus op de primaire taak en richt zich op andere zaken, vaak gerelateerd aan onbewuste behoeften en het reduceren van conflicten.¹⁷

Het afwijken van de primaire taak wordt dus in dit onderscheid veroorzaakt door het van toepassing geraken van een basic assumption mentality. In de verder ontwikkelde theorie van Bion worden doorgaans drie basic assumptions geïdentificeerd: *dependency* (afhankelijkheid van een leider voor bescherming en leiding), *fight-flight* (bestrijden van een vijand of vlucht voor een bedreiging) en *pairing* (hoop op paarvorming binnen een subgroep, door elkaar steun te geven, wachtend op een magische oplossing als redder in nood). Er wordt gesteld dat het overnemen van een van deze basisveronderstellingen door een groep het volbrengen van de primaire taak van die groep in de weg zit. Bion geeft overigens aan dat zijn onderscheid tussen de working group mentality en de basic assumption mentality niet volledig binair moet worden begrepen, de twee zullen altijd naast elkaar bestaan in menselijke interactie.

Als wij de redenering van Bion volgen, ligt de problematiek van het niet waarmaken of uitvoeren van de primaire taak als accountants wellicht niet in het tekortschieten van regelgeving maar mogelijk meer – in de woorden van Bion – in de basic assumption mentality. Zo beschouwd zou een hypothese kunnen luiden dat binnen de accountantsberoepsgroep sprake is van een afname van kritisch denken en rationeel gedrag door het aannemen van een basic assumption mentality (gedreven door gedeelde, onbewuste gevoelens).

In dit kader is het concept van de *social defences* van de gedragspsycholoog Isabel Menzies behulpzaam.¹⁸ Het concept van ‘social defences’ betreft een collectief psychologisch verdedigingsmechanisme dat binnen organisaties ontstaat om angst en stress tegen te gaan. Deze social defense ontwikkelen zich onbewust binnen een organisatie als reactie op angst en stress die inherent zijn aan het werk. Het bestaat uit procedures, regels en werkwijzen die de medewerkers beschermen tegen directe confrontatie met angstaanjagende aspecten van het werk. Dit kan disfunctioneel worden voor de primaire taak van de organisatie, omdat het de medewerkers afschermt van belangrijke ervaringen. Menzies benadrukte dat organisaties zo ontworpen moeten worden dat ze effectieve *containment* bieden voor de angsten van medewerkers, in plaats van rigide verdedigingsmechanismen te ontwikkelen.¹⁹

Het concept van sociale afweer vertoont veel parallellen met de individuele afweermechanismen die over het algemeen in de psychoanalytische wereld worden gebruikt.²⁰

Terzijde merken wij op dat een afweermechanisme (in beginsel) niet negatief is. Afweermechanismen dienen een doel. Omgaan met angst in de zin van het verminderen of nog beter beheersen ervan kan

17 Bion 1961.

18 I.E.P. Menzie (1960). A Case-Study in the Functioning of Social Systems as a Defence against Anxiety: A Report on a Study of the Nursing Service of a General Hospital. *Human Relations*, 13(2), 95-121 (hierna: Menzies 1960).

19 Menzies 1960.

20 Menzies 1960.

een gezonde reactie op een situatie zijn. Deze mechanismen kunnen echter leiden tot angst: “wat sociale afweer zo effectief maakt, is dat ze ofwel situaties elimineren die mensen blootstellen aan angstopwekkende activiteiten of dat ze mensen isoleren van de gevolgen van hun acties”, aldus Krantz.²¹ Als gezegd, kunnen afweermechanismen tot op zekere hoogte een gezonde reactie zijn in een bepaalde situatie, vooral als de situatie leidt tot ambivalentie en/of angst.

Wanneer wij vanuit dit psychoanalytisch perspectief kijken naar de aan accountants toebedachte taken (en de wijze waarop zij daaraan invulling geven), dan is additionele regelgeving ten aanzien van de omgang met continuïteit, fraude en duurzaamheid mogelijk niet de meest effectieve oplossingsrichting. Het benadrukt immers de mogelijke tekortkomingen die er in de praktijk bestaan. Bovendien zijn er de dreiging van tuchtrecht en (civielrechtelijke) aansprakelijkheidstelling die weliswaar noodzakelijke elementen in het systeem zijn, maar die ook leiden tot spanning en stress bij actoren in het systeem. Deze (mogelijkheid van) *litigation* werkt dus ook (deels) druk verhogend, hetgeen de *social defenses* weer stimuleert. Het zijn als het ware de onbedoelde neveneffecten van goedbedoelde regels en controlemechanismen.

De vraag die naar onze mening gesteld dient te worden, is hoe de beroepsgroep van accountants meer in een *working group mentality* kan worden gekregen. Bion legt in zijn werk de nadruk op een aantal zaken die meer aan regelgeving en harde *controls* zijn gerelateerd.²² Het gaat bij hem dan om het hebben van een heldere doelstelling, taakgerichtheid, kritisch en rationeel denken, leiderschap en duidelijke rollen. Dit zijn allemaal aspecten die expliciet terugkomen in de verschillende gedrags- en beroepsregels en beroepstandaarden voor accountants.²³ Daarnaast legt Bion uit dat ook het omgaan met emoties en angst (het hebben van een veilige omgeving en het omgaan met emoties) en het kunnen reflecteren en leren van fouten essentieel zijn.²⁴ De manier waarop zich dit goed laat borgen, is moeilijk te ondervangen in wet- en regelgeving. Inzichten vanuit andere wetenschapsgebieden, bijvoorbeeld uit de filosofie en de psychologie, lijken daarbij effectiever te zijn, zoals wij hieronder zullen beschrijven.

Zoals hiervoor werd opgemerkt kan de taak van de accountant worden omschreven als het opheffen – of toch ten minste trachten te reduceren – van informatie-asymmetrie. De accountant wordt geacht de waarheid omtrent de financiële verantwoording aan het licht te brengen ten behoeve van de principalen en – zeker in de Nederlandse opvatting – ten behoeve van de bredere maatschappij.²⁵ In die zin zou de primaire taak van de accountant kunnen worden gezien als het spreken van de waarheid, wat betrekking heeft op het concept van parrhesia.

Parrhesia is een oud concept dat voor het eerst werd gebruikt door de oude Griekse filosofen. Parrhesia, alles spreken – en in het verlengde daarvan, vrijuit (waarheidsgetrouw) spreken – was een funda-

21 J. Krantz (2010), ‘Social Defences and Twenty-First Century Organizations’, in: *British Journal of Psychotherapy* Vol 26(2), p. 191-202.

22 Bion 1961.

23 Wij noemen als voorbeeld het vereiste in NV COS 200.15 dat de accountant ‘een controle met een professioneel-kritische instelling [dient] te plannen en uit te voeren’.

24 Bion 1961.

25 Wij verwijzen naar de door ons in paragraaf 3.2 genoemde rol van de accountant als ‘vertrouwenspersoon in het maatschappelijk verkeer’.

menteel onderdeel van de democratie van het klassieke Athene.²⁶ Dat sluit aan bij de primaire taak van de accountant, het in veiligheid kunnen spreken over zaken als continuïteit, fraude en duurzaamheidsaspecten van de onderneming.

Hoewel het concept van parrhesia erg oud is, werd het in de jaren tachtig van de vorige eeuw nieuw leven ingeblazen door Michel Foucault. In de laatste fase van zijn leven besteedde Foucault geruime tijd aan het onderwijzen over parrhesia.²⁷ Foucault benadrukte dat het idee van parrhesia te maken heeft met de interactie tussen waarheid en moed. In de traditionele Griekse filosofie vereist het idee van het vrijuit spreken van de waarheid moed. Dus als de samenleving de accountant graag diens rol beter wil zien invullen, dan is naast aandacht voor inhoudelijke normenkaders en beroepsregels ook aandacht nodig voor een meer zacht of filosofisch element van moed.

Van belang hierbij is om te beseffen dat de ethisch-filosofische deugden (zoals moed) niet als één uiteinde van een spectrum worden beschouwd. Er is geen continuüm dat loopt van zonden naar deugden. Traditionele ethici plaatsen deugden als een middenweg op een continuüm. In het voorbeeld van moed moet het worden gezien als het midden, of het evenwicht, tussen overmoed en angst. Dus, het vrijuit spreken van de waarheid vereist geen blinde overmoed en het werkt ook niet in tijden of contexten van angst; het werkt daarentegen alleen als echte moed wordt toegepast. Ethici zouden de deugd van moed dan ook beschrijven als een morele verantwoordelijkheid: “deze morele verantwoordelijkheid vereist voorzichtigheid en vaardigheid, een vorm van praktische wijsheid (phronesis). Praktische wijsheid is het vermogen om te onderscheiden of te overleggen over de beste beslissing om te nemen, en om ethisch de juiste middelen te bepalen om de verwachte doelen in een bepaalde situatie te bereiken.”²⁸

Concluderend, bij het toepassen van parrhesia zijn verschillende deugden zoals moed en praktische wijsheid nodig, hetgeen impliceert dat zowel training, ervaring als persoonlijkheid nodig zijn om parrhesia in de praktijk te brengen. In de filosofie (meer precies: in de ethiek) wordt daarom een onderscheid gemaakt tussen deugden (kernkenmerken zoals moed), karaktersterktes (te onderscheiden manieren om de deugden in de praktijk te brengen) en situationele thema's (specifieke gewoontes die ertoe leiden dat mensen in bepaalde situaties bepaalde karaktersterktes manifesteren).²⁹ Dus als concreet invulling gegeven moet worden aan de maatschappelijke oproep om verbeteringen in het functioneren van de accountantsberoep te bewerkstelligen, dan dient die zoektocht zich naar onze mening niet alleen te richten op het (verder) aanvullen en aanscherpen van (gedrags- en beroeps)regels, maar ook op training, coaching en bijsturing op elementen als moed en wijsheid voor accountants.

26 J. Gentile (2015), ‘Parrhesia, Phaedra, and the polis: Anticipating psychoanalytic free associations as democratic practice’, *The Psychoanalytic Quarterly*, 84(3), 589-624.

27 P. Rabinow & M. Foucault (1984), *The Foucault reader*, Penguin Books.

28 J. Bouilloud, G. Deslandes & G. Mercier (2019), ‘The leader as chief truth officer: The ethical responsibility of “managing the truth” in organizations’, *Journal of Business Ethics*, 157(1), 1-13.

29 C. Peterson & E.P.S. Martin (2004), *Character strengths and virtues: A handbook and classification*, Washington, DC: Oxford University Press.

6.5 Dilemma voor accountants: het afleggen van openbare verantwoordelijkheid en de geheimhouding

De bovengenoemde deugd moed en omgeving van veiligheid zijn ook om een andere reden relevant. Accountants worden namelijk geacht hun werk onafhankelijk te (kunnen) doen. Immers, om de principalen (eigenaren/aandeelhouders/investeerders) goed te kunnen bedienen, moeten de accountants ver genoeg van de onderneming en de agent (het bestuur/management) af staan.

In de beroepsregelgeving voor accountants wordt dit uitdrukkelijk onderkend. Zo bevat art. 22 Audit Richtlijn uiteenlopende voorschriften die zien op onafhankelijkheid. Een van de fundamentele beginselen in de VGBA is het beginsel van objectiviteit (art. 11 VGBA).³⁰ Daarnaast geldt voor controlerend accountants – het type werkzaamheid van accountants dat, zoals wij in de inleiding van dit preadvies schreven, centraal staat in dit preadvies – een specifieke verordening met beroepsvoorschriften over onafhankelijkheid: de Verordening inzake onafhankelijkheid van accountants bij assurance-opdrachten. Elementen daarin zijn, onder andere, het niet mogen aannemen van resultaatsafhankelijke vergoedingen en bepaalde geschenken en beperkingen op de duur van de betrokkenheid bij een controle-opdracht.

Het beginsel van onafhankelijkheid klinkt heel overzichtelijk, maar is in de praktijk weerbarstig. Er bestaat namelijk een vorm van een onafhankelijkheidsparadox. De accountant is namelijk afhankelijk van (het management van) de onderneming – de controlecliënt van de accountant – om informatie te verkrijgen. En tegelijkertijd moet deze accountant zo onafhankelijk mogelijk functioneren. Daar wringt de schoen. Vertrouwen kan op dit punt zowel een uitkomst bieden, maar ook een hindernis opwerpen.

Wanneer een accountant niet volledig of niet tijdig in vertrouwen wordt genomen en niet wordt geïnformeerd over (vanuit het oogpunt van de onderneming) onwelgevalige zaken bij de controlecliënt, kan deze accountant niet de rol spelen die het maatschappelijk verkeer verwacht. Daarom is de geheimhoudingsplicht een belangrijke hoeksteen. In de VGBA is deze vertrouwelijkheid geregeld in art. 16: “De accountant die de beschikking krijgt over gegevens of inlichtingen waarvan deze het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, is verplicht tot geheimhouding van die gegevens of inlichtingen.”³¹

Op deze geheimhoudingsplicht is in de wet- en regelgeving een aantal uitzonderingen opgenomen. Kort gezegd geldt de geheimhoudingsplicht (onder meer) niet indien (i) de accountant bij of krachtens een wettelijk voorschrift tot het verstrekken van de gegevens of inlichtingen verplicht of bevoegd is; (ii) betrokken is in een gerechtelijke procedure of klachtprocedure die jegens de accountant is aangespannen en de gegevens of inlichtingen in die procedure van belang zijn; of indien (iii) voor een specifiek doel schriftelijke toestemming is verkregen tot het verstrekken van de gegevens of inlichtingen heeft verkregen en dit doel wordt vastgelegd.

30 Onderscheid moet overigens worden gemaakt tussen ‘onafhankelijkheid’ en ‘objectiviteit’. In de toelichting op de VGBA is uiteengezet dat onafhankelijkheid een aspect is van objectiviteit en dat bij de uitvoering van assurance-opdrachten de (strengere) eis geldt van onafhankelijkheid.

31 Voor accountantsorganisaties geldt een vergelijkbare geheimhoudingsverplichting op grond van art. 20 Wta.

Echter, omdat de maatschappij niet weet wat zij niet weet en met enige regelmaat wordt verrast door ‘schandalen’ – en mogelijk ook door een tekortschietende accountant – wordt deze geheimhouding gewantrouwd en ter discussie gesteld.³² Deze kritiek ziet op een aantal onderwerpen. Er bestaat enige onduidelijkheid (of ten minste onenigheid) over de vraag wat nu precies de reikwijdte is van het begrip ‘vertrouwelijke informatie’. En omdat deze onduidelijkheid bestaat, zien sommige belanghebbenden een beroep op de geheimhoudingsplicht als een blijk van een defensieve houding van de kant van de accountants, hetgeen dan wordt gezien als onwil om transparant te zijn. Dat wringt dan weer met de rol van de accountant in het bredere publieke belang, zoals bij het eerdergenoemde niet tijdig signaleren van fraude of faillissementsrisico’s. De kritiek richt zich dus voornamelijk op de spanning tussen de maatschappelijke vraag naar transparantie en de beperkingen die de geheimhoudingsplicht oplegt aan accountants. Het dilemma dient zich dan aan dat een van de fundamentele beginselen van de accountant (vertrouwelijkheid) in zekere zin het vertrouwen in de beroepsgroep ondermijnt.

Deze kritiek laat zich naar onze mening vertalen in de vraag of de maatschappij bereid is om risico te nemen – en zo ja: hoeveel dan – door de accountant te vertrouwen om in ruil daarvoor additioneel vertrouwen in financiële en duurzaamheidsverantwoording te ontvangen van diezelfde accountant? En welke mate van inherente onzekerheid zullen wij moeten accepteren? Daarmee staat in verband de vraag wat die accountant zelf kan doen om dat vertrouwen te winnen. Kan dat bijvoorbeeld door een meer open, proactieve en voorname rol in te nemen op de aandeelhoudersvergadering van (beursgenoteerde) ondernemingen? Daar zou een accountant kunnen laten zien zelf een risico te durven nemen door informatie te delen in de hoop daar vertrouwen vanuit de stakeholders voor terug te krijgen.

Het gecompliceerde element in deze vragen is gelegen in het feit dat alle betrokkenen om vertrouwen vragen en tegelijkertijd vertrouwen moeten geven om in een opwaartse spiraal te geraken. Zo zal de accountant erop moeten vertrouwen dat zijn relatie met zowel de onderneming als met de stakeholders niet fundamenteel wordt geschaad door het verstrekken van (aanvullende) informatie – bijvoorbeeld – tijdens de aandeelhoudersvergadering. De accountant geeft dus vertrouwen en tegelijk vraagt de accountant om vertrouwen van betrokkenen in zijn eigen oordeelsvorming over de vraag hoever deze accountant kan gaan met de informatieverstrekking. Voor de onderneming geldt dat zij vertrouwen geeft aan de accountant door hem de ruimte te bieden om informatie te verstrekken, die de onderneming zelf – wellicht – als sensitief bestempelt. De onderneming dient daarbij te bouwen – te vertrouwen – op het oordeelsvermogen van de accountant. En de onderneming vraagt om vertrouwen bij de stakeholders om niet ongeclausuleerd alles openbaar te (hoeven laten) maken. Voor de stakeholders op hun beurt geldt dat zij vertrouwen geven door wederom te steunen op de oordeelsvorming van de accountant en de intenties van de onderneming. En dat zij vertrouwen vragen in hun eigen reacties op de informatie die wordt gedeeld. Kortom, er is sprake van een delicate driehoeksverhouding, waarbij de uit-

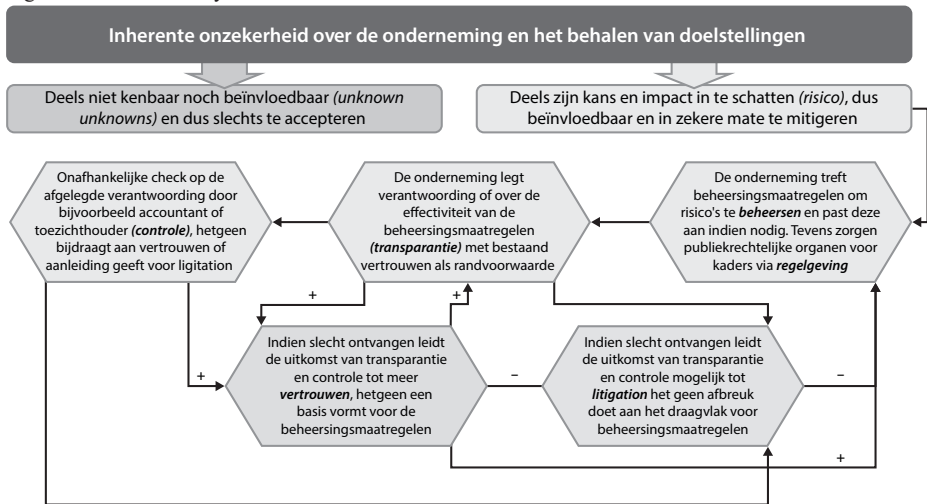
32 Vergelijk bijvoorbeeld Marcel Pheijffer, *Schimmenspel rond geheimhouding duurt voort*, column 31 mei 2024, te vinden op: www.accountant.nl/discussie/columns/2024/5/schimmenspel-rond-geheimhouding-duurt-voort/. Zie ook Arjen Tillema, ‘Het geheim van de accountant – bespiegelingen over een NBA-discussienota’, *Ondernemingsrecht* 2024/52, p. 316 e.v.

komst alleen optimaal is als alle betrokkenen constructief en vanuit vertrouwen in elkaar deelnemen in de onderlinge interactie. Zodra bij een van de betrokken partijen het vertrouwen ontbreekt, stort het kaartenhuis in elkaar. Die dynamiek is, of het nu gaat om de rol van de accountant bij continuïteit, fraude of duurzaamheidsverslaggeving, steeds dezelfde.

Conclusie: vertrouwen en controle; dilemma's en paradoxen

De doelstelling van veel wet- en regelgeving in het ondernemingsrecht – en breder: het privaatrecht – is bij te dragen aan vertrouwen. Ook de controle van, en toezicht op, de naleving van die voorschriften beoogt aan vertrouwen bij te dragen. Toch is dat in de praktijk lastiger toe te passen dan de theorie doet vermoeden, zoals wij in de vorige paragrafen uiteen hebben gezet. De figuur hieronder schetst een aantal van de dynamieken die zich in de praktijk soms voordoet tussen deze concepten.

Figuur 2. Vertrouwensdynamieken



Zowel in de theorie als in de praktijk is zichtbaar dat deze concepten elkaar (kunnen) versterken en elkaar in de weg (kunnen) zitten. De elementen zijn soms panelen die naadloos op elkaar aansluiten en in elkaars verlengde liggen. Maar soms zijn het panelen die schuren of zelfs botsen.

De afgelopen decennia was zichtbaar dat juist in onzekere situaties – bij boekhoudschandalen, in de nasleep van de financiële crisis, bij de klimaattransitie – als oplossing voor de maatschappelijke behoefte om onzekerheid te reduceren, door de wetgever gekozen wordt voor meer controle: meer transparantie- of informatieverplichtingen waarop (meer) toezicht moet worden gehouden. Daarnaast zijn de randvoorwaarden geschapen waardoor collectief privaatrechtelijke handhaving kan plaatsvinden. Of transparantie kan bijdragen aan meer vertrouwen is nog steeds onduidelijk, hetzelfde

geldt overigens voor controle. Er is sprake van een complexe interactie. Wetgevers motiveren bij het opleggen van informatieverplichtingen vaak dat dit bijdraagt aan (herstel van) vertrouwen. Het is echter maar de vraag of deze veronderstelde bijdrage er in de praktijk wel is. Tegelijkertijd moeten wij de vraag blijven opwerpen of dit doel wel kan worden bereikt.

Zo is in de nasleep van de financiële crisis – met zijn, zoals door sommigen aangeduid, tsunami aan wetgeving¹ – in wetenschappelijk onderzoek de nodige aandacht gegeven aan de oorzaken voor het ontstaan van die crisis, waarbij de beperkingen van de rationaliteitsassumptie² en de invloeden daarvan op het ontstaan van de financiële crisis niet onderbelicht zijn gebleven.³ Ook is de aandacht toegenomen voor ‘vertrouwen’ en de rol die vertrouwen speelt voor het functioneren van de financiële markten en de actoren daarop.⁴ De kritiek op de (rechts)economische theorievorming die ten grondslag ligt aan de rationaliteitsassumptie, is sindsdien niet verstomd. Een ander punt van kritiek dat in de wetenschappelijke literatuur – terecht – aandacht heeft gekregen ziet op de gebrekkige uitwerking door wet- en regelgevers *op welke wijze* nieuwe wettelijke voorschriften *kunnen* bijdragen aan (het herstellen of bevorderen van) vertrouwen.⁵ Het ontbreken van een analyse op welke wijze nieuwe voorschriften (kunnen) bijdragen aan ‘vertrouwen’, heeft tot gevolg dat het niet eenvoudig is om te beoordelen of nieuwe wet- en regelgeving erin kan slagen om dat doel te bereiken, welke prijs daarvoor wordt betaald⁶ en waar zich (derhalve) het optimum bevindt.⁷

1 Zie Mülbert/Sajnovits 2017, p. 1. De vraag of de nieuwe regelgeving op het terrein van het banktoezicht te ver gaat – of juist niet ver genoeg zou gaan – laten wij verder onbesproken. Zie hierover ook, met verdere verwijzingen, B.P.M. Joossen, *Bankwetgeving na de financiële crisis, is het genoeg?*, oratie UvA 2015.

2 Hierover al kritisch Oliver Hart, *Norms and the Theory of the Firm*, 149 U. Pa. L. Rev. 1701 (2001), op p. 1703 (‘economists do not have a very good way to formalize trust’). Zie ook Stout 2002, p. 410-415.

3 Zie – bijvoorbeeld – Joseph E. Stiglitz, *Freefall*, New York, Norton 2010, in het bijzonder p. 238 e.v.; Dan Ariely, *Predictably Irrational*, Harper 2009, in het bijzonder p. 279 e.v. en John Cassidy, *How Markets Fall*, Penguin Books 2009.

4 Naast de hiervoor genoemde bijdragen van Mülbert/Sajnovits 2017 wijzen wij, bijvoorbeeld, op Renée Birgit Adams, Paola Sapienza & Luigi Zingales, 2012, *A Trust Crisis*, International Review of Finance, International Review of Finance Ltd., vol. 12(2), p. 123-131. Die aandacht is terecht. Zie ook de eerdere kritische opmerkingen in Hijink 2010, p. 308, waarin de voor die tijd grotendeels ontbrekende aandacht als omissie is genoemd.

5 Zie hierover reeds Hijink 2010, p. 125 e.v. met verdere verwijzingen.

6 Een ander punt waarop onduidelijkheid bestaat – toegepast op de informatieverplichtingen – is hoe informatieverplichtingen en vertrouwen zich eigenlijk precies tot elkaar verhouden. Zo merken Luigi Guiso, Paola Sapienza & Luigi Zingales, *Trusting the Stock Market*, ECGI Finance Working Paper Series, Working Paper No. 170/2007, May 2007 (op p. 6) op dat ‘since trust is the necessary act of faith we have to do when we are not properly informed or we do not understand what is going on, the need for trust is negatively correlated with information and education. More informed people rely less on trust (...)’. Frank Partnoy, *Why Markets Crash and What Law Can Do About It*, 61 U. Pitt. L. Rev. 741 (2000), op p. 764, tendert echter in de andere richting: “[t]o some extent the importance of trust is a sign that law is less likely to be relevant in financial markets than in other areas.” Onduidelijk is derhalve wat de richting is van het causale verband waarin vertrouwen en informatie negatief correleren. Naar onze mening is sprake van een wisselwerking. Personen die meer vertrouwen hebben, hebben in mindere mate behoefte aan informatie; tegelijkertijd kan dit (minimum)niveau van vertrouwen worden bereikt omdat ten gevolge van de publicatieverplichtingen het vertrouwen ontstaat dat ten minste enige informatie gepubliceerd zal worden.

7 Zie reeds Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Mandatory Disclosure and the Protection of Investors*, 70 Va. L. Rev. 669 (1984), p. 693, over de relatie tussen het tegengaan van fraude en opleggen van publicatieverplichtingen: “to make such a confidence argument, one would need to show that any reduction in fraud attributable to the disclosure rules was more valuable than the costs of administering those rules.” Zie eveneens: Mülbert/Sajnovits 2017, p. 37: “Enhancing trust by means of legislative acts constitutes a legitimate objective in financial markets law due to the potential for improvements in efficiency which may be realised as a result. (...) Rather, this calls for carrying out cost-benefit analyses, not only for each individual legislative act (as is the approach currently taken at the EU level) but also, more comprehensively, for the entire regulatory regime governing the operation of the financial markets.” Zij verwijzen daarbij tevens naar andere literatuur waarin de moeilijkheden worden beschreven bij het analyseren van de kosten en baten van nieuwe wetgeving, waaronder John H. Cochrane, *Challenges for Cost-Benefit Analysis of Financial Regulation*, 43 Journal of Legal Studies p. 64-105 (2014) en Jeffrey N. Gordon, *The Empty Call for Benefit-Cost Analysis in Financial Regulation*, 43 Journal of Legal Studies p. 351-378 (2014).

Dit preadvies tracht een licht te schijnen op de vraag hoe om te gaan met de vertrouwensdynamieken, toegespitst op het ondernemingsrecht en op de rol van accountants. Wij hebben daarbij de vraag opgeworpen hoe de samenleving vertrouwensdynamieken als kracht kan gebruiken en hoe kan worden voorkomen dat de dynamiek een valkuil wordt. Een centraal uitgangspunt van de analyse is dat de wereld (en dus ook het economisch verkeer) inherent te maken heeft met factoren van onzekerheid. Daar hebben actoren regelmatig moeite mee.⁸ Omdat er een inherente onzekerheid verbonden is aan iedere transactie of contractuele relatie, zal altijd een aspect van vertrouwen benodigd zijn om de maatschappij te kunnen laten functioneren. Dat vraagt soms om een *'leap of faith'*. Het recht speelt daarop in door voorschriften te introduceren die aan een vertrouwensleer zouden moeten bijdragen en door – nu in de praktijk instrumenten voor herstel of vergroten van vertrouwen niet afdoende blijken – (de grondslag voor) uiteenlopende controlemechanismen te ontwikkelen. Het regelgevende bouwwerk rondom (het functioneren van) de accountant is daar een pregnant voorbeeld van. Ook dit blijkt niet het antwoord op alle vragen te zijn, getuige de kritiek op het werk van de accountants.

Dat brengt ons tot de vraag hoe raadzaam het is om verder te ploeteren op de reeds ingeslagen weg en de vertrouwensleer nader uit te werken en de controles verder uit te bouwen. Of zou een alternatieve route gekozen en verkend kunnen worden, waarin de vraag centraal staat waarom mensen zo'n moeite met onzekerheid hebben? Kunnen wij (mensen) beter leren omgaan met onzekerheden?

Dat brengt ons bij het onderscheid dat in de psychologie wordt gemaakt tussen gezonde en ongezonde afweermechanismen. Er zijn zeker gezonde vormen van afweer. Angst kan vanuit evolutionair en psychologisch perspectief een heel zinnige afweer zijn: voor onze voorouders was het op de vlucht slaan bij een ontmoeting met een sabeltandtijger een effectieve reactie. Maar er zijn ook situaties waarin angst ongezonde vormen aanneemt en leidt tot vermijding. Kortom, het gaat om het vinden van de balans. Zo werkt het ook met controlemechanismen.

Hiervoor, in paragraaf 6, hebben wij dit toegespitst op (de verwachte taakvervulling door) accountants. Zij worden geacht het maatschappelijk verkeer te helpen. Zij hebben een primaire taak om (financiële) verantwoording te beoordelen en de waarheid aan het licht te brengen ten behoeve van de principalen. Die primaire taak wordt effectief uitgevoerd wanneer de accountant in een groep functioneert die een zogenaamde *working group mentality* aan het daglicht brengt. Dit kan deels met regelgeving worden afgedwongen door te omschrijven wat de doelstellingen, taken en rollen zijn. Maar deels zijn ook inzichten vanuit de filosofie en de psychologie nodig om de veiligheid en het reflectievermogen te waarborgen dat zo noodzakelijk is.

Om een constructieve discussie te voeren over de wijze waarop vertrouwensdynamieken het ondernemingsrecht en het functioneren van accountants verder kunnen brengen, is veiligheid en *containment* nodig. Het vergt immers kwetsbaarheid van alle betrokkenen in deze discussie om te accepteren dat er onzekerheid is. Voor het, door ons genoemde, concrete voorbeeld van verruimen van vertrouwen in accountants vereist dit bijvoorbeeld dat stakeholders bereid moeten zijn vertrouwen te

8 Zie in dit verband ook reeds J.B.S. Hijink 2020.

schenken aan accountants om hun rol rondom het bieden van zekerheid ten aanzien van fraude, continuïteit en duurzaamheidsrapportages in te vullen.⁹ Zijn, tegelijkertijd, accountants bereid de beperkingen ten aanzien van hun werk te benoemen en expliciet(er) te maken? Zijn vormen van clementie – van ‘*safe havens*’ – denkbaar voor de opsteller (de onderneming), de controleur (de accountant) en/of de gebruiker, als achteraf blijkt dat de (duurzaamheids)rapportage minder volledig of juist was dan gedacht? Dergelijke vragen, waarbij om vertrouwen te winnen gelijktijdig mogelijk (tijdelijke) inperking van het controlemechanisme ‘*litigation*’ vereist is, zijn de vragen die voorliggen. Het zijn vragen waarbij voor beantwoording als voorwaarde geldt dat sprake is van de veiligheid die nodig is om de nek uit te steken en moed te tonen. Vertrouwen gaat inherent gepaard met de kans op een verlies of teleurstellende uitkomst. Zonder dat er sprake is van enige vorm van risico, is vertrouwen ook een relatief betekenisloos begrip. Vertrouwen en verlies zijn nauw met elkaar verweven. Het herstellen van vertrouwen na verlies, en het verwerken van verlies na een vertrouwensbreuk, vereisen beide tijd, moed en de bereidheid om kwetsbaar te zijn.

De economische theorie leert dat rendement per definitie gepaard gaat met risico. Om de risico's te mitigeren worden er controlemechanismen ingericht. Tegelijkertijd is mitigeren van risico's door controlemechanismen iets anders dan de wens om met controlemechanismen ook de (niet te voorziene) onzekerheden te willen mitigeren (let wel, dus niet: elimineren). Naar onze mening ligt hier de crux. Omdat niet alles beheersbaar is, resteert de noodzaak tot vertrouwen. Kortom, de richting die wij met elkaar uitmoeten is zowel individueel als systemisch nadenken over de vraag welk verlies acceptabel is, welk risico genomen mag worden en dus hoeveel en welke vorm van vertrouwen er naast regelgeving/controle gezet kan – of moet – worden om tot een optimale mix te komen. Dat vraagt introspectie en zelfreflectie. Het is namelijk onmogelijk alle informatie te overzien en dit doordenken legt fundamentele gevoelens en angsten bloot. Toch is dit een noodzakelijke route om ergens te komen ten aanzien van het vraagstuk van controle versus vertrouwen.

Als wij dit terugbrengen naar het juridische perspectief, dan kan er naar onze mening een aantal zaken worden genoemd dat bij kan dragen aan reflectie op bovenstaande onderwerpen. Wij denken daarbij bijvoorbeeld aan:

1. Het verbeteren van evaluaties van wet- en regelgeving, waarbij vanuit uiteenlopende wetenschapsgebieden en de dagelijkse praktijk getracht wordt:
 - a) in kaart te brengen in welke mate de uitgevaardigde regelgeving daadwerkelijk bijdraagt aan de effectiviteit van toezicht dan wel aan de werking van vertrouwen;
 - b) daarbij een meta-blik gebruiken door ook de vraag te stellen of vertrouwen (en dus risicoacceptatie) een redelijk alternatief voor wet- en regelgeving zou kunnen zijn;
 - c) mee te wegen wat de praktijk van de verschillende stakeholders aan kan om te verwerken of te executeren; immers, alleen dan kan regelgeving daadwerkelijk bijdragen aan vertrouwen (anders breekt het vertrouwen slechts af).

9 Wij merken terzijde op dat de rol van accountants breder kan worden opgevat. Zo bevat alleen al de CSRD een breed scala van duurzaamheidsonderwerpen die verder gaan dan traditioneel aan het klimaat en het milieu (de ‘E’ van ESG) wordt gerelateerd. Voorbeelden daarvan zijn duurzaamheidsaspecten die samenhangen met privacy, mensenrechten en de waardeketen. Wij laten deze onderwerpen – en de rol van de accountant daarbij – verder rusten.

2. Het vanuit maatschappelijk perspectief – en daarmee dus (ook weer) vanuit uiteenlopende wetenschapsgebieden – reflecteren op (al dan niet gepercipieerde) aansprakelijkheidsrisico's voor (bestuurders van) ondernemingen en accountants; op welke wijze staat dit de omgang met onzekerheid in de weg dan wel in welke mate zou een aanpassing van dit concept impact hebben op het bestaande vertrouwen?

Uiteraard zijn de hiervoor genoemde suggesties geen *'quick fix'* voor het beter begrijpen en beter laten functioneren van de complexe relatie tussen wet- en regelgeving, vertrouwen, alsmede controle en toezicht. De onderlinge verhouding en interactie is ook niet eenvoudig. In de klassieke economische en juridische literatuur is daar de laatste decennia al veel over geschreven. In dit preadvies hebben wij een experiment gedaan door ook deels buiten dat paradigma te kijken door het juridische perspectief met het economische perspectief en het psychologische perspectief te combineren. Dat is lastig omdat paradigmata per definitie niet goed samengaan (incommensurabel zijn). Daarbij dient bovendien rekenschap te worden gegeven aan de – inmiddels wel aantoonbare, en ook in deze bijdrage onderkende – imperfecties in de principaal-agenttheorie, alleen al vanwege de aan die theorie ten grondslag liggende rationaliteitsassumptie. Maar door uitdagingen dienen wij ons niet te laten tegenhouden, ze bieden immers weer nieuwe perspectieven en verrijken.

Samenvatting

Vertrouwen speelt een cruciale rol in het economisch verkeer. Dit preadvies richt zich daarom op de interactie tussen vertrouwen en controle in het ondernemingsrecht en de financiële markten, met speciale aandacht voor accountants. Vertrouwen impliceert een context waarin iemand zich kwetsbaar opstelt, gebaseerd op positieve verwachtingen van andermans intenties of gedrag. In ondernemingen wordt onzekerheid beïnvloed door externe factoren zoals politieke, economische en technologische ontwikkelingen. Dit preadvies bouwt voort op het onderscheid tussen ‘risico’ (bepaalbare waarschijnlijkheden) en ‘onzekerheid’ (onbekende uitkomsten). Ondernemingen worden immers geconfronteerd met onzekerheden als gevolg van klimaatverandering, digitalisering en geopolitieke verschuivingen.

Ter vermindering van onzekerheid worden verschillende mechanismen ingezet:

1. Transparantieverplichtingen: ondernemingen moeten gedetailleerde informatie verstrekken om monitoring door investeerders en toezichthouders te vergemakkelijken.
2. Toezicht en controle: publiekrechtelijke toezichthouders controleren de naleving van wet- en regelgeving en accountants verstrekken vormen van zekerheid bij de informatievoorziening van ondernemingen in antwoord op hun transparantieverplichtingen.
3. Privaatrechtelijke handhaving: (al dan niet collectieve) civiele aansprakelijkheidsprocedures worden gebruikt om naleving af te dwingen.

De afgelopen decennia hebben crises zoals boekhoudschandalen (2002/2003) en de financiële crisis (2008/2009) geleid tot wetgeving gericht op versterking van vertrouwen in ondernemingen en accountants. Een belangrijk recent voorbeeld van nieuwe regelgeving op het gebied van transparantievereisten, als onderdeel van de Europese ESG-regelgeving, betreft de *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD). De CSRD verplicht ondernemingen om uitgebreide duurzaamheidsinformatie openbaar te maken. Bovendien introduceert de CSRD assuranceverplichtingen bij deze nieuwe duurzaamheidsverslaggeving. Zelfs als de reikwijdte van die verplichtingen door de zogenoemde Omnibus-voorstellen van 26 februari 2025 deels worden ingeperkt, plaatst dit de beroepsgroep van de accountants voor een nog breder takenpakket, hetgeen de nodige vragen oproept.

Accountants fungeren als controleurs binnen het brede systeem van corporate governance en moeten investeerders en andere belanghebbenden zekerheid bieden over financiële en – in de toekomst – duurzaamheidsverslaggeving. Vanwege de wijze

waarop accountants hun huidige werkzaamheden uitvoeren is de sector onderhevig aan kritiek. Bijvoorbeeld over de wijze waarop accountants omgaan met continuïteitsrisico's en fraudedetectie. De vraag is of het uitbreiden van het werkveld van de accountants en de toenemende verwachtingen volgend uit de CSRD zullen bijdragen, of eerder afbreuk zullen doen, aan het vertrouwen in accountants.

Het in dit preadvies gegeven voorbeeld van het accountantsberoep illustreert tegelijkertijd dat meer regelgeving en controlemechanismen niet per definitie leiden tot meer vertrouwen. Sinds 2014 is het raamwerk van voorschriften en *guidance* binnen het accountantsberoep namelijk fors toegenomen. De kritiek op de sector is echter nauwelijks afgenomen, integendeel zelfs. Een alternatief perspectief dat kan bijdragen aan (herstel van) vertrouwen in accountants is de toepassing van filosofische en psychologische inzichten. In plaats van steeds strengere regelgeving zou daardoor de nadruk meer kunnen liggen op gedragsmatige ontwikkeling van accountants om hun rol als onafhankelijke waarheidsgetuigen effectiever te vervullen.

Hoewel regelgeving een belangrijk instrument blijft om vertrouwen te bevorderen, is het cruciaal om de balans tussen controle en vertrouwen te bewaken. Dit vraagt om een continue evaluatie van de effectiviteit van regelgeving en de onderliggende gedragsmechanismen.

Stellingen:

1. In het juridische domein zou meer nadruk moeten liggen op het verbeteren van evaluaties van wet- en regelgeving door daarbij meer inzichten uit andere wetenschapsgebieden te betrekken.
2. Toenemende aansprakelijkheidsrisico's voor (bestuurders van) ondernemingen en accountants doen afbreuk aan het vertrouwen binnen het maatschappelijk verkeer en daarmee ook aan de effectiviteit van wet- en regelgeving.

Vertrouwen en controle in het strafproces

Rolf Hoving en Alex Harteveld

1	Inleiding	99
2	De controle van de politie en het Openbaar Ministerie	101
2.1	<i>De organisatie van de controle</i>	101
2.2	<i>Aanleiding en informatie</i>	103
2.3	<i>Beoordeling</i>	105
2.4	<i>Interventie</i>	106
3	De verhouding tussen controle op normnaleving en vertrouwen in politie en Openbaar Ministerie	109
3.1	<i>Enkele ontwikkelingen van het wettelijke kader sinds 1926</i>	109
3.2	<i>De rechterlijke controle van vormverzuimen op grond van art. 359a Sv</i>	112
3.3	<i>De normering en controle van de buitengerechtelijke afdoening</i>	115
3.3.1	<i>Van transactie naar strafbeschikking</i>	115
3.3.2	<i>De rechterlijke toetsing van hoge transacties</i>	117
3.4	<i>Openbaar Ministerie en rechter-commissaris – de rechter-commissaris als magistraat versus de magistratelijke rol van de officier van justitie</i>	118
3.5	<i>Het recht op tegenspraak: controle door de verdediging</i>	121
3.6	<i>Het slachtoffer als controleur</i>	123
3.7	<i>Analyse: de ontwikkeling van controle en vertrouwen bij politie en Openbaar Ministerie</i>	125
4	De controle op normnaleving en het vertrouwen in het strafproces	129
4.1	<i>Controle en doelbereiking</i>	129
4.2	<i>Controle en vertrouwen in het strafproces door de verdachte, het slachtoffer en de samenleving</i>	131
5	Vertrouwen en controle in het strafproces: wat is goed en wat is beter?	133
	Samenvatting	139

Het strafprocesrecht normeert het gedrag van de overheid. Bij de opsporing, vervolging en berechting van burgers die worden verdacht van het plegen van strafbare feiten kan de overheid een soms forse inbreuk maken op de rechtsbelangen van deze verdachte burgers en hun omgeving. De inbreuken op grond- en mensenrechten van burgers als het recht op vrijheid, het recht op privacy en het recht op eigendom zijn gerechtvaardigd als ze noodzakelijk, proportioneel en subsidiair zijn voor de handhaving van het materiële strafrecht door de overheid. De noodzaak tot strafvorderlijk overheidsoptreden is al snel gegeven na de vaststelling dat een verdachte een strafbaar feit heeft of zal begaan, want zonder handhaving verliezen strafbaarstellingen veel van hun normerende kracht. De voorwaarden waaronder het vervolgens gedurende een opsporingsonderzoek gerechtvaardigd is om inbreuken op de rechten van de burger te maken, staan in het Wetboek van Strafvordering en dienen door de overheid te worden toegepast. Al sinds 1838 staat in art. 1 van deze wet dat strafvordering plaatsvindt op een bij wet voorziene wijze. Door tijdens de opsporing, vervolging en berechting de strafvorderlijke normen na te leven wordt gewaarborgd dat de overheid tijdens het rechtshandhavend optreden voldoende oog houdt voor rechtsbescherming.

Het wettelijke systeem is gebaseerd op het vertrouwen dat de overheidsorganen – de politie, bijzondere opsporingsdiensten, het Openbaar Ministerie – strafbare feiten daadwerkelijk opsporen en vervolgen en daarbij de strafvorderlijke normen naleven. Ten aanzien van het Openbaar Ministerie wordt dat vertrouwen ook wel toegeschreven aan de magistratelijke rol die dit overheidsorgaan binnen de rechterlijke macht vervult. De vraag kan worden gesteld hoe groot het vertrouwen is dat de opsporende organen de normen handhaven en daarbij normconform handelen. Verdachten en hun advocaten klagen met regelmaat over het verzuim van vormen bij de uitvoering van het opsporingsonderzoek, en de gebrekkige reactie van de strafrechter op deze klachten. Slachtoffers en hun advocaten laten vervolgens weer van zich horen als ze vinden dat de overheid onvoldoende heeft gedaan om strafbare feiten op te sporen. Regelmatig wordt de oproep gedaan om meer controle en toezicht op de politie en het Openbaar Ministerie, met name om ervoor te zorgen dat de strafvorderlijke normen beter worden nageleefd.¹

De vraag die in dit deel van het preadvies centraal staat is in hoeverre controle op de naleving van strafvorderlijke normen door de politie en het Openbaar Ministerie bij

1 Zie bijvoorbeeld E. Devroe, M. Malsch, J. Matthys & G. Minderman, *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, Den Haag: WODC 2017 en *Kamerstukken II* 2019/20, 28 844, nr. 203.

kan dragen aan het vertrouwen in het strafrecht en het strafproces. Het gaat dus om institutioneel vertrouwen en de doorwerking daarvan op het vertrouwen in het strafrecht.² In paragraaf 2 wordt daartoe eerst een beschrijving gegeven van de wijze waarop de controle in het strafproces is georganiseerd. Daarbij worden gelijk enkele knelpunten aangewezen die aan een optimale controle in de weg kunnen staan. Vervolgens wordt in paragraaf 3 de verhouding tussen de controle van de naleving van strafvorderlijke normen en het vertrouwen in de politie en het Openbaar Ministerie geanalyseerd. Eerst worden daartoe enkele historische ontwikkelingen geschetst. Daarna wordt ingegaan op de verhouding tussen controle en vertrouwen met betrekking tot enkele specifieke onderwerpen. Het betreft twee onderwerpen die in het kader van controle veel aandacht hebben gekregen: de rechterlijke controle van vormverzuimen op grond van art. 359a Sv en de normering en controle van de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten. Ook wordt ingegaan op de verhouding tussen vertrouwen en de mogelijkheden van de procespartijen en procesdeelnemers om het opsporingsonderzoek te controleren, waaronder de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de rechter-commissaris, de controlemogelijkheden van de verdachte en de controlemogelijkheden van het slachtoffer. Dit mondt uit in een overkoepelende analyse van de verhouding tussen controle en vertrouwen in de politie en het Openbaar Ministerie. Paragraaf 4 gaat vervolgens meer in het algemeen over de gevolgen van controles voor het vertrouwen in het strafrecht. Deze vraag wordt behandeld vanuit het perspectief van degenen wiens rechten met en in het strafrecht worden beschermd: de verdachte, het slachtoffer en de samenleving. In de afrondende paragraaf 5 worden enkele conclusies getrokken over de controle van de normnaleving in het strafproces, en de invloed die dit heeft – of op zijn minst zou kunnen hebben – op het vertrouwen van de verdachte, het slachtoffer en de samenleving in de normnaleving van de politie en het Openbaar Ministerie en het vertrouwen in het strafrecht in het algemeen.

Aan het slot van deze inleiding nog een korte opmerking over de terminologie. In het navolgende worden de termen ‘controle’, ‘toetsing’ en ‘toezicht’ losjes en als synoniemen voor elkaar gebruikt. Bedoeld wordt de activiteit waarbij wordt nagegaan of een ander de regels en normen naleeft. Dit vergt informatie over hoe de ander zich heeft gedragen en een beoordeling van de mate waarin de betreffende gedraging voldoet aan de in de norm of regel gestelde eisen. Het doel hiervan is niet alleen een oordeel te vellen over de gedragingen uit het verleden, maar ook om eraan bij te dragen dat in de toekomst normen en regels beter worden nageleefd.

2 Zie voor een toelichting daarop het preadvies van Zouridis, p. 19.

2.1 De organisatie van de controle

In het strafrecht bestaan meerdere controleurs. Hierna wordt een korte opsomming van de belangrijkste controleurs en toezichthouders gegeven zonder daarbij overigens volledig te willen zijn.

Al vanaf 1926 staat in het Wetboek van Strafvordering dat de officieren van justitie waken voor de ‘richtige’ opsporing van strafbare feiten. De hedendaagse formulering is dat de officier van justitie het gezag heeft over de opsporing (art. 148 i.c.m. 132a Sv). Dat impliceert dat de officier van justitie ook toezicht houdt op de politie (en op de bijzondere en buitengewone opsporingsambtenaren).¹ De officier van justitie heeft de wettelijke bevoegdheid om bevelen en aanwijzingen te geven aan de politie. Dit kan in de vorm van specifieke bevelen, maar ook in de vorm van meer algemene aanwijzingen. Generieke aanwijzingen worden gegeven door het College van procureurs-generaal. Een individuele officier van justitie toetst vooral hoe de politie in een specifiek opsporingsonderzoek zijn werkzaamheden uitvoert. Dit kan de officier van justitie op twee manieren doen. Bij opsporingsbevoegdheden die alleen op bevel van de officier van justitie – eventueel na een machtiging daartoe van de rechter-commissaris – kunnen worden gegeven, wordt voorafgaand aan het bevel getoetst of aan alle voorwaarden voor de inzet van de opsporingsbevoegdheid is voldaan. Daarnaast kan de officier van justitie nadat de politie de opsporingshandelingen heeft uitgevoerd op basis van de processen-verbaal, de rechtmatigheid, doelmatigheid en kwaliteit van het opsporingsonderzoek bewaken.² Als de officier van justitie concludeert dat de strafvorderlijke normen niet zijn nageleefd, kan hij deze conclusie doorgeven aan de betreffende opsporingsambtenaar en vervolgens het bevel geven gemaakte fouten (voor zover mogelijk) te herstellen.

Toetsing van de naleving van strafvorderlijke voorschriften in een specifiek opsporingsonderzoek wordt ook gedaan door de rechter-commissaris en de zittingsrechter. De rechter-commissaris is sinds 2013 wettelijk gezien in het bijzonder belast met de uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden met betrekking tot het opspo-

1 G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 123.

2 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3, p. 184.

ringsonderzoek (art. 170 Sv). Maar ook daarvoor toetste de rechter-commissaris de rechtmatigheid van de inzet van opsporingsbevoegdheden. In de praktijk krijgt het toezicht vooral vorm doordat voor de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden de rechter-commissaris een machtiging moet geven. De zittingsrechter dient op basis van het procesdossier ambtshalve en naar aanleiding van verweren de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek te beoordelen. Stelt de rechter vast dat de strafvorderlijke voorschriften gebrekkig zijn nageleefd, dan kan hij op grond van art. 359a Sv daaraan consequenties verbinden in de strafzaak tegen de verdachte. Degene die de norm heeft overtreden wordt niet door de rechter geïnformeerd over het geconstateerde vormverzuim.

Toezicht op de politie wordt gehouden door de Inspectie Justitie en Veiligheid (in art. 65 Politiewet 2012 nog de Inspectie Openbare Orde en Veiligheid genoemd). De Inspectie Justitie en Veiligheid houdt ook toezicht op andere organisaties in de strafrechtsketen, waaronder de penitentiaire inrichtingen, maar niet op het Openbaar Ministerie. Met betrekking tot de politie doet de inspectie onderzoek naar aanleiding van incidenten en naar de algemene gang van zaken op onderwerpen.³ Zo deed de inspectie de afgelopen jaren onder meer incidentenonderzoek naar het politieoptreden bij de demonstratie van Kick Out Zwarte Piet in Staphorst, meerdere onderzoeken naar de toepassing van de wettelijke hackbevoegdheid door de politie, een onderzoek naar de aanpak van (ex-)partnerstalking en een verkennend onderzoek naar herziening van de politieopleiding.⁴ Naar aanleiding van de onderzoeken kan de inspectie aanbevelingen doen om de kwaliteit van de politiewerkzaamheden te verbeteren. Eventueel kunnen ook aanbevelingen worden gedaan aan de Minister van Justitie en Veiligheid, bijvoorbeeld om het wettelijke kader te verduidelijken of de knelpunten daarin op te lossen.⁵

Sinds 1999 staat in de wet dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad (hierna: PGHR) de Minister van Justitie en Veiligheid kan informeren als het Openbaar Ministerie bij de uitoefening van zijn taak de wettelijke voorschriften niet naar behoren handhaaft of uitvoert (art. 122 Wet RO). Enige tijd is hier weinig aanvulling aan gegeven, maar vanaf 2012 is mede op verzoek van het College van procureurs-generaal op basis van deze bepaling een toezichtsprogramma tot stand gekomen.⁶ Dit toezicht is sinds 2020 geïntensiveerd, waarbij ook naar aanleiding van incidenten onderzoek kan worden gedaan. Onder meer heeft de PGHR meerdere onderzoeken gedaan naar de toepassing van de strafbeschikking, een onderzoek naar de uitvoering van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden, een onderzoek naar onderzoeken in een geautomatiseerd werk (de hackbevoegdheid) en een onderzoek naar getuigenbescherming. De onderzoeken van de procureur-generaal monden uit in aanbevelingen over hoe het Openbaar Ministerie zijn werkzaamheden beter zou kunnen uitvoeren.

3 Inspectie Justitie en Veiligheid, 'Protocol voor de werkwijze', 10 april 2024 verdeelt de inspectie de onderzoeken zelf in regulier, verdiepend en intensief toezicht.

4 <https://www.inspectie-jenv.nl/toezichtgebieden/politie>.

5 Zie Inspectie Justitie en Veiligheid, 'Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2022', 31 augustus 2023.

6 Zie J.M.W. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21^e eeuw. Een verslag van participerend observatieonderzoek naar de taakopvatting en taakinfilling van officieren van justitie*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 265.

Er zijn nog andere controleurs, toezichthouders, organisaties en commissies die structureel of incidenteel toetsen of de politie en het Openbaar Ministerie de strafvorderlijke normen naleven. Te denken valt aan: de Nationale ombudsman, die in reactie op klachten over de bejegening zich met regelmaat uitlaat over het werk van de politie en het Openbaar Ministerie; de Autoriteit Persoonsgegevens, die toeziet op de verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens; de Algemene Rekenkamer, die toeziet op de uitgaven van de Rijksoverheid onder meer in het domein van justitie; de Onderzoeksraad voor de Veiligheid, die onderzoek doet naar incidenten met een strafrechtelijk aspect.

Ook diverse ad-hoccommissies die – vaak naar aanleiding van incidenten – onderzoek hebben gedaan naar het functioneren van de politie en het Openbaar Ministerie op bepaalde onderwerpen, hebben grote gevolgen gehad voor het werk van de politie en het Openbaar Ministerie. Een voorbeeld is de commissie-Hoekstra die onderzoek deed naar de strafrechtelijke beslissingen van het Openbaar Ministerie in de zaak Bart van U., welk onderzoek gevolgen had voor de organisatie van het Openbaar Ministerie, de afname van DNA-materiaal en de rol van de officier van justitie bij verplichte zorg.⁷ Een ander voorbeeld is de commissie-Schneiders over het functioneren van de landelijke eenheid van de politie die heeft geleid tot splitsing van de landelijke eenheid.⁸ Denk ook aan de commissie-Van Traa die een parlementair enquêteonderzoek uitvoerde naar de toepassing van opsporingsmethoden⁹ leidend tot een wettelijke regeling over de bijzondere opsporingsbevoegdheden, en de commissie-Posthumus met onderzoek naar aanleiding van de Schiedammer Parkmoord, die aanleiding gaf tot het Programma Versterking Opsporing en Vervolgung.¹⁰

De controleurs en toezichthouders kunnen grofweg in twee soorten worden verdeeld: zaaksgerichte controleurs en algemene toezichthouders. In die eerste categorie valt de controle van het opsporingsonderzoek door de officier van justitie en de rechter-commissaris, en de controle van de opsporing en vervolging door de zittingsrechter. In de tweede categorie valt het toezicht door de procureur-generaal bij de Hoge Raad, door de Inspectie Justitie en Veiligheid en andere controleurs en toezichthouders. In grote lijnen kunnen voor beide soorten controleurs en toezichthouders enkele observaties worden gemaakt over hoe de controle wordt uitgevoerd aan de hand van de drie algemene onderdelen van toezicht: (i) het verzamelen van informatie; (ii) het vormen van een oordeel; en (iii) het zo nodig interveniëren.¹¹

2.2 Aanleiding en informatie

Zaaksgerichte controle vindt in beginsel plaats in elke zaak. Is voor de inzet van opsporingsbevoegdheden een voorafgaand bevel en eventueel een machtiging nodig, dan toetsen de officier van justitie en de rechter-commissaris op basis van de informa-

7 *Kamerstukken II* 2014/15, 29279, nr. 247.

8 *Kamerstukken II* 2021/22, 29628, nr. 1101.

9 *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, nrs. 10 en 11.

10 *Kamerstukken II* 2005/06, 30300 IV, nr. 32.

11 Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, *Toezen op publieke belangen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 71.

tie die de opsporingsambtenaren mondeling of schriftelijk geven of voldaan is aan de voorwaarden. Nadat het opsporingsonderzoek is uitgevoerd kan allereerst de officier van justitie de rechtmatigheid, doelmatigheid en kwaliteit van het opsporingsonderzoek beoordelen op basis van de processen-verbaal van de politieagenten. De officier van justitie mag er in beginsel op vertrouwen dat wat er in de processen-verbaal staat juist en volledig is, maar dient wel alert te zijn op indicaties dat wat wordt geverbaliseerd niet juist is of incompleet. Tot op zekere hoogte kan de officier van justitie dit controleren aan de hand van ander bewijsmateriaal, zoals de processen-verbaal van andere opsporingsambtenaren, opnames van verhoren, camerabeelden die met bodycams zijn opgenomen en verklaringen van verdachten of getuigen. Deze controlemogelijkheden zorgen ervoor dat de officier van justitie niet geheel afhankelijk is van de informatie die wordt aangeleverd door de politie. Niettemin blijft de afhankelijkheid groot.¹² Een vergelijkbare afhankelijkheid van de informatie die de politie en het Openbaar Ministerie aanleveren, geldt in een later stadium ook voor de verdediging en de zittingsrechter als tijdens het onderzoek ter terechtzitting mogelijke vormverzuimen aan de orde worden gesteld.

Algemeen toezicht vindt plaats op initiatief van de toezichthouder. Een incident kan daarvoor de aanleiding zijn, maar de onderzoeken betreffen ook vaak algemene thema's.¹³ Bij de keuze naar welke thema's onderzoek wordt gedaan lijken twee overwegingen een rol te spelen. De onderwerpen vallen als gezegd veelal buiten de zaaksgerichte controle, zoals de onderzoeken van de PGHR naar de oplegging van de strafbeschikking door het Openbaar Ministerie,¹⁴ en een onderzoek van de Inspectie Justitie en Veiligheid naar de individuele beoordeling van slachtoffers door de politie.¹⁵ Daarbij wordt bovendien vooral gekozen voor onderwerpen waarbij de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden een grote inbreuk kan maken op de rechten van burgers, zoals de onderzoeken van de PGHR en de inspectie naar de toepassing van de hackbevoegdheid¹⁶ en het onderzoek van de PGHR naar de toepassing van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden.¹⁷ Bij de uitvoering van algemene onderzoeken wordt over het algemeen gebruikgemaakt van dossiers of van de gegevens die in de systemen van de politie en het Openbaar Ministerie zijn vastgelegd. Het risico bestaat dat daarmee vooral wordt gecontroleerd of de registraties in orde zijn en niet of de strafvorderlijke normen daadwerkelijk worden nageleefd. Het is bovendien bij algemeen toezicht nog lastiger om vast te stellen of de geregistreerde gegevens juist zijn dan bij een zaaksgerichte controle. De controle van de gegevens, bijvoorbeeld door het te toetsen aan ander bewijsmateriaal, past minder goed bij de overkoepelende en thematische insteek van de algemene onderzoeken.

12 G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 120.

13 Een onderzoek van een toezichthouder dat zich uitsluitend richt op een incident kan worden gezien als een bijzondere vorm van zaaksgerichte controle, waarbij vooraf het sterke vermoeden bestaat dat er een fout is gemaakt.

14 Procureur-generaal bij de Hoge Raad, *Beproefd verzet*, Den Haag 2017, procureur-generaal bij de Hoge Raad, *Wordt vervolgd: beschikt en gewogen*, Den Haag 2017, procureur-generaal bij de Hoge Raad, *Wordt vervolgd: beproefd verzet*, Den Haag 2019 en procureur-generaal bij de Hoge Raad, *Buiten de rechter OM*, Den Haag 2022.

15 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Een kwetsbaar recht*, Den Haag 2021.

16 Procureur-generaal bij de Hoge Raad, *Onderzoek in een geautomatiseerd werk*, Den Haag 2022, Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid 2022*, Den Haag 2022 (en de rapporten over hetzelfde onderwerp in 2019, 2020 en 2021).

17 Procureur-generaal bij de Hoge Raad, *DNA van veroordeelden*, Den Haag 2018.

2.3 Beoordeling

Bij de zaaksgerichte controle wordt beoordeeld of in de voorliggende, individuele casus de toepasselijke wettelijke normen zijn nageleefd. Het beoordelingskader dat de rechter toepast, wordt op een voor juristen bekende wijze vastgesteld. Als er onduidelijkheid of een verschil van mening bestaat over de betekenis van strafvorderlijke normen, kunnen hierover vragen worden voorgelegd aan de rechtbank, het gerechtshof en de Hoge Raad. De toepassing van het strafvorderlijke voorschrift wordt door de rechter getoetst in het licht van de feiten en omstandigheden van de zaak. Dat geldt ook voor de gevolgen die aan de overtreding van de norm worden verbonden. Een voorbeeld hiervan is de mogelijkheid om toestemming te vragen voor het verrichten van opsporingshandelingen. De Hoge Raad overweegt hierover ‘dat naarmate de inmenging in de persoonlijke levenssfeer zwaarder zal zijn – bijvoorbeeld als sprake is van een doorzoeking niet van een auto, maar van een woning – strengere eisen moeten worden gesteld aan de totstandkoming van de toestemming op grond waarvan de onderzoekshandeling plaatsvindt’.¹⁸ Of er (in de strafzaak tegen de verdachte) consequenties moeten worden verbonden aan een normovertreding, hangt af van de mate waarin er na de normovertreding nog sprake is van een eerlijk proces, of van de omvang van de inbreuk die is gemaakt op andere rechten (zoals het recht op privacy).

Bij algemeen toezicht moet de toezichthouder ook het beoordelingskader vaststellen. Omdat toezicht vaak betrekking heeft op onderwerpen die buiten de zaaksgerichte controle vallen, kan het daarbij een complicerende factor zijn dat de uitleg van de strafvorderlijke normen waaraan wordt getoetst niet altijd al helemaal is uitgekristalliseerd. Hierbij is van belang dat voor de politie of het Openbaar Ministerie geen rechtsgang openstaat om de uitleg van de normen door de toezichthouder ter discussie te stellen. Voor bestuursrechtelijke toezichthouders (zoals bijvoorbeeld de AFM of de Autoriteit Persoonsgegevens) geldt dat (doorgaans) beroep bij de bestuursrechter openstaat tegen het optreden van de toezichthouder. Er bestaat echter geen mogelijkheid om het toezicht door de PGHR of de Nationale ombudsman aan de rechter voor te leggen. Het is mogelijk dat deze toezichthouder de gedragingen van de politie of het Openbaar Ministerie langs een andere lat legt dan deze organisaties zelf hantieren. Een voorbeeld daarvan is te vinden in het eerste onderzoek van de PGHR over de toepassing van de strafbeschikking. Daarin werd een uitleg gegeven van de regeling over bevoegdheden en mandaten in de Wet RO. De PGHR gaf een andere uitleg aan deze regeling dan het Openbaar Ministerie, en oordeelde vervolgens dat het Openbaar Ministerie is strijd met de wettelijke regeling had gehandeld.¹⁹ Tegen die uitleg werd na de presentatie van het rapport bezwaar gemaakt door het Openbaar Ministerie,²⁰ maar een gang naar de rechter om dat verschil in inzicht te beslechten was – en is – niet mogelijk. Zo blijft een beeld bestaan van twee instituties die tegenover elkaar staan. Een dergelijke situatie heeft effect op het vertrouwen in de rechtshandhaving als geheel en zou zoveel mogelijk moeten worden voorkomen. Harteveld en Robroek bepleitten in dat verband een ‘cassatie in het belang der

18 HR 7 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:825, r.o. 2.4.3.

19 Procureur-generaal bij de Hoge Raad, *Beschikt en gewogen*, Den Haag 2014, p. 49-52 en 58-29.

20 Zie Procureur-generaal bij de Hoge Raad, *Wordt vervolgd: beschikt en gewogen*, Den Haag 2017, p. 9-11.

wet-achtige'-procedure voor strafbeschikkingen.²¹ Dat is wellicht een oplossing die schade aan het algemeen vertrouwen kan helpen voorkomen.

Een ander complicerend aspect van het algemene toezicht is dat de normnaleving bij een bepaald onderwerp of thema doorgaans zonder context wordt getoetst. In een getrokken steekproef wordt ingezoomd op het onderwerp van onderzoek. Nadeel is dat er hierdoor niet altijd ruimte is om de belangenafweging in een specifieke zaak mee te nemen in de beoordeling of de normen zijn nageleefd, en bij het vaststellen welke consequenties de eventuele overtreding van de norm heeft voor het behalen van de doelen van het strafrecht. Daardoor krijgt een algemeen onderzoek een wat formalistisch karakter: het gaat primair om de naleving van de norm, minder om het doel dat dient te worden bereikt. Een voorbeeld is het onderzoek van de inspectie naar de individuele beoordeling van de kwetsbaarheid van slachtoffers door de politie, en het nemen van beschermingsmaatregelen naar aanleiding van deze beoordeling.²² Het onderliggende beschermde belang is dat wordt voorkomen dat een slachtoffer nogmaals slachtoffer wordt van een strafbaar feit of veel hinder ondervindt van de strafrechtelijke procedure (secundaire victimisatie). Op basis van een dossieronderzoek onderzocht de inspectie in hoeverre de registratie van de individuele beoordeling door de politie paste bij het oordeel van de inspectie over de kwetsbaarheid van het slachtoffer en de te nemen beschermingsmaatregelen, op basis van de kenmerken die uit het dossier konden worden vastgesteld. Echter, het feit dat er geen individuele beoordeling is uitgevoerd – of dat dit niet is geregistreerd – sluit niet zonder meer uit dat er wel beschermingsmaatregelen zijn genomen. En dat er geen beschermingsmaatregelen zijn geregistreerd, betekent niet zonder meer dat het onderliggende belang is geschonden. Dit is niet het geval als het slachtoffer niet opnieuw is gevictimiseerd. Of dat onderliggende belang wordt geschonden laat zich echter moeilijk vaststellen zonder rekening te (kunnen) houden met de feiten en omstandigheden van de zaak. De methodiek van algemeen toezicht zou daarop ingesteld kunnen worden en in ieder geval zou een zekere relativisering van de uitkomsten van het toezicht op zijn plaats zijn.

2.4 Interventie

Een belangrijk doel van controle is een verbeterde normnaleving door de organisatie die wordt gecontroleerd.²³ Het gaat in de woorden van de minister om het 'gemeenschapsbelang bij normconform handelen door opsporingsambtenaren en het openbaar ministerie'.²⁴ De enkele vaststelling van de controleur dat de normen onvoldoende zijn nageleefd, leidt er in zichzelf niet toe dat de gecontroleerde zich anders gaat gedragen. Een eerste, noodzakelijke voorwaarde voor een gedragsverandering is dat de gecontroleerde op de hoogte wordt gesteld van het oordeel over de normafwijking. Dit gebeurt bij de zaaksgerichte controle lang niet altijd. Constateert de officier van

21 A.E. Harteveld & Rick Robroek, *Buitengerechtelijke afdoening van strafzaken in Nederland en België*, Preadviezen NVVS, 2019, p. 75-76.

22 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Een kwetsbaar recht*, 27 september 2021.

23 Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, *Toeziën op publieke belangen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 131.

24 *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3, p. 1033.

justitie dat een succesvolle vervolging niet mogelijk is vanwege gebreken in de wijze waarop het opsporingsonderzoek is uitgevoerd – zowel wat betreft de omvang als de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek –, dan is er geen garantie dat de opsporingsambtenaar die het onderzoek heeft uitgevoerd hiervan een terugkoppeling krijgt. Stelt de rechter vast dat er sprake was van een vormverzuim, dan is het aan de officier van justitie om dit oordeel door te geven aan de politie. Uit onderzoek uit 2019 blijkt dat het met name bij kleinere zaken niet standaard is dat een terugkoppeling wordt gegeven aan de politieagent die de fout heeft gemaakt.²⁵ Er is geen reden om aan te nemen dat de situatie de afgelopen jaren is gewijzigd. Zonder terugkoppeling heeft de controle van vormverzuimen door de strafrechter vooral als doel dat de verdachte wordt gecompenseerd voor de toegebrachte schade. Ook het verduidelijken van de strafvorderlijke normen – indien onduidelijk – kan bij de zaaksgerichte controle van toegevoegde waarde zijn.²⁶ Voordat het rechterlijk oordeel kan bijdragen aan het bevorderen van normconform gedrag door de politie en het Openbaar Ministerie, moet er echter meer gebeuren dan alleen het uitspreken van een oordeel.

Bij een zaaksgerichte controle wordt in de regel geen aanbeveling gedaan over de wijze waarop de norm beter kan worden nageleefd. Dit verwondert niet. Om te kunnen bevorderen dat de politie en het Openbaar Ministerie zich normconform gedragen dient de aard van de normovertreding te worden meegenomen. Bij ernstige of structurele normovertredingen dient immers een andere reactie te volgen dan bij een incidenteel ongeluk. Voor de individuele officier van justitie of rechter is het lastig om in een individuele zaak op basis van het procesdossier vast te stellen wat de ernst is van een geconstateerd gebrek in de naleving van de normen: is er eenmalig onrechtmatig gehandeld of is daar structureel sprake van? Eveneens kunnen de officier van justitie of rechter op basis van een dossier niet gelijk vaststellen hoe het geconstateerde gebrek zich verhoudt tot de werkwijzen bij de politie – en dat geldt bij de rechter ook over de verhouding tot de werkwijze van het Openbaar Ministerie. Het kan daarom voor de controlerende officier van justitie of rechter lastig zijn om tot aanbevelingen of instructies te komen over hoe de politie of het Openbaar Ministerie vergelijkbare normovertredingen in de toekomst kunnen voorkomen. Die analyse zal moeten worden uitgevoerd door – of op zijn minst met medewerking van – de gecontroleerde organisatie. De vaststelling van een vormverzuim door de officier van justitie of de strafrechter kan een aanleiding zijn om het gesprek te voeren over het voorkomen daarvan.

Anders dan bij een zaaksgerichte controle mondt algemeen toezicht vaak uit in een aantal aanbevelingen over hoe het Openbaar Ministerie en de politie hun werkzaamheden kunnen verbeteren. Die aanbevelingen zien niet alleen op de aandachtspunten die dienen te worden aangepakt, maar ook op de wijze waarop het Openbaar Ministerie en de politie dit zouden kunnen doen. Bijvoorbeeld door meer aandacht te besteden aan de opleiding van medewerkers, of door registraties te verbeteren. In hoeverre de aanbevelingen van de toezichthouder daadwerkelijk worden uitgevoerd, is mede afhankelijk van de overtuigingskracht van de aanbevelingen en de relatie tussen de

25 M. Goos, 'Vormverzuimen bij de politie', *Strafblad* 2019, afl. 1, p. 9.

26 Zie over de doelen van het controleren en reageren op vormverzuimen door de strafrechter R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 76.

toezichthouder en de politie en het Openbaar Ministerie. Het effect van toezicht is ook afhankelijk van de aandacht die in de media en de politiek wordt gegeven aan de uitkomsten van de onderzoeken. Formeel gezien kunnen de toezichthouders een gedragsverandering niet zelfstandig afdwingen. De Inspectie Justitie en Veiligheid rapporteert bij de Minister van Justitie en Veiligheid over de bevindingen van de controle (art. 66 Politiewet 2012). Ook de PGHR stelt gezien art. 122 Wet RO de Minister van Justitie en Veiligheid in kennis van het oordeel dat het Openbaar Ministerie bij de uitoefening van zijn taak de wettelijke voorschriften niet naar behoren handhaaft of uitvoert. De minister heeft de mogelijkheid om de implementatie van aanbevelingen af te dwingen. Dat de minister gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om algemene of bijzondere aanwijzingen te geven aan het Openbaar Ministerie (art. 127 Wet RO) ligt echter soms gevoelig. Ook zonder formeel bevel kan overigens informeel wel grote politieke druk bestaan om te reageren op de onderzoeken van een toezichthouder. Eén toezichthouder kan wel dwingend ingrijpen. De Autoriteit Persoonsgegevens kan een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete opleggen aan de politie (art. 35c Wet politiegegevens) en aan het Openbaar Ministerie (art. 27 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens).

3 De verhouding tussen controle op naleving en vertrouwen in politie en Openbaar Ministerie

3.1 Enkele ontwikkelingen van het wettelijke kader sinds 1926

De analyse van de verhouding tussen vertrouwen en controle start met het in grove lijnen schetsen van enkele historische ontwikkelingen van de controle van de naleving van strafvorderlijke normen die door de politie en het Openbaar Ministerie sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering van 1926 zijn ontwikkeld.

Een eerste lijn is die van een toenemende normering van het opsporingsonderzoek. In 1926 kon de politie meer opsporingshandelingen verrichten zonder dat daarvoor een wettelijke regeling bestond, met name als met die opsporingshandelingen een inbreuk werd gemaakt op het recht op eerbiediging van het privéleven. Denk aan het stelselmatig volgen van verdachten en het opvragen van informatie over verdachten. Het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel van art. 1 Sv verplichtte niet – en verplicht nog steeds niet – tot het normeren van opsporingshandelingen die geen inbreuk maken op grond- en mensenrechten.¹ In 2014 overwoog de Hoge Raad nog dat het voor de beantwoording van de vraag of een specifieke wettelijke grondslag nodig is voor opsporingshandelingen van belang is in welke mate er inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van burgers.² Als de grond- en mensenrechtencatalogus van burgers wordt uitgebreid, noodzaakt het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel daarom tot een uitbreider wettelijk kader van opsporingsbevoegdheden. In 1926 werden voornamelijk vrijheidsrechten erkend en beschermd. Sindsdien zijn onder meer het recht op een eerlijk proces en het recht op eerbiediging van het privéleven tot ontwikkeling gekomen en erkend als eigenstandige grond- en mensenrechten. Er kan dan ook een verband worden gelegd tussen het toenemende belang van EVRM en IVBPR en de uitbreiding van de grondwettelijke grondrechten in 1983 enerzijds, en bijvoorbeeld de vastlegging van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in 1999 anderzijds.

Een aansluitende tweede lijn ziet op de wijze waarop de strafvordering is genormeerd. In 1926 bepaalde het Wetboek van Strafvordering op welke wijze strafbare feiten mochten worden opgespoord, vervolgd en berecht. Ook de consequenties als de wettelijke bepalingen niet werden nageleefd stonden in de wet. Daarmee kon het

1 J.M. Reijntjes, *Boef of burger?*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 9.

2 Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562 (over de IMSI-catcher).

Wetboek van Strafvordering worden aangemerkt als een gesloten systeem.³ Dit veranderde met de introductie van de beginselen van behoorlijk strafprocesrecht en met het toenemende belang van met name het EVRM als bron van mensenrechten in de jaren zeventig van de vorige eeuw. Het ging om beginselen als het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van proportionaliteit en subsidiariteit en het beginsel van zuiverheid van oogmerk. Het ging ook om de al genoemde mensenrechten: het recht op een eerlijk proces en het recht op eerbiediging van het privéleven. Anders dan specifieke bepalingen in het Wetboek van Strafvordering over de wijze waarop de opsporing en vervolging moesten worden uitgevoerd, waren deze beginselen en mensenrechten open normen die nog nader moesten worden ingevuld. Door de open normen werden diverse gedragingen en beslissingen van de politie, het Openbaar Ministerie en de rechter genormeerd, terwijl daarover niets in de wet stond. Niet alleen werd veel nadrukkelijker verwacht dat strafvorderlijk overheidsoptreden zou voldoen aan deze nieuwe beginselen van behoorlijk strafprocesrecht en mensenrechten, de introductie hiervan bood ook – of misschien wel juist – de mogelijkheid om te controleren of de beginselen en mensenrechten naar behoren werden toegepast door de politie en het Openbaar Ministerie. In paragraaf 2.2 wordt de toepassing van deze nieuwe normen door de rechter verder uitgewerkt.

Een derde lijn ziet op de toetsing van bewijsmateriaal. Waar het uitgangspunt van het Wetboek van Strafvordering nog was dat alle getuigen op het onderzoek ter terechtzitting hun verklaring moesten afleggen, zette de Hoge Raad dadelijk in 1926 met het *de-audit*-arrest de deuren wijd open voor een papieren procesgang.⁴ Voortaan konden de getuigen worden gehoord door de politie. Hieruit sprak een groot vertrouwen van de Hoge Raad in de ondervragingsvaardigheden van de politie en de betrouwbaarheid van hun processen-verbaal. Dit vertrouwen sprak overigens ook al uit de wettelijke mogelijkheid van art. 344 lid 2 Sv om een bewezenverklaring te baseren op het proces-verbaal van één opsporingsambtenaar. Wilde de verdediging de getuige nog ondervragen tijdens het onderzoek ter terechtzitting – en daarmee de verklaring van de getuige zoals opgetekend door de politie betwisten – dan kon de rechter worden verzocht een getuige op te roepen. Maar een dergelijke oproeping werd door de rechter lang niet altijd nodig geacht. Twee recente ontwikkelingen hebben de mogelijkheden vergroot de processen-verbaal van getuigenverhoren te bekritisieren. In de eerste plaats is het de laatste jaren steeds gebruikelijker geworden om video-opnames te maken van verhoren. Die opnames maken het mogelijk te controleren of de getuige daadwerkelijk heeft gezegd wat de verbalisant heeft opgeschreven. In de tweede plaats is onder druk van uitspraken van het EHRM in onder meer *Al-Khawaja en Taheri*, *Schatschaschwili* en *Keskin* de ruimte om getuigen die belastende verklaringen hebben afgelegd te horen op het onderzoek ter terechtzitting veel groter geworden.⁵ De toegenomen mogelijkheden tot controle en betwisting verkleinen de noodzaak te vertrouwen op wat in de processen-verbaal van verhoor is opgenomen. Er kan immers ook gebruik worden gemaakt van de opname of van de verklaring van de getuige tijdens de zitting.

3 R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 22-26.

4 HR 20 december 1926, ECLI:NL:HR:1926:BG9435.

5 Zie de uitspraak van de Hoge Raad naar aanleiding van *Keskin/Nederland* (EHRM 19 januari 2021, nr. 2205/16) HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576.

Een vierde lijn heeft te maken met de centralisering van de politie en het Openbaar Ministerie. In 1926 was er geen sprake van een landelijke politieorganisatie of centraal geleid Openbaar Ministerie. Hoe de politie wel was geregeld valt lastig in een paar zinnen te beschrijven. Volgens Blok en Besier was ‘de organisatie van het politiepersoneel (...) hier te lande een uiterst ingewikkelde, ja verwarde materie’.⁶ Een groot deel van de politieagenten werkte voor de gemeentepolitie waarover de nationale overheid nauwelijks gezag had. Door de verbrokkeling was het lastig om werkwijzen van de politie te standaardiseren. Gaandeweg werd de politieorganisatie steeds verder gecentraliseerd, eerst in 1993 met de regiopolitie en culminerend in de oprichting van de Nationale Politie in 2012. Ook het Openbaar Ministerie was in 1926 decentraler georganiseerd. Hoogste gezag was de procureur-generaal bij het gerechtshof waaraan hij was verbonden. De procureur-generaal zag toe op de ‘richtige’ opsporing en vervolging van de strafbare feiten waar de rechtbanken en kantongerechten binnen het rechtsgebied van het gerechtshof kennis van namen. In totaal waren er vijf gerechtshoven en dus kon het beleid van het Openbaar Ministerie zich in verschillende ressorten op afwijkende wijze ontwikkelen. Weliswaar konden er afspraken worden gemaakt in het onderlinge overleg tussen de procureurs-generaal, maar die waren niet afdwingbaar. Dit werd anders na de centralisatie van het Openbaar Ministerie in 1999 en het toekennen van het gezag over het nationale Openbaar Ministerie aan het College van procureurs-generaal. Met een nationaal georganiseerde politie en Openbaar Ministerie is het mogelijk nationale eenduidige afspraken te maken over de uitleg en toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden én te controleren in hoeverre deze afspraken worden nageleefd.

Een vijfde lijn gaat over de controle van de gedragingen en beslissingen van politieagenten en officieren van justitie. Wat betreft de officieren van justitie gaf het Wetboek van Strafvordering in 1926 een kader voor de controle. Die controle was intern binnen het Openbaar Ministerie georganiseerd. De procureur-generaal moest waken over de richtige opsporing en vervolging door officieren van justitie bij de rechtbanken. Om deze controle mogelijk te maken moest de officier van justitie de procureur-generaal ‘bericht geven’ over de strafbare feiten waar hij kennis van had genomen. Een externe controle op het werk van de officier van justitie was niet wettelijk geregeld. Die externe controle werd pas in 1999 in de wet opgenomen met het loskoppelen van de procureur-generaal bij de Hoge Raad van het Openbaar Ministerie, en het toekennen van een toezichtstaak aan de procureur-generaal bij de Hoge Raad. Wat betreft de politieagenten had de officier van justitie de mogelijkheid om een vorm van controle uit te oefenen. Dit vloeide impliciet voort uit de gezagsverhouding tussen de officier van justitie en de overige opsporingsambtenaren aan wie hij bevelen kan geven. Immers, verwacht mag worden dat de officier van justitie controleert dat gegeven bevelen daadwerkelijk werden uitgevoerd. Door schaalvergroting en specialisatie bij de politie werd het na verloop van tijd noodzakelijker de controle van het opsporingsonderzoek meer algemeen vorm te geven, want voor uitgebreide betrokkenheid bij elk onderzoek was onvoldoende capaciteit.⁷ Tot 1996 bleef de officier van justitie de enige die een wettelijke controle of toezichtsfunctie op het opspo-

6 A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces (dl 1)*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1925, p. 422.

7 H.G. van de Bunt, *Officieren van justitie. Verslag van een participierend observatieonderzoek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 87.

ringsonderzoek had, daarna werd het Rijkstoezicht op de politie ingesteld (tegenwoordig de Inspectie Justitie en Veiligheid).⁸ Al met al is er een ontwikkeling zichtbaar waar extern toezicht is opgekomen in aanvulling op interne controles en kwaliteitsborging.

Het beeld dat met de vijf lijnen wordt geschetst is een strafproces dat in toenemende mate is genormeerd en gecentraliseerd. Daarmee zijn zowel de omvang van het normenkader als – in ieder geval in theorie – de mogelijkheden tot controle daarvan toegenomen. Wanneer normen worden geëxpliciteerd en worden opgenomen in de rechtsorde – of dit nu gebeurt door handelen van de nationale wetgever, internationale organisaties of de (inter)nationale rechter – is de overheid in een rechtsstaat gebonden aan de naleving van de normen. Het is mogelijk te toetsen of de normen daadwerkelijk worden nageleefd en er kunnen consequenties worden verbonden aan het overtreden van de normen. Daarbij kan de normnaleving ook worden bevorderd door proactief controle uit te oefenen. De uitvoering van de controle op de normnaleving wordt vergemakkelijkt door centralisatie. Door centralisatie is het mogelijk landelijk geldende beleidsregels en werkwijzen op te stellen. Binnen een landelijke politie en een landelijk Openbaar Ministerie kan relatief onafhankelijke, interne controle worden georganiseerd. Externe controle wordt vereenvoudigd doordat de externe controleur één aanspreekpunt heeft en oordelen een landelijke strekking hebben. De vraag is vervolgens hoe de toename van de interne en externe controle zich verhoudt tot het vertrouwen in de politie en het Openbaar Ministerie. Deze vraag wordt in de rest van de paragraaf thematisch verkend. Aandacht wordt besteed aan het verband tussen vertrouwen en controle bij de rechterlijke controle van vormverzuimen (paragraaf 3.2), bij de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten (paragraaf 3.3), bij de toetsing van de inzet van opsporingsbevoegdheden door de officier van justitie en rechter-commissaris (paragraaf 3.4), bij de invulling van het recht op tegenspraak door de verdediging (paragraaf 3.5) en bij de rol van het slachtoffer (paragraaf 3.6).

3.2 De rechterlijke controle van vormverzuimen op grond van art. 359a Sv

Controle op de naleving van strafvorderlijke normen door de politie en het Openbaar Ministerie wordt al snel geassocieerd met de toepassing van art. 359a Sv door de zittingsrechter. In die bepaling is vastgelegd dat de rechter consequenties kan verbinden aan vormverzuimen in het vooronderzoek, maar alleen als het vormverzuim onherstelbaar is en na afweging van het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Die mogelijkheid bestond nog niet in 1926. De rechterlijke controle van de strafvorderlijke voorschriften in het vooronderzoek was beperkt tot de controle door de rechter-commissaris van opsporingshandelingen die onder zijn gezag werden gepleegd tijdens het gerechtelijk vooronderzoek (art. 199 Sv (oud)). Daarbij begane vormverzuimen konden daarna, tijdens het onderzoek ter terechtzitting niet meer ter sprake worden ge-

8 I. Helsloot & G. van Melick, 'Inspectie Veiligheid en Justitie', in: F.J.H. Mertens, E.R. Muller & H.B. Winter, *Toezicht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 483.

bracht, en moesten voor gedekt worden gehouden (art. 256 Sv (oud)).⁹ Op vormverzuimen die plaatsvonden buiten het kader van het gerechtelijk vooronderzoek vond in het geheel geen rechterlijke controle plaats. Het praktische gevolg was dat er een groot vertrouwen was – op zijn minst moest worden gesteld – in de naleving van strafvorderlijke voorschriften door de politie en de officier van justitie, bijvoorbeeld inzake de aanhouding en invezekeringstelling van verdachten en het na ontdekking op heterdaad betreden van woningen.

Vanaf het einde van de jaren zeventig van de vorige eeuw controleerde de zittingsrechter of er vormverzuimen hadden plaatsgevonden tijdens het vooronderzoek, en of hieraan consequenties zouden moeten worden verbonden. De Hoge Raad stemde toen in met het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie vanwege handelen in strijd met de beginselen van behoorlijke strafprocesorde (1978)¹⁰ en de overschrijding van de redelijke termijn (1980),¹¹ en met bewijsuitsluiting vanwege handelen in strijd met strafvorderlijke voorschriften (1978).¹² Daarna werden vormverzuimen in toenemende mate door de verdediging onder de aandacht van de rechter gebracht. Kuiper stelt dat de strafrechter in eerste instantie in reactie op de vormverzuimen tamelijk reflexmatig te werk ging.¹³ Een overschrijding van de redelijke termijn leidde tot de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie, en een schending van een strafvorderlijk voorschrift bij bewijsgaring tot bewijsuitsluiting. Een belangenafweging vond in de regel niet plaats. Dit schuurde al snel met de maatschappelijke verwachtingen over het functioneren van het strafrecht. Die reflexmatige reactie op vormverzuimen werd al in de jaren tachtig van de vorige eeuw dan ook gerelativeerd, onder meer doordat de Hoge Raad in 1987 suggereerde dat aan het overschrijden van de redelijke termijn ook de consequentie van strafvermindering zou kunnen worden verbonden.¹⁴ Niettemin was er in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw nog veel maatschappelijke commotie over verdachten die om het minste of geringste vormverzuim al weer op vrije voeten zouden worden gesteld.¹⁵

De introductie in 1995 van art. 359a in het Wetboek van Strafvordering kan worden gezien als een reactie op een te rigide omgang van rechters met vormverzuimen.¹⁶ Art. 359a Sv geeft de rechter echter weinig handvatten voor een eenduidige toepassing en dus zag de Hoge Raad zich genooddaakt om in standaardarresten in 2004, 2013 en 2020 een nader kader te geven over het verbinden van consequenties aan vormverzuimen.¹⁷ De uitleg van de Hoge Raad heeft tot gevolg dat in veel minder zaken dan in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw (ernstige) consequenties aan vormverzuimen kunnen worden verbonden. De ruimte voor de feitenrechter om

9 A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces (dl I)*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1925, p. 618.

10 HR 29 mei 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6273 (*Menten I*).

11 HR 23 september 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6987.

12 HR 18 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6236 (*Erwtenspistool*). Het *Tweede Bloedproef*-arrest (HR 26 juni 1962, ECLI:NL:HR:1962:1) is weliswaar het eerste arrest waarin de Hoge Raad de bewijsuitsluiting mogelijk achtte vanwege schending van waarborgen in het vooronderzoek, maar het duurde tot 1978 voordat deze beslissing een vervolg kreeg. Daarna ging het veel sneller.

13 R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2014, p. 8-9.

14 HR 7 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB9733.

15 Zie hierover R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2014, p. 42-43.

16 R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2014, p. 10-11.

17 HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533; HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321; HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

te besluiten tot de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie en bewijsuitsluiting is na de uitspraken van de Hoge Raad vrij beperkt, en voor zover hij hier in afwijking van het kader van de Hoge Raad wel toe overgaat is de kans groot dat een cassatieklacht gegrond wordt verklaard wegens een motiveringsgebrek.

Volgens de Hoge Raad ‘rust op de strafrechter niet de taak en verantwoordelijkheid de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken. De strafrechter is daartoe ook niet in staat’.¹⁸ Bij het verbinden van een consequentie aan een vormverzuim dient de rechter volgens de Hoge Raad een afweging van belangen te maken. Daarbij kunnen de belangen die horen bij de vervolging en berechting van strafbare feiten, zoals het belang van waarheidsvinding en het belang van de bestraffing van daders van strafbare feiten, tegenover de belangen komen te staan die verband houden met de handhaving van grondrechten en het bevorderen van een normconform verloop van het voorbereidend onderzoek.¹⁹ Vanuit het uitgangspunt van subsidiariteit behoort de rechter te kiezen voor het minst verstrekken-de rechtsgevolg.

Dat de strafrechter volgens de Hoge Raad niet in staat is de rechtmatigheid van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken, leidt welhaast logischerwijze niet bij iedereen tot een herstel in het vertrouwen van de justitiële autoriteiten. Malsch betoogt dat door het ontbrekende toezicht van de rechter het toezicht op het strafvorderlijk overheidsoptreden volstrekt ondermaats is, waardoor de politie zich niet langer bezwaard zou voelen om niet al te zorgvuldig te werk te gaan.²⁰ Dubelaar en Samadi stellen dat door de terughoudende rechterlijke toets de rechtsbescherming van de verdachte achterblijft.²¹ Het Openbaar Ministerie zou steeds minder onafhankelijk en magistraal optreden, zoals zou blijken uit het feit dat bij het Openbaar Ministerie beleid dominanter wordt, het belang van efficiëntie steeds meer op de voorgrond komt te staan, het Openbaar Ministerie meer en nauwer optrekt met andere ketenpartners en vaker voor buitengerechtelijke afdoeningen zou kiezen. Ook het feit dat afdoeningsbeslissingen niet worden genomen door de officier van justitie is volgens de auteurs een teken dat de magistraalheid verdwijnt. Het ontbreken van vertrouwen in de goede trouw van de politie en het Openbaar Ministerie mondt bij critici dan ook uit in een oproep: óf de Hoge Raad moet de strafrechter meer ruimte geven om consequenties te verbinden aan vormverzuimen, óf een andere toezichthouder zou deze rol moeten krijgen.²² Die eerste optie – meer rechterlijke controle op vormverzuimen – staat echter haaks op de historische ontwikkeling. Ook de vraag of daarvoor wel voldoende capaciteit is bij de rechterlijke macht, en of het strafproces dan niet verwordt tot een debat dat uitsluitend gaat over (vermeende) vormverzuimen

18 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.1.3.

19 Het belang van waarheidsvinding kan vanzelfsprekend ook parallel lopen aan de handhaving van grond- en mensenrechten, bijvoorbeeld als het recht op leven (art. 2 EVRM) noopt tot het uitvoeren van een opsporingsonderzoek of voor zover het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) ziet op het bereiken van een op waarheid gebaseerde beslissing.

20 M. Malsch, ‘Is het totaal meer dan de som der delen. Toezichtsvormen op strafvorderlijk overheidsoptreden’, *NJB* 2017/43, p. 3137. Zie ook E. Devroe, M. Malsch, J. Matthys & G. Minderman, *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, Den Haag: WODC 2017.

21 M. Dubelaar & M. Samadi, ‘Variëren in toetsingsintensiteit? De rechterlijke toetsing van het strafvorderlijk optreden in het voorbereidend onderzoek’, in: R. Schutgens e.a., *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 262.

22 E. Devroe, M. Malsch, J. Matthys & G. Minderman, *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, Den Haag: WODC 2017, p. 133-134; M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 396-401.

in plaats van het verwijt dat aan de verdachte wordt gemaakt, blijft daarbij onbeantwoord. Wat betreft de tweede optie blijft het antwoord op de vraag naar de vormgeving van eventueel extern toezicht, zoals de autoriteit die dat zou moeten verrichten en de reikwijdte van de eventuele consequenties van geconstateerde vormverzuimen, onduidelijk.

3.3 De normering en controle van de buitengerechtelijke afdoening

3.3.1 Van transactie naar strafbeschikking

In het denken over het vertrouwen in het Openbaar Ministerie speelt de mogelijkheid dat de officier van justitie een strafbaar feit kan afdoen buiten de rechter om een grote rol. Bij een buitengerechtelijke afdoening kunnen de beslissingen van de officier van justitie niet zonder meer door de rechter worden gecontroleerd.²³ Daarom moet erop worden vertrouwd dat de officier van justitie de juiste keuzes maakt, en dat de interne controle binnen het Openbaar Ministerie voldoende waarborgen biedt om eventuele fouten te voorkomen. Vooral op de mogelijkheid dat de officier van justitie strafbeschikkingen kan uitvaardigen, wordt kritiek geuit vanaf het moment dat dit in 2008 in art. 257a Sv mogelijk werd.²⁴ In het onderstaande wordt nog ingegaan op het eigen karakter van de strafbeschikking, maar eerst wordt kort de historische context van buitengerechtelijke afdoeningen geschetst.²⁵ Harteveld en Robroek wijzen erop dat het al eeuwenlang mogelijk is om in Nederland strafbare feiten af te doen buiten de rechter om. Sinds 1926 gaat het in de eerste plaats om de in art. 74 Sr vastgelegde mogelijkheid een transactie aan te gaan met de verdachte, en af te spreken een strafbaar feit niet te vervolgen als de verdachte zich houdt aan de gestelde voorwaarden. Eerst betrof dit uitsluitend overtredingen en vanaf 1983 kan ook bij misdrijven een transactie volgen. In de tweede plaats kan de officier van justitie een strafbaar feit onder voorwaarden seponeren. Deze mogelijkheid tot een voorwaardelijk sepot is nooit uitgebreid geregeld in de wet, maar wordt slechts in algemene bewoordingen benoemd in art. 167 lid 2 en art. 242 lid 2 Sv.

Om het gesprek over de buitengerechtelijke afdoening in de juiste context te kunnen plaatsen, worden ook enkele cijfers gegeven. Het aandeel van de strafbare feiten dat zelfstandig door het Openbaar Ministerie wordt afgedaan is al jarenlang redelijk stabiel. In 1999 stelde het WODC vast dat in de periode vanaf 1960 tot 1999 het Openbaar Ministerie ongeveer 55% van de strafzaken zelf afdeed en dat in ongeveer 45% van de zaken werd beslist door de rechter.²⁶ De verhouding tussen de buitengerechtelijke afdoening en de rechterlijke afdoening is in 2023 opmerkelijk vergelijkbaar – de verhouding is nog steeds dat ongeveer 55% zelfstandig wordt afgedaan door het Openbaar Ministerie met een OM-strafbeschikking (22%) of een (voorwaardelijk) sepot (33%) en dat ongeveer 45% van de strafzaken aan de rechter wordt voorge-

23 De politietransactie en politiestrafbeschikking blijven hier verder buiten beschouwing.

24 Zie voor één voorbeeld uit velen: J. Crijns & R.S.B. Kool, 'Afscheid van de klassieke strafrechtelijke procedure', in: *Afscheid van de klassieke procedure* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging-1 2017), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

25 A.E. Harteveld & R. Robroek, 'Buitengerechtelijke afdoening in Nederlandse strafzaken', in: *Buitengerechtelijke afdoening van strafzaken in Nederland en België*, Oisterwijk: Wolf legal publishers 2019.

26 M.M. Schreuders e.a., *Criminaliteit en rechtshandhaving 1999*, WODC 1999, p. 120.

legd.²⁷ Uit de cijfers volgt dus niet dat de buitengerechtelijke afdoening in de plaats komt van een oordeel van de strafrechter, zelfs al was dat wel een van de doelen van de wetgever. Na de introductie van de strafbeschikking is het aantal transacties wel fors teruggelopen. Deze zijn overigens niet geheel vervangen door strafbeschikkingen. Een aanzienlijk deel van de strafbare feiten waar eerst een transactie werd aangeboden wordt nu onvoorwaardelijk geseponeerd.

In kritiek op de strafbeschikking door de officier van justitie wordt naar voren gebracht dat de officier van justitie hierdoor voor het eerst de bevoegdheid heeft om schuld vast te stellen en een straf op te leggen. Daarmee zou het karakter van de werkzaamheden van het Openbaar Ministerie wezenlijk zijn veranderd.²⁸ Tegen dit principiële argument kan de even principiële stelling worden geplaatst dat het doen van een transactieaanbod de facto een oplegging van een straf inhield – en ook als zodanig werd ervaren – terwijl van een duidelijke schuldvaststelling niet eens sprake was.²⁹ Vanuit dit perspectief biedt de veel uitgebreidere en gedetailleerde wettelijke regeling over de strafbeschikking de verdachte meer rechtsbescherming dan de regeling over de transactie, terwijl het Openbaar Ministerie min of meer hetzelfde is blijven doen: boetes en taakstraffen opleggen voor minder ernstige strafbare feiten. Zo kan een strafbeschikking slechts worden uitgevaardigd als daadwerkelijk is vastgesteld dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan, terwijl dit geen wettelijke voorwaarde is voor het doen van een transactieaanbod. Ook moet een verdachte worden gehoord over de oplegging van bepaalde straffen, zoals een taakstraf, terwijl dit bij een transactie niet wordt verplicht. Juist vanwege het rechtsbeschermende karakter van de strafbeschikking heeft het College van procureurs-generaal besloten dat er geen gebruik meer dient te worden gemaakt van de nauwelijks gereguleerde mogelijkheid om bijzondere voorwaarden te verbinden aan een voorwaardelijk sepot.³⁰ In plaats daarvan dienen deze voorwaarden in het kader van een strafbeschikking te worden opgelegd.

Niettemin constateren Harteveld en Robroek dat het beoogde legitimiteitsverhogende karakter van de strafbeschikking in contrast staat met het ervaren legitimiteitstekort.³¹ Veel meer dan bij de transactie of het voorwaardelijk sepot met bijzondere voorwaarden, wordt in de kritiek op de strafbeschikking de nadruk gelegd op mogelijke gebreken in de schuldvaststelling en de mogelijke strijdigheid met het recht op een eerlijk proces. Eveneens opvallend is dat het ontbreken van toezicht op de transactiepraktijk nauwelijks vragen oproept. Dit staat in contrast met het toezicht dat zo-

27 De meest recente cijfers van het WODC over de afdoeningsbeslissingen van het openbaar ministerie voor misdrijven bij meerderjarige verdachten tussen 2013 en 2023 houden in dat het aandeel dagvaardingen licht is gedaald van 47 naar 44%. Het percentage strafbeschikkingen is met een tussenliggende kleine dip geklommen van 20 naar 22%. In die tien jaren is het aandeel transacties gedaald van 8 naar 1%, terwijl het aantal onvoorwaardelijke septs fors is toegenomen van 19 naar 28%. De voorwaardelijke septs zijn gelijk gebleven rond de 4%. Zie WODC, Criminaliteit en Rechtshandhaving 2023, hoofdstuk 4.

28 J. Crijns & R.S.B. Kool, 'Afscheid van de klassieke strafrechtelijke procedure', in: *Afscheid van de klassieke procedure* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging-1 2017), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 280-287.

29 A.E. Harteveld & R. Robroek, 'Buitengerechtelijke afdoening in Nederlandse strafzaken', in: *Buitengerechtelijke afdoening van strafzaken in Nederland en België*, Oisterwijk: Wolf legal publishers 2019, p. 47-49.

30 OM-Aanwijzing sepot en gebruik sepotgronden (2022A004). In het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt dit – zo wordt voorgesteld in de eerste aanvullingswet – vastgelegd in art. 3.4.1. Zie ook J. Bijlsma, *Het voorwaardelijk sepot*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

31 A.E. Harteveld & R. Robroek, 'Buitengerechtelijke afdoening in Nederlandse strafzaken', in: *Buitengerechtelijke afdoening van strafzaken in Nederland en België*, Oisterwijk: Wolf legal publishers 2019, p. 50.

wel intern binnen de OM-organisatie als extern door de procureur-generaal bij de Hoge Raad wordt gehouden op de uitvaardiging van de strafbeschikkingen.³² Het feit dat toezicht wordt gehouden, draagt zogezien niet bij aan het vergroten van het vertrouwen in het optreden van het Openbaar Ministerie. Integendeel, door kritische rapporten lijkt het wantrouwen alleen maar te zijn toegenomen. Dit wantrouwen is ook niet echt verminderd door de verbeteringen die het Openbaar Ministerie heeft doorgevoerd en die in daaropvolgende toezichtsrapporten van de procureur-generaal bij de Hoge Raad ook daadwerkelijk zijn vastgesteld.³³ Kortom, als het gaat om de buitengerechtelijke afdoening ontstaat een beeld waarin de inzet van wetgeving en toezicht als instrumenten om de legitimiteit van het handelen van het Openbaar Ministerie – en daarmee het vertrouwen in het Openbaar Ministerie – te vergroten juist het tegenovergestelde effect hebben gehad.

3.3.2 *De rechterlijke toetsing van hoge transacties*

Het vertrouwen in het Openbaar Ministerie speelt ook een rol bij de introductie van de rechterlijke toetsing van hoge transacties. In reactie op de evaluatie van de Wet OM-afdoening heeft de wetgever een wetsvoorstel in consultatie gebracht waarin dit onderwerp wordt geregeld.³⁴ In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld de mogelijkheid een transactie aan te bieden te beperken tot twee type gevallen: bij transacties ‘in de sfeer van de rechtspersoon’ en in (uitzonderlijke) bijzondere situaties, bijvoorbeeld als een formele schuldvaststelling niet wenselijk wordt geacht. Buiten deze gevallen komt de mogelijkheid tot een transactie dan geheel te vervallen. Bij de hoge transacties met een rechtspersoon (boven een boetebedrag van € 200.000 of als het totale bedrag dat gemoeid is met de transactie boven de € 1.000.000 uitkomt) wordt een rechterlijke toets geïntroduceerd. Het gerechtshof moet verlof verlenen voor het transactieaanbod dat de officier van justitie wil doen. Verlof mag worden verleend als is voldaan aan de wettelijke vereisten voor het doen van een transactieaanbod en de officier van justitie gezien de belangen in redelijkheid tot het transactieaanbod heeft kunnen komen. De reden voor de introductie van de verlofprocedure is volgens de memorie van toelichting ‘dat rechterlijke controle op (de totstandkoming van) hoge transacties bijdraagt aan de legitimiteit van dergelijke transacties, betere rechtsbescherming biedt aan de verdachte en de transparantie van het transactieproces vergroot’.³⁵

De oproep tot een rechterlijke toetsing van hoge transacties is een interessante casus over het spanningsveld tussen vertrouwen en controle. De toenmalig voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak Frits Bakker motiveerde in 2019 de roep om een rechterlijke toetsing als volgt: “Het OM maakt zelf een belangenafweging en legt zelf een

32 De resultaten van twee interne metingen zijn gedeeld met de Tweede Kamer, zie de bijlagen bij *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 466. De rapporten van de procureur-generaal bij de Hoge Raad over de OM-strafbeschikking zijn: ‘Beschikt en gewogen’ uit 2014, ‘Wordt vervolgd: beschikt en gewogen’ uit 2017, ‘Beproefd verzet’ uit 2017, ‘Wordt vervolgd: beproefd verzet’ uit 2019 en ‘Buiten de rechter OM’ uit 2022.

33 PGHR, ‘Wordt vervolgd: beschikt en gewogen’, Den Haag 2017, p. 13 (‘De belangrijkste conclusie is dat het OM met grote inzet en voortvarendheid gevolg heeft gegeven aan het rapport *Beschikt en Gewogen*’).

34 Conceptwetsvoorstel naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-afdoening, internetconsultatie.nl. Inmiddels is het wetsvoorstel in iets gewijzigde vorm onderdeel van de eerste aanvullingswet op het nieuwe Wetboek van Strafvordering.

35 Memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-afdoening, internetconsultatie.nl, p. 3.

straf of transactie op die zij passend vinden. We twijfelen er niet aan dat het goed gebeurt, maar de Rechtspraak wil dat deze zaken in openbaarheid worden berecht en door [de] onafhankelijke rechter moet[en] worden beslist.”³⁶ Zo geformuleerd lijkt bezwaar te worden gemaakt tegen de buitengerechtelijke afdoening in het algemeen, niet alleen tegen hoge transacties. Acht Bakker het wenselijk dat de strafrechter over alle strafbare feiten een beslissing neemt? Gezien de beschikbare capaciteit bij de rechtbanken is dat voorlopig volstrekt onhaalbaar. Als wordt aangenomen dat dit niet wordt bedoeld, rijst de vraag wat dan wel het probleem is. Blijkbaar ervaart Bakker de uitkomst van de besluitvorming niet als problematisch (hij twijfelt niet dat het goed gebeurt), maar het proces. In 2020 heeft het College van procureurs-generaal in de Aanwijzing hoge transacties een nieuw proces voorgeschreven.³⁷ Hoge transacties dienen door de officier van justitie te worden voorgelegd aan de Toetsingscommissie hoge transacties en van elke hoge transactie moet een persbericht worden uitgebracht met daarin een uitgebreid feitenrelaas. Dit zijn waarborgen voor een gecontroleerd en tot op zekere hoogte controleerbaar proces om tot hoge transacties te komen. De vraag rijst waarom dit niet kan worden aangemerkt als een voldoende waarborg om zonder rechterlijke controle erop te kunnen vertrouwen dat het Openbaar Ministerie de correcte belangenafweging maakt.

3.4 Openbaar Ministerie en rechter-commissaris – de rechter-commissaris als magistraat versus de magistratelijke rol van de officier van justitie

Bij ingrijpende inbreuken op de grond- en mensenrechten van burgers is de toetsing van de inzet van opsporingsbevoegdheden gebruikelijk. Om de grond- en mensenrechten zo goed mogelijk te beschermen dient de toetsing te worden uitgevoerd door een magistraat. Pas nadat de magistraat toestemming heeft gegeven, mag de politie de opsporingsbevoegdheid uitoefenen. Dit is in zichzelf een reeds lang bestaand controlemechanisme. Als het gaat om welke magistraat het meest is aangewezen om deze toestemming te geven, is er een pendelbeweging zichtbaar: van de rechter-commissaris naar de officier van justitie en weer terug. Deze pendel kan worden gezien als indicatie voor het vertrouwen dat wordt gesteld in de officier van justitie.

In het Wetboek van Strafvordering van 1926 had het gerechtelijk vooronderzoek dat werd geleid door de rechter-commissaris nog een prominente plek gekregen. Als de officier van justitie had geconstateerd dat er mogelijk een strafbaar feit had plaatsgevonden, kon hij vorderen dat een gerechtelijk vooronderzoek zou worden ingesteld. Na het openen van het gerechtelijk vooronderzoek kreeg de rechter-commissaris de leiding over de opsporing. Denkbaar was, volgens de wetgever van toen, dat onderzoek over te laten aan de officier van justitie maar gelet op de grotere objectiviteit en onpartijdigheid die bij de rechter-commissaris kon worden verondersteld, kreeg het systeem met een onderzoek onder leiding van een rechterlijke magistraat de voorkeur.³⁸

36 ‘Rechter moet megaschikkingen kunnen toetsen’, rechtspraak.nl (online, bezocht op 7 mei 2024).

37 Aanwijzing hoge transacties, *Stcr.* 2020, 46166.

38 A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces (dl I)*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1925, p. 481.

Het idee dat in alle strafzaken van enige importantie de rechter-commissaris het onderzoek persoonlijk zou kunnen leiden bleek echter al gauw een illusie – als het al niet zo was dat het nieuwe wetboek al bij inwerkingtreding ervan achter de feiten aanliep. Rond 1926 was, vergeleken met de stand van zaken in de eeuw daarvoor, het aantal strafbepalingen al enorm uitgebreid. Door de inwerkingtreding van allerlei bijzondere wetten werden hele terreinen van het maatschappelijk leven bestreken, daarmee de geest van *laissez-faire* van de negentiende eeuw voorgoed achterlatend. Denk aan de Drankwet,³⁹ de Jachtwet,⁴⁰ de Opiumwet⁴¹ en de Vuurwapenwet 1919,⁴² en een vloed aan sociaaleconomische strafwetgeving,⁴³ nog verder aangedreven door de motor van de economische crisis die na 1926 om zich heen greep. Daarmee ging een significante uitbreiding van de capaciteit van de opsporende instanties gepaard, niet alleen kwantitatief maar ook kwalitatief. Meteen al na inwerkingtreding van het wetboek van 1926 werd bovendien door het al eerder genoemde *de-audit*-arrest van de Hoge Raad duidelijk dat de processen-verbaal van al die opsporingsambtenaren voor het bewijs konden worden gebruikt, ook voor zover die de waarnemingen van anderen dan de verbalisant zelf betroffen.⁴⁴ Een getuigenverklaring afgelegd tegenover een politiemann had dus dezelfde bewijswaarde als een verklaring die tegenover de rechter-commissaris was afgelegd. Het eigenlijke gerechtelijk vooronderzoek werd zodoende al gauw een zondags pak uit het kostuummuseum.⁴⁵

Een gerechtelijk vooronderzoek kwam zodoende alleen nog aan bod als de inschakeling van de rechter-commissaris noodzakelijk was om bepaalde dwangmiddelen uit te kunnen oefenen, zoals inbeslagneming van post of, later, het plaatsen van een telefoontap. Maar de opsporing werd het domein van de politie, zij het dat daarover nog enige controle was doordat de officier van justitie belast was met het toezicht op de politie, voor zover het strafvorderlijke politieactiviteiten betrof. Het grote vertrouwen dat daarmee werd gesteld in de politie bleek echter niet onproblematisch toen er in de jaren negentig van de vorige eeuw een crisis in de opsporing werd ‘ontdekt’, uitmondend in een parlementaire enquête naar bijzondere opsporingsmethoden die gaandeweg waren ontstaan en die zich aan het toezicht van de officier van justitie en de rechter-commissaris bleken te hebben onttrokken.⁴⁶ Met de Wet bijzondere opsporingsmethoden die in 2000 van kracht werd is dat gat gedicht.⁴⁷ Daarbij werd het toezicht op de uitoefening van dergelijke methoden de facto neergelegd bij de officier van justitie: een indicatie voor het vertrouwen dat in de officier van justitie werd gesteld. Voor de rechter-commissaris was ten aanzien van de bijzondere opsporingsmethoden slechts een beperkte toetsende rol weggelegd. Die rol was er alleen als het

39 Wet van 28 juni 1881, *Stb.* 97.

40 De Wet tot regeling van de jacht en visscherij uit 1850 werd vervangen door de Jachtwet 1923, Wet van 2 juli 1923, *Stb.* 331.

41 Wet van 4 oktober 1919, *Stb.* 592.

42 Wet van 7 juni 1919, *Stb.* 345.

43 In 1895 ontstond de Veiligheidswet, die zorgde voor veilige arbeidsomstandigheden van de arbeider in een bedrijf. De handhaving werd afgedwongen door, vaak lage, strafsancities. Rond 1900 werd bovendien de grondslag gelegd voor de Nederlandse sociale verzekeringswetgeving, die begon met de Ongevallenwet in 1901. De Leerplichtwet van 1900 werd een mijlpaal in de onderwijsgeschiedenis. Zie A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, Ars Aequi Libri 2001.

44 HR 20 december 1926 *NJ* 1927/85.

45 Ontleend aan Th.W. van Veen, noot onder *NJ* 1984/547.

46 *Kamerstukken II*, nr. 24072

47 *Stb.* 1999, 245.

ging om de meest vergaande methoden, zoals opnemen van vertrouwelijke communicatie.⁴⁸

Deze stand van zaken werd nog eens bevestigd in de Wet versterking positie rechter-commissaris,⁴⁹ bij welke wet in 2013 het gerechtelijk vooronderzoek werd afgeschaft. De officier van justitie was daarmee ook *de jure* de leider van het vooronderzoek in strafzaken geworden. Voor de rechter-commissaris reserveerde de wet van 2013 een beperkte toezichthoudende rol. In art. 170 lid 2 Sv is die rol omschreven: de rechter-commissaris is in het bijzonder belast met de uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden met betrekking tot het opsporingsonderzoek, ambtshalve in door de wet bepaalde gevallen en voorts op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte of diens raadsman. Die bepaling lijkt erop te duiden dat magistraatelijk toezicht op het Openbaar Ministerie het vervallen van het gerechtelijk vooronderzoek kan compenseren. Maar in de uitwerking blijkt dat toch anders te liggen. De gevallen waarin het toezicht door de rechter-commissaris gerealiseerd wordt, zijn beperkt tot de in de wet genoemde gevallen en die zijn er niet veel. Zo zijn de meeste dwangmiddelen onttrokken aan toetsing door de rechter-commissaris en is een ambtshalve onderzoek van de rechter-commissaris beperkt tot het geval waarin tegen de verdachte een bevel voorlopige hechtenis is verleend.⁵⁰ Van een *over all* toezicht is dus geen sprake.

Het bezwaar van de wetgever uit 1926 tegen het uitoefenen van toezicht door de officier van justitie op het opsporingsonderzoek, te weten dat de officier van justitie minder objectief en onpartijdig zou zijn, is daarmee uit beeld geraakt. Bij de wetgever lijkt het vertrouwen in de officier van justitie dus te zijn gegroeid. Van het Openbaar Ministerie wordt een onpartijdige en objectieve opstelling verlangd, en de capaciteit daartoe verondersteld. Daarbij wordt wel gewezen op de magistraatelijke rol van het Openbaar Ministerie, dat immers blijkens de Wet RO deel uitmaakt van de rechterlijke macht (in brede zin).⁵¹

Onder druk van invloeden van buiten de zuiver nationale rechtssfeer, worden het vertrouwen op de controle door de officier van justitie weer ter discussie gesteld. Anders dan de wetgever in 2013 voor ogen had kan de rol van de rechter-commissaris als ‘echte’ magistraat steeds minder goed gemist kan worden. Zo volgde uit (onder meer) het *Prokuratuur*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat het vorderen van verkeersgegevens door de officier van justitie, zoals geregeld in art. 125nd Sv, niet in overeenstemming is met eisen die Richtlijn 2002/58/EG stelt, als toepassing van betreffende bevoegdheid met zich meebrengt dat sprake is van een ernstige inmenging in het recht op bescherming van privéleven.⁵² De Hoge Raad – als ‘plaatsvervangend wetgever’ – bepaalde daarom dat als de officier van justitie ver-

48 Art. 166l en 126m Sv.

49 *Stb.* 2011, 600, i.w.tr. 1 januari 2013 (*Stb.* 2012, 408).

50 Art. 182 lid 7 Sv.

51 Bijv. M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Het vooronderzoek in strafzaken (Strafvordering 2001)*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 41: “Het OM is krachtens zijn magistraatelijke positie gehouden er zorg voor te dragen dat het vooronderzoek op een evenwichtige wijze wordt uitgevoerd. Evenwichtig, dat wil zeggen: met een gelijk oog voor belastende gegevens en voor informatie die de verdachte zou kunnen exonereren.” Zie ook voor een overzicht J. Lindeman, *Officeren van justitie in de 21e eeuw*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 19-26.

52 HvJ 2 maart 2021, ECLI:EU:C:2021:152.

keers- en locatiegegevens wil verkrijgen die meer omvatten dan uitsluitend identificerende gegevens, hij ‘voortaan’ gehouden is een schriftelijke machtiging te vorderen van de rechter-commissaris voor het vorderen van die gegevens.⁵³ En in het *Lan-deck*-arrest bepaalde het Hof van Justitie dat het verschaffen van toegang tot persoonlijke gegevens op de telefoon een ernstige inbreuk op de privacy kan opleveren, waarvoor dan toestemming moet worden gegeven door een rechter.⁵⁴

Eveneens van Europeesrechtelijke oorsprong is de aanpassing die verricht moest worden bij het Europees aanhoudingsbevel omdat volgens het Hof van Justitie de officier van justitie niet als rechterlijke autoriteit kan worden aangemerkt, terwijl die wel noodzakelijk is voor de uitvaardiging van een Europees Arrestatiebevel (EAB).⁵⁵ Daarop moest de Overleveringswet met spoed worden aangepast, zodat de rechter-commissaris als uitvaardigende autoriteit werd aangewezen.⁵⁶ Deze aanpassing is met name interessant omdat daarmee ook het vertrouwensbeginsel dat aan het internationale rechtshulpverkeer ten grondslag ligt in beeld komt. De achterliggende gedachte daarbij is dat erop vertrouwd kan worden dat de rechtsorde van andere staten op orde is. Maar voor dat ‘op orde zijn’ is bij de implementatie van het EAB meer nodig dan een enkel bevel van de officier van justitie – daar is een ‘echte’ rechter voor nodig. Hetzelfde verschijnsel doet zich ook voor als het gaat om inbreuken op het functionele verschoningsrecht van (onder meer) advocaten. De opvatting van het Openbaar Ministerie dat de officier van justitie mag ‘filteren’ of zich onder grote hoeveelheden gevorderde gegevens informatie bevindt die onder dat verschoningsrecht zou kunnen vallen, werd door de Hoge Raad onjuist bevonden, ook al wijst art. 126aa Sv ogenschijnlijk in een andere richting.⁵⁷ Het screenen van dergelijke informatie zal dus ook voortaan door de rechter-commissaris moeten geschieden, met analoge toepassing van art. 98 Sv. Al met al wordt duidelijk dat het Hof van Justitie minder vertrouwen heeft in de controlevaardigheden van openbare aanklagers in het algemeen – en daarmee ook van het Nederlandse Openbaar Ministerie – dan de Nederlandse wetgever de laatste jaren heeft gehad.

3.5 Het recht op tegenspraak: controle door de verdediging

De controle van de rechter op het verloop van het opsporingsonderzoek past bij een inquisitoir procesmodel. In een accusatoir proces wordt de controletaak juist bij de verdediging neergelegd.⁵⁸ Nu zijn het inquisitoire en accusatoire procesmodel ideaaltypes over hoe een strafproces zou moeten worden ingericht, met name vanuit het oogpunt van waarheidsvinding.⁵⁹ Niettemin biedt deze theorie handvatten om de controle van het opsporingsonderzoek door de verdediging te analyseren. Het inquisitoire procesmodel gaat uit van een actieve rechter die onderzoek doet naar de waarheid.

⁵³ HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475.

⁵⁴ HvJ 4 oktober 2024, ECLI:EU:C:2024:830.

⁵⁵ HvJ 27 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:456.

⁵⁶ Wet van 10 juli 2019 tot wijziging van de Overleveringswet in verband met het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de gevoegde zaken C-508/18 OG en C-82/19 PPU PI, *Stb.* 2019, 259.

⁵⁷ HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375.

⁵⁸ Het is mogelijk langs de lijnen in het preadvies de ontwikkeling van het vertrouwen in en controle op de strafrechtadvocatuur te beschrijven en te evalueren. Dat valt echter buiten het bestek van deze bijdrage.

⁵⁹ Zie B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 32-35.

Deze onderzoeksrechter kan opdracht geven aan de opsporingsambtenaren om opsporingsonderzoek uit te voeren. De verdachte heeft in het inquisitoire model geen taak en voor een Openbaar Ministerie is hooguit een rol weggelegd als uitvoerder van rechterlijke bevelen. Het ligt in het inquisitoire model voor de hand dat de actieve onderzoeksrechter controleert of de opsporingsambtenaren hun werk naar behoren hebben uitgevoerd. Niet alleen vanwege de verantwoordelijkheid die de rechter heeft voor de waarheidsvinding, maar ook omdat deze controle onderdeel is van het geven van bevelen inzake de opsporing. Het tegenovergestelde accusatoire procesmodel gaat juist uit van een passieve rechter die kennis neemt van hetgeen de partijen aan hem presenteren. In het accusatoire model hebben de aanklager – het slachtoffer of het Openbaar Ministerie als vertegenwoordiger van de staat – en de verdachte de taak om met een eigen versie te komen van wat er zou zijn gebeurd. De rechter moet op basis van deze tegenstrijdige visies proberen de feiten vast te stellen. In een strafproces dat geheel volgens het accusatoire model is ingericht, is het de taak van de partijen om te controleren of de tegenpartij zich bij het verzamelen en presenteren van het bewijsmateriaal heeft gehouden aan de voorgeschreven regels.

Hoewel de wetgever het strafproces 1926 zelf omschreef als ‘gematigd accusatoir’, was de inrichting van het strafproces sterk op inquisitoire leest geschoeid.⁶⁰ De ruimte die aan de verdediging werd geboden om met een eigen verhaal te komen en de ten laste gelegde feiten te betwisten bleef beperkt. Dit veranderde als gevolg van het in art. 6 EVRM vastgelegde recht op een eerlijk proces en de uitleg die hieraan werd gegeven door het Hof in Straatsburg. Volgens het EHRM zijn het recht op tegenspraak en het recht op ‘equality of arms’ onderdeel van het recht op een eerlijk proces. Dit betekent dat de verdachte zowel het recht heeft om het belastende bewijsmateriaal te betwisten als om ontlastend bewijsmateriaal aan te dragen (onder dezelfde voorwaarden als de officier van justitie). Daarmee heeft de verdachte – in ieder geval in het kader van de waarheidsvinding – ook een rol gekregen bij het controleren of de strafvorderlijke normen door de politie en het Openbaar Ministerie zijn nageleefd. De niet-naleving van strafvorderlijke normen kan immers een reden zijn om geen gebruik te maken van het belastende bewijsmateriaal of daaraan minder waarde te hechten.

Het recht om belastend bewijsmateriaal te betwisten kan door de verdediging tot op zekere hoogte worden ervaren als een plicht. Vanzelfsprekend geldt voor de verdachte de onschuldpresumptie. Het Openbaar Ministerie is ervoor verantwoordelijk aan te tonen dat de verdachte de tenlastegelegde feiten heeft begaan. Verder is het uitgangspunt dat de strafrechter een actieve rol heeft. De zittingsrechter dient ambtshalve de betrouwbaarheid en bewijswaarde te beoordelen van al het bewijsmateriaal in het procesdossier en hetgeen ter zitting is behandeld. De zittingsrechter mag ook ambtshalve rekening houden met vormverzuimen. De zittingsrechter heeft bovendien voor het geval nader onderzoek noodzakelijk wordt geacht, de bevoegdheid ambtshalve opdracht te geven tot het uitvoeren van aanvullende opsporingshandelingen zoals het horen van politieagenten over het uitgevoerde opsporingsonderzoek. Dit alles neemt niet weg dat de verdediging er verstandig aan doet te wijzen op voor hem gunstige

60 B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 35-40.

feiten en omstandigheden.⁶¹ De rechter mag bij het beoordelen van het bewijsmateriaal namelijk als vertrekpunt nemen dat hetgeen een opsporingsambtenaar, getuige of deskundige zegt klopt, tenzij er redenen zijn om aan de rechtmatigheid of betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal te twijfelen.⁶² De rechter zal ambtshalve open moeten staan voor twijfelpunten, maar de verdediging heeft er baat bij om twijfelpunten zoveel mogelijk onder de aandacht van de rechter te brengen. Dit kan in de vorm van betwisting van de rechtmatigheid of betrouwbaarheid van specifiek bewijsmateriaal of door het aandragen van aannemelijke (of aannemelijk gemaakte) alternatieve scenario's.⁶³ Daar komt bij dat als de verdediging wil weten welke beslissingen de zittingsrechter over de rechtmatigheid en betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal heeft genomen, zij over die onderwerpen verweer zal moeten voeren. Over de ambtshalve genomen beslissingen hoeft de rechter namelijk geen verantwoording af te leggen in zijn vonnis.⁶⁴ Een gemotiveerde beslissing over de rechtmatigheid van het handelen van de politie en het Openbaar Ministerie zal slechts in het vonnis worden opgenomen als de verdediging hierover een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt heeft ingenomen.

Bij de controle van de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek door de verdediging heeft de verdediging informatie nodig die moet worden gegeven door dezelfde organisaties die de verdediging wil controleren: de politie en het Openbaar Ministerie. De verdediging zal erop moeten vertrouwen dat de politie en het Openbaar Ministerie de intentie hebben alle beschikbare en relevante informatie over het verloop van het opsporingsonderzoek te verstrekken aan de verdediging. Dit heeft iets paradoxaals. De wens van de verdediging om de naleving van de strafvorderlijke normen te controleren is gebaseerd op de veronderstelling dat de politie en het Openbaar Ministerie mogelijk iets fout hebben gedaan, en impliceert ook dat er niet op kan worden vertrouwd dat de politie en het Openbaar Ministerie deze fout uit eigen beweging onder de aandacht van de rechter brengen. Het is dan ook voorstelbaar dat de kritische houding ten opzichte van het uitgevoerde opsporingsonderzoek wordt doorgezet naar een kritische houding tegenover de volledigheid van de verstrekte informatie. Twijfels of er geen informatie wordt achtergehouden, kunnen uiteindelijk zelfs veranderen in twijfels over de integriteit van opsporingsdiensten.

3.6 Het slachtoffer als controleur

Voor het slachtoffer is het recht om als rechtstreeks belanghebbende op grond van art. 12 Sv bij het gerechtshof te kunnen klagen over de vervolgingsbeslissing door de officier van justitie de belangrijkste mogelijkheid om het strafvorderlijk optreden van de politie en het Openbaar Ministerie te controleren. Het recht te klagen over de vervolgingsbeslissing stond in 1926 ook al in het Wetboek van Strafvordering. Dat het slachtoffer juist de vervolgingsbeslissing kan voorleggen aan de rechter is begrippe-

61 G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 800.

62 Zie uitgebreider R.A. Hoving, *Deskundigenbewijs in het strafproces*, Oisterwijk: Wolf legal publishers 2017, p. 512-520.

63 HR 16 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3359.

64 HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1799.

lijk gezien het belang dat een slachtoffer kan hebben bij de vervolging van een verdachte. Het klachtrecht is voor het slachtoffer een vorm van indirecte controle. Het slachtoffer kan een oordeel uitlokken, maar uiteindelijk is het de rechter die het oordeel daadwerkelijk uitspreekt. Het slachtoffer heeft niet het recht zelf vervolging in te stellen, ook niet als de officier van justitie afziet van de vervolging. In plaats daarvan moet het gerechtshof de genomen vervolgingsbeslissing beoordelen en aan dat oordeel de eventuele consequentie verbinden door het Openbaar Ministerie het bevel te geven alsnog vervolging in te stellen (art. 12i Sv).

Naast een bepaalde mate van controle over de vervolgingsbeslissing zijn de controle-mogelijkheden van het slachtoffer beperkt. De rechten die het slachtoffer de afgelopen dertig jaren heeft gekregen, zoals het recht een vordering als benadeelde partij in te dienen, het recht op informatie of voortgang van de zaak, het recht op kennisneming van processtukken en het spreekrecht, bieden geen aanvullende mogelijkheden om de naleving van strafvorderlijke normen te controleren. Weliswaar heeft het slachtoffer recht op meer informatie, maar het uitvoeren van controles veronderstelt ook de mogelijkheid om een zelfstandig oordeel te vormen dat direct of indirect tot gevolgen kan leiden voor degene die wordt gecontroleerd. Zelfs als het slachtoffer op basis van de hem ter beschikking gestelde informatie en processtukken een mening zou hebben over de rechtmatigheid van het optreden van de politie en het Openbaar Ministerie, is niet duidelijk hoe deze mening kan worden omgezet in een gezaghebbend oordeel. Ook niet als het slachtoffer wel belang heeft bij het meewegen van zijn mening over de rechtmatigheid van het strafvorderlijk overheidsoptreden, bijvoorbeeld als het slachtoffer is getroffen door politiegeweld.⁶⁵

Wil het slachtoffer tijdens de vervolging van de verdachte een gezaghebbend oordeel over de naleving van de strafvorderlijke normen uitlokken, dan kan hij of zij hiervoor niet terecht bij de politie of het Openbaar Ministerie. Zolang de opsporing of vervolging van het strafbare feit waardoor het slachtoffer is geraakt nog gaande is, kan hierover geen klacht worden ingediend bij het betreffende bestuursorgaan (art. 9:9 lid 1 onder f Awb). Ook een rechterlijk oordeel kan niet zonder meer worden verkregen. Als procesdeelnemer is het slachtoffer niet in de positie de rechter te dwingen om te reageren op de mening van het slachtoffer over de rechtmatigheid van het optreden van de politie en het Openbaar Ministerie. Het slachtoffer kan zijn mening over het handelen van de politie en het Openbaar Ministerie wel naar voren brengen tijdens de uitoefening van het ongelimiteerde spreekrecht. Hoewel de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek geen onderwerp is dat in de regel wordt geassocieerd met de uitoefening van het spreekrecht, staat er wettelijk gezien niets aan in de weg dit onderwerp wel te bespreken. Het is echter de vraag of de rechter hier iets mee kan en moet doen. De mondeling uitgesproken spreekrechtverklaring kan in ieder geval niet worden gebruikt als wettig bewijsmiddel.⁶⁶ Ook is er geen verplichting voor de rechter in de motivering te reageren op de standpunten van het slachtoffer. Dat neemt niet weg dat uit de wetsgeschiedenis over het uitgebreide spreekrecht volgt dat de

65 Zie bijvoorbeeld de uitgebreide standpunten van de twee advocaten van de nabestaanden in de zaak tegen de agenten die werden verdacht onrechtmatige geweldstoepassing met de dood van Mitch Henriquez als gevolg: Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15095.

66 HR 11 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR2359.

rechter in zijn vonnis wel mag reageren op de standpunten van het slachtoffer.⁶⁷ Als de rechter een reactie overweegt, zal hij overigens de officier van justitie en de verdediging in het belang van een eerlijk proces wel de mogelijkheid moeten geven zich ook uit te laten over de betreffende mening van het slachtoffer.

De beperkte mogelijkheden van het slachtoffer om de politie en het Openbaar Ministerie te controleren lijken niet direct invloed te hebben op de waardering van het slachtoffer van de politie en het Openbaar Ministerie. Uit de meest recente slachtoffermonitor uit 2022 blijkt dat slachtoffers ‘in meerderheid positief tot zeer positief [zijn] over de huidige kwaliteit van slachtofferondersteuning in de justitiële keten’.⁶⁸ Wel wijzen de onderzoekers erop dat de uitoefening van de kerntaken door slachtoffers relatief het minste worden gewaardeerd. Voor de politie betreft dit het vinden en arresteren van de mogelijke dader van de strafbare feiten en voor het Openbaar Ministerie betreft dit met name de mate waarin het Openbaar Ministerie rekening heeft gehouden met de wensen en behoeften van het slachtoffer bij het nemen van beslissingen.⁶⁹ Een vraag die kan worden gesteld is in hoeverre de waardering van slachtoffers voor de politie en het Openbaar Ministerie zou worden vergroot door het bieden van meer controlemogelijkheden. Voor wat betreft het rekening houden met de wensen en behoeften van slachtoffers door het Openbaar Ministerie lijkt dit zeer lastig te zijn, omdat een dergelijke belangenafweging tot de kern hoort van de taken van het Openbaar Ministerie. Voor wat betreft de ontevredenheid over het niet succesvol opsporen van een strafbaar feit, is het interessant dat in art. 3.5.1 van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering (de opvolger van art. 12 Sv) de regeling codificeert waarbij het slachtoffer bij de officier van justitie kan klagen over achterwege blijven van opsporing. Als de officier van justitie in reactie op deze klacht over de niet-opsporing besluit de zaak te seponeren, kan het slachtoffer daarover nog klagen bij het gerechtshof.

3.7 Analyse: de ontwikkeling van controle en vertrouwen bij politie en Openbaar Ministerie

Een eeuw na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering is het normenkader waar het optreden van de politie en het Openbaar Ministerie aan moet voldoen enorm uitgebreid. Tegelijkertijd is het bereik van het materiële strafrecht enorm uitgebreid. De organisatie van de politie en het Openbaar Ministerie heeft zich in die afgelopen eeuw aangepast aan die ontwikkelingen en is verregaand gecentraliseerd. Wellicht valt daaruit al een toename van controlemomenten en controlerende instanties te verklaren: die zijn een uiting van de al lang bestaande bureaucratische principes die grote (overheids)organisaties beheersen. Specifiek voor het strafprocesrecht is daarbovenop dat in het strafvorderlijke systeem de behoefte aan controle als het ware in het systeem is ingebakken. Van ongelimiteerd vertrouwen is nooit sprake geweest. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering in 1926 werd al gememo-

67 Hoewel er geen motiveringsplicht is volgt uit een aangenomen Tweede Kamermotie wel dat de Kamerleden belang hechten aan ‘dat rechters in hun motivering rekening kunnen houden met de verklaring van spreekgerechtigden’, *Kamerstukken II* 2014/15, 34082, 16.

68 I&O Research, *Slachtoffermonitor 2022* (3^e meting) 2023, p. 134.

69 I&O Research, *Slachtoffermonitor 2022* (3^e meting) 2023, p. 48 en 61.

reerd dat bij de inrichting van het vooronderzoek er van verschillende principes kon worden uitgegaan. Een mogelijk stelsel was dat waarin de overheid ter bescherming van de vrijheden van de burger slechts zeer spaarzaam bevoegdheden ter opsporing zou worden toebedeeld. Het nadeel dat de criminaliteit daardoor onvoldoende zou worden bestreden, kwam dan wel snel in zicht. Een onbeperkte toekenning van opsporingsbevoegdheden in de vorm van dwangmiddelen kon echter juist met de burgerlijke vrijheden botsen. Vanuit het idee dat vertrouwen en controle elkaar kunnen versterken, werd gekozen voor een stelsel waarin de met opsporing belaste organen wel alle noodzakelijk bevoegdheden ter bestrijding van de criminaliteit zouden worden toevertrouwd, maar waarbij tegelijkertijd aan de uitoefening daarvan steeds zoveel waarborgen zouden moeten worden verbonden als maar enigszins met de uitoefening van die bevoegdheden verenigbaar was.⁷⁰ Kortom: ruime bevoegdheden maar daaraan gekoppeld ook ruime waarborgen.

Met een dergelijk stelsel voor ogen kan het gehele strafprocesrecht worden gezien. In die zin ook bergt het strafprocesrecht de beide – in de literatuur bekend geworden – tegenpolen van instrumentaliteit en rechtsbescherming als het ware in zich.⁷¹ Niet als zich steeds voordoende verabsoluteerde keuzemogelijkheden (óf-óf), maar als uitersten in een zoektocht naar synthese. In een dergelijk – dialectisch – denkmodel valt te begrijpen dat met de toename van de bevoegdheden en, niet te vergeten, de toegenomen feitelijke mogelijkheden en organisatorische instrumenten ter opsporing, steeds de vraag opdoemt welke waarborgen, in de zin van controle-instrumenten daaraan verbonden moeten worden. In die zin is de toename van het aantal controle-instrumenten onlosmakelijk verbonden met de toename in normen. Op een afnemend vertrouwen in de vrijwillige normaleleving door politie en Openbaar Ministerie hoeft dat niet meteen te wijzen. Daarbovenop dienen zich ook nog heteronome oorzaken aan. Het EU-recht stelt gaandeweg meer en meer eisen aan het strafproces die niet rechtstreeks aan ‘onze’ nationale rechtsorde zijn ontleend. Hetzelfde gold al langer voor de invloed van het EVRM, en de uitleg die het Europese mensenrechtenhof daaraan geeft. Soms krakend en piepend draait het Nederlandse recht mee als de windrichting vanuit Straatsburg en Luxemburg zich wijzigt. Ook dat draagt bij aan een toename van controle maar dat vertaalt zich mogelijk wel in een toename van het vertrouwen op interstatelijk niveau.

Als wordt gezien welke vorm de toename van controle aanneemt kan als eerste worden gewezen op de mechanismen die als het ware voortvloeien uit het systeem van het Wetboek van Strafvordering. Controle op het handelen van het Openbaar Ministerie door de inschakeling van een rechter(-commissaris) is daarin de zwaarste variant. Gesteld kan worden dat daaruit blijkt dat het vertrouwen in de rechter – anders dan in het Openbaar Ministerie en de politie – als het ware een axioma vormt dat aan het stelsel van strafvordering ten grondslag ligt. Binnen het strafvorderlijk stelsel is echter de variant van rechterlijke controle niet altijd voldoende beschikbaar. Dat leidt tot uitwijkmechanismen, zoals extern toezicht. Toezicht van de PGHR bij de strafbeschikking is hier een voorbeeld van. Een verklaring voor het externe karakter van het

70 A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandse strafproces (dl I)*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1925, Deel I, p. 13-14. Zie het preadvies van Zouridis, p. 32.

71 R. Foque & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming: grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

toezicht is dat de handelingen van het Openbaar Ministerie waar het hier om gaat (het zelfstandig opleggen van straffen) zich grotendeels afspelen buiten de openbaarheid en ook zonder directe rechterlijke controle. Het verzet tegen de strafbeschikking levert nauwelijks adequate feedback op over de oplegging van de strafbeschikking door het Openbaar Ministerie, omdat de rechter niet de strafbeschikking beoordeelt maar alleen de tenlastegelegde feiten. De externe controle kan dat gebrek aan rechterlijke oordelen compenseren.

Op formeel-juridisch systeemniveau kan al met al dus worden gesteld dat de toename van controle op de politie en het Openbaar Ministerie niet voortvloeit uit een gebrek aan vertrouwen, maar juist kan bijdragen aan het vertrouwen in de werking van deze organisaties. Of de controle bij alle betrokken procespartijen en -deelnemers, organen en instituties daadwerkelijk bijdraagt aan dit vertrouwen, is een andere vraag waar in het navolgende stil wordt gestaan.

4.1 Controle en doelbereiking

De aanname die met betrekking tot controle – in ieder geval in de vorm van algemeen toezicht – vaak wordt gedaan is dat een verbeterde normnaleving bijdraagt aan een groter vertrouwen in de politie en het Openbaar Ministerie en uiteindelijk in het strafrechtstelsel. Het directe doel van het toezicht is daarom de normnaleving te bevorderen. Een vooronderstelling is vervolgens dat met een verbeterde naleving van de strafvorderlijke normen de publieke belangen die deze normen dienen te beschermen ook beter worden gediend. In de inleiding werd al benoemd dat met strafvorderlijke normen sturing wordt gegeven aan het optreden van de overheid, en dat met deze normen wordt gezocht naar een balans tussen rechtshandhavend optreden en het voorkomen dat onnodige inbreuken worden gemaakt op de rechten van betrokkenen. De strafvorderlijke normen kunnen daarom niet los worden gezien van de doelen die met het strafrecht worden nagestreefd. In de literatuur worden diverse hoofd- en subdoelen genoemd die met de naleving van de strafvorderlijke normen kunnen worden nagestreefd, zoals dat degene die daadwerkelijk een strafbaar feit heeft gepleegd wordt veroordeeld en dat onschuldigen worden vrijgesproken, dat bij de opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten geen grotere inbreuk op de rechten en vrijheden van de verdachte en andere burgers wordt gemaakt dan noodzakelijk is, dat recht wordt gedaan aan de belangen van de verdachte en het slachtoffer en dat de beschikbare middelen zodanig worden ingezet dat de vermoedelijke strafbare feiten op een adequate manier worden aangepakt.¹

De achterliggende doelen die met de strafvorderlijke normen worden nagestreefd, hebben gevolgen voor het vertrouwen in het strafvorderlijk overheidsoptreden en de controle van dit optreden. De verdachte, het slachtoffer en de samenleving hebben er uiteindelijk primair belang bij dat de door hun geprefereerde strafrechtelijke doelen worden behaald – en de strafvorderlijke normen zijn daartoe slechts een middel. Daarom hoeft het eenvoudigweg naleven van de normen de doelbereiking en daarmee (mogelijk) het vertrouwen in het strafvorderlijk overheidsoptreden niet te ver-

¹ *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3, p. 7-13 en 21-22 (memorie van toelichting Vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering); G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 8-14; B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 1-11.

groten, net zomin als het schenden van de regels de doelbereiking en het vertrouwen hoeft te schaden. Dit maakt de controle tot een lastig fenomeen, want wat dient precies te worden gecontroleerd: of een regel is nageleefd? Of 'de geest van' een regel is nageleefd? Of de naleving van de regel heeft bijgedragen aan het doel van de regel? De vergelijking van het wetboek met een kookboek kan hier dienst doen. Doel van een recept is het bereiden van een smakelijk gerecht. Daartoe worden regels gesteld die de kok dient te volgen: regels over maten en gewichten, kooktijden en volgordes van ingrediënten. Het vertrouwen in de kok is afhankelijk van het resultaat. Of de regels uit het recept exact zijn nageleefd, doet er daarbij amper toe. Als het recept op de letter is gevolgd, maar de maaltijd is niet eetbaar dan heeft de kok gefaald. En als de regels van het recept af en toe zijn genegeerd, maar er is gemaakt wat de bedoeling was en dit smaakt goed, dan was het kookproces een succes. Welk resultaat van een kok wordt verwacht is vervolgens ook nog weer afhankelijk van de beoordelaar en de context van de beoordeling. Aan een tienjarige thuisbakker worden andere eisen gesteld inzake een Schwarzwaldse Kirschtart dan aan de deelnemer in de finaleronde van Heel Holland Bakt.

Het is eveneens afhankelijk van de beoordelaar en de context van de beoordeling welke verwachtingen er bestaan over het resultaat van de toepassing van de strafvorderlijke normen. Het is evident dat er verschillende verwachtingen bestaan over dat wat precies met het strafproces dient te worden bereikt, en hoe de doelen van het strafproces zich tot elkaar verhouden. Weliswaar is de discussie over het doel van het strafproces de laatste jaren enigszins verstomd, maar dit lijkt eerder een uitvloeisel te zijn van de constatering dat 'we' het niet met elkaar eens zijn dan dat hierover consensus is ontstaan. Door het project om tot een nieuw Wetboek van Strafvordering te komen vooral te presenteren als moderniseringsproject is voor dit soort fundamentele vraagstukken wat minder aandacht geweest. Daarmee is het nog steeds mogelijk dat de één grote nadruk legt op de rechtsbescherming, terwijl de ander vooral aandacht vraagt voor instrumentaliteit.

Zonder duidelijkheid over wat het 'goede' strafproces is, is het lastig om vast te stellen hoe goed de politie en het Openbaar Ministerie de strafvorderlijke normen naleven. Voor zover de normen zwart-wit zijn, biedt de norm in zichzelf nog houvast. Aan de verdachte is wel of niet medegedeeld dat hij niet tot antwoorden is verplicht. De verdachte van wie de vrijheid is ontnomen is wel of niet binnen drie dagen en achttien uur voorgeleid voor de rechter-commissaris. Tegelijkertijd is als gezegd de naleving van de norm nog niet hetzelfde als dat het strafproces zijn doelen behaalt – net zomin als het naleven van het kookvoorschrift om de taart dertig minuten in de oven te zetten garandeert dat de taart er niet zwart of juist nog ongaar uitkomt.

Op het moment dat de norm ruimte biedt voor interpretatie – en dat geldt voor veel normen –, biedt de tekst van de norm nog minder houvast. Voor de uitleg van de norm is bij veel interpretatiemethoden mede van belang welke doelen met de norm zouden worden nagestreefd. Neem de mogelijkheid om toestemming te vragen aan een verdachte om opsporingshandelingen te mogen verrichten, zoals de doorzoeking van een auto. Als eerste valt op dat de mogelijkheid om toestemming te vragen niet wettelijk is geregeld (dit komt wel te staan in art. 2.1.16 nieuw Wetboek van Strafvordering). Aangenomen kan echter worden dat de politie wel de bevoegdheid heeft om toestem-

ming te vragen, en die bevoegdheid ook altijd heeft gehad. Zonder expliciet normenkader diende het vragen van toestemming al die tijd wel op een behoorlijke wijze te worden uitgevoerd. Inmiddels is – mede naar aanleiding van uitspraken van het EHRM over de ‘waiver’ van rechten – in de jurisprudentie wel een kader ontstaan. Zo overwoog de Hoge Raad in 2022: “Deze toestemming moet vrijwillig en ondubbelzinnig worden verleend door de betrokkene, die voldoende geïnformeerd moet zijn. Daarbij moet voor de betrokkene duidelijk zijn voor welke onderzoekshandeling toestemming wordt verleend.”² Daarmee zijn er nu wel normen, maar die normen bieden nog steeds veel ruimte voor interpretatie. Want wanneer is een betrokkene voldoende geïnformeerd: na een korte toelichting, een folder of een overleg met zijn raadsman? Wanneer is een toestemming ondubbelzinnig verleend: na een hoofdknikje, een gemompeld ‘ja’ of na een handtekening op een formulier? Wordt bij het formuleren van het doel achter deze normen de nadruk gelegd op de mogelijkheden die het vragen en verlenen van toestemming biedt voor de opsporing van strafbare feiten, dan zullen de antwoorden op deze vragen anders luiden dan als het doel vooral wordt gezien dat kwetsbare burgers moeten worden beschermd tegen een bemoeizuchtige overheid.

4.2 Controle en vertrouwen in het strafproces door de verdachte, het slachtoffer en de samenleving

Gezien de subjectiviteit van de verwachtingen die er bestaan over het doel van normnaleving, ligt het in de rede dat de gevolgen die de controle op de normnaleving door de politie en het Openbaar Ministerie heeft voor het vertrouwen in het strafvorderlijk overheidsoptreden per persoon kan verschillen. Door een individuele verdachte en zijn raadsman zal rechtsbescherming als het primaire doel van de normnaleving worden gezien. Ook heeft de verdachte er belang bij dat hij niet wordt veroordeeld – en zeker niet voor strafbare feiten die hij niet heeft gepleegd. Een volstrekt legitiem perspectief van de verdediging op de normnaleving kan daarmee zijn dat de strafvorderlijke normen door de politie en het Openbaar Ministerie restrictief dienen te worden uitgelegd. Aan het feit dat de overheid als taak heeft handhavend op te treden tegen strafbare feiten hoeft de verdediging zich niets gelegen te laten liggen. De verdediging mag ook altijd naar voren brengen dat de strafvorderlijke normen (zoals zij die uitlegt) niet zijn nageleefd. Dit verweer hoeft echter niet te worden gevolgd door de rechter. En zelfs als de rechter de verdediging hierin gelijk geeft, mag hij vervolgens volstaan met de constatering van een vormverzuim zonder hieraan consequenties te verbinden. Zolang voor de verdachte de legitimiteit én de eenzijdigheid van het perspectief van de verdediging helder is, hoeft een afwijzing van het verweer over een vormverzuim of het niet-verbinden van consequenties daaraan geen gevolgen te hebben voor zijn vertrouwen in het strafrecht. Acht de verdediging de rechtsbescherming het enige relevante perspectief, dan kan het achterwege blijven van consequenties aan een vormverzuim echter leiden tot wantrouwen. De politie overtreedt de regels en komt er ook nog mee weg!

Vanuit het perspectief van het slachtoffer dient de normnaleving eraan bij te dragen dat de dader van het strafbare feit waardoor het slachtoffer is getroffen, wordt opge-

2 HR 7 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:825, r.o. 2.4.2.

spoord. Ook dit perspectief is eenzijdig. Voor het slachtoffer zullen de strafvorderlijke normen vooral in het teken staan van de waarheidsvinding. Een slachtoffer heeft belang bij een ruime uitleg van de strafvorderlijke normen, zeker als daardoor meer bruikbare informatie over de dader het strafbare feit kan worden verzameld tijdens het opsporingsonderzoek. Het uitsluiten van betrouwbaar bewijsmateriaal omdat de rechten en vrijheden van de verdachte tijdens de opsporing door de politie zijn geschonden, staat met het slachtofferbelang op gespannen voet. Als de verdachte vanwege bewijsuitsluiting wordt vrijgesproken, is dit niet bevorderlijk voor het vertrouwen van het slachtoffer in de strafvorderlijke overheid. De (vermoedelijke) dader van strafbare feiten overtreedt de regels en komt er ook nog mee weg!

De samenleving heeft een publiek belang bij de naleving van strafvorderlijke normen. Dit belang heeft meerdere aspecten. In een rechtsstaat behoren de overheidsorganen de wettelijke normen na te leven en de rechten van burgers te respecteren. Evengoed heeft de samenleving er belang bij dat de daders van strafbare feiten worden opgespoord en veroordeeld. Hoe de verschillende aspecten van het publieke belang in een concrete situatie moet worden gewogen is afhankelijk van de politieke en morele opvattingen van burgers, en kan daarmee per groep verschillen. Sommigen hameren op strikte naleving van de wettelijke regels, terwijl anderen er weinig bezwaar tegen hebben als de politie bij 'het vangen van boeven' af en toe buiten de lijntjes kleurt. De context van het optreden van de strafvorderlijke autoriteiten beïnvloedt welke gevolgen de naleving van strafvorderlijke normen door de politie en het Openbaar Ministerie heeft voor het vertrouwen van de samenleving – of beter gezegd voor bepaalde delen van de samenleving. Tegen wie is het strafvorderlijke optreden gericht? Welke strafbare feiten worden hiermee aangepakt? En ook, hoe groot is het bestaande vertrouwen in het strafrecht? Wat betreft dat laatste: hoe groter het vertrouwen, des te groter de ruimte die wordt geboden aan de politie en hoe eerder normovertredingen zullen worden geaccepteerd of zelfs zullen worden toegejuicht. Hoe geringer het vertrouwen, des te strakker de normen worden uitgelegd en hoe eerder de normovertreding wordt beschouwd als een indicatie van een eigengereide mentaliteit bij de politie en het Openbaar Ministerie. Ter illustratie kan worden gewezen op het geweldgebruik van de politie bij de beëindiging van demonstraties waarbij strafbare feiten worden gepleegd (zoals lokaalvredebreuk of vernieling). Voor de sympathisanten van de demonstranten is elk gebruik van geweld al te veel – ook als dit binnen de grenzen blijft van art. 7 Politiewet en de Ambtsinstructie. Voor de tegenstanders van de demonstraties wacht de politie veel te lang met het toepassen van geweld, en moet eerder en harder worden ingegrepen.

5 | Vertrouwen en controle in het strafproces: wat is goed en wat is beter?

De centrale vraag in het strafrechtelijke deel van het preadvies is in hoeverre controle op de naleving van strafvorderlijke normen door de politie en het Openbaar Ministerie bij kan dragen aan het vertrouwen in het strafrecht en het strafproces. In deze afrondende paragraaf worden de inzichten uit het voorgaande bij elkaar gebracht.

Vooropgesteld kan worden dat controles en toezicht daadwerkelijk bijdragen aan een betere normnaleving. Het vaststellen van fouten die het Openbaar Ministerie en de politie maken, leidt er met regelmaat toe dat er maatregelen worden genomen om die fouten te voorkomen. Die maatregelen kunnen variëren van het bijwerken van de opleidingen tot omvangrijke kwaliteitsprogramma's. Een voorbeeld daarvan is het programma 'Versterking opsporing en vervolging' naar aanleiding van de gerechtelijke dwaling in de Schiedammer Parkmoord. Dit programma is in 2015 geëvalueerd, waarbij de onderzoekers constateerden dat de genomen maatregelen hebben geleid tot kwaliteitsverbetering van grootschalige opsporingsonderzoeken en het creëren van bewustwording voor de gevaren van tunnelvisie.¹ Een ander voorbeeld zijn de positieve effecten van de controle op de uitvaardiging van strafbeschikkingen door het Openbaar Ministerie. Sinds 2015 heeft de PGHR hierover vijf rapporten geschreven. Naar aanleiding van deze onderzoeken is het Openbaar Ministerie aan de slag gegaan met het verbeteren van werkwijzen en het herstellen van gebreken. Dit heeft tot resultaten geleid, zo constateerde ook de PGHR.² Zo roepen de schuldvaststellingen in strafbeschikkingen in 2022 minder vragen op dan in 2015.³ Daarmee wordt niet gezegd dat deze kwaliteitsprogramma's hebben geleid tot een foutloze praktijk, maar wel dat de normen beter worden nageleefd dan het geval was voordat de controle werd uitgevoerd.

Controles en toezicht – al dan niet met daaruit voortvloeiende verbeterde normnaleving – kunnen ook bijdragen aan een groter vertrouwen in de politie en het Openbaar Ministerie. In het voorgaande is al vastgesteld dat het Wetboek van Strafvordering een genuanceerd systeem van checks-and-balances bevat, en dat dit mede is bedoeld om bij te dragen aan het vertrouwen dat de politie en het Openbaar Ministerie de normen naleven. Maar niet elke controle heeft een positief effect op het vertrouwen, en het verbeteren van de normnaleving draagt hier ook niet per se aan bij. Daarvan

1 C.M.B. Liedenbaum e.a., *Focus in de opsporing*, WODC 2015, p. 21.

2 De PGHR constateert 'dat het OM met grote inzet en voortvarendheid gevolg heeft gegeven aan het rapport *Beschikt en Gewogen*', procureur-generaal bij de Hoge Raad, *Wordt vervolgd: beschikt en gewogen*, Den Haag 2017, p. 13.

3 Procureur-generaal bij de Hoge Raad, *Buiten de rechter OM*, Den Haag 2022.

vormt de controle op de strafbeschikking een illustratie. De verbeteringen hebben namelijk schijnbaar niet geleid tot een groter vertrouwen in de strafbeschikking, en de roep om meer controles van de strafbeschikking is ook niet verstomd.⁴ Het gevolg van uitgevoerde controles op de naleving van strafvorderlijke normen kan daarom ook zijn dat er een (nog) grotere behoefte aan controle ontstaat.⁵ Uitgevoerde controles leiden immers geregeld tot de uitkomst dat er fouten worden gemaakt door de politie en het Openbaar Ministerie. Iets anders is ook moeilijk voorstelbaar. Door gaans gaat het om onderzoek naar grote aantallen zaken of beslissingen. Het is dan te verwachten dat bij dergelijke aantallen het wel eens mis kan gaan: het maken van fouten is menselijk, en iedereen is feilbaar. Niettemin kan de vaststelling van concrete fouten een negatieve invloed hebben op het vertrouwen in (de uitoefening van de werkzaamheden van) de politie en het Openbaar Ministerie. Het verlaagde vertrouwen leidt vervolgens tot de wens om aanvullende controles en kwaliteitswaarborgen. Worden die aanvullende controles wel uitgevoerd, dan volgt een volgende ronde in de cyclus van controle, geconstateerde fouten en oproepen tot meer controle. En worden aanvullende controles niet uitgevoerd, dan roept dit ook wantrouwen op over de naleving van de bestaande normen.

In de relatie tussen controle en vertrouwen is het ook van belang om nader te bepalen om wiens vertrouwen het gaat. De insteek en uitkomsten van toezichthouder hoeven niet altijd aan te sluiten op eenieders ideeën over wat een ‘goed’ strafproces is. Aangenomen kan worden dat het vertrouwen van de verdachte, het slachtoffer en de samenleving afhankelijk is van de mate waarin de geprefereerde doelen van het strafproces worden behaald met de naleving van de strafvorderlijke normen. Over welke doelen het strafproces het precies heeft en hoe de verschillende doelen zich tot elkaar verhouden, wordt echter verschillend gedacht. Daarmee samenhangend is het voor de beoordeling van de naleving van de strafvorderlijke normen van belang hoe deze normen worden uitgelegd, en welke uitleg de voorkeur geniet hangt eveneens samen met de doelen die in het strafproces wordt nagestreefd. Het gevolg is dat de relatie tussen controle en vertrouwen afhankelijk wordt van het perspectief van degene wiens vertrouwen moet worden gewekt. Bewijsuitsluiting kan een positieve uitkomst van de controle zijn voor de verdachte, maar niet worden gewaardeerd door het slachtoffer en door de delen van de samenleving die criminaliteit hard willen aanpakken. Vaststellen dat met de aanvulling van een proces-verbaal een vormverzuim is hersteld, is positief voor degene die een veroordeling wenst, maar negatief voor degene die groot belang hecht aan de publieke bevestiging van de normen.

Aangenomen kan worden dat het feit dat in het strafproces controles worden uitgevoerd in zichzelf een positief effect kan hebben op het vertrouwen – ook zonder dat daarbij gelijk duidelijk wordt wat de effecten zijn op de normnaleving. In toenemende mate lijkt echter een ideaal te worden nagestreefd waarin controles kwantificeerbaar leiden tot betere normnaleving. Het is echter niet vanzelfsprekend dat een con-

4 Malsch bijvoorbeeld stelt naar aanleiding van het laatste toezichtonderzoek naar de strafbeschikking dat de schuldvaststelling ‘nog steeds een probleem is’. Zij concludeert dat het dossieronderzoek ‘een aaneenschakeling van rommeligheden en onzorgvuldigheden’ naar boven bracht en toonde zich verrast dat de procureur-generaal concludeerde dat het OM grotendeels voldoet aan de gestelde wettelijke vereisten aan de strafbeschikking. M. Malsch, ‘Over de dubbeltjes in het recht; De snelle afdoening van strafzaken’, *NJB* 2023, p. 372.

5 Dit past bij wat in de bijdrage van Zouridis op p. 32 een vicious spiral wordt genoemd.

trole leidt tot de verbetering van de normnaleving, laat staan dat deze verbeteringen bij een herhaalde controle eenvoudig in percentages kunnen worden gekwantificeerd. Om de normnaleving te kunnen beïnvloeden dient de controle zo te zijn georganiseerd dat de controleur voldoende informatie heeft voor zijn beoordeling, met gezag kan vaststellen dat de normen zijn overtreden, en aanbevelingen en instructies kan geven voor het aanpassen van werkwijzen die door de gecontroleerde organisaties daadwerkelijk kunnen worden uitgevoerd. Zowel bij de zaaksgerichte controle als bij algemeen toezicht zijn daarbij uitdagingen te identificeren. In beide gevallen is de controleur grotendeels afhankelijk van informatie die de gecontroleerde aanlevert. Bij de zaaksgerichte controle ontbreekt verder met regelmaat een terugkoppeling van het oordeel naar de gecontroleerde, waardoor de gecontroleerde geen reden heeft om op andere wijze te gaan werken. Bovendien is het lastig voor een controlerende officier van justitie of rechter om naar aanleiding van een incident aanbevelingen te doen over hoe in de toekomst de normnaleving kan worden verbeterd. Voor een dergelijke aanbeveling is een analyse van de normovertreding nodig die op basis van een procesdossier moeilijk kan worden gemaakt. Bij algemeen toezicht vindt er wel een terugkoppeling plaats, en worden wel aanbevelingen gedaan over hoe de werkwijzen kunnen worden verbeterd. Daarmee is nog niet gezegd dat de aanbevelingen ook worden uitgevoerd, of – als dat wel wordt gedaan – bijdragen aan een betere normnaleving. Of een aanbeveling daadwerkelijk wordt uitgevoerd en vervolgens zorgt voor een verbeterde normnaleving hangt immers af van de correctheid van de analyse waar de aanbeveling op is gebaseerd. Bovendien zijn het uiteindelijk het Openbaar Ministerie of de politie die de aanbevelingen moeten uitvoeren, en die kunnen andere prioriteiten hebben om de schaarse beschikbare middelen te besteden.

Het is bovendien onduidelijk wat het effect is voor het vertrouwen in de politie en het Openbaar Ministerie als controles vooral worden ingezet voor het bevorderen van normnaleving. Het risico bestaat dat de aandacht vooral komt te liggen op wat fout gaat. Dit brengt het gevaar met zich mee dat de controle leidt tot het ‘afrekenen met anderen’ door de controleur, de verdachte, het slachtoffer en de samenleving en ‘blame avoidance’ door de politie en het Openbaar Ministerie. Op deze manier kan de controle het vertrouwen juist ondermijnen.⁶

Met het relativeren van de bijdrage die controles kunnen en ook zouden moeten leveren aan de verbetering van de normnaleving, is niet gezegd dat deze controles overbodig zijn. Vreemde ogen dwingen – en een strafproces zonder gelaagde controlesystemen laat zich moeilijk denken. Dat geldt in ieder geval voor de zaaksgerichte controles die al oude wortels hebben. Ook algemene toezichtsonderzoeken (thematisch of naar aanleiding van incidenten) kunnen positieve effecten hebben. Controles kunnen de politie en het Openbaar Ministerie ertoe aanzetten werk te maken van gebreken die zij zelf niet zo snel hadden opgemerkt en kunnen oplossingen aandragen waar de gecontroleerde organisaties zelf niet aan hebben gedacht. Om ervoor te zorgen dat controles bij kunnen dragen aan een verbeterde naleving van de strafvorderlijke normen zonder het vertrouwen te schaden, volgt een aantal suggesties zonder daarbij volledig te willen zijn.

6 Zouridis betoogt in zijn bijdrage op p. 42 dat controle-instrumenten met ‘individualiserende’ effecten het vertrouwen kunnen ondermijnen.

In de eerste plaats is het noodzakelijk dat bij zaaksgerichte controles er een terugkoppeling plaatsvindt van het oordeel van de officier van justitie en de rechter dat de strafvorderlijke voorschriften onvoldoende zijn nageleefd. Alleen op die manier is duidelijk voor de gecontroleerde agent of OM-medewerker dat hij of zij anders had moeten handelen. Door de officier van justitie kan de terugkoppeling van het oordeel informeel plaatsvinden in het persoonlijk contact, via de telefoon of e-mail. Bij de rechterlijke uitspraak is dit lastiger, en zal de communicatie via de officier van justitie moeten verlopen. Een eenduidige en eenvoudige werkwijze is dat door het Openbaar Ministerie altijd het rechterlijk vonnis waarin een vormverzuim is vastgesteld ter beschikking wordt gesteld aan de politieagenten die het opsporingsonderzoek hebben verricht. Dan kunnen zij lering trekken uit het oordeel van de rechter over hun werk – of dat oordeel nu positief of negatief is. Daartoe zou art. 365 Sv (en het toekomstige art. 4.3.32) dienen te worden aangepast, zodat daarin wordt opgenomen dat de officier van justitie aan de opsporingsambtenaar altijd een afschrift van vonnis mag verstrekken.

In de tweede plaats lijkt het wenselijk dat bij algemeen toezicht de toezichthouder eerst zoveel mogelijk duidelijkheid verschaft over het te hanteren normenkader. In sommige gevallen zou hij zelfs eerst in gesprek kunnen gaan met de gecontroleerde en andere belanghebbenden in het strafproces over dat toepasselijke normenkader. Als wordt getoetst aan een algemeen geaccepteerde uitleg van het normenkader, dan ziet de controle uiteraard rechtstreeks op de mate waarin de wettelijke voorschriften worden gehandhaafd of uitgevoerd. Doet de toezichthouder onderzoek terwijl er verschillen van inzicht bestaan over het toepasselijke normenkader of de uitleg daarvan, dan kan echter de vraag rijzen naar het effect van de vaststelling van een normschending als de gecontroleerde vooraf ook niet wist dat hij daaraan diende te voldoen. Voor het vertrouwen kan dit nadelig zijn. Bij een verschil van inzicht over het normenkader is het daarom wenselijk dat dit verschil wordt opgelost. Nagedacht kan worden over het creëren van een nieuwe rechtsingang zodat conflicten over de uitleg van normen die normaliter niet door een rechter worden getoetst, toch kunnen worden voorgelegd aan een rechter. Dat zou een ‘cassatie in het belang der wet’-achtige procedure kunnen zijn.

In de derde plaats is het wenselijk dat bij de interpretatie van de uitkomsten van de controles rekening wordt gehouden met het bredere kader waarbinnen de norm functioneert. Dat betreft dus vragen als: op welke manier draagt de naleving van de norm bij aan het bereiken van de doelen van het strafproces? Welke consequenties heeft de niet-naleving van de normen – in de specifieke zaak en in het algemeen? Welke foutenmarge is aanvaardbaar? Daarbij kan in overweging worden genomen dat perfectie zelden wordt bereikt, en het benaderen van perfectie erg kostbaar kan zijn. Vanwege de noodzaak tot afweging van belangen, en de beperkte hoeveelheid middelen gaat perfectie op het ene punt daarbij altijd ten koste van een ander punt. Moet de schuldvaststelling van een strafbeschikking beter, dan worden er meer feiten geseponneerd. Moet elk slachtoffer individueel worden beoordeeld, dan duurt de verwerking van aangiftes langer, enz. Vanuit de eigen expertise hebben controleurs en toezichthouders een unieke positie om te kunnen ondersteunen bij de belangenafwegingen die telkens weer moeten worden gemaakt door de politie en het Openbaar Ministerie. Aan te bevelen is dus dat de controleurs en toezichthouders rekening houden met

deze brede belangenafweging, en dat de fouten die worden ontdekt geplaast worden tegen het bredere kader waarbinnen de norm functioneert.

Als laatste punt – meer in het algemeen – kan worden betwijfeld of de kwaliteit van het strafvorderlijke overheidsoptreden en het vertrouwen van de verdachte, slachtoffers en de samenleving daarin, is gebaat bij het (blijven) uitbreiden van strafvorderlijke normen. Het resultaat van controles is vaak de wens en aanbeveling om preciezer te registreren, nauwkeuriger te formuleren, meer protocollen op te stellen en na te laten volgen. De mentale ruimte om alle regels en normen te verwerken is echter beperkt, ook voor politieagenten en OM-medewerkers. Het dichtregelen van het werk staat op gespannen voet met de professionele autonomie die van de medewerkers van de politie en het Openbaar Ministerie mag wordt verwacht. Verdachten en slachtoffers voelen zich bovendien niet per se meer serieus genomen als zij opmerken dat er bij de afhandeling van de strafzaak vooral afvinklijstjes worden afgelopen. Ruimte voor professionele autonomie veronderstelt wel een zeker vertrouwen dat de politie en het Openbaar Ministerie op de juiste manier de strafvorderlijke normen kunnen en zullen toepassen, zelfs als blijkt dat er soms fouten worden gemaakt.

Uiteindelijk hangt het vertrouwen in het strafrecht vermoedelijk minder samen met de naleving van de strafvorderlijke normen door de politie en het Openbaar Ministerie, en meer met de verwachtingen die er bij de verdachte, bij het slachtoffer en bij de samenleving leven over wat het strafrecht kan betekenen. Die verwachtingen van het strafrecht zijn tegenstrijdig, net als de doelen die met het strafproces worden nagestreefd. Deze verwachtingen kunnen niet allemaal worden waargemaakt. Bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten kan geen enkel doel volledig worden bereikt: de feiten kunnen niet in detail worden gereconstrueerd, een inbreuk op de rechten en vrijheden van verdachten dient vaak te worden gemaakt en de middelen om de strafbare feiten op te sporen blijven beperkt. Enigszins relativiserend: het besef dat iedereen een beetje tevreden of een beetje ontevreden houden het beste is wat de politie en het Openbaar Ministerie kunnen doen, kan mogelijk meer doen voor het vertrouwen in het strafrecht dan te controleren of alle strafvorderlijke normen precies worden nageleefd.

Samenvatting

In het strafrechtelijke deel van het preadvies staat de vraag centraal in hoeverre controle op de naleving van strafvorderlijke normen door de politie en het Openbaar Ministerie bij kan dragen aan het vertrouwen in het strafrecht en het strafproces.

Controle in het strafrecht kan worden verdeeld in twee soorten: zaaksgerichte controle en algemeen toezicht. De officier van justitie, de rechter-commissaris en de zittingsrechters controleren de inzet van onderzoeksbevoegdheden in specifieke zaken. De zaaksgerichte controle wordt uitgevoerd op basis van de informatie in het procesdossier. Of de toepasselijke wettelijke normen worden nageleefd wordt beoordeeld in het licht van de feiten en omstandigheden van de zaak op basis van een normenkader waarover in de zittingszaal discussie kan worden gevoerd. Wat er precies wordt gedaan met een geconstateerde normovertreding is niet altijd duidelijk, mede omdat de terugkoppeling niet structureel is geregeld. Algemeen toezicht wordt gehouden door onder meer de Inspectie Justitie en Veiligheid en de procureur-generaal bij de Hoge Raad. Bij algemeen toezicht wordt de informatie verzameld door dossieronderzoek en interviews. Het beoordelingskader wordt vastgesteld door de toezichthouder, zonder dat de ondertoezichtgestelde dit beoordelingskader kan laten toetsen door een rechter. Het algemeen toezicht is gericht op een bepaald onderwerp of thema waarbij wordt onderzocht of de normen worden nageleefd. Naar aanleiding van een onderzoek kan de toezichthouder aanbevelingen doen, maar de opvolging daarvan kan in de regel niet worden afgedwongen.

Sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering in 1926 is het strafproces in toenemende mate genormeerd en gecentraliseerd. Daarmee zijn zowel de omvang van het normenkader als de mogelijkheden tot controle toegenomen. Uitgangspunt is veelal dat de met opsporing belaste organen alle noodzakelijk bevoegdheden ter bestrijding van de criminaliteit krijgen, maar tegelijkertijd aan de uitoefening daarvan steeds zoveel waarborgen zouden moeten worden verbonden als maar enigszins met de uitoefening van die bevoegdheden verenigbaar is. Dit kan door middel van rechterlijke controle, maar waar dit niet mogelijk is kan externe controle het gebrek aan rechterlijke oordelen compenseren. Zogezien vloeit de toename van controle op de politie en het Openbaar Ministerie niet voort uit een gebrek aan vertrouwen, maar kan het juist bijdragen aan het vertrouwen in de werking van deze organisaties. Tegelijkertijd leidt een toename van controle niet zonder meer tot een groter vertrouwen in de politie en het Openbaar Ministerie, en uiteindelijk in het strafrecht. Hierbij speelt mee dat de beoordeling of de strafvorderlijke normen worden nageleefd door de politie en het Openbaar Ministerie – en de consequenties die

aan een negatief oordeel daarover worden verbonden – mede afhankelijk zijn van wat in het licht van de doelen van het strafrecht van deze organisaties wordt verwacht. Deze beoordeling kan anders uitvallen afhankelijk van de voorkeuren en belangen van de verdachte, het slachtoffer en de samenleving.

Controles en toezicht kunnen bijdragen aan een betere normnaleving. Het vaststellen van fouten die het Openbaar Ministerie en de politie maken, leidt er met regelmaat toe dat maatregelen worden genomen om die fouten te voorkomen. Tegelijkertijd bestaat het gevaar dat bij de controle vooral de nadruk komt te leggen op gemaakte fouten. Dit kan het vertrouwen in de politie en het Openbaar Ministerie ondermijnen. Er kunnen maatregelen worden genomen waardoor controles bij kunnen dragen aan een verbeterde naleving van de strafvorderlijke normen zonder het vertrouwen te schaden. In dat kader helpt het ook om realistische verwachtingen te hebben over het functioneren van de politie en het Openbaar Ministerie: niet alle fouten kunnen worden voorkomen.

Stellingen:

1. Controleurs dienen bij het verbinden van consequenties aan geconstateerde overtredingen van strafvorderlijke voorschriften rekening te houden met het doel van het voorschrift en het kader waarbinnen het voorschrift functioneert.
2. In het Wetboek van Strafvordering moet worden opgenomen dat de officier van justitie een vonnis van de rechter altijd mag verstrekken aan een opsporingsambtenaar.

Ministeriële verantwoordelijkheid tussen controle en vertrouwen

Hansko Broeksteeg en Lisanne Groen

1	Inleiding	143
1.1	<i>‘Vertrouwen is niet vanzelfsprekend’</i>	143
1.2	<i>Centrale vraagstelling</i>	144
1.3	<i>Functies van het staatsrecht en overheidsoptreden</i>	145
2	Ministeriële verantwoordelijkheid	147
2.1	<i>Aard, doel en omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid</i>	147
2.2	<i>Stelselverantwoordelijkheid</i>	149
2.3	<i>Ministeriële verantwoordelijkheid onder druk</i>	150
3	Parlementaire controle	155
3.1	<i>Aard, doel en omvang van de inlichtingenplicht</i>	155
3.2	<i>Effectuering van de inlichtingenplicht</i>	156
3.3	<i>Onderzoeksbevoegdheden</i>	159
3.4	<i>Het inlichtingenrecht, de Woo en openbaarheid van bestuur</i>	161
3.5	<i>Parlementaire controle in het licht van ministeriële verantwoordelijkheid en vertrouwen</i>	165
4	De vertrouwensregel	167
4.1	<i>Doel van de vertrouwensregel</i>	167
4.2	<i>Werking van de vertrouwensregel</i>	168
4.3	<i>Vertrouwen in het licht van ministeriële verantwoordelijkheid</i>	170
5	Ministeriële verantwoordelijkheid (her)overwogen	173
5.1	<i>Ministeriële verantwoordelijkheid</i>	174
5.2	<i>Andere staatsrechtelijke leerstukken</i>	176
5.2.1	Parlementaire controle	176
5.2.2	De vertrouwensregel	179
5.3	<i>Overige, verderstrekkende voorstellen</i>	180
5.4	<i>Tot slot</i>	182
	Samenvatting	183

1 Inleiding

1.1 ‘Vertrouwen is niet vanzelfsprekend’

“Wij moeten hard werken om het vertrouwen van Nederlanders te verdienen. Iedere dag opnieuw. Want vertrouwen is niet vanzelfsprekend.” Het zijn zinnen uit de inleiding van het Hoofdlijnenakkoord, gesloten tussen de fracties van PVV, VVD, NSC en BBB, dat werd gepresenteerd op 16 mei 2024.¹ Inderdaad lijkt er werk aan de winkel: uit onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) – uitgevoerd in het kader van het recent gepubliceerde rapport van de Staatscommissie rechtsstaat² – blijkt dat slechts 42% van de door hen ondervraagde burgers het vertrouwen in de Tweede Kamer en de regering een voldoende gaf. En hoewel de steun voor de democratie en rechtsstatelijke waarden nog steeds groot is, ziet een kwart tot een derde van de Nederlanders wel iets in meer autocratische of technocratische vormen van bestuur, en is er ook onder voorstanders van de representatieve democratie steun voor illiberale waarden als de situatie daar in hun ogen om vraagt.³ Volgens het SCP spelen daarbij verschillende aspecten van het overheidsfunctioneren een rol. In de eerste plaats zijn dat het probleemoplossend vermogen en de responsiviteit van de politiek. Problemen worden volgens burgers niet adequaat aangepakt, en dat zou mede komen doordat politici onvoldoende luisteren en ‘weten wat er speelt’. Daarnaast hebben burgers niet steeds de indruk dat geboekte resultaten op rechtvaardige wijze tot stand zijn gekomen: zij ervaren het besluitvormingsproces als onvoldoende transparant en betwijfelen of de Tweede Kamer voldoende mogelijkheden heeft om de regering te controleren.

Niet alleen hebben burgers weinig vertrouwen in de politiek, ook *tussen* politieke actoren lijkt vertrouwen een probleem. Gevallen waarin het parlement niet tijdig, onjuist of onvolledig werd geïnformeerd hebben geleid tot een toename van het aantal moties van wantrouwen en verhitte discussies over de reikwijdte van art. 68 Grondwet, waarin de inlichtingenplicht van bewindspersonen jegens Kamerleden is

1 *Hoop, lef en trots*, hoofdlijnenakkoord 2024-2028 van PVV, VVD, NSC en BBB, bijlage bij *Kamerstukken II* 2023/24, 36471, nr. 37.

2 Staatscommissie rechtsstaat, *De gebroken belofte van de rechtsstaat*, 1 juni 2024, Adviesrapport 'De gebroken belofte van de rechtsstaat' | Staatscommissie rechtsstaat.

3 *Burgers over democratie en rechtsstaat. Kennisnotitie voor de Staatscommissie rechtsstaat*, p. 5; Kennisnotitie SCP voor de Staatscommissie rechtsstaat | Publicatie | Sociaal en Cultureel Planbureau. Dat is relatief gezien overigens niet schrikbarend weinig; het ligt ongeveer op het Europees gemiddelde.

opgenomen.⁴ Naar aanleiding van de toeslagenaffaire heeft het kabinet te kennen gegeven de informatievoorziening aan het parlement ‘radicaal anders’ te zullen gaan aanpakken. Daarnaast heeft het parlement initiatieven ontplooid om zijn controlerende taak te versterken, zoals de introductie van een ‘beknpte parlementaire enquête’ als gevolg van de experimenten met de parlementaire ondervraging. De inwerking-treding van de Wet open overheid (Woo) moet voorts tot meer openheid en transparantie van overheidsbesluitvorming leiden, want die waarden zouden ‘essentieel’ zijn voor het vertrouwen tussen samenleving en overheid.⁵ Weliswaar is het vertrouwen van burgers *in* de overheid niet hetzelfde als vertrouwen *binnen* de overheid (zoals de vertrouwensrelatie tussen parlement en regering), maar er is wel een verband. Het afnemende vertrouwen tussen politieke instituties kan bijdragen aan een erosie van vertrouwen van burgers in de overheid. Het beeld van ruziënde politici of politieke actoren die elkaar verwijten maken, draagt in ieder geval niet bij aan méér vertrouwen van burgers.

In de eerste plaats enkele geruststellende woorden: het is, zoals ook uit het preadvies van Zouridis bleek, niet dramatisch gesteld met het institutioneel vertrouwen in Nederland. Ook het vertrouwen in de politiek is in de afgelopen periode niet structureel gestegen of gedaald; er is veeleer sprake van fluctuaties.⁶ Van een laag vertrouwen in de politiek vanwege structurele onthechting zou geen sprake zijn.⁷ Niettemin is het vertrouwen in politieke instellingen wél wezenlijk lager dan (bijvoorbeeld) het vertrouwen in de rechter, de politie en het leger.⁸

Hoe voorkomen we dat het vertrouwen in de politiek verder daalt of – beter nog – hoe kunnen we ervoor zorgen dat het stijgt? Volgens het SCP is verantwoording in dit verband een sleutelbegrip. Mensen moeten kunnen zien dat de politieke instellingen er voor iedereen zijn en werken, en dus moet verantwoording worden afgelegd over de totstandkoming, de uitvoering en de uitkomsten van beleid. Daarvoor is volgens het SCP ook transparantie nodig. Niet als doel op zich, maar als middel om goed verantwoording te kunnen afleggen. Verantwoording afleggen draait niet om het geven van zoveel mogelijk informatie, maar om relevante, tijdige en toegankelijke informatie, én om uitleggen, rekenschap geven en het motiveren en verdedigen van beleid: niet zozeer openbaarheid, maar openheid dus.⁹

1.2 Centrale vraagstelling

Het gebrek aan vertrouwen tussen de politieke instituties enerzijds en van burgers in de politiek anderzijds lijkt verband met elkaar te houden. De onvrede van Kamerle-

4 P.P.T. Bovend'Eert, 'Wat mag het parlement wel en niet weten? Inlichtingenplicht en parlementaire controle op grond van artikel 68 rondom de toeslagaffaire', *NJB* 2021/654.

5 De nieuwe Woo komt eraan | Nieuwsbericht | Rijksoverheid.nl.

6 T. van der Meer, 'Wanneer politiek wantrouwen politiek wordt', in: P. Dekker (red.), *Politieke polarisatie in Nederland*, Utrecht: Het Wereldvenster 2022, p. 103-104.

7 Uit onderzoek van het SCP blijkt dat vertrouwen in de overheid mede afhangt van leeftijd, opleiding en politieke voorkeur. Dat laatste laat, aldus Van der Meer, zien dat wantrouwen ook gepolitiseerd is geraakt. Van der Meer 2022, p. 104-105.

8 Scp.nl, geraadpleegd november 2024. De cijfers zijn uit 2022.

9 *Burgers over democratie en rechtsstaat. Kennisnotitie voor de Staatscommissie rechtsstaat*, p. 62; Kennisnotitie SCP voor de Staatscommissie rechtsstaat | Publicatie | Sociaal en Cultureel Planbureau.

den omtrent de informatievoorziening door de regering, de politieke conflicten en affaires die al dan niet uitmonden in een motie van wantrouwen, alsmede andere factoren zoals de lange duur van kabinetsformaties, zijn uitingen van gebrek aan vertrouwen tussen politieke instituties én geven voeding aan verlies van vertrouwen van burgers in de overheid. In dit preadvies gaan wij dan ook uit van de veronderstelling dat een herstel van vertrouwen *tussen* politieke instituties kan leiden tot meer vertrouwen *in* de politiek.

Verantwoording speelt hierin een cruciale rol. Het afleggen van verantwoording gebeurt in Nederland onder meer door middel van de ministeriële verantwoordelijkheid, op grond waarvan bewindspersonen gehouden zijn aan het parlement verantwoording af te leggen over het regeringsbeleid. Dit beleid wordt door het parlement gecontroleerd, waarvoor de al genoemde grondwettelijke inlichtingenplicht onontbeerlijk is. Zowel de ministeriële verantwoordelijkheid als de inlichtingenplicht kunnen worden gesanctioneerd door middel van de vertrouwensregel. Het functioneren van deze staatsrechtelijke mechanismen is zo bezien niet alleen relevant voor de goede werking van het parlementaire stelsel, maar ook voor het vertrouwen van burgers daarin.

We zullen in dit preadvies onderzoeken hoe de politieke ministeriële verantwoordelijkheid zich verhoudt tot parlementaire controle en de vertrouwensregel. Hoe wordt de werking van deze staatsrechtelijke leerstukken beïnvloed door afnemend vertrouwen van enerzijds burgers in de politiek en anderzijds de Tweede Kamer in ministers of het kabinet? Leidt dat bijvoorbeeld tot meer of strengere controle, of nieuwe controle-instrumenten? En moeten wellicht aanpassingen plaatsvinden, bijvoorbeeld in de vorm van een andere invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid of een gewijzigde verhouding ten opzichte van andere leerstukken? Op deze vragen gaan wij hierna in, maar niet voordat we eerst kort iets zeggen over de functie van het staatsrecht.

1.3 Functies van het staatsrecht en overheidsoptreden

Aan het staatsrecht worden verschillende functies toegedicht: constituerend (het stelt ambten in), attribuerend (het verleent aan deze ambten bevoegdheden) en regulerend (de uitoefening van deze bevoegdheden wordt begrensd). Hoewel daarvoor in het Nederlandse constitutionele recht geen grondslag is aan te wijzen – en dus geen sprake is van een juridische functie van het staatsrecht –,¹⁰ gaat van het staatsrecht ook een zekere *legitimerende* werking uit: het zou moeten bijdragen aan de aanvaarding van overheidsgezag en aan het vertrouwen dat burgers hebben in het recht en de handelingen van de overheid op grond van dat recht. Anders gezegd: de inhoud van het staatsrecht beïnvloedt de wijze waarop burgers vertrouwen hebben in het recht en in de handelingen van de overheid op grond van het recht. Dat is nodig voor het ‘werken’, voor het ‘in stand blijven’ van de democratische rechtsstaat, zoals Zouridis in zijn preadvies beschrijft. Daarvoor zijn – naast rechtsnormen en rechtsregels – nog twee zaken nodig: in de eerste plaats een ‘normatieve institutionele orde’, waarin

10 C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 22.

mensen zich overwegend normconform gedragen; in de tweede plaats dat wordt gehandhaafd als mensen zich niet normconform gedragen.¹¹

In dit verband zijn verschillende noties van belang als het gaat om *optreden door de overheid zelf*. Om te beginnen is de kern van de genoemde rechtsnormen en rechtsregels neergelegd in het document dat centraal staat in onze constitutie: de Grondwet. Die heeft een sober en open karakter en wordt wel als rigide aangemerkt. Grote grondwetswijzigingen zijn zeldzaam en maatschappelijke veranderingen vinden vaak plaats buiten de Grondwet om. De Grondwet laat daarvoor veel ruimte – al wordt die gedeeltelijk opgevuld door ongeschreven staatsrecht, conventies en gewoonten – maar biedt slechts in beperkte mate een richtinggevend kader.¹² Een richtinggevend kader wordt ook maar beperkt geboden voor ‘normconform gedrag’ van overheidsorganen zélf, in het bijzonder van de politieke ambten. Uit de Grondwet valt niet altijd af te leiden hoe zij zich moeten gedragen. Veel van de ongeschreven regels en gebruiken die gelden, hebben zich in de loop van de tijd ontwikkeld. Dat geldt zelfs voor de vertrouwensregel, die toch als een van de pijlers van ons parlementaire stelsel kan worden aangemerkt, en waarvan de toepassing overigens nog steeds niet in beton is gegoten. Daarnaast kunnen de gedragingen van deze politieke ambten slechts beperkt worden afgedwongen. De Grondwet bevat geen regels voor wat er moet gebeuren als Kamerleden en ministers het oneens zijn: voor het oplossen van conflicten is er uiteindelijk alleen de reeds genoemde, ongeschreven vertrouwensregel. Een constitutionele rechter ontbreekt.

¹¹ Zie paragraaf 2.3 van het preadvies van Zouridis.

¹² L.F.M. Verhey, L.C. Groen & T.J. van Ernst, ‘De Grondwet “revisited”: geleidelijke aanpassing en verdiepende interpretatie’, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch, p. 53-93.

2.1 Aard, doel en omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid

Tot 1848 was van een verantwoordingsplicht van ministers ten opzichte van het parlement geen sprake. In dat jaar kwam in de Grondwet te staan dat de Koning onschendbaar is en de ministers verantwoordelijk zijn.¹ Daarmee werd de politieke ministeriële verantwoordelijkheid in de Grondwet geïntroduceerd en waren ministers voortaan niet meer aan de Koning, maar aan het parlement verantwoording verschuldigd. Via de politieke ministeriële verantwoordelijkheid is de controle van de regering door het parlement geleidelijk aan steeds intensiever geworden.² De ministeriële verantwoordelijkheid heeft daardoor een ruimere betekenis gekregen: haar relevantie in relatie tot de onschendbare koning is van minder grote betekenis geworden; zij vormt nu vooral de staatsrechtelijke basis om democratische controle op het openbaar bestuur mogelijk te maken.³

Om de kern en de functie van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid nader te duiden, is in de eerste plaats van belang te bezien wat moet worden verstaan onder het afleggen van verantwoording. Dat omvat de verplichting om inlichtingen te verstrekken (die verplichting staat in art. 68 Grondwet), maar het is méér dan dat. Ministers zijn over het handelen en nalaten van het overheidsbestuur rekenschap verschuldigd: zij worden geacht besluiten en beleid uit te leggen, te motiveren en te verdedigen.⁴

Door die verantwoordelijkheid daarnaast exclusief bij ministers te beleggen kan controle door de volksvertegenwoordiging tot stand komen. De minister is de enige die door het parlement ter verantwoording kan worden geroepen. Voor de Koning en – tegenwoordig relevanter – voor ambtenaren geldt dat het parlement hen niet kan aanspreken. Het handelen en nalaten van de Koning en de ambtelijke dienst wordt toegerekend aan de minister. Daardoor kan het overheidsbestuur beheersbaar en controleerbaar worden gemaakt voor de volksvertegenwoordiging: de minister is het

1 Art. 53 Grondwet 1848: de Koning is onschendbaar; de ministers zijn verantwoordelijk; thans art. 42 lid 2 Grondwet.
2 D.J. Elzinga, G. Hoogers & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 515.

3 *Steekhoudend ministerschap, Kamerstukken II 1992/93, 21427*, nr. 41, p. 7; P.P.T. Bovend'Eert en H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 373.

4 J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004, p. 17-19.

centrale aanspreekpunt en zo als het ware het ‘scharnier’ om democratische controle op de overheidsorganisatie effectief mogelijk te maken.⁵ Slaagt een minister er naar het oordeel van een meerderheid van de Tweede Kamer niet in om op een goede manier verantwoording af te leggen, dan kan het vertrouwen in de betreffende minister worden opgezegd – de Kamer kan dus sanctioneren (al komt zowel aan de ministeriële verantwoordelijkheid als aan de vertrouwensregel zelfstandige betekenis toe).

Ten slotte is de relatie tussen ministeriële verantwoordelijkheid en ministeriële bevoegdheden van belang. Dat ministers verantwoording dienen af te leggen, impliceert dat zij voor datgene waarop die verantwoording betrekking heeft ook verantwoordelijk moeten *zijn*: zij hebben daarover zeggenschap; alleen dan kunnen zij immers daadwerkelijk aan hun verantwoordelijkheid en verantwoordingsplicht gestalte geven. Om die reden wordt aangenomen dat ministeriële verantwoordelijkheid alleen kan bestaan voor de (niet-)uitoefening van bevoegdheden van de minister,⁶ oftewel: geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid.⁷

Gelet daarop én op het feit dat de ministeriële verantwoordelijkheid is gekoppeld aan het ambt van minister, geldt voor wat betreft de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid dat ministers in ieder geval verantwoordelijk zijn voor hun eigen handelen en dat van hun ambtsvoorgangers.⁸ De verantwoordelijkheid van ministers als onderdeel van de regering wordt onderstreept door de grondwettelijk vereiste contra-seinering van wetten en koninklijke besluiten. Verder zijn zij verantwoordelijk voor het handelen van de ambtelijke dienst die onder hen ressorteert.

Hoewel bewindspersonen niet van alles wat op hun ministerie gebeurt steeds precies op de hoogte kunnen zijn, doet dat aan de omvang van de verantwoordelijkheid niet af: de mogelijke verwijtbaarheid van de minister is geen criterium voor de vraag of een minister verantwoordelijk kan worden gehouden.⁹ Ambtenaren zelf zijn, als gezegd, niet politiek verantwoordelijk. Zij leggen slechts intern – dus binnen het departement – verantwoording af.

De wijze waarop de ministeriële verantwoordelijkheid voor het overheidsbestuur is vormgegeven – politiek verantwoordelijke ministers moeten het parlement reken-schap geven omtrent hun handelen, waarbij geldt dat het handelen van de Koning en de ambtelijke dienst aan hen wordt toegerekend – moet het parlement in staat stellen om de regering effectief te kunnen controleren. Dat is van belang in het kader van het functioneren van onze parlementaire democratie, en dus ook in het belang van de samenleving als geheel. In een ongevraagd advies noemt de Afdeling advisering van de Raad van State een goede werking van de ministeriële verantwoordelijkheid zelfs ‘cruciaal’ voor het vertrouwen van burgers in de overheid.¹⁰ Burgers moeten kunnen

5 *Steekhoudend ministerschap*, p. 8.

6 Afgezien van de verantwoordelijkheid van de Koning in art. 42 lid 2 Grondwet; Kortmann 2021, p. 358.

7 Dit adagium is gemunt in *Steekhoudend ministerschap*, p. 9 en wordt breed gedragen in de staatsrechtelijke literatuur. Andere opvattingen bestaan echter ook; zie hierover paragraaf 2.2 (stelselverantwoordelijkheid).

8 Zie bijv. I.A. van den Driessche, *Politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Het Nederlandse begrip in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 190-202; Kortmann 2021, p. 358-358 of A.W. Heringa, L.F.M. Verhey & W. van der Woude, *Staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 258-259.

9 *Van der Pot*, p. 516; Kortmann 2021, p. 358-359.

10 AARvS 15 juni 2020, *Ministeriële verantwoordelijkheid*, W04.20.0135/1, p. 7.

zien wie namens de overheid uitleg geeft over de gemaakte keuzes en de uitvoering daarvan, ook als iets niet is gelukt of als de overheid iets niet kan leveren. Als de overheid zich duidelijk aanspreekbaar toont, zullen burgers ook eerder inzien dat de overheid niet alles kan en dat ook de overheid fouten maakt.

2.2 Stelselverantwoordelijkheid

Een bijzondere vorm van ministeriële verantwoordelijkheid is de zogenoemde stelsel- of systeemverantwoordelijkheid. Hiervoor werd benadrukt dat de omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid afhangt van de bevoegdheden die een minister heeft. Dat betekent dat geen sprake kan zijn van politieke verantwoordelijkheid als bevoegdheden ontbreken. Zo zijn ministers maar beperkt verantwoordelijk voor zelfstandige bestuursorganen (hierna: zbo's), omdat zij niet hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een minister.¹¹ De taakuitoefening van zbo's is expliciet buiten een ministerie – en dus buiten ministeriële verantwoordelijkheid – geplaatst, bijvoorbeeld omdat bijvoorbeeld behoefte is aan 'onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid'.¹² Ook als de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van een wet is opgedragen aan provincies of gemeenten (zoals bij de Omgevingswet of de Jeugdwet) of de taak is geprivatiseerd (zoals de post), is de ministeriële verantwoordelijkheid beperkt.

In zulke gevallen wordt niettemin soms aangenomen dat sprake is van stelselverantwoordelijkheid. Dit begrip, dat vanaf het begin van deze eeuw aan een geleidelijke opmars bezig is, impliceert dat ministers verantwoordelijk zijn voor de werking van een bepaald wettelijk stelsel, ook als de uitvoering daarvan is belegd bij zbo's, decentrale overheden of marktpartijen. Ministers dragen dan geen volledige, maar wel een soort 'algemene' verantwoordelijkheid.¹³ Die betreft in beginsel het wettelijke stelsel, maar wordt in de praktijk breder uitgelegd: een minister is verantwoordelijk voor al hetgeen binnen zijn portefeuille gebeurt. Dat zorgt soms voor onduidelijkheid: als wordt uitgegaan van een 'gedeelde verantwoordelijkheid', bijvoorbeeld tussen het Rijk en gemeenten in geval van decentralisatie, zijn duidelijke afspraken en rolvastheid onontbeerlijk, maar ook lastig te bereiken.¹⁴

¹¹ Art. 1 aanhef en onder a Kaderwet zbo's.

¹² Art. 3 lid 1 onder a Kaderwet zbo's. Het Commissariaat voor de Media is een voorbeeld.

¹³ Om deze reden zijn staatsrechtjuristen over het algemeen niet enthousiast over het begrip 'stelselverantwoordelijkheid'. Zijlstra en Wilkeshuis hebben stelselverantwoordelijkheid wel omarmd, en zien die als 'ministeriële verantwoordelijkheid ex ante', die in concreto kan worden afgebakend door het publieke-taakbegrip. S.E. Zijlstra & K. Wilkeshuis, 'Verantwoordelijkheid: bevoegdheid en publieke taak', in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006. Zie ook S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatie-recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 84-85. Zie voor positievere (bestuurskundige) benaderingen: Nederlandse School voor het openbaar bestuur (NSOB), *De som en de delen. In gesprek over systeemverantwoordelijkheid*, Den Haag 2016; Raad voor het openbaar bestuur (ROB), *De bestuurlijke verantwoordelijkheid voor systemen*, Den Haag 2016.

¹⁴ AARvS 30 september 2016, *Vierde periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen na de decentralisaties in het sociale en fysieke domein*, W04.15.0367/1, par. 4.3.2-4.3.5.

Of de figuur van stelselverantwoordelijkheid in dit verband van toegevoegde waarde is, is de vraag.¹⁵ In haar ongevraagd advies over de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid stelt de Afdeling advisering van de Raad van State dat stelselverantwoordelijkheid soms wordt gebruikt om het terrein dat door uitplaatsing van bevoegdheden (door het instellen van zbo's, decentralisatie of privatisering) verloren is gegaan, terug te winnen vanuit de gedachte dat als op grond van een wettelijk stelsel een publiek belang wordt behartigd, een minister aanspreekbaar moet zijn op de werking van het stelsel als geheel. Hoewel de Afdeling deze gedachte *an sich* niet afwijst – en ook stelt dat de minister die hierover door het parlement wordt bevraagd, naar beste vermogen aan zijn informatieplicht (art. 68 Grondwet) zal moeten voldoen – waarschuwt zij wel dat hierdoor de ministeriële verantwoordelijkheid te ruim kan worden uitgelegd. De Afdeling adviseert daarom de grenzen van de ministeriële verantwoordelijkheid duidelijker te markeren en stelselverantwoordelijkheid zoveel mogelijk af te bakenen.¹⁶

Stelselverantwoordelijkheid is, kortom, lastig te rijmen met de staatsrechtelijke regel dat ministers slechts verantwoordelijk zijn voor zover zij bevoegdheden hebben. Zij kan ertoe leiden dat ministers, ook al hebben zij geen bevoegdheden, de noodzaak voelen om in te grijpen als zij worden aangesproken op de onderwerpen waarvoor zij stelselverantwoordelijk zijn. De regel 'geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid' lijkt dan te veranderen in 'indien verantwoordelijk, dan ook bevoegd',¹⁷ terwijl ministers met een beroep op stelselverantwoordelijkheid alleen om bevoegdheden kunnen vragen.¹⁸ Dat dit nog wel eens misgaat bleek bijvoorbeeld in december 2021 toen een aantal gemeenten door de Minister van BZK en de Staatssecretaris van JenV werd gesommeerd om te voorzien in noodopvang voor asielzoekers. Deze 'aanwijzing' werd gegeven vanwege de 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' van alle Nederlandse overheden om asielzoekers op te vangen.¹⁹ De staatssecretaris moest later erkennen dat een wettelijke grondslag hiervoor echter ontbrak, en dat geen sprake was van een aanwijzing 'in juridische zin'.²⁰

2.3 Ministeriële verantwoordelijkheid onder druk

Ministeriële verantwoordelijkheid is, als gezegd, van groot belang voor het functioneren van onze democratische rechtsstaat en parlementaire democratie. Deze vorm van verantwoordelijkheid zorgt ervoor dat ministers aanspreekbaar zijn op het overheidsbestuur en daarover verantwoording afleggen in het parlement. Dat is niet

15 Zie bijv. het rapport van de commissie-Van Aartsen, *Om de leefomgeving. Omgevingsdiensten als gangmaker voor het bestuur*, 4 maart 2021, p. 33 e.v. Zie hierover ook A.M. Blomberg, 'Omgevingsdiensten: op afstand, maar niet onafhankelijk', *M en R* 2021/92, p. 648-657.

16 AARvS 15 juni 2020, *Ministeriële verantwoordelijkheid*, W04.20.0135/I, p. 44-46 en 66-68. In het nader rapport stelt het kabinet de aanbeveling om de grenzen van de ministeriële verantwoordelijkheid vaker te markeren, ter harte te nemen. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 35570, nr. 47, p. 8.

17 Kortmann 2021, p. 361.

18 S.E. Zijlstra, 'Organisaties op afstand en het (ontbreken van) wetgevingsbeleid', preadvies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2024, www.nvvw.eu.

19 *Kamerstukken II* 2021/22, 19637, nr. 2806.

20 *Aanhangsel Handelingen II* 2021/22, nrs. 1304 en 1305. Zie ook S.A.J. Munneke & C.H. Slingenberg, *Aanwijzing aan gemeenten voor de opvang van asielzoekers*, verblijfblog.nl, 22 december 2021 (Aanwijzing aan gemeenten voor de opvang van asielzoekers | [Verblijfblog](http://verblijfblog.nl)).

slechts van belang voor het goed kunnen uitoefenen van de controlerende (en mede-wetgevende) taken van volksvertegenwoordigers; het is tevens van belang voor de samenleving als geheel. Een minister die aan het parlement verantwoording aflegt, fungeert als zichtbaar aanspreekpunt, en dat kan bijdragen aan het kweken van begrip voor bepaalde overheidsbeslissingen – ook als die soms niet goed uitpakken.

Sinds de ministeriële verantwoordelijkheid ruim 175 jaar geleden werd ingevoerd, is de overheidsorganisatie ingrijpend veranderd. Het overheidsbeleid was in 1848 zeer beperkt. Toen in de loop van de twintigste eeuw de verzorgingsstaat zich begon te ontwikkelen, richtte het overheidsbeleid zich steeds meer op het bevorderen van het welzijn van grote groepen burgers. Zaken als arbeidsomstandigheden, ruimtelijke ordening en sociale zekerheid – die voordien niet, op veel kleinere schaal of centraal waren geregeld – werden binnen het domein van de centrale overheid getrokken. Daarvoor waren en zijn veel geld en veel ambtenaren nodig. Ook andere verstrekkende ontwikkelingen zijn van belang voor de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid, zoals het ontstaan van de Europese Unie en daarmee een meerlagige rechtsorde, de beweging naar een ‘administrative state’ (door het beleggen van regelgevende bevoegdheden bij het bestuur met als argument dat daar over meer specifieke kennis wordt beschikt, de zogenoemde ‘terugtrek van de wetgever’²¹) en ‘uitplaatsing’ van overheidstaken, bijvoorbeeld door ze over te dragen aan zbo’s.

Daarnaast is ook het staatsrecht ingrijpend veranderd. Aan het einde van de negentiende eeuw ontstonden politieke partijen, die in de loop van de twintigste eeuw een steeds prominenter plek verwierven in het democratisch bestel. Evenredige vertegenwoordiging, parlementaire kabinetten, gedetailleerde regeerakkoorden en fractie-discipline leidden tot een meer monistische verhouding tussen regering en parlement. Ook het karakter van vertegenwoordiging wijzigde: niet langer bestond de Tweede Kamer uit individuele Kamerleden die elk zelfstandig het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigden, maar uit fracties van politieke partijen die daarvan samen een afspiegeling vormden.²² Inmiddels hebben we bovendien te maken met een heel gefragmenteerd politiek landschap – met vijftien fracties in zowel de Tweede als de Eerste Kamer – dat sterk fluctueert door volatiliteit van kiezers. Verder is in de loop van de eenentwintigste eeuw de ‘informatiesamenleving’ tot ontwikkeling gekomen. Informatie is via internet snel voor iedereen beschikbaar en contacten zijn via diverse vormen van sociale media snel gelegd, maar er is ook een keerzijde: nepnieuws grijpt om zich heen, en filterbubbels werken polarisatie in de hand.²³ Opkomende technologieën zoals kunstmatige intelligentie en blockchain leiden eveneens tot uitdagingen op het vlak van transparantie, uitlegbaarheid en controleerbaarheid.²⁴ Deze ontwikkelingen hebben invloed op de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid. Wij signaleren de volgende knelpunten.

21 Zie over dit begrip o.a. E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De rol van de wetgever: vijftig jaar verder’, in: A.M. Keppel & T.G.J. van Arnhem (red.), *De wetsfiguur*, Tilburg: Wolf Legal Publishers 2019, p. 22-25.

22 E.Y. van Vugt, *De Staten Generaal vertegenwoordigen het geheel Nederlandsche volk. Een onderzoek naar de veranderingen in de betekenis van artikel 50 Grondwet tussen 1814 en 1983* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 301.

23 L.F.M. Verhey, *De zoektocht naar de feiten*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 47 e.v.

24 J. Goossens & J. de Poorter, ‘Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving in het licht van evoluties in de horizontale, verticale, stedelijke en publiek-private dimensies’, in: J. Goossens e.a. (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving*, Tilburg: Wolf Legal Publishers 2022, p. 9.

Om te beginnen ziet de politieke ministeriële verantwoordelijkheid op veel méér dan in 1848 het geval was. De vele nieuwe taken die de overheid aan zich heeft getrokken, zijn gepaard gegaan met een aanzienlijke groei van het ambtenarenapparaat. Ministers moeten nog steeds zorgen dat zij hier vat op hebben, terwijl dit makkelijker is gezegd dan gedaan.²⁵ De organisatie waarvan ministers aan het hoofd staan – en waarvoor zij dus ook verantwoordelijk zijn – is enorm. Daardoor is de wijze waarop verantwoordelijkheid wordt afgelegd, verschoven: het parlement spreekt ministers vaak aan op hun verantwoordelijkheid voor incidenten en legt daarbij sterk de nadruk op hun eigen rol en het functioneren van (bepaalde) ambtenaren.²⁶

Onder meer om ‘incidentalisme’ tegen te gaan zijn veel taken ‘op afstand’ van ministers geplaatst en ondergebracht bij bijvoorbeeld zbo’s. Het idee dat ministers daardoor niet meer als ‘eindstation’ voor incidenten zouden fungeren en meer ruimte zouden krijgen om zich – samen met het parlement – op beleidsvorming te richten, viel in de praktijk tegen. Vaak blijkt dat ministers toch volledig verantwoordelijk worden gehouden voor de uitvoering van op afstand geplaatste taken, ook al hebben zij ten aanzien daarvan geen of maar heel beperkt bevoegdheden.²⁷ De hiervoor besproken stelselverantwoordelijkheid biedt dan niet altijd soelaas. Dat de bevoegdheden van ministers ten aanzien van verschillende zbo’s steeds anders kunnen zijn, helpt daarbij niet. Op grond van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen is weliswaar geprobeerd de wettelijke vormgeving van zbo’s te harmoniseren, maar die pogingen zijn maar gedeeltelijk geslaagd.²⁸

Al met al is zo een onoverzichtelijk landschap ontstaan van (semi-)onafhankelijke instellingen die bevoegdheden uitoefenen, dat door de Afdeling advisering van de Raad van State het ‘woud der onafhankelijken’ wordt genoemd.²⁹ Dat leidt ertoe dat de verantwoordelijkheid en aanspreekbaarheid voor het geheel diffuus is geworden, hetgeen de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid verzwakt.

Vast staat dat de informatievoorziening van het kabinet aan het parlement dikwijls hapert.³⁰ Dat betekent niet dat het parlement van het kabinet in het geheel geen informatie krijgt. Integendeel: al in 2009 constateerde de Kamer dat zij door de regering met enige regelmaat werd ‘overladen’ met informatie.³¹ Het is voor de Kamer geen sinecure om zicht te houden op die informatiestroom en de bruikbaarheid ervan, ook

25 J. Uzman, ‘Artikel 42. Ministeriële verantwoordelijkheid’, in: A. Ellian e.a. (red.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Amsterdam: Boom 2022, p. 267. Zie ook: F.R. Ankersmit, ‘Wat is er mis met de ministeriële verantwoordelijkheid?’, *R&R* 2006/22, p. 134-153 en Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid (WRR), *Het borgen van het publiek belang*, Rapporten aan de regering nr. 56, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 53 e.v.

26 M. Scheltema, ‘Voldoet de ministeriële verantwoordelijkheid nog bij een professionele overheidsorganisatie?’, *NJB* 2000/38, p. 1861-1867.

27 AARvS 15 juni 2020, *Ministeriële verantwoordelijkheid*, W04.20.0135/I, p. 40.

28 S.E. Zijlstra, ‘Onafhankelijke ondergeschikten’, *NTB* 2019/6, p. 39-47 en S.E. Zijlstra, ‘Zelfstandige bestuursorganen: een volledig gejuridiseerde organisatievorm’, in: S. Riezebos e.a. (red.), *Zbo’s tussen droom en werkelijkheid. Over het verleden, heden en de toekomst van zelfstandige bestuursorganen*, Den Haag: Ministerie van BZK 2019, p. 116 e.v. Europese wetgeving kan bovendien ‘onafhankelijke autoriteiten’ vereisen, waarop nationale politieke ambten nauwelijks invloed kunnen uitoefenen: H. Broeksteeg & R. Schlössels, ‘De onafhankelijkheid van Nationale Regulerende Instanties in het licht van democratisch-rechtsstatelijke waarden’, *Preadviezen 2023*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag/Antwerpen: Boom juridisch 2023, p. 195-238.

29 AARvS 15 juni 2020, *Ministeriële verantwoordelijkheid*, W04.20.0135/I, p. 56.

30 Zie met verdere bronvermelding: P.P.T. Bovend’Eert, ‘Wat mag het parlement wel en niet weten?’, *NJB* 2021, p. 690-695.

31 *Kamerstukken II* 2008/09, 31845, nrs. 2-3, p. 45.

vanwege de zogenoemde ‘informatie-asymmetrie’.³² Dat het parlement zoveel informatie krijgt – en soms toch niet die informatie die het nodig heeft – hangt vooral samen met de omstandigheid dat er heel veel informatie is, die in theorie ook gemakkelijk beschikbaar en toegankelijk is. In de praktijk valt dat tegen: na de toeslagenaffaire bleek dat de informatiehuishouding op de departementen niet goed op orde is, waardoor het niet eenvoudig is om snel de juiste informatie boven tafel te krijgen.³³ Die toeslagenaffaire en enkele daaraan voorafgaande kwesties waarbij het kabinet onvoldoende aan zijn inlichtingenplicht voldeed, hebben het vertrouwen van het parlement een knauw gegeven als het op informatievoorziening aankomt. Het is niet onbegrijpelijk dat dit de roep om transparantie en openbaarmaking van documenten verder heeft versterkt. Dit vertaalt zich in het zenden van grote hoeveelheden informatie aan het parlement, dat moeilijk het kaf van het koren kan scheiden. Daardoor gaat de inlichtingenplicht in haar tegendeel verkeren.

Deze ontwikkelingen beïnvloeden de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid en de manier waarop daaraan invulling wordt gegeven. De principiële vraag die dit opwerpt is of het bestuur nog voldoende vertrouwen krijgt om vanuit zijn verantwoordelijkheid zaken ter hand te nemen, keuzes te maken en daarover achteraf verantwoording af te leggen. Kan de ministeriële verantwoordelijkheid, kortom, nog als ‘scharnier’ in het bestel fungeren? Praktisch gezien wordt een steeds groter deel van de tijd van Kamerleden, bewindspersonen en ambtenaren besteed aan het geven van informatie en het afleggen van verantwoording – tijd, die niet aan wetgeving, beleid en uitvoering kan worden besteed. Het probleemoplossend en presterend vermogen van de overheid kunnen daaronder lijden. Dat is, gelet ook op het lage vertrouwen van burgers in de politiek (zie paragraaf 1.1), een slechte ontwikkeling, en kan op termijn een negatieve invloed hebben op de legitimiteit van het stelsel.

32 *Kamerstukken II* 2008/09, 31845, nrs. 2-3, p. 45; Werkgroep versterking functies Tweede Kamer, *Meer dan de som der delen*. Eindmonitor, tweedekamer.nl, 6 juni 2023, p. 42.

33 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2, p. 6; nr. 4, p. 18-20.

3 | Parlementaire controle

3.1 Aard, doel en omvang van de inlichtingenplicht

Tegelijk met de ministeriële verantwoordelijkheid werd in 1848 de inlichtingenplicht in de Grondwet opgenomen, thans vastgelegd in art. 68. De inlichtingenplicht is essentieel om de ministeriële verantwoordelijkheid te laten functioneren. Om die reden is het in de eerste plaats van groot belang dat ministers niet licht kunnen overgaan tot het niet-verstrekken van informatie, en in de tweede plaats dat de wijze van informatieverstrekking voor zowel kabinet als Kamers werkbaar is, zodat zij steeds ten dienste staat van de controlerende (en medewetgevende) taken van het parlement. Kamerleden kunnen enerzijds hun werk niet goed doen als zij niet of onvolledig worden geïnformeerd (in dit verband wordt daarom gesproken van een ‘politieke doodzonde’¹), maar zij kunnen anderzijds hun werk óók niet goed doen als zij zoveel informatie te verstouwen krijgen dat ze door de bomen het bos niet meer zien.

Art. 68 Grondwet impliceert dat een verzoek om inlichtingen niet noodzakelijk van een Kamermeerderheid hoeft te komen. Kamerleden kunnen ook individueel om informatie verzoeken en ministers zijn tevens gehouden uit eigen beweging informatie aan het parlement te verstrekken.² De vorm waarin die informatie wordt verstrekt, wordt in eerste instantie door de minister bepaald, zij het dat de Kamer hierover uiteindelijk het laatste woord heeft: als zij – naar aanleiding van gegeven inlichtingen – achterliggende documenten wil inzien, moet dat verzoek in principe worden gehonoreerd. De enige verschoningsgrond voor het niet-verstrekken van inlichtingen is ‘het belang van de staat’. Die grond is inhoudelijk onbepaald: evidente zaken als de eenheid van Kroon en de betrekkingen met andere landen vallen eronder, maar ook ‘andere belangen’ kunnen een rol spelen.³ Duidelijk is dat de verschoningsgrond beperkt moet worden geïnterpreteerd, en dat de Kamer uiteindelijk moet beslissen of zij het beroep erop gerechtvaardigd acht en of zij er politieke consequenties aan wenst te verbinden.⁴ De vraag of ‘het belang van de staat’ voor ministers reden kan vormen om de Kamer documenten met persoonlijke beleidsopvattingen te onthouden, vormt

1 Al is het uitzonderlijk dat een minister moet opstappen vanwege het onjuist of onvolledig informeren van de Kamer; Bovend'Eert 2021/654.

2 *Kamerstukken II* 1976/77, 14225 (R 1051), nr. 3, p. 4; *Kamerstukken II* 1979/80, 14225, nr. 13; *Kamerstukken II* 1985/86, 19014, nr. 5, p. 6; *Kamerstukken II* 2001/02, 28362, nr. 2, p. 3.

3 *Kamerstukken II* 1976/77, 14225 (R 1051), nr. 3, p. 5.

4 *Kamerstukken II* 1985/86, 19014 (R 1284), nr. 5, p. 6-7.

sinds enige tijd een groot punt van discussie tussen kabinet en Kamer (zie nader paragraaf 3.4).

Over de verhouding tussen de inlichtingenplicht en de ministeriële verantwoordelijkheid wordt verschillend gedacht. Duidelijk is dat het verzoeken om en het geven van inlichtingen een belangrijke manier is om de ministeriële verantwoordelijkheid te effectueren, maar reikt de inlichtingenplicht ook verder? Met andere woorden: zijn ministers gehouden om inlichtingen te geven over onderwerpen waarvoor zij geen verantwoordelijkheid dragen?

Verschillende auteurs huldigen de opvatting dat de reikwijdte van de inlichtingenplicht wordt bepaald door de grenzen van de ministeriële verantwoordelijkheid. Als de minister om inlichtingen wordt gevraagd over iets wat buiten zijn bevoegdheden valt, hoeft hij die dus niet te geven (en ook geen beroep te doen op ‘het belang van de staat’). Daartegenover staat de opvatting dat de inlichtingenplicht van een minister aan de Kamer verder strekt dan de ministeriële verantwoordelijkheid, namelijk zover als de juridische en feitelijke mogelijkheden van de minister gaan om informatie in te winnen.⁵ In de parlementaire praktijk komen beide opvattingen voor, en bij de herziening van de Grondwet in 1983 werd door de regering benadrukt dat de reikwijdte van de inlichtingenplicht niet precies is afgebakend, maar ‘in de staatkundige praktijk’ plaatsvindt. De bepaling zou ontwikkelingen in de richting van een aanscherping van de rechten die de Kamers aan de bepaling ontnemen, openlaten.⁶ Als dát het geldende criterium is, kan dat wat ons betreft worden gezien als een argument voor een ruime opvatting van het inlichtingenrecht. Die opvatting past in de ontwikkeling van de grote aandacht en de ruime uitleg die, mede naar aanleiding van de toeslagenaffaire, aan de inlichtingenplicht van art. 68 Grondwet wordt gegeven. Zij is voorts aantrekkelijk omdat zij de discussie over de wenselijkheid en de reikwijdte van het concept ‘stelselverantwoordelijkheid’ deels kan helpen ondervangen (zie nader paragraaf 5.2.1).

3.2 Effectuering van de inlichtingenplicht

De inlichtingenplicht in art. 68 Grondwet kan op verschillende manieren worden geëffectueerd. In de eerste plaats door het stellen van vragen. Vragen kunnen schriftelijk worden gesteld en dat gebeurt vaak: in 2023 waren het er 2.079.⁷ Uiteraard kost het ministers en ambtenaren veel tijd om die grote hoeveelheid vragen te beantwoorden,⁸ vaak méér tijd dan de door art. 12.2 RvOTK gestelde termijn van drie weken. Dat leidt tot frustratie: bij ministers en ambtenaren vanwege de hoeveelheid vragen en bij Kamerleden vanwege de vertraging bij de beantwoording. Gedeeltelijk kan dat voorkomen worden door directere contacten tussen Kamerleden en ambtenaren mo-

5 Zie voor een overzicht van de diverse opvattingen hierover in de literatuur J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004, p. 15-17 en S.A.J. Munneke, *Inlichtingenplichten en verschoningsrechten in het staatsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 75-92.

6 *Kamerstukken II* 1976/77, 14225 (R 1051), nr. 3, p. 3-4.

7 *Kamerstukken II* 2011/12, 33210, nr. 4 (*De staat van de Tweede Kamer 2011*), p. 5.

8 P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 438.

gelijk te maken. Dat vergt echter een politieke keuze die verder strekt dan alleen het schriftelijke vragenrecht.

Vragen kunnen daarnaast mondeling worden gesteld.⁹ Het aantal mondelinge vragen is kleiner dan het aantal schriftelijke, maar nog altijd aanzienlijk: in 2023 werden voor het vragen uur op dinsdag 1.100 vragen aangemeld, met een gemiddelde van 88 per vragen uur. Daarvan kunnen er slechts enkele daadwerkelijk worden gesteld. Mondelinge beantwoording wordt vooral gevraagd als het gaat om onderwerpen die sterk in de publieke belangstelling staan en zich goed voor mondelinge beantwoording lenen.¹⁰

In de tweede plaats kunnen Kamerleden inlichtingen van ministers verkrijgen door middel van verschillende debatten, zoals interpellatiedebatten, dertigledendebatten en tweeminutendebatten.¹¹ In het RvOTK zijn hieraan verschillende voorschriften verbonden. Zo geldt voor zowel interpellatie- als dertigledendebatten dat steun nodig is van ten minste dertig leden en dat de voorzitter bepaalt wanneer het debat wordt gehouden. Hoewel de interpellatie de oudste vorm van het vragenrecht is, wordt de debatvorm niet heel vaak gebruikt: in 2023 werd in de Tweede Kamer slechts één interpellatiedebat gevoerd.¹² Populairder zijn dertigledendebatten, die voor 2011 ook wel werden aangeduid als ‘spoeddebatten’. Al in 2007 werd door de stuurgroep parlementaire zelfreflectie opgemerkt dat deze term niet ideaal was. De grote hoeveelheid spoeddebatten die moest worden geagendeerd leidde tot inflatie van de term ‘spoed’: veel debatten konden pas een week (of nóg) later worden gepland en hadden eigenlijk ook niet echt spoed. Het intensieve gebruik van spoeddebatten zorgde er daarnaast voor dat de regering niet meer onder de indruk was, en deed tevens afbreuk aan het gezag van de Kamer bij burgers, zo stelde de stuurgroep. Bij hen zouden te hooggespannen verwachtingen ontstaan over snelle oplossingen, gevolgd door teleurstelling als gewenste resultaten uitbleven.¹³ In 2011 werd de term ‘spoeddebat’ daarom vervangen door ‘dertigledendebat’.¹⁴ In datzelfde jaar werden 49 dertigledendebatten gevoerd, terwijl in 2009 nog 74 spoeddebatten werden gevoerd.¹⁵ Inmiddels is dat aantal verder teruggelopen: in 2023 werden acht dertigledendebatten gevoerd.¹⁶ Ten slotte zijn er de zogenoemde ‘tweeminutendebatten’, oftewel debatten over een verslag van een commissiedebat of over een schriftelijk overleg, die worden gebruikt om een onderwerp af te ronden waarover al eerder is gesproken in commissieverband. In 2023 werden 265 tweeminutendebatten gehouden.¹⁷ Anders dan tijdens commissiedebatten kunnen bij tweeminutendebatten moties worden ingediend.¹⁸

Verder kunnen alle Kamerleden in plenaire vergaderingen of in overleggen waarvan een verslag wordt gemaakt, moties indienen over het onderwerp dat aan de orde is.¹⁹

9 Art. 12.3-12.5 RvOTK.

10 Bovend'Eert & Kummeling 2024, p. 439.

11 Art. 12.6, 12.7 en 7.31 RvOTK.

12 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2023/24, 36528, nr. 3 (*Staat van de Kamer* 2023), p. 3.

13 *Kamerstukken II* 2008/09, 31845, nrs. 2-3, p. 40-41.

14 *Kamerstukken II* 2010/11, 32743, nr. 1.

15 *Kamerstukken II* 2011/12, 33210, nr. 4 (*De staat van de Tweede Kamer* 2011), p. 3.

16 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2023/24, 36528, nr. 3 (*Staat van de Kamer* 2023), p. 3.

17 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2023/24, 36528, nr. 3 (*Staat van de Kamer* 2023), p. 3.

18 Art. 7.30 lid 2 en art. 7.31 lid 1 RvOTK.

19 Art. 8.20 RvOTK.

Het gaat dus om uitspraken van de Kamer die door één of meer Kamerleden worden voorgesteld.²⁰ Het kabinet is daaraan juridisch niet gebonden, maar dat neemt niet weg dat een motie politieke betekenis kan hebben. Alleen de motie van wantrouwen heeft juridische betekenis omdat de vertrouwensregel erdoor wordt geactiveerd.²¹

Omdat de motie een eenvoudig toepasbaar middel is, maken Kamerleden er veel gebruik van. In 2023 dienden zij 3.485 moties in, een jaar eerder waren dat er zelfs 5.010.²² Ook vanuit de Tweede Kamer heeft het grote aantal moties tot zorgen geleid, vooral in verband met de effectiviteit van het instrument en de versterking van de controlefunctie van het parlement. De commissie-Van der Staaij deed in haar (tussen) rapport voorstellen om het aantal moties terug te dringen: bijvoorbeeld het maken van afspraken over het aantal in te dienen moties (daarbij rekening houdend met gedane toezeggingen door middel van een register op de website; volgens de werkgroep zouden twee moties per fractie voldoende moeten zijn), het voeren van overleg en betere voorbereiding van moties, ook om te voorkomen dat dezelfde of overbodige moties worden ingediend.²³ Bij de eindrapportage bleek dat deze voorstellen nog geen vruchten hadden afgeworpen: hoewel het toezeggingenregister inmiddels goed werkte, had dat nog geen substantiële afname van het aantal moties tot gevolg gehad. De werkgroep zag twee opties: ofwel aanvaarden dat het terugdringen van het aantal moties niet was gelukt, ofwel rigoreuzere maatregelen overwegen, zoals werken met quota.²⁴

Hoewel het verleidelijk is het grote aantal vragen, debatten en moties in verband te brengen met een gebrek aan vertrouwen van het parlement in het kabinet, is enige voorzichtigheid geboden. De genoemde instrumenten zijn weliswaar belangrijk in het kader van de medewetgevende en controlerende taken van het parlement – de inlichtingenplicht en de ministeriële verantwoordelijkheid kunnen ermee worden geëffectueerd – maar zij worden sinds jaar en dag ook voor andere doeleinden gebruikt. Vragen dienen niet alleen om (feitelijke) inlichtingen te verkrijgen, maar bijvoorbeeld ook om bewindspersonen op gebeurtenissen attent te maken of om de opvatting van een minister te peilen.²⁵ Moties kunnen betrekking hebben op parlementaire controle, maar Kamerleden willen er bijvoorbeeld ook het standpunt van hun fractie mee profileren.²⁶ Een stijgende controlevraag kan uit de grote aantallen vragen, debatten en moties niet per definitie worden afgeleid. En zelfs als dat het geval zou zijn, dan nog is de vraag in hoeverre dat samenhangt met een gebrek aan vertrouwen.

Dat neemt niet weg dat de grote aantallen vragen, debatten en moties vanuit het oogpunt van het effectief invullen van de parlementaire controlerende (en medewetge-

20 E.Y. van Vugt, 'Demystificatie van de motie', *Ars Aequi* 2024 nr. 401, p. 405.

21 Bovend'Eert & Kummeling 2024, p. 467.

22 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2023/24, 36528, nr. 3 (*Staat van de Kamer* 2023), p. 4.

23 Werkgroep versterking functies Tweede Kamer, *Meer dan de som der delen*, tweedekamer.nl, 16 december 2021, p. 33-34.

24 Werkgroep versterking functies Tweede Kamer, *Meer dan de som der delen. Eindmonitor*, tweedekamer.nl, 6 juni 2023, p. 13-14.

25 G. Visscher, 'Het vragenrecht', in: H.M. Franssen (red.), *Het parlement in actie*, Assen: Van Gorcum 1986, p. 203-249; J.A. van Schagen, *De Tweede Kamer der Staten-Generaal. Een staatsrechtelijke studie over haar organisatie en werkwijze* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 251.

26 Bovend'Eert & Kummeling 2024, p. 474, waar tevens een voorbeeld wordt genoemd van profilering door Groen van Prinsterer in het vergaderjaar 1862/63.

vende) taak wél problematisch kunnen zijn. Het reageren hierop vanuit de zijde van de regering kost veel tijd die niet in andere zaken kan worden gestoken. De capaciteitsproblemen die dat met zich brengt, kunnen er niet alleen toe leiden dat vragen minder uitgebreid en later worden beantwoord, maar ook dat het langer duurt om voorgenomen beleid uit te werken of een wet te schrijven.

Daarnaast brengt het intensieve gebruik van de besproken instrumenten een zekere mate van inflatie van de betekenis ervan met zich. Gewenning aan de veelvuldige inzet zorgt dat de effectiviteit slijt, te meer als dat instrument niet alleen wordt toegepast om het bestuur daadwerkelijk te controleren, maar ook om op willekeurige incidenten te reageren. Bewindspersonen zijn er minder van onder de indruk en anticiperen erop dat de inzet niet slechts om inhoudelijke, maar vooral ook om politieke redenen geschiedt; burgers raken teleurgesteld als blijkt dat in Kamervragen of moties gesuggereerde snelle oplossingen voor bepaalde problemen gewoonweg niet kunnen worden geboden. Ten slotte werkt de veelvuldige inzet een zekere mate van ongerichtheid in de hand: de ‘grote lijn’ raakt uit het oog. Ook dat maakt parlementaire controle minder effectief.

3.3 Onderzoeksbevoegdheden

Het parlement beschikt tevens over het recht van onderzoek (enquête) dat – net als de politieke ministeriële verantwoordelijkheid en de inlichtingenplicht – eveneens in de Grondwet van 1848 werd opgenomen. Het enquêterecht is uitgewerkt in de Wet op de parlementaire enquête 2008 (WPE 2008)²⁷ en wordt gezien als het zwaarste politieke controle-instrument. Parlementaire enquêtes zijn primair gericht op waarheidsvinding²⁸ en worden uitgevoerd door een daartoe door de Kamer ingestelde commissie die ook uit Kamerleden bestaat.²⁹ Zij zijn lange tijd uitzonderlijk geweest: tussen 1848 en 1983 is maar negen keer gebruikgemaakt van het instrument. De laatste jaren zijn parlementaire enquêtes minder zeldzaam. Tussen 1983 en 2024 zijn veertien enquêtes gehouden, waarvan er één – naar de aanpak van de coronapandemie – nog loopt en twee – naar de gaswinning in Groningen en naar dienstverlening, handhaving en fraudebestrijding bij overheidsdiensten – recent zijn afgerond.³⁰

Een parlementaire enquête is niet alleen ingrijpend voor degenen die eraan worden onderworpen, maar ook voor de Kamer zelf: een enquête zorgt voor veel werk en kost veel tijd. Er zijn ook lichtere onderzoeksinstrumenten die de Kamer kan gebruiken, bijvoorbeeld een rondetafelgesprek, een hoorzitting of een ‘regulier’ parlementair onderzoek – ook door een commissie van Kamerleden, maar zonder de verstrekende bevoegdheden van de WPE 2008.³¹ Naar aanleiding van een motie-Segers en een daaropvolgend onderzoek van de Tijdelijke commissie evaluatie Wet op de parlementaire enquête (‘TCEWPE’), is sinds 2016 geëxperimenteerd met een ‘tussenva-

27 Wet van 1 april 2008, *Stb.* 2008, 148.

28 Alhoewel dat doel in de literatuur ter discussie wordt gesteld. Zie S.C. Loeffen, *Parlementair onderzoek*, Den Haag: Sdu 2013, p. 45-64.

29 Art. 2 WPE 2008; art. 12.9 RvOTK; art. 14 bis e.v. Regeling parlementaire en extern onderzoek.

30 Voor een overzicht: ‘Parlementaire enquêtes 1851-heden’, parlement.com, Parlementaire enquêtes 1851 - heden - Parlement.com, geraadpleegd op 1 augustus 2024.

31 Art. 7.32, 7.33 en 12.10 RvOTK, art. 8 Regeling parlementair en extern onderzoek.

riant': een onderzoeksvorm die niet te veel tijd in beslag zou nemen, maar waarbij wél onder ede kon worden gehoord. Tot aan de evaluatie van het protocol in 2022 zijn drie parlementaire ondervragingen gehouden: naar fiscale constructies ('Panama Papers') in 2017, naar ongewenste beïnvloeding uit onvrije landen in 2019 en naar de kinderopvangtoeslagen in 2020.³² Naar aanleiding van de opgedane ervaringen vermeldt het evaluatierapport dat de parlementaire ondervraging anders heeft gefunctioneerd dan vooraf gedacht: het instrument bleek niet zozeer uit te werken als een 'hoorzitting-plus', maar eerder als een 'mini- of flitsenquête'. Dossieronderzoek, al dan niet beperkt, bleek toch gewenst.

Desondanks wordt de parlementaire ondervraging als een waardevolle aanvulling op het onderzoeksinstrumentarium van de Kamer beschouwd, en stelde de werkgroep voor het instrument in aangepaste vorm te behouden – namelijk als 'beknpte enquête', dus in de vorm waarin het tijdens de evaluatieperiode feitelijk functioneerde.³³ De werkgroep wees er daarbij op dat het van groot belang is dat de Kamer zorgvuldig afweegt wanneer welk onderzoeksinstrument moet worden ingezet: een 'beknpte enquête' is weliswaar een lichter middel dan een 'klassieke' parlementaire enquête, maar dat neemt niet weg dat er niet lichtvaardig mee moet worden omgegaan. De Kamer zou daarom slechts tot de inzet van een – beknpte of klassieke – parlementaire enquête moeten overgaan als lichtere instrumenten niet voldoen, of als is gebleken dat het kabinet onvoldoende invulling geeft aan de grondwettelijke inlichtingenplicht. Voor de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid heeft de inzet van het instrument immers grote gevolgen, omdat de medewerkingsplicht ook voor ambtenaren geldt.³⁴ De werkgroep snijdt daar een terecht punt aan: Kamerleden dienen primair de minister ter verantwoording te roepen of om inlichtingen te vragen als zij over (de uitvoering van) bepaald beleid meer willen weten. Dat het enquête-instrument enkel of vooral wordt toegepast om ambtenaren te horen, moet worden voorkomen.³⁵

Ook ten aanzien van de inzet van dit instrument is moeilijk te beoordelen in hoeverre samenhang bestaat met een verminderd vertrouwen van het parlement in het kabinet: zowel de problemen rondom de Groningse gaswinning als de toeslagenaffaire en de coronapandemie zijn zonder meer als ingrijpende, maatschappelijke gebeurtenissen aan te merken, en het is voorstelbaar dat het parlement wil(de) achterhalen wat er precies is gebeurd en hoe dat is aangepakt. Dat neemt niet weg dat de inzet van een parlementaire enquête een ultimatum remedium moet blijven. Vooralsnog zien bewindspersonen, ambtenaren, de Tweede Kamer en naar alle waarschijnlijkheid ook burgers de parlementaire enquête als een effectief controlemiddel. Een te frequente inzet van het instrument zou echter niet slechts een onevenredige belasting van Kamerleden met zich brengen, maar er ook toe kunnen leiden dat het scherpe mes van

32 Voor een beschrijving van het verloop van deze ondervragingen, zie J.A.M.A. Sluysmans & J.C. Borman, 'De parlementaire ondervraging nader beschouwd', in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *De parlementaire enquête kritische beschouwd*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 74-80.

33 *Kamerstukken II* 2021/22, 34400, nr. 8, p. 49-51.

34 *Kamerstukken II* 2021/22, 34400, nr. 8, p. 52.

35 Zie ook G. Boogaard & J. Uzman, 'Kwartaalsignaal constitutioneel recht', *Ars Aequi* 2016, p. 8154-8155.

de enquête bot wordt.³⁶ Bewindspersonen zijn er dan niet langer van onder de indruk en het gevaar dreigt dat de effectiviteit van het instrument daaronder te lijden zal hebben. Dat kan tot gevolg hebben dat waarheidsvinding ten koste gaat van politieke motieven.

3.4 Het inlichtingenrecht, de Woo en openbaarheid van bestuur

De Wet open overheid (Woo) regelt de toegang tot overheidsinformatie. Het gaat om informatie die is neergelegd in documenten die berusten bij bestuursorganen, de Kamers en enkele andere publiekrechtelijke instanties.³⁷ De wet voorziet in een actief en een passief regime voor openbaarmaking. Verzoekers hoeven geen belang te stellen bij de informatie die ze willen hebben: openbaarheid van overheidsinformatie is een algemeen belang.

De Woo heeft dus een ander doel – openbaarheid van overheidsinformatie – dan art. 68 Grondwet dat ziet op de informatieplicht van ministers jegens het parlement.³⁸ Dat komt onder andere tot uiting in het feit dat het (niet-)verstrekken van informatie op grond van de Woo een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht is, waartegen bezwaar en beroep openstaat. Art. 68 Grondwet daarentegen wordt beheerst door de vertrouwensregel. Het betreft dus twee verschillende informatierechten die juridisch niet met elkaar in verband moeten worden gebracht, en zeker niet moeten worden verward.³⁹ Ook de rechter erkent dat.⁴⁰

Niettemin houden beide informatierechten in de praktijk wel verband met elkaar.⁴¹ Dat kwam en komt op twee manieren tot uitdrukking: ten aanzien van het verstrekken van *specifieke documenten* en van documenten met *persoonlijke beleidsopvattingen* aan Kamerleden. Het feit dat de minister in het kader van art. 68 Grondwet in principe bepaalt in welke vorm de informatie wordt verstrekt, maar eenieder op grond van de Woo om specifieke *documenten* kan vragen, riep en roept vragen op. In specifieke documenten staan verder vaak *persoonlijke beleidsopvattingen*, die onder art. 68 Grondwet géén en onder de Woo wél een aparte categorie vormen.

De discussie over de Woo (en voorheen de Wob) in relatie tot de inlichtingenplicht gaat lang terug. In een drietal brieven uit 2002, 2016 en 2019 is de Minister van BZK, op verzoek van de Tweede Kamer, op de kwestie ingegaan.⁴² Hier is relevant dat de brief uit 2002 vermeldt dat een meerderheid van de Kamer uiteindelijk gaat over de

36 J.L.W. Broeksteeg & J.A.M.A. Sluysmans, 'De parlementaire enquête (opnieuw) in de belangstelling', in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.) 2023, p. 2-3. Mede om die reden lijkt een enquêterecht voor een parlementaire minderheid niet bij voorbaat een goed idee.

37 Uitgebreid: C.N. van der Sluis, *Praktijkboek Open Overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 20-25; Daalder 2023, p. 154-184.

38 *Kamerstukken II* 1987/88, 19859, nr. 6, p. 12; *Kamerstukken II* 2001/02, 28362, nr. 2, p. 6-7.

39 P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, S.A.J. Munneke & W.J.M. Voermans, *Factsheet De reikwijdte artikel 68 Grondwet*, tweedekamer.nl, 20 januari 2020, p. 3. Factsheet Reikwijdte van artikel 68 Grondwet | Tweede Kamer der Staten-Generaal.

40 Zie bijv. r.o. 6.1 in ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1258.

41 J.Th.J. van den Berg, 'Rumour in de staatsrechtelijke gelederen, maar waarover eigenlijk?', in: *Tegen de verromming*, Montesquieu Policy Papers nr. 10, p. 7.

42 *Kamerstukken II* 2001/02, 28362, nr. 2; *Kamerstukken II* 2015/16, 28362, nr. 8 en *Kamerstukken II* 2019/20, 28362, nr. 23.

vraag in welke vorm de gevraagde inlichtingen worden verstrekt. Als zij documenten wil krijgen, dan heeft de minister deze te verstrekken. Omdat destijds de Wob aan eenieder de mogelijkheid bood om documenten op te vragen, zou het ‘ongerijmd’ zijn als de Kamer dezelfde documenten niet zou krijgen. De Minister van BZK voegde daar wel aan toe dat ministers en Kamers over de wijze van informatieverstrekking van gedachten kunnen wisselen. De brief van 2019 beschrijft veel nadrukkelijker dat de regering in eerste instantie de vorm van de inlichtingen bepaalt. Weliswaar kunnen Kamerleden – als zij zich niet voldoende geïnformeerd achten – verzoeken om nadere informatie, ook in de vorm van documenten, maar de Minister van BZK geeft de voorkeur aan inlichtingen ten opzichte van documenten. In de eerste plaats kan het kabinet dan context geven en de Kamer gericht op de hoogte stellen; in de tweede plaats hoeven Kamerleden geen grote hoeveelheden documenten te lezen om zich een beeld van de verstrekte informatie te vormen.

De minister ging in de drie brieven ook in op de vraag of ministers de weergave van persoonlijke beleidsopvattingen met een beroep op het belang van de staat kunnen weigeren. Hij beantwoordde die vraag telkens bevestigend. De brief uit 2002 geeft weer dat persoonlijke beleidsopvattingen niet verstrekt hoeven te worden, omdat ambtenaren en ministers ‘in vertrouwelijke sfeer’ met elkaar van gedachten moeten kunnen wisselen. Het verstrekken ervan zou het goed functioneren van de interne besluitvorming kunnen verstoren. In de brief van 2016 staat dat ambtenaren en ministers tegen elkaar kunnen worden uitgespeeld als opvattingen van ambtenaren deel gaan uitmaken van het debat tussen Kamer en minister. Staatsrechtelijke leerstukken, zoals de ministeriële verantwoordelijkheid en de eenheid van regeringsbeleid, kunnen dan in het gedrang komen en ambtenaren zouden huiverig kunnen worden om hun ministers intern tegenspraak te bieden. Wel zouden persoonlijke beleidsopvattingen in geobjectiveerde vorm kunnen worden verstrekt, namelijk zonder te vermelden welke opvattingen door wie zijn aangedragen. Daarmee zou de Kamer inzicht kunnen krijgen in alle relevante feiten en argumenten die aan het uiteindelijke beleid ten grondslag zijn gelegd. Als de Kamer in dit verband specifieke documenten zou willen ontvangen, dan zou dat eventueel vertrouwelijk kunnen gebeuren. De betreffende informatie zou dan echter niet in een openbaar debat kunnen worden gebruikt. In de brief van 2019 was de minister terughoudender.⁴³ Hierin stelde hij dat het ‘staand kabinetsbeleid’ was dat stukken die zien op ‘intern beraad’, geen deel uitmaken van het debat met de Kamer. ‘Intern beraad’ lijkt in deze brief een generieke verschooningsgrond te zijn geworden en de mogelijkheid om stukken in geobjectiveerde vorm openbaar te maken wordt niet genoemd. De brief vermeldt alleen dat het in uitzonderlijke gevallen wel eens is voorgekomen dat zulke documenten in ‘gelakte of vertrouwelijke’ vorm aan de Kamer zijn verstrekt.

43 Bovend'Eert e.a., *Factsheet De reikwijdte artikel 68 Grondwet*, tweedekamer.nl, 20 januari 2020; P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, S.A.J. Munneke & J.J.J. Sillen, *Factsheet De reikwijdte van de inlichtingenplicht van artikel 68 van de Grondwet*, tweedekamer.nl, 12 juni 2023.

De antwoorden van de Minister van BZK in de brief van 2019 wijken daarmee enigszins af van die in de eerdere brieven,⁴⁴ en de Kamer legde zich er niet bij neer. Zij nam in het voorjaar van 2020 een motie-Omtzigt aan, waarin de regering werd verzocht om voortaan, als door de Kamer werd verzocht om een intern ambtelijk stuk, dat stuk zelf – ontdaan van persoonlijke beleidsopvattingen – te overleggen. In de motie werd *en passant* de strekking van de brief uit 2002 verruimd voor wat betreft het aantal Kamerleden dat afdwingbaar kan verzoeken om documenten: in de brief staat dat het om een meerderheid moet gaan; in de motie wordt de plicht geacht ook te gelden jegens een individueel Kamerlid.⁴⁵

Na de motie volgden snel de conclusies van het rapport *Ongekend onrecht*, naar aanleiding van de toeslagenaffaire, waarin werd geconstateerd dat de informatievoorziening vanuit de rijksoverheid onvoldoende was.⁴⁶ Naar aanleiding daarvan zegde het kabinet toe dat de grond ‘persoonlijke beleidsopvattingen’ niet langer als invulling van de weigeringsgrond ‘het belang van de staat’ zou worden gehanteerd. Verder beloofde het kabinet om voortaan bij wetsvoorstellen, brieven en nota’s die naar het parlement worden gestuurd, de onderliggende departementale nota’s die bij de besluitvorming door bewindspersonen zijn gebruikt, actief openbaar te maken. Ook werd beloofd om bij het verstrekken van interne ambtelijke stukken de persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren niet langer weg te lakken.⁴⁷

In de Beleidslijn actieve openbaarmaking nota’s 2022 is de openbaarmaking van departementale nota’s aan het parlement verder uitgewerkt.⁴⁸ De nota vermeldt dat voortaan zogenoemde ‘beslisnota’s’ aan de Kamer worden gezonden. In die nota’s zijn de overwegingen, alternatieven, relevante feiten en risico’s op een rij gezet voor de bewindspersoon. Die informatie wordt zoveel mogelijk aangeboden in een document (eventueel met bijlagen) om een ‘overload’ aan documentatie te voorkomen. Ambtelijke analyses worden in beslisnota’s eveneens met de Kamer gedeeld. In de nota staat dat dit het nodige van ambtenaren zal vergen: zij moeten zich bij het opstellen van de nota’s bewust zijn van het feit dat die nota’s openbaar worden en niet alleen dienen om een bewindspersoon goed te informeren, maar óók om afwegingen die bij de besluitvorming een rol hebben gespeeld, voor een breder publiek inzichtelijk en navolgbaar te maken. Tegelijkertijd moeten ambtenaren ‘open’ en professioneel blijven adviseren en waar nodig intern tegenspraak bieden zonder zich gehinderd te voelen door ‘politieke of gangbare standpunten’. Benadrukt wordt dat hiervoor een goed samenspel en rolvastheid nog zijn, en dat ‘bestuurlijke rugdekking’ moet worden geboden als ambtenaren in het maatschappelijke of parlementaire debat ‘in de wind’ komen te staan.⁴⁹ Ambtenaren lijken, als we al deze ‘vereisten’ opsommen, een welhaast onmogelijke taak te hebben. Hoe dan ook zijn sinds 1 juli 2021 beslis-

44 Bovend'Eert e.a., *Factsheet De reikwijdte artikel 68 Grondwet*, tweedekamer.nl, 20 januari 2020; Bovend'Eert e.a., *Factsheet De reikwijdte van de inlichtingenplicht van artikel 68 van de Grondwet*, tweedekamer.nl, 12 juni 2023. Het licht tussen de brief uit 2019 en de eerdere brieven is wat ons betreft te groot om het gevolg te kunnen zijn van ‘opzettelijk onwelwillend’ lezen door de opstellers van de factsheets, zoals J.Th.J. van den Berg suggereerde in ‘Rumoer in de staatsrechtelijke geleerden, maar waarover eigenlijk?’, in: *Tegen de verrommeling*, Montesquieu Policy Papers nr. 10, p. 7.

45 *Kamerstukken II* 2019/20, 28362, nr. 26. Zie ook nr. 25.

46 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2, p. 6.

47 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 4, p. 16-21.

48 Beleidslijn actieve openbaarmaking nota’s 2022, *Kamerstukken II* 2020/21, 28362, nr. 56.

49 Beleidslijn 2022, p. 6, 8, 25-26.

nota's ten aanzien van wetsvoorstellen en beleidsvorming naar de Kamer gestuurd; vanaf 20 september 2022 gebeurt dat met alle beleidsnota's.

Het gevolg van de hiervoor weergegeven ontwikkelingen is dat het verstrekken van inlichtingen op grond van art. 68 Grondwet en van documenten op grond van de Woo sterk naar elkaar zijn toegegroeid – of scherper gezegd: dat het verstrekken van inlichtingen op grond van art. 68 Grondwet steeds meer in de pas van de Wob, en later van de Woo is gaan lopen. Daarmee wordt de inlichtingenplicht op grond van art. 68 Grondwet in zekere mate minder politiek en meer juridisch geduid. Wij verwijzen tevens naar het preadvies van Zouridis, die de Woo een vorm van geformaliseerde controle noemt. Dat heeft zijn weerslag op art. 68 Grondwet: het wordt formeler en juridischer, dus meer zoals de Woo, uitgelegd.

Deze samenloop van de inlichtingenplicht van art. 68 Grondwet en de Woo raakt de kern van de ministeriële verantwoordelijkheid enerzijds en openbaarheid als democratisch beginsel anderzijds. Het is niet de bedoeling dat een Woo-verzoeker (bijvoorbeeld een journalist) wél informatie krijgt en een Kamerlid niet – zie de hiervoor besproken brief van de Minister van BZK uit 2002. Maar het is ook niet de bedoeling dat Kamerleden een verzoek om inlichtingen op grond van art. 68 Grondwet interpreteren als een soort Woo-verzoek, waarbij de minister moet leveren wat het Kamerlid wil krijgen.⁵⁰ Dat is echter wel wat nu gebeurt. Kamerleden wensen soms zeer gedetailleerde inlichtingen en als zij de gevraagde informatie niet (snel) ontvangen, wordt dat wel beschouwd als onwil van de minister. Daar komt bij dat zij de volledigheid en betrouwbaarheid van de overgelegde stukken soms ter discussie stellen: de overvloed aan informatie heeft, paradoxaal genoeg, tot gevolg dat er steeds meer wantrouwen bestaat over welke informatie nog méér beschikbaar is en hoe die te duiden valt.⁵¹ Daarnaast lijkt een tendens zichtbaar dat Kamerleden niet alleen vragen om 'afgeronde' ambtelijke stukken, maar eveneens om concept-stukken, e-mails en appberichten.⁵²

Ordelijke verantwoording wordt op die manier steeds moeilijker.⁵³ De relatie tussen openbaarheid en ministeriële verantwoordelijkheid is wat ons betreft het gestructureerde ministeriële betoog, dat duidelijk maakt welke opties, alternatieven, argumenten en keuzes de minister maakt. Ambtelijke beslisnota's dragen daar overigens niet bij voorbaat aan bij. De minister moet vooral zijn keuze toelichten en beargumenteren waarom hij die keuze beter vindt dan alternatieven. Dat is waar Kamerleden hem op kunnen 'afrekenen'.

Hiervoor hebben wij ook aangegeven dat ambtenaren de minister vrijuit moeten kunnen adviseren. Dat is niet alleen in het belang van de minister en van de ambtenaar, maar óók in het algemeen belang. Het geldt in de wisselwerking tussen de politieke top van een departement en de ambtelijke dienst, maar ook breder, namelijk in politieke verhoudingen: de beslotenheid van het overleg zorgt voor een ongehinderde

50 Joop van den Berg & Luc Verhey, 'Openbaarheid, verantwoordelijkheid en vertrouwen: een ménage à trois', in: *Jaarboek Parlementaire Geschiedenis* 2022, p. 21-32.

51 Van den Berg & Verhey 2022; AARvS 15 juni 2020, *Ministeriële verantwoordelijkheid*, W04.20.0135/I, p. 46.

52 ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899.

53 Van den Berg & Verhey 2022.

gedachtevorming.⁵⁴ De verstrekking van de notulen van de ministerraad, zoals in de nasleep van ‘Omtzigt functie elders’ gebeurde, dan wel van verslagen van de (in)formateur, kan tot gevolg hebben dat ministers c.q. de onderhandelaars niet meer alles kunnen of durven zeggen. Het is daarbij ook de vraag wat de Kamer ‘wint’ bij het ontvangen van zulke informatie. Zij weet dan welke minister of onderhandelaar welke uitlatingen heeft gedaan. Dat is echter niet wat onder ministeriële verantwoording valt te verstaan, namelijk het verdedigen en rechtvaardigen van besluiten en beleid.⁵⁵ Verantwoording afleggen is immers méér dan openbaar maken.

3.5 Parlementaire controle in het licht van ministeriële verantwoordelijkheid en vertrouwen

Uit het voorgaande blijkt dat de informatievoorziening vanuit de departementen aan het parlement niet zonder slag of stoot verloopt. Dat is zorgwekkend, want de inlichtingenplicht is essentieel om de ministeriële verantwoordelijkheid goed te laten functioneren. Uit het recente rapport van de Commissie van Venetië – opgesteld op verzoek van de Tweede Kamer⁵⁶ – komt naar voren dat het informatierecht in art. 68 Grondwet praktisch en doeltreffend moet worden ingericht, en dat informatiestromen binnen overheidsdiensten moeten verbeteren.⁵⁷ In de kabinetsreactie op dit rapport wordt dat uiteraard onderschreven, en wordt melding gemaakt van initiatieven om de informatiehuishouding op departementen te verbeteren en van de nieuwe praktijk van het verzenden van beslisnota’s mét persoonlijke beleidsopvattingen aan de Kamer.⁵⁸

Of op deze manier wordt bijgedragen aan een voor zowel kabinet als Kamer werkbare wijze van informatieverstrekking, die – zoals in de hiervoor genoemde Beleidslijn 2022 staat – bijdraagt aan verbetering van de *vertrouwensrelatie* tussen kabinet en parlement, valt te betwijfelen. Te denken valt aan het voorval tijdens de Algemene Politieke Beschouwingen in 2024 waarin de Kamer ambtelijke documenten wilde ontvangen omtrent het uitroepen van een noodtoestand in de asielopvang. In eerste instantie weigerde de minister-president deze documenten te verstrekken, maar nadat Kamerlid Van Vroonhoven wees op art. 68 Grondwet, werden de documenten alsnog verstrekt: eerst vergaand gelakt, daarna ongelakt. De minister-president kreeg daarbij niet de kans om deze documenten te voorzien van een nadere toelichting of motiveering, met andere woorden: verantwoording af te leggen over de verstrekte analyses en adviezen. Kamerleden vrezen voorts, misschien niet ten onrechte, dat beslisnota’s kunnen worden ‘gecensureerd’, en de Minister van BZK kan daar niet veel meer tegenover stellen dan te benadrukken dat een goed samenspel tussen ambtelijke organisatie, kabinet en parlement, met inachtneming van de ministeriële verantwoordelijkheid en respect voor elkaars rollen, essentieel is.⁵⁹ Dat samenspel is inderdaad essentieel, maar *veronderstelt* al vertrouwen.

54 A. Drahmman, ‘De Wet open overheid is slechts een tussenstap’, VAR-adviezen 2022, *Transparantie en openbaarheid*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 80.

55 Broeksteeg 2004, p. 19.

56 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 11.

57 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2021/22, 35510, nr. 85.

58 *Kamerstukken II* 2021/22, 29279, nr. 708, p. 6-7.

59 *Kamerstukken II* 2020/21, 28362, nr. 57, p. 2-3.

Het bestaande onderlinge vertrouwen lijkt echter wankel: de Kamers zijn er, naar aanleiding van ervaringen uit het verleden, niet zeker van dat zij steeds op tijd, volledig en juist worden geïnformeerd. Dat zij om die reden (ook) documenten met persoonlijke beleidsopvattingen willen ontvangen, is niet gek. Dat vanuit de departementen op dit punt een zekere aarzeling bestaat, is dat evenmin: het brengt het risico met zich dat ministers vol ‘in de wind’ komen te staan. Ook het risico dat (de opvattingen van) ambtenaren op deze manier in het debat worden betrokken zonder dat zij daaraan kunnen deelnemen is reëel, en het risico dat ministers dan beperkt rugdekking (kunnen) geven, is dat eveneens.⁶⁰ De verstrekking van ambtelijke documenten zonder een toelichting van de minister kan eraan bijdragen dat de discussie niet over de beleidsvoornemens van de minister gaat; zij komt daarmee ‘in het luchtledige’ te hangen. Daardoor kunnen de spelregels soms uit het oog worden verloren: van de zijde van de Kamer,⁶¹ maar ook van de zijde van de departementen, als bijvoorbeeld beslisnota’s uiterst minimaal worden ingevuld. Ook dat is – gelet op de ontstane situatie – begrijpelijk, maar het draagt niet bij aan het onderlinge vertrouwen. Integendeel, juist dit soort *faux pas* zorgen ervoor dat het vertrouwen verder verslechtert.

60 Vgl. *Handelingen II* 2019/20, nr. 43, item 6.

61 Zoals bijvoorbeeld bleek in een interpellatiedebat naar aanleiding van de aanvankelijke weigering van de Minister voor Natuur en Stikstof om een impactassessment naar de Kamer te sturen (*Handelingen II* 2023/24, nr. 46, item 7) of de gang van zaken omtrent de verstrekking van ambtelijke stukken over de toepassing van noodrecht in asielzaken (*Handelingen II* 2024/45, nr. 3, item 2).

4 De vertrouwensregel

4.1 Doel van de vertrouwensregel

De vertrouwensregel wordt wel beschouwd als de kern van het parlementaire stelsel. Op grond van deze regel moeten één of meer, desnoods alle ministers of staatssecretarissen, ontslag aanbieden aan de Koning, indien de Tweede of de Eerste Kamer in meerderheid ervan blijk heeft gegeven onvoldoende vertrouwen in de minister(s), staatssecretaris(sen) of het kabinet te hebben.¹ De vertrouwensregel is negatief geformuleerd, wat wil zeggen dat vertrouwen wordt verondersteld totdat het tegendeel blijkt. Een kabinet kan in het Nederlandse staatsrecht dus niet vragen om vertrouwen, althans: dat heeft geen rechtsgevolg. Het opzeggen van vertrouwen heeft dat wel en is vormvrij. De Kamer kan het gebrek aan vertrouwen laten blijken door bijvoorbeeld het aannemen van een motie. Het ligt dan aan de inhoud en de interpretatie van de motie of die is te beschouwen als een motie van wantrouwen.² Ook het aannemen van een onaanvaardbaar verklaard(e) motie of amendement, het verwerpen van een voor de minister of het kabinet cruciaal wetsvoorstel of het verwerpen van de begroting zijn wel uitgelegd als een blijk van wantrouwen.³

Van oudsher wordt de vertrouwensregel als een onmisbaar instrument van de Kamer gezien. Zij kan uiteindelijk beslissen over het aanblijven of ontslag van een minister. Weliswaar kan de regering, als tegenhanger van de vertrouwensregel, toepassing geven aan haar bevoegdheid om de Kamer te ontbinden, maar het ontbindingsrecht is in de loop van de tijd zo geëvolueerd dat van de vertrouwensregel een sterkere werking uitgaat. Immers, echte conflictontbindingen komen sinds de introductie van het stelsel van evenredige vertegenwoordiging en daarmee gepaard gaande coalitiekabinetten niet meer voor. De regering ontbindt de Tweede Kamer heden ten dage vooral als er sprake is van een conflict in de ministerraad (zoals bij het kabinet-Balkenende IV en het kabinet-Rutte IV). Daarnaast geldt als gevolg van de conventie van 1922 dat een kabinet aan de vooravond van verkiezingen zijn ontslag aanbiedt. Het gevolg

1 Vgl. de beschrijving in Kortmann 2021, p. 338.

2 Dat kan tot verwarring aanleiding geven. Zie het voorbeeld van de motie, die de werkwijze van minister Verdonk afkeurde. De Kamer gaf geen eenduidige uitleg aan de motie, die in haar bewoordingen wel aan te merken viel als een motie van wantrouwen. Zie: Bovend'Eert & Kummeling 2024, p. 383; C. Syrier, 'Staatsrecht in crisistijd', *Ars Aequi* 2008, p. 261 e.v.; L. de Jong, 'De vertrouwensregel onder druk', *NJB* 2008, p. 1475 e.v.

3 Bovend'Eert & Kummeling 2024, p. 380.

daarvan is dat ontbinding van de Kamer ook – zij het wat later – het ontslag van het kabinet betekent.⁴

Het vertrouwen van het parlement in ministers en het kabinet als geheel is wezenlijk voor de parlementaire democratie. Dat geldt tevens voor wat Zouridis in zijn preadvies ‘institutioneel vertrouwen’ noemt: het vertrouwen van burgers in – in dit geval – politieke instituties. Vermindering van vertrouwen kan er op den duur toe leiden dat burgers ‘afhaken’, en als burgers het idee hebben dat politieke instituties onvoldoende van elkaar op aan kunnen, kan dat die vermindering in de hand werken. Uiteindelijk wordt het dan onmogelijk een rechtsorde of rechtsstaat in stand te houden. Vooropgesteld: zo ernstig is het in Nederland niet gesteld. Maar Zouridis’ observaties laten wel zien dat ook vertrouwen *tussen* de instituties fundamenteel is en dat we een erosie daarvan niet zomaar kunnen negeren. En weliswaar betreft het hier, zoals we in de inleiding opmerkten, verschillende betekenissen van vertrouwen, maar zij houden wel verband met elkaar.

4.2 Werking van de vertrouwensregel

Het is de vraag of van de motie van wantrouwen nog steeds dezelfde kracht uitgaat als in de twintigste eeuw. Tegen het kabinet Rutte-IV werden maar liefst vijftien moties van wantrouwen ingediend. Ter vergelijking: tussen 1919 en 1959 waren het er elf; tussen 1960 en 1996 66 en tussen 2000 en 2019 98.⁵ Terwijl eerder van het stellen van de vertrouwenskwestie een politieke dreiging uitging, is dat nu veel minder vaak het geval. De PVV-fractie is grootverbruiker van zulke moties, maar ook voor andere fracties geldt dat zij met weinig terughoudendheid moties van wantrouwen indienen. Dat geen van die moties is aangenomen (buiten de hierna te noemen voorbeelden), maakt kennelijk niets uit. Zij zijn, zoals Van den Braak zegt, te beschouwen als een statement van (een) oppositiefractie(s),⁶ waarmee de ferme ‘groeten aan de achterban’ wordt gedaan. Niet alle moties van wantrouwen zijn dus primair gericht op het daadwerkelijk stellen van de vertrouwenskwestie – en moties die dat doel niet hebben, maken op bewindspersonen en in de Kamer minder indruk.

Er is nog een andere ontwikkeling zichtbaar. In april 2021 werden zowel een motie van afkeuring tegen minister-president Rutte als een (expliciete) motie van wantrouwen tegen VVD-fractievoorzitter Rutte ingediend, in verband met zijn handelwijze in de affaire ‘Omtzigt functie elders’. De eerste motie werd aanvaard, de tweede verworpen; Rutte bleef in functie. Hij interpreteerde de motie van afkeuring als een laatste waarschuwing.⁷ Enkele maanden later, in september 2021, werden moties van afkeuring én van wantrouwen ingediend tegen ministers Kaag van Buitenlandse Zaken en Bijleveld van Defensie.⁸ Ook nu werden de expliciete moties van wantrouwen verworpen en die van afkeuring aanvaard. Kaag trad af, omdat zij meende dat een minister hoort af te treden als diens beleid wordt afgekeurd. Bijleveld besloot eerst

4 Bovend'Eert & Kummeling 2024, p. 415.

5 B. van den Braak, *Het 'ja, dat weten we nu wel-effect'*, parlement.com, 19 april 2019.

6 B. van den Braak, *Het 'ja, dat weten we nu wel-effect'*, parlement.com, 19 april 2019.

7 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 788, nr. 13; *Handelingen II 2020/21*, nr. 64, item 3, p. 3 en 102.

8 *Kamerstukken II 2020/21*, 27 925, nr. 813 en 814; *Handelingen II 2020/21*, nr. 106, item 8, p. 88.

aan te blijven omdat een motie van afkeuring ‘staatsrechtelijk iets anders’ zou zijn dan een motie van wantrouwen,⁹ maar volgde een dag later alsnog. Dit is opmerkelijk en impliceert een zekere inflatie van de motie van afkeuring. De klassieke staatsrechtelijke motie-Keuchenius (1866) en motie-Deckers (1939) waren moties van afkeuring, waarmee tot uitdrukking werd gebracht het vertrouwen in de minister op te zeggen.¹⁰ Moties van wantrouwen als zodanig kwamen vroeger niet voor. Dat is inmiddels anders. Tussen 1939 en 2019 telt Van den Braak er vijftien (waarvan overigens elf door de PVV werden ingediend), maar voor geen enkele bestond een parlementaire meerderheid.

De cijfers en de parlementaire praktijk laten zien dat moties van wantrouwen, bijvoorbeeld bij de algemene politieke beschouwingen, welhaast pro forma worden ingediend. Zulke moties van wantrouwen maken dan ook nauwelijks indruk op de politieke actoren die het betreft; dat is alleen nog het geval als zo’n motie wordt ingediend of ondersteund door fracties die dat zelden doen.

Hoewel het een ‘politieke doodzonde’ wordt genoemd als de minister de Kamer onvolledig of onjuist informeert, komt het niet vaak voor dat daaraan politieke gevolgen worden verbonden. Zo informeerde minister-president Rutte de Kamer onvolledig over ambtelijke memo’s in het informatiedossier over de afschaffing van de dividendbelasting (2018) en minister De Jonge over zijn betrokkenheid bij een mondkapjesdeal tijdens de coronacrisis (2022). Toch werd het vertrouwen in hen niet opgezegd en zagen zij ook zelf geen aanleiding om op te stappen. Overigens zijn er (nog steeds) bewindspersonen die wel aftreden nadat gebleken is dat zij de Kamer verkeerd informeerden, zoals staatssecretaris Harbers in 2019, met betrekking tot criminaliteitscijfers onder asielzoekers.¹¹

De vertrouwensregel is, zoals gezegd, negatief geformuleerd: vertrouwen wordt verondersteld en pas als wantrouwen blijkt, moet de minister ontslag aanbieden. In dat licht zijn de hoorzittingen met kandidaat-bewindslieden die de Tweede Kamer bij de laatste kabinetsformatie heeft gehouden staatsrechtelijk bijzonder.¹² Als uit de hoorzittingen blijkt dat de Kamer geen vertrouwen heeft in een kandidaat-minister of -staatssecretaris, zal de regering naar alle waarschijnlijkheid niet tot benoeming overgaan. Benoemt zij de kandidaat toch, vanuit de gedachte dat de Kamer geen formele instrumenten heeft om de benoeming tegen te gaan, dan is de kans groot dat de bewindspersoon bij de eerste ontmoeting met de Kamer alsnog naar huis wordt gezonden. Dat wringt met de negatieve formulering van de vertrouwensregel en de grondwettelijke benoemingsprocedure van art. 44 Grondwet. Problematisch is ook dat Kamerleden de kandidaten tijdens hoorzittingen het vuur na aan de schenen kunnen

9 Hanneke Keultjes & Tobias den Hartog, *Kaag stapt op na motie van afkeuring door Tweede Kamer*, Het Parool 16 september 2021.

10 Bovend'Eert & Kummeling 2024, p. 384-385; J.Th.J. van den Berg, *Zinloze moties*, parlement.com, 24 september 2021.

11 Voorbeelden van parlement.com, ‘Onjuist/onvolledig informeren Tweede Kamer’, geraadpleegd augustus 2024.

12 *Kamerstukken II 2023/24*, 35 788, nr. 226 (motie-Sneller). Inmiddels is gebleken dat het vooralsnog bij een eenmalige exercitie blijft. P.P.T. Bovend'Eert, ‘Een politiek toneelstukje zonder betekenis’, *NRC* 18 juni 2024; F.J.C. van Hout & J.G. Maarsen, ‘“We voeren ‘m niet uit” revisited? Hoorzittingen met kandidaat-bewindspersonen zonder staatsrechtelijk toegevoegde waarde’, *TvCR* 2024, p. 213-230. Zie ook: J.E. Oldeman, ‘De formatie-sensatie belicht vanuit het Nijmeegse staatsrecht’, in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.) 2024, p. 37-50.

leggen, zodat zij soms bij voorbaat beschadigd raken.¹³ Wat ons betreft is het daarom een goede zaak dat voortaan niet meer van zulke hoorzittingen zullen worden gehouden.

Twee tendenties lijken in ieder geval zichtbaar. In de eerste plaats dat vaker ‘kansloze’ moties van wantrouwen worden ingediend, die niet het gevolg zijn van een duidelijk politiek voorval en waarvan op voorhand duidelijk is dat er geen meerderheid voor zal zijn. In de tweede plaats dat bij politieke voorvallen die vroeger als zeer ernstig werden beschouwd, juist minder vaak een motie van wantrouwen wordt ingediend en aangenomen. Dat kan erop duiden dat het mes van de vertrouwensregel – net als dat van aspecten van parlementaire controle – minder scherp wordt. En dat is zorgwekkend: de vertrouwensregel is een dermate belangrijk element van het parlementair stelsel, dat tot het indienen ervan niet licht moet worden overgegaan. Er moet ook enige dreiging van uitgaan; de indiening van een motie van wantrouwen moet indruk maken op een minister of het kabinet.

Om die reden zou een weloverwogener gebruik door de Kamer wenselijk zijn. Weliswaar moeten Kamerleden en -fracties dan accepteren dat de motie van wantrouwen veel minder de mogelijkheid biedt om zich in de kijker van de media te spelen, maar het zal bijdragen aan een goede werking van het stelsel en wellicht ook aan het onderlinge vertrouwen. In ieder geval geldt, zo blijkt uit Zouridis’ preadvies, dat controle die gebruikt wordt om anderen ‘af te rekenen’, *niet* bijdraagt aan vertrouwen, in dit geval in de politieke instituties. In de huidige versplinterde en gepolitiseerde politiek, is *selfrestraint* waarschijnlijk echter een illusie. Het zal voor een individueel Kamerlid of -fractie nog steeds op korte termijn aantrekkelijk zijn om zich te profileren met een motie van wantrouwen. Dat het collectief Tweede Kamer daarvan niet profiteert, is voor het lid of de fractie dan minder relevant (vgl. het *prisoners dilemma*).

4.3 Vertrouwen in het licht van ministeriële verantwoordelijkheid

In deze paragraaf stond vooral de vertrouwensregel, als hoeksteen van het parlementaire stelsel, centraal. Vertrouwen is echter een breder begrip. In de inleiding hebben we beschreven dat het vertrouwen van burgers in politieke instituties niet heel groot is, maar wel relatief constant. De vertrouwensregel en het vertrouwen van burgers in de politiek houden verband met elkaar: indien het vertrouwen van burgers in de politiek minder groot wordt, zal ook de werking van de vertrouwensregel problematischer worden en andersom. De volatiliteit van kiezers, de versplintering van de politiek en de opkomst van populistische partijen – die kunnen worden beschouwd als een verschijningsvorm van weinig vertrouwen van burgers in de politiek, en zelf wantrouwen uitdragen tegen (andere) instituties van de staat – zorgen voor een profileringsdrang van Kamerleden en fracties, waardoor het aantal ingediende moties van wantrouwen sterk is gestegen. Dat brengt het gevaar met zich dat de waarde van de motie van wantrouwen aan inflatie onderhevig raakt.

13 L.C. Groen, *Een naderend constitutioneel moment?*, nederlandrechtsstaat.nl 18 juni 2024.

Dat heeft óók gevolgen voor de ministeriële verantwoordelijkheid. Vertrouwen is nodig om het proces van politieke verantwoording goed te laten werken. Verder kan de toename van het aantal moties van wantrouwen, als gezegd, ook gevolgen hebben voor het vertrouwen van burgers in de politiek. Het beeld kan ontstaan dat er weinig goed gaat in het landsbestuur. Het vergt terughoudendheid en zelfbeheersing om de motie van wantrouwen te bewaren voor zaken die écht fout zijn gegaan.

Waar leidt het voorgaande ons toe? We hebben de ministeriële verantwoordelijkheid beschouwd in relatie tot andere leerstukken, namelijk tot de parlementaire controle en de vertrouwensregel. De reden daarvoor is dat burgers enerzijds weinig vertrouwen in de politiek lijken te hebben en dat anderzijds sprake is van afnemend vertrouwen tussen politieke instituties, terwijl tussen deze vertrouwenscrises een verband lijkt te bestaan. In dit preadvies zijn we voornamelijk op de relatie tussen parlement en regering ingegaan, vanuit de veronderstelling dat als de politieke verhoudingen verbeteren, dat bij kan dragen aan meer vertrouwen van burgers in de politiek.

In dit preadvies staat centraal hoe de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid en aanverwante, staatsrechtelijke leerstukken wordt beïnvloed door het hiervoor genoemde, afnemende vertrouwen. Moet de ministeriële verantwoordelijkheid in verband hiermee worden aangepast, of behoeven de parlementaire controle en de vertrouwensregel wellicht verandering? De voorgaande paragrafen maken duidelijk dat eventuele oplossingen om de relevante staatsrechtelijke mechanismen goed te laten werken, tweeledig kunnen zijn: ofwel zij dragen bij aan versterking van het vertrouwen tussen parlement en kabinet, ofwel zij zorgen ervoor dat het gebrek aan vertrouwen tussen parlement en kabinet de goede werking van het parlementaire stelsel niet te zeer belemmert.

Versterking van het vertrouwen is moeilijk met juridische instrumenten te bereiken, maar veeleer politicologisch of zelfs psychologisch van aard. Ook de werking van het parlementaire stelsel is niet altijd met staatsrechtelijke instrumenten te verbeteren: de Grondwet geeft hiervoor geen duidelijke regels (paragraaf 1.3) en veel is een kwestie van ‘etiquette’. Zo concludeerden wij eerder dat met betrekking tot de parlementaire controle en de vertrouwensregel geldt dat een terughoudende toepassing beter zou zijn voor de effectiviteit daarvan. Maar dat is niet af te dwingen.

Niettemin zullen we verkennen welke oplossingen in het kader van het voorgaande denkbaar zijn. Het gaat dan om voorstellen die in de politieke praktijk of in de staatsrechtelijke literatuur zijn gedaan. Op de constitutionele etiketteregels komen wij in de slotparagraaf terug. Als we ons beperken tot het staatsrecht, kunnen we een drieling maken: voorstellen die de ministeriële verantwoordelijkheid zelf betreffen (paragraaf 5.1), voorstellen die (de relatie tot) de andere staatsrechtelijke leerstukken aangaan (paragraaf 5.2) en overige (verdergaande) voorstellen (paragraaf 5.3). Hoevel hierna zal blijken dat wij kritisch zijn over veel voorstellen, vinden we het wel

relevant om de voorstellen hier te bespreken; zij maken immers deel uit van de staatsrechtelijke discussie over het functioneren van het parlementaire stelsel.

5.1 Ministeriële verantwoordelijkheid

In paragraaf 2 hebben wij uiteengezet wat het belang is van ministeriële verantwoordelijkheid, namelijk het controleerbaar maken van het openbaar bestuur voor de volksvertegenwoordiging. De Staten-Generaal kunnen door de verantwoording die ministers afleggen, greep houden op het overheidsbestuur. Daarbij ligt de grens bij de bevoegdheden van de minister: hij is slechts verantwoordelijk voor zover hij bevoegd is. Immers, als hij niet bevoegd is, kan hij geen besluiten nemen, instructies of aanwijzingen geven, enz. In paragraaf 2.2 kwam de stelselverantwoordelijkheid aan bod, op grond waarvan ministers verantwoordelijk zijn voor de werking van een wettelijk stelsel, ook als de uitvoering belegd is bij zbo's, decentrale overheden of marktpartijen. Daarmee zou de band tussen verantwoordelijkheid en bevoegdheid worden doorsneden. Het gevolg daarvan kan zijn dat een minister die verantwoordelijk wordt gehouden voor een bepaald beleidsterrein, ook veronderstelt dat hij de bevoegdheden heeft om dat beleidsterrein te kunnen beïnvloeden.

Ministers moeten dus scherp zijn op hun bevoegdheden: zij kunnen niet alles op 'hun' beleidsterrein veranderen. Dat neemt niet weg dat over de werking van een bepaald stelsel wel degelijk van gedachten kan worden gewisseld. In paragraaf 3.1 is de verhouding tussen de ministeriële verantwoordelijkheid en de inlichtingenplicht aan de orde gekomen. Hoewel daarover verschillend wordt gedacht, lijkt uit de parlementaire stukken – en vooral ook uit de parlementaire praktijk – voort te vloeien dat de inlichtingenplicht vóórder kan strekken dan de ministeriële verantwoordelijkheid. De minister moet immers het parlement – ook als hij niet bevoegd is – naar zijn beste vermogen informeren, en niet slechts stellen dat hij, omdat hij geen bevoegdheden heeft, ook geen inlichtingen hoeft te geven. Dat betekent óók dat hij, als hij het betreffende beleidsterrein niet kan beïnvloeden omdat bevoegdheden daartoe ontbreken, dat aan de Kamer moet laten weten. Dit vergt het nodige van bewindspersonen: zij moeten, als gezegd, scherp zijn op de grenzen van hun bevoegdheden. Ministers moeten steeds te kennen geven dat een *debat* op grond van art. 68 Grondwet over de werking van een wettelijk stelsel op hun beleidsterrein weliswaar steeds mogelijk is, maar dat zij niet op alle punten *verantwoordelijkheid* dragen en bevoegdheden hebben. Voorkomen moet worden dat bewindspersonen meer pretenderen dan zij waar kunnen maken. Dat doet het vertrouwen in de overheid meer kwaad dan goed. Het is daarom van belang dat de grenzen van de ministeriële verantwoordelijkheid duidelijk zijn gemarkeerd. De formeel-juridische loskoppeling van verantwoordelijkheid en bevoegdheid lijkt ons daarom dan ook geen goed idee.

Wij zijn ook geen voorstander van het in de loop der jaren meermaals geopperde plan om de ministeriële verantwoordelijkheid te beperken tot het handelen en nalaten van

de minister zelf en van de Koning.¹ Het handelen en nalaten van bijvoorbeeld ambtenaren zou dan niet langer onder de ministeriële verantwoordelijkheid vallen. Ambtenaren (maar ook bestuurders van zbo's) zouden zelf verantwoording moeten afleggen in de Kamer. Dit wordt ook wel publieke verantwoording genoemd, als alternatief voor ministeriële verantwoordelijkheid. Het zou de verhouding tussen de Kamer en de minister enerzijds heel overzichtelijk maken: de minister hoeft zich alleen te verantwoorden voor zijn beleidskeuzes en niet voor allerlei ambtelijke of uitvoeringszaken. Anderzijds maakt het de ministeriële verantwoordelijkheid uiterst diffuus. De Kamer heeft dan niet langer één aanspreekpunt, namelijk de minister, maar talloze. Andersom zouden ambtenaren mogelijk een sterke positie krijgen, omdat zij zowel de minister als de Kamer moeten dienen. Zij zouden minister en Kamer zelfs uit elkaar kunnen spelen. Op dit punt bestaat een duidelijk verband met de hiervoor besproken vraagstukken omtrent art. 68 Grondwet: omdat ambtelijke stukken steeds vaker openbaar worden, lijken ambtenaren een meer zelfstandige politieke factor te worden. Ook dat kan de ministeriële verantwoordelijkheid meer diffuus maken.

De ministeriële verantwoordelijkheid geeft de overheid een herkenbaar gezicht, juist omdat de minister als enige aanspreekpunt fungeert.² Daarom geldt onzes inziens dat het laten afleggen van ministeriële verantwoordelijkheid door ambtenaren of zbo's (of door andere onafhankelijke instellingen) onwenselijk is. Deze vormen van publieke verantwoording zullen niet snel bijdragen aan een groter vertrouwen van Kamerleden in het kabinet: als de verantwoording te gespreid of diffuus is, zal het voor het parlement moeilijker zijn om grip te krijgen op delen van het overheidsbestuur.

Wél geldt dat meer gebruik kan worden gemaakt van contact tussen Kamerleden en ambtenaren. Dit contact wordt nu geregeld in aanwijzingen vastgesteld door de minister-president.³ Vastgelegd is dat als een Kamerlid contact wil met ambtenaren, de minister daarover beslist. Kamerleden kunnen hierdoor beter geïnformeerd raken. Contacten met ambtenaren over feitelijke gegevens zijn niet problematisch. Ambtenaren kunnen zich niet uitlaten over beleidskeuzes, laat staan deze verdedigen of uitleggen. Dan treden zij in de ministeriële verantwoordelijkheid. Contacten tussen Kamerleden en ambtenaren vergen dus enige discipline van beide zijden.⁴

Kortom, het lijkt erop dat het staatsrechtelijk concept van de ministeriële verantwoordelijkheid nog steeds bruikbaar is. Sterker nog, het is onmisbaar in een parlementair stelsel. Wel is het goed functioneren van de ministeriële verantwoordelijkheid ook afhankelijk van dat van andere staatsrechtelijke leerstukken, die nu aan bod komen.

1 Zie onder meer: H. van Maarseveen, 'Reidans der niet-verantwoordelijken', *NJB* 1987, p. 1516; M.A.P. Bovens, 'De ministeriële verantwoordelijkheid', in: J.Th.J. van den Berg e.a. (red.), *Inleiding Staatskunde*, Deventer: Kluwer 1995, p. 259; M.A.P. Bovens, *De vierde macht revisited*, oratie UU 2000; J. Peters, *Van wie zijn zij? De ambtenaren*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2011.

2 AARvS 15 juni 2020, *Ministeriële verantwoordelijkheid*, W04.20.0135/1, p. 62.

3 Vaststellingsregeling Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren, *Stcrt.* 68088. Deze aanwijzingen zijn inmiddels soepeler dan de vroegere 'Oekaze-Kok'.

4 AARvS 15 juni 2020, *Ministeriële verantwoordelijkheid*, W04.20.0135/1, p. 70-71; Tweede Kamercommissie-Van der Staaij, *Eindmonitor Versterking functies Tweede Kamer; Meer dan de som der delen*, juni 2023, p. 18.

5.2 Andere staatsrechtelijke leerstukken

Wij hebben ministeriële verantwoordelijkheid gerelateerd aan parlementaire controle en de vertrouwensregel. Daarin is een belangrijke constante te ontdekken. De laatste decennia is sprake van een duidelijke toename van het aantal vragen, dertigledende-batten en moties, een steeds oploeiende discussie omtrent de openbaarheid van kabinetsnotities, verslagen e.d., en een toename van het aantal ingediende moties van wantrouwen. Hoewel het moeilijk is om voor al deze onderwerpen een directe relatie te leggen met gebrek aan onderling vertrouwen tussen parlement en kabinet, is een terughoudende toepassing van deze instrumenten noodzakelijk om het parlementaire stelsel goed te laten werken. Een goed werkend parlementair stelsel draagt bij aan vertrouwen tussen Kamer en kabinet.

Daarnaast zouden staatsrechtelijke wijzigingen van dat stelsel nodig kunnen zijn. Waaraan zouden we dan kunnen denken?

5.2.1 *Parlementaire controle*

In paragraaf 3 kwam naar voren dat de reikwijdte van de verschoningsgrond ‘het belang van de staat’ in art. 68 Grondwet met enige regelmaat leidt tot frictie tussen Kamer en kabinet. Door de Kamer is in dit verband wel gezinspeeld op een externe instantie die zou moeten beslissen of een minister terecht inlichtingen weigert.⁵ Deze oplossing werd zowel door de vice-president van de Raad van State als door de commissie voor de vernieuwing van de Wet op de parlementaire enquête en de Minister van BZK van de hand gewezen: de aanwijzing van zo’n externe instantie zou zich niet verdragen met onze constitutie en een verdere juridificering van politiek-bestuurlijke verhoudingen betekenen. Problemen met het verschaffen van inlichtingen moest de Kamer zelf oplossen – eventueel zou zij, zo schreef de vice-president, daarvoor uit haar midden een commissie kunnen aanwijzen die over geschillen in concrete gevallen adviseert.⁶

Een dergelijk voorstel is in het Hoofdlijnenakkoord gedaan: Kamerleden zouden een ‘versterkte procedure’ moeten krijgen om informatie af te dwingen conform art. 68 Grondwet, waarbij de uitzonderingsgrond ‘het belang van de staat’ toetsbaar wordt (uitgewerkt en belegd) bij de commissie grondrechten en constitutionele toetsing van de Tweede Kamer.⁷ Inmiddels heeft die commissie haar werkwijze bepaald. Wanneer inlichtingen worden geweigerd wegens het belang van de staat, zou de commissie kunnen nagaan of de minister de weigering deugdelijk heeft onderbouwd.⁸ Erkend wordt dat dit lastig zal zijn: aan het weigeren van informatie op grond van het belang van de staat ligt een belangenafweging ten grondslag, die uit de aard der zaak alleen door de minister kan worden verricht (zie paragraaf 3.1) – de minister heeft immers de beschikking over de informatie, de Kamer niet; dat is nu juist het probleem. In het

⁵ *Kamerstukken II* 2001/02, 28362, nr. 3.

⁶ *Kamerstukken II* 2001/02, 28362, nr. 4; *Kamerstukken* 2005/06, 29283, nr. 36, p. 4-5; *Kamerstukken II* 2015/16, 28362, nr. 8, p. 4.

⁷ *Hoop, lef en trots*, hoofdlijnenakkoord 2024-2028 van PVV, VVD, NSC en BBB, bijlage bij *Kamerstukken II* 2023/24, 36471, nr. 37, p. 18.

⁸ *Nieuwe commissie Grondrechten en Constitutionele toetsing van start*, www.tweedekamer.nl; *Kamerstukken II* 2024/25, 36642, nr. 1. Wanneer een vaste commissie daarom verzoekt; art. 4a van de Regeling vertrouwelijke stukken.

voorstel in het Hooflijnenakkoord leek ervan te worden uitgegaan dat de commissie – om de aanvaardbaarheid van de belangenafweging van de minister te kunnen ‘toetsen’ – over de geweigerde stukken, al dan niet vertrouwelijk, alsnog de beschikking zou krijgen. Dat staat echter haaks op art. 68 Grondwet: informatie waarvan het verstrekken in strijd is met het belang van de staat, kan immers níet aan de Kamer verstrekt, óók niet aan de commissie. De werkwijze van de commissie strekt minder ver dan het voorstel in het Hooflijnenakkoord: haar advies zal niet zien op de vraag of de inlichtingen terecht zijn geweigerd (of vertrouwelijk zijn aangeboden). Dat zij de rol van ‘scheidsrechter’ tussen Kamer en regering niet passend acht, lijkt ons een goede zaak. En dat Kamer en regering er samen uit moeten komen als het gaat om het al dan niet verstrekken van inlichtingen, lijkt ons dat ook – aan het beleggen van een dergelijke toets bij de rechter, kleven wat ons betreft meer na- dan voordelen (zie paragraaf 5.3).

Een regeling voor de verhouding tussen de inlichtingenplicht van art. 68 Grondwet en de Woo is wat ons betreft niet nodig, als het uitgangspunt is dat de inlichtingenplicht derogeert aan de Woo. Uit ons preadvies wordt duidelijk dat een grote mate van openbaarheid niet altijd bijdraagt aan een groter vertrouwen van Kamerleden in het kabinet – en overigens ook niet van burgers in de politiek. De verstrekking van documenten – denk aan de ambtelijke adviesnota’s – leidt niet zelden tot de roep om nog méér documenten; en als documenten niet blijken te bestaan of aanwezig zijn, dan zal er, zo kan de wantrouwende gedachte zijn, wel iets worden achtergehouden. Met andere woorden: meer openbaarheid leidt niet automatisch tot meer vertrouwen.

Wij bespraken in paragraaf 3 ook de grote aantallen schriftelijke en mondelinge vragen die aan het kabinet worden gesteld, en de grote hoeveelheid moties die worden ingediend. Hoewel we daarbij de kanttekening plaatsten dat daarmee niet noodzakelijkerwijs uitdrukking wordt gegeven aan afnemend vertrouwen van het parlement in bewindspersonen, wezen we er ook op dat dit wel voor problemen zorgt. Niet alleen worden de instrumenten minder effectief; de hoeveelheid tijd die gemoeid gaat met het beantwoorden van de vragen en het reageren op moties leidt tot capaciteitsproblemen en kan niet in andere zaken worden gestoken. Dat kan ten koste gaan van het presterend vermogen van de overheid – en uiteindelijk dus ook van het vertrouwen van burgers in de politiek (paragraaf 1.1). De Kamer erkent het probleem, onder meer in het recente rapport-Van der Staaij omtrent de versterking van de Kamer,⁹ maar is er tot op heden niet in geslaagd het terug te dringen. Het door Kamerlid Bontenbal voorgestelde ‘motieplafond’ gaat het naar alle waarschijnlijkheid niet halen.¹⁰ Hoewel tegen dat voorstel wat ons betreft geen grondwettelijke bezwaren bestaan, zou het, als het was gevolgd, naar alle waarschijnlijkheid lastig geweest zijn om afgesproken quota ook daadwerkelijk te handhaven.¹¹ Dat neemt niet weg dat de poging van Bontenbal om Kamerleden te stimuleren om weloverwogen gebruik te maken van het motie-instrument te prijzen valt.

9 Tweede Kamercommissie-Van der Staaij, *Eindmonitor Versterking functies Tweede Kamer, Meer dan de som der delen*, juni 2023, p. 13.

10 Zo bleek tijdens het debat op 23 januari 2025; de stemming vond plaats na afronding van dit preadvies. *Kamerstukken II* 2023/24, 36537, nr. 2 (en verder).

11 Voermans ziet wel grondwettelijke bezwaren: W.J.M. Voermans, *Uitspraken van de Tweede Kamer dragen bij aan de vernieuwing van de politieke cultuur*, NRC 22 januari 2025. Niettemin is het opnemen van een regel in het RvOTK die niet gehandhaafd wordt of kan worden, wel bezwaarlijk.

Het preadvies van Zouridis maakt duidelijk dat het type controlemechanisme relevant is voor het vertrouwen in instituties. Controlemechanismen die een socialiserende werking hebben (waarbij het gaat om een gezamenlijke uitvoering), wekken meer vertrouwen dan mechanismen die vooral individuele effecten bevorderen. Een ‘vertrouwenwekkend’ controlemechanisme is wat ons betreft in de eerste plaats de parlementaire enquête. De enquête wordt wel gezien als het zwaarste parlementaire controlemiddel. Kenmerkend aan de parlementaire enquête is dat zij wordt uitgevoerd door een breed samengestelde commissie. De commissie brengt rapport uit, waarin minderheidsstandpunten weliswaar voorkomen, maar niet veel. Mede vanwege het ‘gezamenlijke karakter’ van de parlementaire enquête gaat daarvan in de praktijk een grote kracht uit. Enquête rapporten worden (vaak) als gezaghebbend beschouwd. Het komt ook regelmatig voor dat een kabinet, of dat ministers of staatssecretarissen aftreden vanwege een parlementaire enquête. De parlementaire ondervraging, ook wel bekend als mini-enquête of enquête-light, is – hoewel zij ook gebreken kent¹² – een zinvolle aanvulling op de controle-instrumenten van de Kamer. Op deze manier kan de Tweede Kamer, vanwege een beperkt vooronderzoek, sneller onderzoek verrichten. De Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag is in dit verband illustratief. In het licht van het voorgaande geldt niettemin dat de Kamer wel enige discipline moet betrachten: voorkomen moet worden dat ook dit controle-instrument aan effectiviteit verliest door al te veelvuldig gebruik, dan wel door verkeerd gebruik, bijvoorbeeld als het wordt ingezet om politiek ‘af te rekenen’.

Dat neemt weg dat men ook in gevallen waarin een enquête duidelijk niet is aangegeven, als Kamerleden samen kan optrekken. Een wijziging van de werkwijze van de Tweede Kamer, waardoor de Kamer meer dan nu zelf informatie vergaart, kan hierbij behulpzaam zijn. Wij doelen dan op een wijziging van het commissiestelsel. Het huidige stelsel is weinig effectief. Er is een Kamercommissie per departement; daarnaast zijn er nog enkele andere commissies (bijvoorbeeld voor de geloofsbrieven) en ad-hoccommissies. De inbreng van de vaste Kamercommissies bij wetsvoorstellen (in het verslag) gaat fractiegewijs. Van een echte commissie-inbreng is geen sprake. De regering beantwoordt de vragen van de afzonderlijke fracties (in de nota naar aanleiding van het verslag) schriftelijk; daarna vindt veelal plenaire behandeling plaats. Eerder is voorgesteld om het commissiestelsel om te vormen naar Brits of Amerikaans voorbeeld.¹³ In dat geval zijn parlementaire commissies belast met de voorbereiding van een wetsvoorstel. Zij verrichten daartoe onderzoek, onder meer door belanghebbenden, *stakeholders* en andere voor het wetsvoorstel relevante partijen in *hearings* te ondervragen. Zij brengen (als commissie) verslag uit aan de Kamer. Opvallend is dat dit in beide (toch evenzeer gepolitiseerde) landen relatief neutraal gebeurt, dus partijoverstijgend en in ieder geval meer ‘gezamenlijk’ dan de fractiegewijze inbreng in de huidige procedures. Eerst nadat de commissie verslag heeft uitgebracht, vindt de partijpolitieke standpuntbepaling plaats. Deze commissies genieten gezag en hun conclusies zijn belangrijk voor het wetgevingsdebat. Voorstelbaar is dat ambtelijke nota’s over alternatieve wetgeving veel minder noodzakelijk

12 J.A.M.A. Sluysmans & J.C. Borman, ‘De parlementaire ondervraging nader beschouwd’, in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.) 2023, p. 74-80.

13 L.F.M. Verhey, ‘Parlementaire controle en scrutiny of administration: de betekenis van de Britse select committees’, in: *Grensverleggend staatsrecht* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2001, p. 299-322; P.P.T. Bovend’Eert & J.L.W. Broeksteeg, ‘Vertrouwen in het parlement? Kanttekeningen bij een parlementaire zelfreflectie’, *TvCR* 2010, p. 24-51.

zijn, omdat het parlement immers zelf onderzoek doet naar de wenselijkheid van het wetsvoorstel en naar mogelijke alternatieven. Dit voorstel betreft weliswaar de werkwijze van parlementaire commissies in de voorbereiding van een wetsvoorstel, maar deze werkwijze is ook denkbaar voor de controlerende taak van de Kamer. De Tweede Kamer is daarmee (voorzichtig) begonnen. Zij heeft voor belangrijke dossiers rapporteurs aangesteld (soms één, soms twee), die aan Kamercommissies over hun bevindingen rapporteren.¹⁴ Ook op deze manier kan de Kamer partijoverstijgend en meer gezamenlijk werken. Dat bevordert de effectiviteit van haar controle en daarmee het vertrouwen in de Kamer. Overigens geldt wel dat deze werkwijze intensiever is dan de huidige. Het is een verstrekkende wijziging, die een discussie kan oproepen over de uitbreiding van het aantal Kamerleden of hun ondersteuning.

5.2.2 *De vertrouwensregel*

In paragraaf 4.3 is aan de orde gekomen dat de laatste jaren zóveel moties van wantrouwen worden ingediend dat zij weinig indruk meer maken. De oplossing zou zijn dat zulke moties minder frequent worden ingediend, maar de vraag is of alleen een oproep daartoe voldoende soelaas biedt. Welke formele instrumenten kan het staatsrecht verder bieden?

In de eerste plaats valt te denken aan een afkoelingsperiode, op te nemen in het RvOTK: tussen de indiening van een motie van wantrouwen en de stemming daarover in de Kamer moet dan bijvoorbeeld 48 of 72 uur liggen.¹⁵ Het is echter de vraag hoe effectief een afkoelingsperiode is. Theoretisch is deze periode ervoor bedoeld dat de Kamer niet in de hitte van de strijd tot stemming overgaat, maar de tijd heeft de motie rustig te overwegen. In de praktijk is het echter voorstelbaar dat de indiener de periode aangrijpt om in de Kamer medestanders voor de motie te werven en daarbuiten, bijvoorbeeld in talkshows, de motie uit te dragen, kortom: daar een podium voor pakt.

Een verdergaande stap is het opnemen van de vertrouwensregel in de Grondwet. De meest simpele variant is dan de wijze waarop de Staatsregelingen van Aruba, Curaçao en Sint Maarten de vertrouwensregel hebben vastgelegd: indien een minister of een staatssecretaris niet langer het vertrouwen van een van de Kamers van de Staten-Generaal bezit, dient hij ontslag in bij de Koning.¹⁶ Ook de Gemeentewet kent een gecodificeerde vertrouwensregel, die neutraal is geformuleerd. Het vastleggen van de gronden die tot toepassing van de vertrouwensregel kunnen leiden, zou op meer moeilijkheden stuiten (zie ook het preadvies van Zouridis: vertrouwen laat zich inhoudelijk maar moeilijk regelen): het is ondoenlijk om alle gronden van deze uiteindelijk subjectieve regel vast te leggen. In dat geval gaat de opvatting van de regering, dat codificatie van de vertrouwensregel afbreuk doet aan de ‘souplesse welke in de verhouding tussen parlement en regering nodig is’, wel op.¹⁷ De gronden zouden niet limitatief kunnen zijn en bovendien aanleiding kunnen geven tot discussie over

14 Tweede Kamer, *Rapporteurs in de Tweede Kamer*, een reflectie, rapportage 30 mei 2024.

15 Vgl. art. 67 lid 2 van het Duitse Grundgesetz.

16 Art. 33 lid 2 Staatsregeling Sint Maarten, art. 29 lid 2 Staatsregeling Curaçao, art. II.2 Staatsregeling Aruba.

17 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 035, nr. 11, p. 2.

de interpretatie ervan. Maar een neutrale codificatie alleen kan de ontstane praktijk rondom de indiening van moties van wantrouwen niet verhelpen.

Codificatie lijkt dus alleen zinvol als de Grondwet aanvullende regels stelt omtrent de toepassing van de vertrouwensregel, bijvoorbeeld in de vorm van de constructieve motie van wantrouwen. Die houdt (in het Duitse en Belgische staatsrecht) in dat de Kamer alleen het wantrouwen kan uitspreken door met een meerderheid tevens een nieuwe minister-president te benoemen. Dat is vanzelfsprekend lastig, waardoor een motie van wantrouwen zelden aangenomen zal worden. De vraag rijst of die systematiek ook in Nederland bruikbaar zou zijn. In de eerste plaats richt de constructieve motie van wantrouwen in Duitsland en België zich altijd tegen de minister-president en daarmee tegen het gehele kabinet: er is derhalve de duidelijke keuze gemaakt dat de volksvertegenwoordiging niet afzonderlijke ministers en staatssecretarissen kan wegzenden. Dat zou een wezenlijke breuk betekenen met het Nederlandse parlementaire stelsel. Een stelsel van de constructieve motie van wantrouwen voor individuele bewindspersonen is moeilijker voorstelbaar. Het zou betekenen dat de indieners een opvolger voor een minister mogen voorstellen, zonder daarbij rekening te hoeven houden met de verhoudingen in de coalitie, die daardoor sterk onder druk kunnen komen te staan. In de tweede plaats bemoeilijken de voorwaarden die aan een constructieve motie van wantrouwen zijn verbonden vooral het aannemen van die motie, en niet zozeer het indienen. Er staat een Kamerlid niets in de weg om een motie in te dienen met een voorstel voor een alternatieve minister-president. Zo'n motie hoeft niet kansrijk te zijn – maar dat waren de talloze moties van wantrouwen die de afgelopen twee decennia zijn ingediend evenmin. Kortom, de constructieve motie van wantrouwen biedt geen garantie dat het aantal ingediende moties van wantrouwen daadwerkelijk afneemt.

Nog verdergaande voorstellen, zoals een *recall*- of *impeachment*-procedure passen niet of moeilijk in het Nederlandse parlementaire stelsel. En ook daarvoor zal gelden dat het doen van voorstellen tot *recall* of *impeachment*, hoe kansloos misschien ook, voor sommige politici aantrekkelijk genoeg zal blijven. Immers, ook in de Verenigde Staten lijkt de *impeachment*-procedure te verworden tot een middel om afkeer van de zittende president tot uitdrukking te brengen.

5.3 Overige, verderstrekkende voorstellen

Naast de ministeriële verantwoordelijkheid zelf en de andere staatsrechtelijke leerstukken die hiertoe in relatie staan, zijn er nog andere voorstellen denkbaar die betrekking hebben op de werking van het parlementaire stelsel. Zij gaan verder dan de voorstellen die wij hiervoor bespraken. Wij noemen ze slechts kort, omdat zij strikt genomen de reikwijdte van dit preadvies te buiten gaan – zij vergen méér dan aanpassing van de besproken leerstukken alleen, en zijn van grote invloed op de werking van het stelsel zoals we dat kennen.

Als mogelijk alternatief voor de ministeriële verantwoordelijkheid wordt wel publieke verantwoordelijkheid genoemd die inhoudt dat niet langer de minister verantwoording aflegt aan de Kamer, maar veel breder is: minister, ambtenaren en zbo's

leggen aan ‘het publiek’ verantwoording af. Er zou dan een breed arsenaal aan verantwoordingsmechanismen bestaan en er zouden uitgebreidere transparantievoorwaarden gelden. Ministeries en zbo’s zouden door publieke jaarverslagen verantwoording kunnen afleggen over hun beleidsdoelen en wat zij hebben gedaan om die te bereiken. Voor zbo’s zou kunnen gelden dat het bestuur daarvan aan een instantie van intern toezicht (een raad van commissarissen of van toezicht) verantwoording aflegt. Ministeries en zbo’s zouden *stakeholders* of *consumer groups* kunnen formen, waaraan zij verantwoording afleggen. Zeker een combinatie van deze verantwoordingsmechanismen zou een alternatief voor ministeriële verantwoordelijkheid kunnen zijn, zo wordt wel beweerd.¹⁸ Wij wagen dat te betwijfelen. Ministeriële verantwoordelijkheid gaat om het uitleggen, verdedigen en motiveren van beleid. Zij wil het overheidsbestuur controleerbaar maken voor het parlement. Alternatieve verantwoordingsmechanismen maken de verantwoording over het overheidsbestuur node-loos versnipperd, diffuus en ingewikkeld, terwijl het parlement uiteindelijk nog slechts zeer beperkt informatie ontvangt. Deze alternatieve vormen voor ministeriële verantwoordelijkheid activeren weliswaar aspecten of elementen van verantwoording, maar van een volwaardig alternatief voor ministeriële verantwoordelijkheid is wat ons betreft geen sprake.¹⁹

Hiervoor noemden wij de versplintering van de Tweede Kamer, die mede een oorzaak van een profileringsdrang van Kamerleden en -fracties is en daardoor zorgt voor de toename van parlementaire controle en moties van wantrouwen. Dat draagt, zo betoogden wij, niet bij voorbaat bij aan meer vertrouwen in de politieke instituties. De versplintering van de Kamer is mogelijk door het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging, met nauwelijks een kiesdrempel. Er zijn zeven fracties die drie of minder zetels hebben; er zijn acht fracties met meer dan drie zetels. Een wijziging van het kiesstelsel kan de versplintering verminderen. Dat kan op meerdere manieren. In de eerste plaats is er de mogelijkheid van een hogere kiesdrempel. Die bedraagt nu één zetel (0,6667% van de stemmen). Een hogere kiesdrempel vermindert het aantal fracties in de Kamer. In de tweede plaats kan het kiesstelsel ingrijpender worden gewijzigd, bijvoorbeeld door op de een of andere wijze districten een rol daarin te laten spelen. Ook dat zal het aantal fracties doen verminderen. Het gaat het bestek van dit preadvies te buiten om daar verder op in te gaan, de voor- en nadelen weer te geven of daarin keuzes te maken.

In de politiek is wel de suggestie geopperd om een externe instantie conflicten te laten beslechten tussen de Kamers en het kabinet. Het kan dan gaan om bijvoorbeeld de toepassing van art. 68 Grondwet: heeft de minister terecht bepaalde inlichtingen niet aan de Kamer verschaft? Het Tweede Kamerlid Omtzigt wil de beslechting van deze geschillen bij een daartoe in te stellen constitutioneel hof neerleggen. Dat is een wezenlijke verandering van het parlementaire stelsel, omdat politieke conflicten dan niet langer langs politieke lijnen, maar (quasi-)rechterlijk kunnen worden opgelost. In

18 Mark Bovens & Thomas Schillemans (red.), *Handboek publieke verantwoording*, Den Haag: Uitgeverij LEMMA 2009.

19 Vgl. H. Broeksteeg & R. Schlössels, ‘De onafhankelijkheid van Nationale Regulerende Instanties in het licht van democratisch-rechtsstatelijke waarden’, *Preadviezen 2023*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag/Antwerpen: Boom juridisch 2023, p. 195-238 en S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 250.

Duitsland kan het *Bundesverfassungsgericht* weliswaar politieke geschillen beslechten (de zogeheten *Organstreitigkeiten*),²⁰ maar dat doet het uiterst terughoudend, om vooral niet in politiek vaarwater te geraken. Een al te activistische opstelling kan het vertrouwen van burgers in de rechter schaden – en of het daarmee het vertrouwen in de politiek goed doet, valt zeer te betwijfelen.

De meest vergaande ‘andere’ optie is een heel andere verhouding tussen parlement en regering. In een presidentieel stelsel zijn de leerstukken van ministeriële verantwoordelijkheid, parlementaire controle en de vertrouwensregel veel minder relevant. De president, als hoofd van de uitvoerende macht, en het parlement hebben ieder een eigen rol, die meer onafhankelijk van elkaar is dan in een parlementair stelsel. Duidelijk zal zijn dat ook in een presidentieel stelsel de verhoudingen tussen parlement en president en binnen het parlement sterk kunnen politiseren, waardoor het institutionele vertrouwen van burgers in de politiek ernstig kan eroderen. De politieke situatie in de Verenigde Staten spreekt in dit verband boekdelen.

5.4 Tot slot

Het voorgaande laat zien dat wij weinig verwachten van grote stelselwijzigingen. Zij zullen niet per se bijdragen aan een verbetering van de verhoudingen tussen de politieke ambten. Het lijkt er daarom op dat de erosie van vertrouwen niet zozeer voortvloeit uit de formele, staatsrechtelijke leerstukken, maar meer uit de onderliggende ‘spelregels’ die wij eerder ‘constitutionele etiquette’ noemden. Verbetering daarvan kan misschien wensdenken zijn, maar is wel nodig. Het gaat er dan om dat politieke actoren beseffen dat zij gezamenlijk overheidsgezag uitoefenen en dat zij alleen door respectvol met elkaar om te gaan, en door elkaars staatsrechtelijke positie en bevoegdheden te (er)kennen, de legitimiteit van de overheid waarmaken.²¹ In zekere zin gaat het om de onderbenutting van bevoegdheden²² (denk bijvoorbeeld aan de controle-instrumenten en de moties van wantrouwen), waardoor de verhoudingen tussen deze actoren goed blijven. Juist dat kan bijdragen aan het vertrouwen van burgers in de politiek.

20 Art. 93 lid 1 onder 1 Grundgesetz.

21 Hansko Broeksteeg & Joost Sillen, ‘Politieke kritiek op de rechter’, in: Roel Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 157-172; G.J.A. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk*, Zutphen: Paris 2021.

22 Joost Sillen & Jerfi Uzman, ‘Constitutionele etiquette als eis voor een weerbare rechtsstaat. Over loyale samenwerking, wederzijds respect en constitutionele conventies’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 423-442.

Samenvatting

Zowel het vertrouwen van burgers in de politiek als tussen politieke actoren onderling is aan erosie onderhevig. Gevallen waarin het parlement niet tijdig, onjuist of onvolledig werd geïnformeerd hebben geleid tot een toename van het aantal moties van wantrouwen en discussies over de reikwijdte van art. 68 Grondwet. Naar aanleiding van de toeslagenaffaire heeft het kabinet te kennen gegeven de informatievoorziening aan het parlement ‘radicaal anders’ aan te pakken. Het parlement heeft voorts initiatieven ontplooid om zijn controlerende taak te versterken, zoals de introductie van een ‘beknopte parlementaire enquête’. De inwerkingtreding van de Wet open overheid (Woo) moet verder tot meer openheid en transparantie van overheidsbesluitvorming leiden, want die waarden zouden ‘essentieel’ zijn voor het vertrouwen tussen samenleving en overheid.

In dit preadvies onderzoeken Broeksteeg en Groen hoe de politieke ministeriële verantwoordelijkheid zich verhoudt tot parlementaire controle en de vertrouwensregel. Hoe wordt de werking van deze staatsrechtelijke leerstukken beïnvloed door afnemend vertrouwen van enerzijds burgers in de politiek en anderzijds de Tweede Kamer in ministers of het kabinet? Zijn aanpassingen nodig, bijvoorbeeld in de vorm van een andere invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid of een gewijzigde verhouding ten opzichte van andere leerstukken?

De auteurs komen tot de conclusie dat het staatsrechtelijk concept van de ministeriële verantwoordelijkheid nog steeds bruikbaar is. Sterker nog, het is onmisbaar in een parlementair stelsel. Ministeriële verantwoordelijkheid maakt het openbaar bestuur controleerbaar voor de volksvertegenwoordiging. Ideeën als een beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid tot het handelen en nalaten van de minister zelf – ambtenaren zouden dan zelf verantwoording kunnen afleggen – maken de verantwoordingsplicht diffuus. Ook de loskoppeling van bevoegdheid en verantwoordelijkheid is geen goed idee; voorkomen moet worden dat ministers meer pretenderen dan zij waar kunnen maken. Dat zou het vertrouwen in de overheid meer kwaad dan goed doen. Wel geldt dat de parlementaire controle beter geregeld en toegepast kan worden. Het huidige commissiestelsel van de Tweede Kamer is weinig effectief. Een commissiestelsel naar Brits of Amerikaans voorbeeld, waarbij commissies veel meer zelf onderzoek verrichten, zou kunnen bijdragen aan meer samenwerking in de Kamer. Daarnaast geldt dat het mes van veel controle-instrumenten bot is geworden door overvloedig gebruik.

Verdergaande stelselwijzigingen wijzen Broeksteeg en Groen af. Weliswaar is er de laatste jaren veel aandacht voor publieke verantwoording als alternatief voor ministeriële verantwoordelijkheid, maar de diverse vormen van publieke verantwoording maken het overheidsbestuur nodeloos ingewikkeld, terwijl het parlement uiteindelijk slechts beperkt informatie ontvangt. Deze alternatieve vormen van ministeriële verantwoordelijkheid activeren weliswaar aspecten of elementen van verantwoording, maar van een volwaardig alternatief voor ministeriële verantwoordelijkheid is geen sprake. Zij zullen niet per se bijdragen aan een verbetering van de verhoudingen tussen de politieke ambten.

Broeksteeg en Groen concluderen, dat het erop lijkt dat de erosie van vertrouwen niet zozeer voortvloeit uit de formele, staatsrechtelijke leerstukken, maar meer uit de onderliggende ‘spelregels’, ook wel ‘constitutionele etiquette’ genoemd. Politieke actoren moeten beseffen dat zij gezamenlijk overheidsgezag uitoefenen en dat zij alleen door respectvol met elkaar om te gaan, en door elkaars staatsrechtelijke positie en bevoegdheden te (er)kennen, de legitimiteit van de overheid kunnen waarmaken. Daardoor kunnen de verhoudingen tussen deze actoren goed blijven en juist dat kan bijdragen aan het vertrouwen van burgers in de politiek.

Stellingen:

1. De toenemende druk op meer openbaarheid leidt eerder tot een verslechtering dan tot een verbetering van vertrouwensrelaties.
2. Voor het versterken van vertrouwen tussen politieke actoren, is het naleven van constitutionele etiquette belangrijker dan het aansturen op staatsrechtelijke stelselwijzigingen.

Stellingen

Stellingen behorende bij het **algemene preadvies** *Vermeend wantrouwen, maar reële controlesystemen* van Stavros Zouridis

1. Vanwege hun beroepsmatig aangeleerde achterdocht zoeken juristen te vaak zekerheid in geformaliseerde controlesystemen.
2. Controle is niet beter dan vertrouwen, want controle werkt alleen als er vertrouwen is.

Stellingen behorende bij het **civielrechtelijke preadvies** *Vertrouwen, transparantie en controle in het ondernemingsrecht – laveren tussen goede bedoelingen en onbedoelde effecten op menselijk gedrag* van Maarten Hage en Steven Hijink

1. In het juridische domein zou meer nadruk moeten liggen op het verbeteren van evaluaties van wet- en regelgeving door daarbij meer inzichten uit andere wetenschapsgebieden te betrekken.
2. Toenemende aansprakelijkheidsrisico's voor (bestuurders van) ondernemingen en accountants doen afbreuk aan het vertrouwen binnen het maatschappelijk verkeer en daarmee ook aan de effectiviteit van wet- en regelgeving.

Stellingen behorende bij het **strafrechtelijke preadvies** *Vertrouwen en controle in het strafproces* van Rolf Hoving en Alex Harteveld

1. Controleurs dienen bij het verbinden van consequenties aan geconstateerde overtredingen van strafvorderlijke voorschriften rekening te houden met het doel van het voorschrift en het kader waarbinnen het voorschrift functioneert.
2. In het Wetboek van Strafvordering moet worden opgenomen dat de officier van justitie een vonnis van de rechter altijd mag verstrekken aan een opsporingsambtenaar

Stellingen behorende bij het **staatsrechtelijke preadvies** *Ministeriële verantwoordelijkheid tussen controle en vertrouwen* van Hansko Broeksteeg en Lisanne Groen

1. De toenemende druk op meer openbaarheid leidt eerder tot een verslechtering dan tot een verbetering van vertrouwensrelaties.
2. Voor het versterken van vertrouwen tussen politieke actoren, is het naleven van constitutionele etiquette belangrijker dan het aansturen op staatsrechtelijke stelselwijzigingen.



Nederlandse
Juristen
Vereniging

www.wolterskluwer.nl



Wolters Kluwer