

Handelingen
Nederlandse Juristen-Vereniging

135e jaargang/2005-I

Toezicht

Preadviezen van

Prof. mr. A.A. van Rossum

Prof. mr. L.F.M. Verhey/Prof. mr. N. Verheij

KLUWER 

Deventer – 2005

Omslag: Corps 3 op 2 BNO. Den Haag

© 2005 A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey, N. Verheij

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

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

ISBN 90-13-02714-8

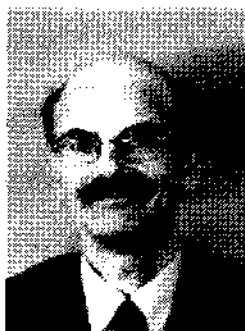
NUR 823-301



Agnes van Rossum (1962) studeerde rechten aan de Universiteit van Tilburg. Van 1986 tot 1990 en van 1995 tot 2000 was zij verbonden aan de vakgroep burgerlijk recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. In 1990 promoveerde zij aan deze universiteit op 'Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen'. Van 1990 tot 1995 was zij advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag, waar zij vanaf 2000 weer als advocaat werkzaam is. Sinds december 2000 is zij tevens bijzonder hoogleraar Overheid en Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht. In november 2001 hield zij haar oratie over het onderwerp: 'Falend toezicht. De aansprakelijkheid van de economische en de financiële toezichthouder'. Agnes van Rossum publiceert regelmatig over onderwerpen op het grensgebied burgerlijk recht/bestuursrecht en is (hoofd)redacteur van het tijdschrift Overheid en Aansprakelijkheid.



Luc Verhey (Helmond, 1960) behaalde in 1985 zijn doctoraal Nederlands recht aan de Rijksuniversiteit Leiden. Hij was wetenschappelijk medewerker van 1986 tot 1989 aan de Erasmusuniversiteit Rotterdam en van 1989 tot 1993 aan de Rijksuniversiteit Utrecht. In 1992 promoveerde hij aan deze universiteit op het proefschrift 'Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy'. Van 1993 tot 2000 was hij eerst wetgevingsjurist, later raadadviseur bij de Directie Wetgeving van het ministerie van Justitie. Vanaf 2000 is hij hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht. In die hoedanigheid is hij onder meer lid van de onderzoeksschool *Ius Commune* (Publiekrecht). Hij is voorts raadsheer-plaatsvervanger bij de Centrale Raad van Beroep, lid van de curriculumcommissie van de Academie voor Wetgeving en lid van de redacties van het NJCM-Bulletin en de *Maastricht Journal of European and Comparative Law*.



Nico Verheij (Vlissingen, 1959) behaalde in 1983 zijn doctoraal Nederlands recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Van 1983-1990 was hij werkzaam aan de toenmalige Rijksuniversiteit Limburg als wetenschappelijk medewerker staats- en bestuursrecht. Sinds 1990 is hij werkzaam bij het Ministerie van Justitie, thans als coördinerend raadadviseur bestuursrecht bij de Directie Wetgeving. Daarnaast is hij sinds 1 januari 2003 deeltijd hoogleraar Europees bestuursrecht aan de – inmiddels – Universiteit Maastricht. Voorts is hij onder meer annotator van *AB Rechtspraak bestuursrecht*, kerndocent bestuursrecht bij de Academie voor Wetgeving en lid van het bestuur van de Vereniging voor bestuursrecht VAR. Van deze Vereniging kreeg hij in 2002 een eervolle vermelding voor zijn publicaties over bestuursrecht in de periode 1997-2000.

Inhoud

Woord vooraf	VII
Lijst van afkortingen	IX
<i>Prof. mr. A.A. van Rossum</i>	
Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht	1
<i>Prof. mr. L.F.M. Verhey/Prof. mr. N. Verheij</i>	
De macht van de marktmeesters – Marktoezicht in constitutioneel perspectief	135

Woord vooraf

Voor u liggen twee preadviezen die onder de gezamenlijke titel 'Toezicht' zijn gepubliceerd. Het is een onderwerp dat de laatste jaren sterk in de belangstelling staat en waarover inmiddels in de rechtswetenschappelijke literatuur en daarbuiten het nodige is gepubliceerd. De onderhavige preadviezen hebben in dat licht gezien een tweeledig doel. In de eerste plaats bevatten zij met betrekking tot een veelheid van aspecten een weergave van de huidige stand van zaken zoals deze blijkt uit wetgeving, rechtspraak en literatuur. Daarnaast trachten zij een bijdrage te leveren aan de lopende discussie over toezicht. Het laatste komt onder meer tot uitdrukking in de vraagpunten die naar aanleiding van de preadviezen zijn geformuleerd.

Het onderwerp 'toezicht' is zeer veelomvattend. Het is uiteraard niet de pretentie van de preadviezen alle relevante aspecten te behandelen. Beide preadviezen hebben gemeenschappelijk dat zij uitsluitend betrekking hebben op toezicht door de overheid. Voor het overige hebben zij een verschillende invalshoek. Het preadvies van Van Rossum spitst zich met name toe op de civielrechtelijke aansprakelijkheid wegens falend overheidstoezicht. Het omvat mede beschouwingen over de normen die een toezichthouder bij de uitoefening van zijn publieke taak in acht heeft te nemen. Het preadvies van Verhey en Verheij gaat uit van een constitutioneelrechtelijk perspectief en betreft alleen het markttoezicht. De centrale vraag daarbij is hoe de positie van de marktautoriteiten op grond van de beginselen van de democratische rechtsstaat moet worden beoordeeld. De verschillende invalshoeken laten overigens onverlet dat er discussiepunten zijn die in beide preadviezen aan de orde komen, zoals de beginselplicht tot handhaving en de intensiteit van de rechterlijke toetsing.

Wij hopen dat wij met deze preadviezen een nuttige bijdrage hebben geleverd aan de behandeling van een belangrijk maar lastig thema.

A.A. van Rossum
L.F.M. Verhey
N. Verheij

Lijst van afkortingen

AB	AB Rechtspraak bestuursrecht
ABRS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AFM	Autoriteit financiële markten
Ar	Aanwijzingen voor de regelgeving
Awb	Algemene wet bestuursrecht
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CTG	College tarieven gezondheidzorg
CTZ	College van toezicht op de zorgverzekeringen
CVZ	College voor zorgverzekeringen
DD	Delikt en Delikwent
DNB	De Nederlandsche Bank
Dte	Dienst uitvoering en toezicht energie
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
G.St.	De Gemeentestem
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HR	Hoge Raad
HOZ	(Wet) Herziening overeenkomstenstelsel zorg
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
M&M	Markt en Mededinging
Mw	Mededingingswet
Nea	Nederlandse emissieautoriteit
NMa	Nederlandse mededingingsautoriteit
NTB	Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht
NZa	Nederlandse zorgautoriteit
OPTA	Onafhankelijke Post- en Telecommunicatieautoriteit
PVK	Pensioen- en Verzekeringskamer
Tw	Telecommunicatiewet
WED	Wet op de economische delicten
Wet bbo	Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie

Lijst van afkortingen

Wet RvS	Wet op de Raad van State
Wft	(ontwerp-)Wet op het financieel toezicht
Wfd	(ontwerp-)Wet financiële dienstverlening
Wm	Wet milieubeheer
Wpv	Wet personenvervoer 2000
WTG	Wet tarieven gezondheidszorg
WTZi	Wet toelating zorginstellingen
zbo	zelfstandig bestuursorgaan

Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht

Prof. mr. A.A. van Rossum

Inhoud

<i>Hoofdstuk 1 Inleiding</i>	5
<i>Hoofdstuk 2 Begripsbepaling</i>	10
2.1 Toezicht	10
2.1.1 Vormen van toezicht	11
2.2 Toezichthouder	14
2.2.1 Inspectie voor de Gezondheidszorg	17
2.2.2 Autoriteit Financiële Markten	19
2.2.3 De gemeente als toezichthouder bij het bouw- en woningtoezicht	21
<i>Hoofdstuk 3 Normen voor toezicht</i>	25
3.1 Norm 'redelijk handelend toezichthouder'	25
3.2 Invulling zorgvuldigheidsnorm	26
3.2.1 Doel en aard van het toezicht	26
3.2.2 Bevoegdheden waarover de toezichthouder beschikt	29
3.2.3 Heeft de toezichthouder zijn instrumentarium voldoende benut?	29
3.2.3.1 Inleiding	29
3.2.3.2 Beleidsvrijheid (Hof 's-Gravenhage 7 mei 2004, NJ 2004, 470)	30
3.2.4 Heeft de toezichthouder aan zijn onderzoeksplicht voldaan?	35
3.3 Publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk toezicht	36
3.3.1 Beginselplicht tot handhaving in het civiele recht?	37
3.3.2 Berekenbaar optreden	41
3.3.3 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	42
3.4 Conclusie	42

<i>Hoofdstuk 4 Aansprakelijkheid wegens falend toezicht</i>	43
4.1 Inleiding	43
4.2 Rechtspraak	43
4.2.1 Aansprakelijkheid van de gemeente voor falend bouw- en woningtoezicht (specifiek)	44
4.2.1.1 Aansprakelijkheid jegens de vergunningaanvrager c.q. vergunninghouder	45
4.2.2 Aansprakelijkheid van de overheid voor falend toezicht (algemeen)	55
4.2.2.1 Vuurwerkramp Enschede (Rb 's-Gravenhage 23 december 2003, JB 2004, 69)	55
4.2.2.2 Öneriyildiz/Turkije (EHRM 18 juni 2002, EHCR 2002, 64 en EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43)	58
4.2.2.3 Caldic/gemeente Rotterdam (Rb Rotterdam 26 mei 2004, NJ Feitenrechtspraak 2004, 508)	61
4.2.3 Aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder	63
4.3 Grondslag voor aansprakelijkheid	64
4.3.1 Kelderluik-criteria	64
4.3.1.1 Aard en omvang van de schade	66
4.3.1.2 Mate van waarschijnlijkheid dat de schade zich zal voordoen (of anders gezegd: de voorzienbaarheid van het intreden van schade)	67
4.3.1.3 De aard van de gedraging	70
4.3.1.4 Bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen	71
4.3.1.5 Kans op onoplettenheid en onzorgvuldigheid gelae-deerde	73
4.3.2 Tussenbalans. Naar een speciaal aansprakelijkheids-regime voor toezichthouders?	73
<i>Hoofdstuk 5 Specifieke problemen bij de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder</i>	78
5.1 Inleiding	78
5.2 Relativiteitsvereiste	78
5.2.1 Relativiteitsvereiste bij schending van publiekrech-telijk voorschrift in het algemeen	79
5.2.2 Duwbak Linda (HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67)	80
5.2.3 Relativiteitsvereiste bij schending Wte 1995	82
5.2.4 Relativiteitsvereiste in Duitsland (financiële toe-zichthouder)	84
5.2.4.1 Peter Paul (HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02, AB 2005, 17)	89

5.3	Afgeleide aansprakelijkheid	91
5.3.1	Begripsbepaling	91
5.3.2	Beperking van aansprakelijkheid? Subsidiaire en proportionele aansprakelijkheid	94
5.4	Aansprakelijkheid bij nalaten	97
5.4.1	Begripsbepaling	97
5.4.2	Twee kanttekeningen	99
5.4.3	Engeland	101
5.4.3.1	Algemeen	101
5.4.3.2	Government liability	104
5.5	Conclusie	106

Hoofdstuk 6 Naar een wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid?

6.1	Inleiding	108
6.2	Duitsland	109
6.2.1	§ 4 lid 4 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz	109
6.3	België	110
6.3.1	Art. 68 Wet Toezicht Financiële Sector	110
6.3.2	'Zware fout' van de toezichthouder	113
6.4	Engeland	114
6.4.1	Schedule I section 19 (3) Financial Services and Mar- kets Act 2000	114
6.4.2	Wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid in strijd met art. 6 EVRM?	119
6.5	Ook in Nederland?	122

Lijst van geraadpleegde literatuur

Hoofdstuk 1 Inleiding

Toezicht en de eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder staan de laatste jaren volop in de belangstelling. Tot voor kort ging het om een tamelijk onontgonnen terrein. Tijdens het schrijven van mijn oratie eind 2001¹ waren de uitspraken over falend toezicht nagenoeg op één hand te tellen. In de financiële sfeer ging het in het ene geval om de Vereniging voor de Effectenhandel die wegens falend toezicht aansprakelijk werd gesteld² en in het andere geval stond het handelen van de Verzekeringskamer in de beruchte Vie d'or zaak centraal.³ In beide gevallen werd het handelen van de toezichthouders aan de norm van de 'redelijk handelend toezichthouder' getoetst. In de Vie d'or-zaak overwoog de Rechtbank Den Haag dat de Verzekeringskamer aan deze norm had voldaan, hoewel zij achteraf gezien misschien beter actiever had kunnen optreden. De Rechtbank hechtte in haar uitspraak veel waarde aan het onderscheid tussen een bevoegdheid om te handelen en een plicht daartoe.

Over de aansprakelijkheid van de gemeente voor (falend) bouw- en woningtoezicht stamt een uitspraak uit 1962.⁴ Het ging in deze 'Vijzelstraataffaire' om de instorting van één van de pijlers van een winkelgalerij en het daarboven gelegen gedeelte van een flat. Deze pijler was enige weken tevoren in opdracht van een ambtenaar van het bouwen woningtoezicht 'gestempeld'. Achteraf gezien was dit een onvoldoende maatregel. Het Hof achtte de gemeente niet aansprakelijk omdat in de Woningwet en de Amsterdamse bouwverordening aan het gemeentebestuur bevoegdheden zijn toegekend en geen verplichtingen. Voor een juiste toepassing van deze bevoegdheden is de gemeente verantwoordelijk (zij mag zich niet aan misbruik ervan schuldig maken), maar zij kan niet zonder meer aansprakelijk worden gesteld wanneer zij verzuimt van de haar toegekende bevoegdheden gebruik te maken. Dezelfde terughoudende benadering vinden we in het arrest van het Hof Amsterdam inzake de brand in restaurant Boeddha in Hilversum.⁵ Daarentegen concludeerde hetzelfde Hof in 1990 en in 1995 wél tot aansprakelijkheid van de gemeente wegens falend bouw- en

1. Falend toezicht, De aansprakelijkheid van de economische en de financiële toezichthouder, BJU 2001.
2. Rb Amsterdam 7 juni 2000, JOR 2000/153 (Nusse Brink).
3. Rb Den Haag 13 juni 2001, JOR 2001/215 (Vie d'or).
4. Hof Amsterdam 28 juni 1962, NJ 1964, 228.
5. Hof Amsterdam 22 april 1999, te kennen uit HR 22 juni 2001, Gemeentestem 2001, 7146, blz. 400.

woningtoezicht.⁶ Aan deze uitspraken zal ik in hoofdstuk 4, § 4.2.1 nog uitgebreid aandacht besteden.

In de literatuur lag de nadruk op de regels over de organisatie van het toezicht, zoals instelling en inrichting van het toezicht als zodanig, de onafhankelijkheid van de toezichthouder en de ministeriële verantwoordelijkheid.

Tussen mijn oratie en het afsluiten van de kopij voor dit preadvies zijn drie jaren verstreken. In die jaren zag een aantal publicaties het licht waarbij met name het leerstuk van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder centraal stond.⁷ Naast de belangstelling in de literatuur kan ook een aantal belangrijke rechterlijke uitspraken worden genoemd waaronder de volgende drie. In de eerste plaats heeft de Rechtbank Den Haag vonnis gewezen in de vuurwerkcramp Enschedezaak, waarin een aantal belangrijke aspecten van falend toezicht aan bod is gekomen.⁸ In de tweede plaats heeft het Hof Den Haag in de Vie d'or zaak op 27 mei 2004 arrest gewezen⁹, waarbij het Hof wél tot aansprakelijkheid van de Verzekeringskamer concludeerde. Anders dan de rechtbank overwoog het Hof dat de Verzekeringskamer in haar toezichthoudende taak tekort was geschoten. Daarbij is van belang dat het Hof een andere toets dan de rechtbank heeft aangelegd voor de vraag óf de Verzekeringskamer als een 'redelijk handelend' toezichthouder had gehandeld. In de derde plaats wijs ik op het arrest van de Hoge Raad van 7 mei 2004¹⁰ over de aansprakelijkheid van de Staat bij de keuring van schepen (het ging i.c. om een tweedehands duwbak ge-

6. Hof Amsterdam 9 augustus 1990, BR 1991, 308 en Hof Amsterdam 28 december 1995, BR 1997, 876.

7. Zie bijvoorbeeld W.H. van Boom en I. Giesen, *Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen*, NJB 2001, blz. 1675 e.v. (dit artikel verscheen nét voor mijn oratie), I. Giesen, *Aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht*, AV&S 2002, blz. 97 e.v., C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving in: J.M. Barendrecht (e.a.), 'Kring van aansprakelijken bij massaschade'*, 2002, blz. 37 e.v., Chr. H. van Dijk, *Aansprakelijkheid voor falend toezicht op banken en verzekeraars*, NTBR 2003, blz. 188 e.v., I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten. Een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid wegens nalaten, in het bijzonder van toezichthouders*, Studiekring Offerhaus 2004, C.L.G.F.H. Albers, *Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoreikende handhaving*, NTB 2004, blz. 201 – 211 en I. Giesen, *Toezicht en Aansprakelijkheid*, serie Recht en Praktijk 2004 nr. 132.

8. Rb Den Haag 24 december 2003, JB 2004, 69.

9. Hof Den Haag 27 mei 2004, NJ 2004,470.

10. HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67.

naamd 'Linda'). Voor dit schip had de Staat het benodigde certificaat verlengd. Een jaar later zinkt de Linda, waarbij een haggercombinatie van een zekere van Hasselt wordt beschadigd. Van Hasselt spreekt de Staat aan omdat bij zorgvuldig onderzoek het certificaat niet aan de Linda had mogen worden verleend. De aansprakelijkheid van de Staat ketst af op het ontbreken van het relativiteitsvereiste. De algemene verantwoordelijkheid van de Staat om bij de keuring van schepen met het oog op afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, heeft volgens de Hoge Raad niet de strekking een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen. Een link met de overheid als toezichthouder is dan ook snel gelegd.

Ook de regering heeft niet stilgezeten. In rap tempo zag een aantal nieuwe toezichthouders het licht: de Voedsel- en Waren Autoriteit¹¹, de Zorgautoriteit¹², de Nederlandse Emissieautoriteit¹³ en ook de consumenten krijgen een eigen toezichthouder.¹⁴ De Autoriteit Financiële Markten (AFM) krijgt er een taak bij, omdat in de toekomst ook de accountants onder extern toezicht zullen worden geplaatst.¹⁵

11. In december 2002 heeft het kabinet – mede gelet op Europese ontwikkelingen – besloten tot de instelling van de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit. Deze autoriteit krijgt een aantal kerntaken, te weten onafhankelijk onderzoek en risicobeoordeling, risicocommunicatie en toezicht op de uitoefening van taken van de Rijksdienst voor de Keuring Vee en Vlees (RVV) en de Keuringsdienst van Waren (KvW).
12. In september 2004 heeft de ministerraad ingestemd met de instelling van een toezichthouder voor de zorgsector per 2006. Deze autoriteit die onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport komt te vallen, gaat toezichthouden op de ontwikkeling van (deel)markten in de gezondheidszorg. Zie voor een korte beschrijving van de zorgautoriteit, K.D. Heersma, De zorgautoriteit, in 'Markten onder toezicht' 2004 blz. 373 e.v.
13. Kamerstukken II 2004-2005, 29 766, nr. 12. Zie voor een korte beschrijving van de emissieautoriteit, M. de Rijke en T.A.J. Berben, De Nederlandse Emissieautoriteit (NEa), in 'Markten onder toezicht' 2004 blz. 361 e.v.
14. Zie Kamerstukken II 2003-2004, 27 879, nr. 9. De toezichthouder zal de volgende taken krijgen: het optreden tegen inbreuken op consumentenrecht (aanpak collectieve klachten); het verbindingskantoor ('liaison') voor buitenlandse publiekrechtelijke toezichthouders voor grensoverschrijdende collectieve klachten; coördinator binnenlandse toezichthouders met betrekking tot handhaving overtredingen consumentenrecht (aanpak collectieve klachten).
15. Zie Wet toezicht accountantsorganisaties, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 658, nr. 1-2. Zie voor een korte beschrijving van de consumenten toezichthouder, D. van der Kolk, De consumenten toezichthouder, in 'Markten onder toezicht' 2004 blz. 381 e.v.

Bij deze opmars van toezichthouders is onontbeerlijk dat de normen voor toezicht helder moeten zijn. De normering van het handelen van de toezichthouders is dan ook één van de belangrijkste aspecten van dit preadvies. In dit kader is van belang aan welke toets de rechter het handelen van de toezichthouder onderwerpt. Marginale of volle toetsing? En op welke wijze speelt de beleidsvrijheid van de toezichthouder een rol? (hoofdstuk 3).

Daarnaast vormt de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder wegens het overtreden van die normen het andere speerpunt (hoofdstuk 4). In hoofdstuk 5 worden de specifieke problemen bij de aansprakelijkheid van de toezichthouder besproken. Het betreft dan het relativiteitsvereiste, het feit dat het bij falend toezicht niet alleen om een doen maar veelal om een nalaten gaat en het gegeven dat de toezichthouder – in geval van aansprakelijkheid – een ‘afgeleide’ aansprakelijke is.

Bij de beantwoording van bovengenoemde vragen zal ik mij zowel van een ‘interne’ als een ‘externe’ rechtsvergelijking bedienen. Bij de interne rechtsvergelijking ligt het bestuursrecht voor de hand. In het bestuursrecht geldt een zogenaamde beginselplicht tot handhaving (hoofdstuk 3, § 3.3.1). Slechts in bijzondere omstandigheden kan of moet handhaving achterwege blijven. In dit verband kan de zaak Öner-yildiz/Turkije¹⁶ niet onbesproken blijven (hoofdstuk 4, § 4.2.2). Bekijken zal worden wat de mogelijke implicaties van deze uitspraak zijn voor het Nederlandse recht waar het betreft toezichts- en handhavingsplichten van toezichthouders.

Bij de externe rechtsvergelijking is een blik over de grenzen naar Duitsland, België en Engeland nuttig (hoofdstuk 6). In deze landen zijn voor de financiële toezichthouders *wettelijke* aansprakelijkheidsbeperkingen opgenomen. Saillant detail is dat dit in Duitsland is gebeurd naar aanleiding van arresten van het Bundesgerichtshof waarin is overwogen dat de bankwetgeving wel degelijk de individuele bescherming van de schuldeisers van kredietinstellingen beoogt, zodat schuldeisers van een failliete kredietinstelling op basis van § 839 BGB (het artikel over de onrechtmatige daad) een vordering op basis van falend toezicht tegen de toezichthouder kunnen instellen.¹⁷ De wets-

16. EHRM 18 juni 2002, EHCR 2002, 64. Inmiddels heeft ook de Grote Kamer uitspraak gedaan (EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43). Ook de Grote Kamer nam schending van art. 6 EVRM en art. 1 Eerste Protocol van het EVRM aan.

17. BGH 15 februari 1979, NJW 1979, 1354 en BGH 12 juni 1979, NJW 1979, 1879.

wijziging komt er, kort gezegd¹⁸, op neer dat de toezichthouder de hem opgedragen taken thans enkel in het *algemeen belang* uitoefent.

Een vergelijking met het Engelse recht komt eveneens aan de orde bij één van de specifieke problemen die zich bij de aansprakelijkheid van toezichthouders voordoet, namelijk dat het bij falend toezicht veelal om een *nalaten* gaat (§ 5.4.2).

Alvorens in te gaan op de kernvragen – normen voor toezicht en de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor het overtreden van die normen – zal eerst aandacht besteed worden aan de begrippen toezicht en toezichthouder (hoofdstuk 2). Om het begrip toezichthouder te concretiseren geef ik bij wijze van voorbeeld van een aantal willekeurig gekozen toezichthouders aan wat hun taken en bevoegdheden zijn.

Het preadvies is afgesloten op 1 februari 2005. Ontwikkelingen van na die datum zijn in beginsel niet meer meegenomen.

18. In de hoofdstukken 5, § 5.2.4 en 6, § 6.2 en § 6.2.1 kom ik hier uitgebreid op terug.

Hoofdstuk 2 Begripsbepaling

2.1 Toezicht

In de wet zal men tevergeefs zoeken naar een omschrijving van het begrip 'toezicht', zoals dat in deze context wordt gebruikt.¹⁹ De Algemene wet bestuursrecht (Awb) kent wel het begrip 'toezichthouder'. In § 2.2 zal hierop nader worden ingegaan.

De regering heeft de volgende omschrijving van toezicht gegeven:

'Onder toezicht wordt in deze visie zowel de controle op de naleving van wet- en regelgeving als ook het bestuurlijke toezicht op mede – overheden en zelfstandige bestuursorganen verstaan' (zie Kamerstukken II 2000/2001, 27 831, nr. 1, blz. 6).

En iets verder heet het:

'Toezicht is het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren' (Kamerstukken II 2000/2001, 27 831, nr. 1, blz. 7).²⁰

De toezichthouder heeft dus drie taken: informatie verzamelen, een oordeel daarover vormen en zonodig ingrijpen. Een 'modelmatige' schets van toezicht – waarbij enkel het aantal personen en/of instanties wordt beschreven (te weten slachtoffer, de eigenlijke dader en de toezichthouder) – zoals Giesen die voorstaat, draagt naar mijn oordeel weinig bij aan het begrip toezicht.²¹

19. Wel kent de Awb het begrip toezicht in de betekenis van 'toezicht van bestuursorganen op andere bestuursorganen'. Enkele belangrijke toezichtsbevoegdheden, te weten goedkeuring, vernietiging en schorsing, zijn geregeld in titel 10.2 Awb.

20. G.R. Boshuizen, *Verzekeringen, overheidstoezicht en privaatrecht*, diss. UU 2001, noemt op blz. 7 ook deze drie elementen: Toezicht als begrip beslaat drie componenten, namelijk het monitoren, dat wil zeggen het systematisch registreren van gegevens, het inspecteren, dat wil zeggen het periodiek toetsen van waargenomen feiten aan normen en het corrigeren, dat wil zeggen het zo nodig inzetten van sanctionerende instrumenten om ervaren negatieve deviaties bij te sturen. Het recente rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid genaamd 'Bewijzen van goede dienstverlening', Amsterdam 2004, blz. 188 onderscheidt het begrip toezicht ook in de volgende drie functies: informatievergaring, oordeelsvorming en interventie.

21. I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten*, Studicring Offerhaus, blz. 4.

Wanneer de definitie van toezicht, zoals hierboven weergegeven, als element 'interveniëren' bevat, is het onderscheid tussen de begrippen 'toezicht' en 'handhaving' niet altijd helder. Ook de regering is er zich van bewust dat de termen toezicht en handhaving door elkaar kunnen lopen.²²

In de Algemene wet bestuursrecht is het begrip 'toezicht op de naleving' zoals gezegd niet gedefinieerd. De memorie van toelichting²³ omschrijft toezicht op de naleving als de uitvoering van controles zonder dat van de overtreding van een wettelijk voorschrift hoeft te zijn gebleken. Het toezicht kan tot resultaat hebben dat de wettelijke voorschriften zonder verdere sanctiemiddelen worden nageleefd. Het toezicht omvat een breed scala van activiteiten, vaak ook in voorlichtende en adviserende zin. Zo kan, aldus nog steeds de toelichting, reeds in een vroeg stadium worden voorkomen dat een met de wet strijdige situatie ontstaat of kan door middel van aansporingen of waarschuwingen worden bewerkstelligd dat regels alsnog worden nageleefd. Als waarschuwingen geen effect sorteren, loopt het toezicht in de regel uit op het gebruik van handhavingsmiddelen met een meer dwingend karakter.

Toezicht gaat in deze optiek dus aan handhaving vooraf, hetgeen mij ook het meest logisch voorkomt. Het feit dat de termen toezicht en handhaving soms door elkaar lopen is op zich genomen niet zo bezwaarlijk, als men zich maar realiseert dat in diverse regelgeving onder het begrip toezicht ook handhaving valt en dat dit andersom ook geldt. Dit wordt mede in de hand gewerkt doordat van bestuursrechtelijke handhaving, zoals geregeld in afdeling 5.2 Awb, sprake is indien toezicht op naleving wordt uitgeoefend of bestuursrechtelijke sancties worden opgelegd door bestuursorganen die niet met strafvordering zijn belast.

2.1.1 Vormen van toezicht

Toezicht kent verschillende verschijningsvormen. Achtereenvolgens zal ik de volgende vormen van toezicht bespreken:

- Nalevingstoezicht en handhavingstoezicht;
- Preventief en repressief toezicht
- Algemeen en concreet toezicht

22. Kamerstukken II 2000/2001, 27 157, nr. 20, blz. 20. Anderzijds merkt de regering elders op dat handhavingstoezicht synoniem is voor toezicht op de naleving. Zie nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 23 700, nr. 5, blz. 56.

23. Kamerstukken II 23 700, nr. 3, blz. 128.

Nalevingstoezicht en handhavingstoezicht

Hoewel nalevingstoezicht en handhavingstoezicht vaak in één adem worden genoemd²⁴, wordt op sommige plaatsen toch een onderscheid gemaakt.

De aanwijzingen voor de regelgeving zet in aanwijzing 124 de definitie van nalevingstoezicht uiteen:

‘De werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd’.

Volgens Rogier/Hartmann/V.d. Hulst²⁵ is nalevingstoezicht:

‘Het door toezichthouders op basis van wettelijke bevoegdheden verzamelen van informatie over de naleving van wettelijke normen die tot burgers en bedrijven zijn gericht en het rapporteren daarover aan de tot sanctioneren bevoegde organen’.

Bij handhavingstoezicht ligt het accent naar mijn mening toch meer op het gebruik van (bestuurlijke) handhavingsmiddelen. Hieronder vallen behalve de bevoegdheden uit hoofdstuk 5 Awb (toezicht, bestuursdwang en dwangsom) eveneens diverse handavingsbevoegdheden uit andere wetten (bijvoorbeeld uit het sociale zekerheidsrecht). Het meest zuivere lijkt mij als uitgangspunt te nemen dat toezicht aan handhaving vooraf gaat: handhaving kan nu eenmaal niet bestaan vóórdat er toezicht wordt uitgeoefend.

Preventief en repressief toezicht

In de tweede plaats bestaat er een onderscheid tussen preventief en repressief toezicht.²⁶

Van preventief toezicht is sprake als bepaalde gedragingen of handelingen van tevoren door een toezichthouder moeten worden goedgekeurd. Het reguleren van een bepaalde maatschappelijke activiteit valt ook onder preventief toezicht.

Een voorbeeld van regulering vinden we in de elektriciteitssector. In

24. O.J.D.M.L. Jansen stelt handhavingstoezicht en nalevingstoezicht op één lijn, zie Handhavingstoezicht in: A.J. Bok e.a., *Nieuw Bestuursrecht: Derde tranche Algemene Wet Bestuursrecht*, 1997 blz. 137-171 i.h.b. blz. 139-140.

25. Rogier/Hartmann/v.d. Hulst, *Nalevingstoezicht*, Monografiën financieel bestuursstrafrecht 2002, blz. 11.

26. Zie o.m. P.J.M. Koning, Toezichthouders en het publiek. Zoektocht naar eenheid onder de verscheidenheid, in: H.J. de Ru en J.A.F. Peters (red.), *Toezicht en regulering van nieuwe markten 2000*, blz. 95.

de Elektriciteitswet 1998 is gekozen voor het systeem van gereguleerde toegang tot het netwerk. De directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Energie (Dte) stelt tarieven en –veelal technische- voorwaarden vast, zodat netbeheerders weten welke voorwaarden zij aan het geven van toegang mogen verbinden. Een voorbeeld van goedkeuring is de verplichting van De Nederlandsche Bank (DNB) om aan banken een vergunning te verlenen voor de uitoefening van hun bedrijf (art. 6 Wtk). Het uitvaardigen van richtlijnen door de Pensioen en Verzekeringskamer (PVK) aan verzekeraars over hun administratieve organisatie (art. 70 Wtv) valt eveneens onder het preventieve toezicht, evenals het door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) verlenen van een erkenning tot het houden van een effectenbeurs (art. 22 Wte).

Onder repressief toezicht vallen bevoegdheden die aan de toezichthouders verleend zijn om de wet te kunnen handhaven. Het gaat hier om de bestuurlijke boete, de last onder een dwangsom, de bindende aanwijzing en de waarschuwingsbevoegdheid.

Het bouw- en woningtoezicht tenslotte illustreert fraai het onderscheid tussen preventief en repressief toezicht. In dit kader wordt preventief toezicht uitgeoefend waar het gaat om het toetsen van bouwaanvragen door de ambtenaren van bouw- en woningtoezicht aan het Bouwbesluit en het verlenen van een bouwvergunning door Burgemeester en Wethouders. Het toezicht wordt repressief als het toezicht tijdens de bouw door genoemde ambtenaren wordt uitgeoefend. Bij deze laatste vorm van toezicht beschikken Burgemeester en Wethouders over diverse bevoegdheden. Naast het toepassen van bestuursdwang²⁷ kunnen zij ook een last onder dwangsom opleggen.²⁸

Algemeen en concreet toezicht

Waren de twee hiervoor genoemde onderscheidingen van meer ‘formele’ aard, voor het thans te bespreken onderscheid tussen algemeen en concreet toezicht geldt dit in veel mindere mate. Het onderscheid tussen algemeen en concreet toezicht is van belang bij de vraag naar de aansprakelijkheid van de toezichthouder omdat wel wordt aangenomen dat aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen niet goed mogelijk is, in elk geval slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen kan

27. De bestuursdwangbevoegdheid vloeit voort uit art. 125 Gemeentewet.

28. Op deze toezichthouders is ook Afdeling 5.2 Awb van toepassing. Zie hierover verder H.C.W.M. Moesker, Het bouw- en woningtoezicht, in: ‘Van Wonen naar Bouwen: 100 Jaar Woningwet’ (A.G. Bregman en D.A. Lubach red.) 2001, blz. 122.

worden aangenomen, terwijl aansprakelijkheid voor concreet toezichtsfalen wel mogelijk is.

Het aspect van de aansprakelijkheid van de toezichthouder zal in hoofdstuk 4 uitgebreid aan de orde komen. Op deze plaats zal alleen het onderscheid tussen algemeen en concreet toezicht worden aangegeven.

Van algemeen toezichtsfalen wordt gesproken in geval van het nalaten van voldoende algemene controle. Bij algemene controle gaat het om het spontaan en in algemene zin controleren op naleving. Van concreet toezichtsfalen wordt gesproken in geval van het nalaten van controle waarbij er concrete aanwijzingen zijn dat regels niet worden nageleefd. Bij concreet toezicht gaat het dus om het afgaan op concrete aanwijzingen voor niet-naleving, bijvoorbeeld klachten of waarschuwingen.

De Rechtbank 's-Gravenhage heeft in haar vonnis van 24 december 2003²⁹ inzake de Vuurwerkramp Enschede het onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen voorop gesteld. Van algemeen toezichtsfalen is volgens de rechtbank sprake indien het bevoegde bestuursorgaan zijn wettelijke taken op dit gebied verwaarloost. Aansprakelijkheid voor een dergelijke taakverwaarlozing zal slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden aangenomen, aangezien het bestuursorgaan hier een grote mate van vrijheid heeft ten aanzien van de verdeling van beschikbare financiële en personele middelen. Aansprakelijkheid zal eerder kunnen worden aangenomen bij specifiek toezichtsfalen. Hierbij moet worden gedacht aan het negeren van concrete aanwijzingen of het in de wind slaan van waarschuwingen dat bepaalde regels of voorschriften worden overtreden.

2.2 Toezichthouder

In tegenstelling tot het begrip 'toezicht' kent de Algemene wet bestuursrecht wel het begrip 'toezichthouder'. In art. 5:11 Awb wordt onder een toezichthouder verstaan:

'een persoon bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift'.

Twee elementen uit deze definitie zijn van belang: ten eerste moet het

29. Rb 's-Gravenhage 24 december 2003, JB 2004, 69.

gaan om een persoon en ten tweede moet het gaan om toezicht op de naleving. Bestuursorganen of andere instanties die in de bijzondere wetgeving met toezicht zijn belast, vallen dus als zodanig niet onder de definitie en kunnen dus geen bevoegdheden ontlelen aan afdeling 5.2 Awb. Als bestuursorganen of andere instanties met een vorm van toezicht zijn belast, moeten aan hen dus in de bijzondere wetgeving specifieke bevoegdheden worden toegekend. Dit geldt bijvoorbeeld voor de financiële toezichtswetgeving waarin toezichtsbevoegdheden zijn toegekend aan de Nederlandsche Bank, de Pensioen- en Verzekeringskamer en de Autoriteit Financiële Markten. Zo wordt in art. 29 lid 3 van de Wet toezicht effectenverkeer (Wte) een aantal bepalingen uit afdeling 5.2 van de Awb van toepassing verklaard. In de andere financiële regelingen zoals de Wet toezicht kredietwezen (Wtk), Wet toezicht beleggingsinstellingen (Wtb) en de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv) wordt daarentegen niet verwezen naar (artikelen uit) afdeling 5.2 Awb, maar wordt een aantal toezichtsbevoegdheden expliciet omschreven.

De toezichthouders waarover het preadvies zal gaan doen veel meer dan alleen het toezicht houden op de naleving van de wet. Zij verlenen vergunningen, registreren, geven aanwijzingen en verlenen ontheffingen, verstrekken op aanvraag adviezen, beslechten zelfs geschillen tussen civiele marktpartijen (dit geldt onder andere voor de OPTA) en zij beschikken over (bestuursrechtelijke) handhavingsbevoegdheden, zoals het opleggen van een last onder een dwangsom of een bestuurlijke boete.

Op grond van het bovenstaande moge het duidelijk zijn dat niet zal worden aangesloten bij het begrip toezichthouder in de zin van art. 5:11 Awb. Dit laat onverlet dat medewerkers van toezichthouders wel als toezichthouder in de zin van art. 5:11 Awb kunnen worden aangemerkt. Zij zijn immers wel natuurlijke personen. Zij ontlelen hun toezichtsbevoegdheden aan de Awb of aan bijzondere wetten. In vele specifieke wetten wordt een aantal artikelen uit de Awb (bijvoorbeeld art. 5:12 Awb; art. 5:13 Awb; art. 5:15 Awb; art. 5:16 Awb) soms wel maar soms ook niet van overeenkomstige toepassing verklaard (zie art. 5:14 Awb).

In dit preadvies gaat het om professionele toezichthouders, die moeten waarborgen dat (markt)partijen conform wettelijke regels handelen. Zo zullen ouders (ten opzichte van gedragingen van hun kinderen), gymnastiekverenigingen (ten opzichte van gedragingen van hun le-

den), psychiatrische ziekenhuizen (ten opzichte van gedragingen van hun patiënten), onderwijsinstellingen (ten opzichte van gedragingen van hun leerlingen/studenten) etc. in dit preadvies niet als toezichthouders worden gekwalificeerd.

Toezichthouders bestaan er in alle soorten en maten. Grof gezegd kunnen toezichthouders in vier categorieën worden onderverdeeld:

- a) toezichthouders die ‘binnen’ de overheid werkzaam zijn en onder gezag van de overheid opereren. Te denken valt aan de Arbeidsinspectie, de Douane en de Voedsel en Warenautoriteit.³⁰
- b) toezichthouders die weliswaar ‘binnen’ de overheid werkzaam zijn, maar met een zekere mate van zelfstandigheid opereren. In dit verband valt te denken aan de Inspectie voor de Gezondheidszorg.
- c) toezichthouders die op afstand van de overheid staan, maar wel tot de overheid behoren. Te denken valt aan de economische toezichthouders als de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)³¹, de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de financiële toezichthouders De Nederlandsche Bank (DNB), de Pensioen- en Verzekeringskamer (PVK), de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en het Bureau Financieel Toezicht. Deze toezichthouders zijn zelfstandige bestuursorganen.
- d) ‘algemene’ toezichthouders. Hieronder versta ik toezichthouders die niet speciaal in het leven zijn geroepen met het enkele doel om toezicht op naleving van de wet te houden. Het houden van toezicht vormt een onderdeel van hun takenpakket. In dit verband valt te denken aan gemeenten en waterschappen.

Van enkele toezichthouders uit de hierbovengenoemde categorieën zal bij wege van voorbeeld worden nagegaan:

- welke specifieke wettelijke taken zijn aan de toezichthouder toebedeeld en welke bevoegdheden zijn hem daarvoor gegeven (1);
- met het oog op welke belangen is aan de toezichthouder een bevoegdheid toegekend (2);
- betreft het hier bevoegdheden of verplichtingen (3).³²

30. Rijksinspecties genaamd, zie bijv. Kamerstukken II 27 831, nr. 5.

31. Kamerstukken I 2004-2005, 27 639. B.

32. Zie voor een meer volledige opsomming van de toezichthouders het preadvies van L. Verhey en N. Verheij, *De macht van de marktmeesters. Marktoezicht in constitutioneel perspectief*, blz. 147-155.

Bij de vraag naar de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor toezichtsfalen kunnen de antwoorden op bovengenoemde vragen van nut zijn. Zo zal blijken dat in de rechtspraak veel waarde wordt gehecht aan de vraag of de toezichthouder een bevoegdheid dan wel een verplichting heeft om op te treden. Daarnaast is in verband met het relativiteitsverciste van belang met het oog op welke belangen (algemeen belang versus belang van specifieke derden) de toezichthouder een bevoegdheid heeft gekregen. Voorbeelden worden slechts behandeld om het beeld van de verscheidene toezichthouders concreter te maken. De keuze voor bepaalde toezichthouders is willekeurig.

2.2.1 Inspectie voor de Gezondheidszorg

Ad 1

De taken die aan de Inspectie voor de Gezondheidszorg zijn toebedeeld (verder te noemen: de Inspectie) zijn over diverse wetten verspreid.

De Gezondheidswet is de wettelijke basis voor het toezicht op de volksgezondheid. Art. 36 luidt als volgt:

1. Er is een Staatstoezicht op de Volksgezondheid, ressorterend onder Onze Minister, dat bestaat uit bij algemene maatregel van bestuur aangewezen onderdelen en dat tot taak heeft:
 - a. het verrichten van onderzoek naar de staat van de volksgezondheid en de determinanten daarvan alsmede, waar nodig, het aangeven en bevorderen van middelen tot verbetering daarvan;
 - b. het toezicht op de naleving en opsporing van overtredingen van het bepaalde bij of krachtens wettelijke voorschriften op het gebied van de volksgezondheid, een of ander voorzover de ambtenaren van het Staatstoezicht daarmede zijn belast bij of krachtens wettelijk voorschrift.
2. Het Staatstoezicht heeft voorts tot taak het uitbrengen van adviezen en het verstrekken van inlichtingen aan Onze Minister op verzoek of eigen beweging, met betrekking tot hetgeen het Staatstoezicht op grond van het eerste lid ter kennis is gekomen (...)

De Gezondheidswet regelt in art. 36 lid 1 sub b dat ambtenaren belast zijn met het toezicht op de naleving en de opsporing van overtredingen van wettelijke voorschriften op het terrein van de volksgezondheid voorzover zij daartoe bij of krachtens wettelijk voorschrift zijn aangewezen. De voorschriften op het terrein van de volksgezondheid zijn verspreid over diverse specifieke wetten, zoals bijvoorbeeld de Kwa-

liteitswet zorginstellingen, de Wet op de geneesmiddelenvoorziening en de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. Sinds januari 1998 is de Inspectie voor de Gezondheidszorg in 19 wetten op het gebied van de volksgezondheid aangewezen als toezichthouder.³³ Bij wege van voorbeeld noem ik art. 86 Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (BIG), art. 63 Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Bopz) en art. 20 Wet Ambulancevervoer.

De Inspecteur voor de Gezondheidszorg kan worden aangemerkt als een toezichthouder in de zin van art. 5:11 Awb en hiermee beschikt hij automatisch over een 'standaardpakket' bevoegdheden om zijn taken naar behoren te kunnen verrichten. Standaardbevoegdheden zijn plaatsbetredingen, het vorderen van inlichtingen, de bevoegdheid van inzage in (medische) dossiers, het onderzoeken van zaken en er bijvoorbeeld monsters van nemen en tot slot het onderzoeken van vervoermiddelen. Deze laatste bevoegdheid lijkt op het terrein van de volksgezondheid niet erg relevant, maar is met name voor inspecteurs die zijn belast met toezicht op de Opiumwet en de Wet op de geneesmiddelenvoorziening wel degelijk relevant.³⁴

Ad 2

De bevoegdheden zijn aan de Inspectie verleend om de volksgezondheid te waarborgen.

Ad 3

Uit het voorgaande blijkt dat de taken die aan de Inspectie zijn toebedeeld in het kader van het toezicht op de volksgezondheid voor het merendeel als bevoegdheden zijn geformuleerd.³⁵

33. Zie W. den Ouden en A.C. de Die, Van Gezondheidswet als panacee naar titel 5.2 Awb. Ontwikkelingen rond het toezicht op de volksgezondheid, Tijdschrift voor gezondheidsrecht 2000, blz. 70 e.v.

34. Zie W. den Ouden en A.C. de Die, t.a.p., blz. 75 e.v.

35. Voor het merendeel omdat een belangrijke plicht is neergelegd in art. 5:13 Awb, het evenredigheidsbeginsel. Hoewel deze bepaling eigenlijk overbodig is omdat art. 3:4 lid 2 Awb reeds een algemene evenredigheidsplicht voor bestuursorganen bevat en via de schakelbepaling van art. 3:1 lid 2 Awb ook van toepassing is op feitelijke handelingen van bestuursorganen zoals toezichtshandelingen, wilde de wetgever alle twijfel over toepasselijkheid van het evenredigheidsbeginsel op toezichtshandelingen voorkomen (Kamerstukken II, 1993 – 1994, 23 700. →

2.2.2 Autoriteit Financiële Markten

Ad 1

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) is belast met een specifieke vorm van toezicht: het gedragstoezicht. Deze vorm van toezicht richt zich op het bevorderen van een ordelijk en transparant marktproces, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en in verband daarmee de bescherming van de consument of belegger tegen ontoelaatbaar gedrag van instellingen.³⁶

Een onderdeel van het gedragstoezicht waarmee de AFM is belast, is het effectientypisch toezicht dat specifiek ziet op de handel in effecten door instellingen in het kader van de goede werking van de effectenmarkten en de bescherming van de beleggers op die markten.

Er is veel beweging in de financiële toezichtswetten. De ministerraad heeft op voorstel van minister Zalm van Financiën op 26 maart 2004 ingestemd met het wetsvoorstel financiële dienstverlening (Wfd).³⁷ Met het wetsvoorstel worden de verantwoordelijkheden van financiële dienstverleners tegenover hun cliënten vastgelegd. De AFM zal toezien op naleving van de Wfd. Met de Wfd wordt de bestaande regelgeving aangescherpt en wordt bovendien het toezicht door de AFM versterkt. Naast de Wfd komt er ook een andere nieuwe belangrijke wet: de Wet op het financieel toezicht (Wft).³⁸ Op 3 augustus 2004 is bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel hiervan ingediend.³⁹ Zolang beide wetten nog niet in werking zijn getreden, moeten de bevoegdheden die aan de financiële toezichthouders worden toegekend, wor-

→ nr. 3, blz. 142). Zo brengt het evenredigheidsbeginsel onder meer met zich dat een inspecteur geen privacygevoelige gegevens mag opvragen indien hij de door hem gewenste informatie ook kan halen uit neutrale gegevens. Gesteld dat een inspecteur in het kader van de Kwaliteitswet inzicht wil krijgen in de verbeteringen die naar aanleiding van klachten door de zorgaanbieder zijn aangebracht, dan zal het in de meeste gevallen niet nodig zijn om daartoe de individuele klachtendossiers in te zien (dit voorbeeld heb ik ontleend aan W. Den Ouden en A.C. de Dic, t.a.p., blz. 77).

36. Het zogenaamde prudentieel toezicht wordt door de Nederlandsche Bank en de Pensioen- en Verzekeringskamer uitgeoefend. Dit toezicht is gericht op de financiële soliditeit van financiële instellingen. Gaat het om toezicht op verzekeraars, dan is de Pensioen- en Verzekeringskamer de aangewezen prudentiële toezichthouder.
37. Kamerstukken II 2003-2004, 29 507, nr. 1-2.
38. Zie hierover R.G. van den Berg, A.M. Jonk en L.A.G. Moelker, Naar een Wet op het financieel toezicht, Tijdschrift voor Effectenrecht 2003, blz. 192 e.v.
39. Kamerstukken II 2003 - 2004, 29 708, nr. 1-4.

den gevonden in de thans geldende wetten. Voor de AFM is de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte) van belang.

Om een goede uitoefening van het gedragstoezicht mogelijk te maken heeft de AFM een aantal controlerende en handhavende bevoegdheden toebedeeld gekregen. Ik noem de belangrijkste. Voorop staat dat de AFM gedragstoezichthouder is, hetgeen tot gevolg heeft dat zij voor haar toezicht op naleving voornamelijk afhankelijk is van feiten en gegevens die aan haar bekend worden gemaakt, of van feiten en gegevens die de AFM zelfstandig heeft gevraagd. Een belangrijke bevoegdheid van de AFM is de inlichtingenbevoegdheid. De AFM is bevoegd bij een groot aantal personen en instellingen alle inlichtingen in te winnen of te doen inwinnen, die redelijkerwijs nodig zijn voor de uitoefening van de taken en bevoegdheden die zij op grond van de Wte 1995 heeft. Art. 29, eerste lid Wte 1995, somt limitatief op bij wie de AFM inlichtingen mag opvragen. Enige tijd geleden is art. 29 Wte uitgebreid met art. 29a Wte.⁴⁰ Met dit nieuwe artikel is vastgelegd dat de AFM ook de personen die het dagelijks beleid van de effecteninstelling bepalen rechtstreeks kan benaderen om informatie te doen verstrekken.

Ingevolge art. 48n Wte heeft de AFM een waarschuwingsbevoegdheid, waarbij zij door middel van een openbare kennisgeving belanghebbenden kan waarschuwen tegen instellingen. Op de website van de AFM staan deze waarschuwingen vermeld ('zwarte lijst').⁴¹

Tot slot noem ik de intrekingsbevoegdheid. Deze bevoegdheid, waarbij een vergunning, een verklaring van geen bezwaar of een erkenning kan worden ingetrokken, is een belangrijk wapen om naleving van de regels te bewerkstelligen (zie art. 19, 20 en 26 Wte).

Naast deze specifieke bevoegdheden die aan de AFM op grond van de Wte zijn toegekend, heeft een toezichthoudend functionaris van de AFM bevoegdheden die neergelegd zijn in de Awb. Zo kan hij iedere plaats betreden zonder toestemming van de bewoner, desnoods met behulp van de politie.⁴² Hij mag eveneens inzage vorderen van relevante zakelijke gegevens en bescheiden en daarvan fotokopieën maken, dan wel deze voor korte tijd meenemen.⁴³

40. Zie Stb. 2003, 482.

41. Art. 32 Wte is op 1 december 2003 vervangen door art. 48n Wte. De ratio is dezelfde gebleven, namelijk het sanctionerend karakter achter de openbaarmaking. Om het sanctionerend karakter te benadrukken is art. 32 Wte overgeheveld naar hoofdstuk XIIC, genaamd 'openbaarmaking van overtredingen'.

42. Art. 5:15 Awb.

43. Art. 5:17 Awb.

Naast deze controlerende bevoegdheden heeft de AFM ook handhavende bevoegdheden. Op grond van de Wte mag de AFM, naast het geven van aanwijzingen, een last onder dwangsom opleggen alsmede een bestuurlijke boete.⁴⁴

Een middenweg tussen de controlerende en de handhavende bevoegdheid van de AFM, is de bevoegdheid een partij er op te wijzen dat deze de geldende regels niet naleeft. Daarbij kan de AFM een aanwijzing geven een bepaalde gedragslijn te volgen om de strijdige situatie op te heffen.⁴⁵

Ad 2

De bevoegdheden zijn aan de AFM verleend ter bescherming van de consument of belegger bij de aanschaf van financiële producten (dit zijn de diensten die door de AFM worden verricht). Deze bescherming wordt wenselijk geacht in verband met de risico's die vaak aan deze producten verbonden zijn.⁴⁶

Ad 3

Uit het bovenstaande blijkt dat de bevoegdheden van de AFM ook daadwerkelijk als bevoegdheden in de Wte zijn neergelegd.

2.2.3 De gemeente als toezichthouder bij het bouw-en woningtoezicht

Ad 1

Art. 100 van de Woningwet is de kernbepaling aangaande het toezicht op de naleving van deze wet. Het eerste lid van dit artikel bepaalt imperatief dat het gemeentebestuur voorziet in het bouw-en woningtoezicht, dat in elk geval tot taak heeft:

44. Deze handhavende bevoegdheden heeft de AFM sinds 1 januari 2000. Zie hierover o.a. A.P.W. Duijkersloot, De introductie van de bestuurlijke boete en de dwangsom in de financiële toezichtswetgeving, NTB 1998, blz. 199-209.

45. Art. 28 lid 2 Wte.

46. Memorie van toelichting bij de Wfd, Kamerstukken II 2003-2004, 29 507, nr. 3, blz. 5. Het andere doel van de Wfd is het handhaven van het vertrouwen in de financiële sector en het bevorderen van een goede werking van de financiële markten.

Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht

- a) het onderzoeken van de staat van volkshuisvesting in de gemeente, waaronder begrepen het wonen in woonwagens op standplaatsen, en het aangeven van middelen tot verbetering daarvan en
- b) het binnen de gemeente uitoefenen van toezicht op de naleving van de bij of krachtens deze wet gegeven voorschriften en
- c) het verrichten van andere werkzaamheden in verband met de uitvoering van deze taak.

Lid 2 van art. 100 Woningwet regelt dat met de in het eerste lid, onderdeel b, bedoelde taak belast zijn de bij besluit van Burgemeester en Wethouders aangewezen ambtenaren. De Woningwet geeft slechts een globale aanduiding van de taken van het bouw-en woningtoezicht. Alleen het vijfde lid van art. 100 Woningwet noemt één concrete bevoegdheid van de ambtenaren van het bouw-en woningtoezicht. Deze bevoegdheid ziet op het mogen binnentreden van een woning zonder toestemming van de bewoner. Deze globale aanduiding is niet zo bezwaarlijk omdat een ambtenaar van het bouw-en woningtoezicht als toezichthouder in de zin van art. 5:11 Awb kan worden beschouwd. Op deze ambtenaar zijn dus art. 5:12 Awb tot en met 5:20 Awb van toepassing. Een belangrijke bevoegdheid is bijvoorbeeld de bevoegdheid die is neergelegd in art. 5:16 Awb, op grond waarvan de ambtenaar inlichtingen mag vorderen. De handhavingsbevoegdheden liggen in handen van Burgemeester en Wethouders, zoals het toepassen van dwangsom en het opleggen van een last onder dwangsom.⁴⁷

De praktijk van bouw-en woningtoezicht is veelomvattend. Meer specifiek benoemde taken van de ambtenaren bouw-en woningtoezicht zijn te vinden in de met behulp van de VNG in 2000 opgestelde 'handreiking B & W toezicht'.⁴⁸

Traditioneel wordt een onderscheid gemaakt tussen het bouwtoezicht en woningtoezicht.⁴⁹ Wat betreft het bouwtoezicht gaat het dan vooral om

- a) het voeren van vooroverleg in verband met een in te dienen aanvraag om bouwvergunning
- b) het beoordelen van aanvragen om bouwvergunning

47. De bestuursdwangbevoegdheid vloeit voort uit art. 125 Gemeentewet. Verder zijn de Afdelingen 5.3 en 5.4 Awb relevant.

48. Verschenen bij de VNG-uitgeverij: serie standaardregelingen aangebouwd, deel 4.

49. H.C.W.M. Moesker, t.a.p., blz. 120.

- c) het uitbrengen van advies aan B & W naar aanleiding van aanvragen om bouwvergunning
- d) het uitoefenen van controle op de bouwplaats
- e) het geven van aanwijzingen op de bouwplaats
- f) het uitoefenen van controle om te voorkomen dat clandestien wordt gebouwd

In het kader van het woningtoezicht, dat wil zeggen het toezicht op het reeds gebouwde kunnen genoemd worden

- a) het inspecteren van bestaande woningen maar ook overige bouwwerken
- b) het adviseren aan B & W inzake aanschrijving of onbewoonbaarverklaring
- c) het doen effectueren van aanschrijvingen bij weigerachtigheid van de adressant van de aanschrijving

Ad 2

Aan de ambtenaren van bouw-en woningtoezicht zijn de bevoegdheden toebedeeld met het oog op de veiligheid van de burger. De gemeente dient immers de openbare veiligheid te waarborgen.⁵⁰

De Woningwet zal in de toekomst worden gewijzigd.⁵¹ Wijzigingen in de Woningwet worden voorgesteld met het oog op het verbeteren van de naleving, de handhaving en de handhaafbaarheid van de bouwregelgeving. De belangrijkste opgave op het terrein van de bouwregelgeving ligt, aldus de memorie van toelichting, de eerstkomende jaren bij het in hoog tempo bereiken van een voldoende gewaarborgde kwaliteit van toezicht, controle en handhaving door gemeente, en mede daardoor een verbeterde naleving van de bouwregelgeving. Het gaat dan zowel om de preventieve als de repressieve handhavingstaak.⁵²

50. Zie hierover ook C.J. van Zeben, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid van het gemeentelijke bouwtoezicht*, *Bouwrecht* 1975, blz. 417.

51. Wijziging van de Woningwet (Verbetering, handhaafbaarheid en handhaving bouwregelgeving), *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 392.

52. *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 392, nr. 3, blz. 2. Naast het eerstelijns toezicht door gemeenten op de naleving en de verdere handhaving van de bouwregelgeving introduceert het wetsvoorstel een tweedelijns toezicht door de minister van VROM. De minister krijgt de bevoegdheid om, indien dat in het belang van de naleving van een aantal kernbepalingen uit de Woningwet dringend geboden is, tot vordering van handhavend optreden door de gemeente over te gaan, bij nalaten waarvan de minister zelf tot handhaving kan overgaan.

Ad 3

De aan de gemeente als toezichthouder bij het bouw-en woningtoezicht toegekende bevoegdheden zijn steeds als bevoegdheden geformuleerd.

Hoofdstuk 3 Normen voor toezicht

3.1 Norm 'redelijk handelend toezichthouder'

In de rechtspraak⁵³ geldt de maatstaf van een 'redelijk handelend toezichthouder' als norm voor aansprakelijkheid. Deze norm is dermate algemeen en vaag dat die invulling behoeft. Kennelijk is deze norm overgenomen van de vrije beroepsbeoefenaren. Ook daar geldt als uitgangspunt dat artsen⁵⁴, advocaten⁵⁵, belastingadviseurs⁵⁶ enz. moeten handelen zoals een redelijk handelend beroepsgeenoot zou hebben gedaan. Het in Nederland door de Hoge Raad gehanteerde vergelijkingstype van de redelijk bekwame en redelijk handelend professional wordt ook in andere landen gebruikt.⁵⁷

Een vaste invulling van deze norm is er niet, wel valt uit de rechtspraak af te leiden dat er nuanceverschillen in de aansprakelijkheid van de verschillende beroepsbeoefenaren zijn. Zo is de zorgvuldigheidsnorm voor een curator in een faillissement niet identiek aan die voor een advocaat. De curator heeft, aldus de Hoge Raad⁵⁸, te maken met meerdere belangen, die ook nog kunnen conflicteren. Bovendien moet de curator ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid van de werknemers van het gefailleerde bedrijf. Vanuit dit perspectief bezien, heeft de toezichthouder meer weg van een curator dan van een advocaat of belastingadviseur.

Bij de vrije beroepsbeoefenaar rijst de vraag op wiens kennis en kunde de rechter zich moet richten bij het op grond van schuld toerekenen van de onrechtmatige daad aan de dader.⁵⁹ In dergelijke gevallen kiest de rechter voor de objectieve methode, waarbij hij niet de persoon van de veroorzaker tot uitgangspunt kiest, maar een vergelijking maakt met een type zoals de 'redelijk bekwame en redelijk handelend beroepsbeoefenaar'. Het tekortschieten ten opzichte van de kennis en

53. Zie Rb Den Haag 13 juli 2001, JOR 2001/215 en Hof Den Haag 7 mei 2004, NJ 2004, 470.

54. Zie bijvoorbeeld HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Specckaert/Gradener).

55. Zie bijvoorbeeld HR 28 juni 1991, NJ 1992, 420.

56. Zie bijvoorbeeld HR 3 april 1992, NJ 1992, 396 (N. Belastingadviseurs/van Ess).

57. Zie de literatuur genoemd in C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Een grensoverschrijdend handboek 2000 nr. 913, noot 714.

58. HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (Maclou).

59. Zie over deze vraag, C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 908 e.v.

kunde van het objectieve vergelijkingstype, impliceert 'schuld' in de zin van art. 6:162 lid 3 BW, zij het geen persoonlijke schuld.⁶⁰

Deze vergelijking kan bij de vrije beroepsbeoefenaar zeker dienst doen omdat bijvoorbeeld voor artsen en advocaten professionele standaarden gelden. Nu een dergelijk referentiekader bij de toezichthouder ontbreekt, is het van belang de norm 'redelijk handelend toezichthouder' nader in te vullen.

3.2 Invulling zorgvuldigheidsnorm

Welke benaming men de norm voor toezicht ook geeft, vaststaat dat de rechter in ieder geval tot maatstaf zal nemen of de toezichthouder gelet op zijn wettelijke taken in de gegeven omstandigheden voldoende zorg heeft betracht. De vraag of hij bij zijn taakuitoefening die zorg inderdaad voldoende in acht heeft genomen kan mijns inziens het beste beantwoord worden aan de hand van de volgende gezichtspunten:

- a) doel en aard van het toezicht
- b) de bevoegdheden waarover de toezichthouder beschikt
- c) de vraag of hij zijn toezichtsinstrumentarium voldoende heeft benut
- d) de vraag of hij aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan

Met gezichtspunt c) hangt de vraag naar de beleidsvrijheid van de toezichthouder nauw samen. In de literatuur heerst er discussie over de vraag welke betekenis moet worden gehecht aan de beleidsvrijheid die de toezichthouder bij de uitoefening van zijn wettelijke taken veelal is toebedeeld.⁶¹ Daarnaast bestaat verschil van mening over de mate van terughoudendheid die de rechter bij toetsing van het handelen van de toezichthouder in acht moet nemen.

3.2.1 Doel en aard van het toezicht

Hoe intensief het toezicht moet zijn zal in het algemeen afhangen van doel en aard van het toezicht en de daarbij betrokken belangen, waarbij als uitgangspunt de visie van de wetgever op dat toezicht kan worden genomen. Een Rijkstoezichthouder kan bijvoorbeeld belast zijn met het toezichthouden op het transport van gevaarlijke stoffen. Evident

60. Zie C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 909. Anders C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad, diss. Groningen 2000 blz. 157, die zich verzet tegen objectivering van het schuldbegrip.

61. Zie voor een illustratie van diverse bevoegdheden hoofdstuk 2.

is dat de openbare veiligheid dan in het geding is. Moet de controle hierop dan strenger zijn dan bijvoorbeeld het toezicht van de PVK op de solvabiliteit van verzekeraars?

De aard van het toezicht van de in hoofdstuk 2 genoemde toezichthouders – Inspecteur voor de Gezondheidszorg, AFM en de gemeente bij bouw-en woningtoezicht – zou op het eerste gezicht kunnen verschillen. De gedachte zou kunnen zijn dat het toezicht van de Inspectie en de gemeente een pro-actief karakter zou moeten hebben omdat zij de volksgezondheid resp. de openbare veiligheid moeten waarborgen. Het belang dat de AFM behoort te dienen is dat van de consument of belegger bij de aanschaf van financiële producten en zou wellicht een meer terughoudend toezicht rechtvaardigen. Boven genoemde opvatting overtuigt niet. Hoewel de wetgever zich in het verleden in het kader van de waarschuwingsbevoegdheid van de AFM op het standpunt heeft gesteld dat het toezicht dat de AFM uitoefent beperkter van aard is dan in andere sectoren⁶², denk ik dat dit niet voor alle bevoegdheden geldt. De AFM is immers belast met *gedragstoezicht*, welke vorm van toezicht een actieve rol van de AFM vereist die onder andere tot uiting komt in het zelfstandig signaleren van mogelijke problemen.⁶³ De AFM heeft hiervoor de afdeling Markten en Beurzen, die nieuwsdiensten, jaarverslagen, prospectussen, emissies, openbare aanbiedingen enz., naast informatie die haar vanuit de markten aangereikt wordt, uit eigen beweging in de gaten houdt en contact opneemt met de betrokkenen als zij iets onregelmatigs bespeurt.

Het prudentieel toezicht (dit is het toezicht op de solvabiliteit en de liquiditeit van de financiële instellingen, alsmede op de administratie-

62. In de parlementaire geschiedenis wordt hierover het volgende opgemerkt: 'Een verplichting van de toezichthouder (om een openbare kennisgeving uit te laten gaan, AvR) zou immers niet passen bij de aard van het voorziene toezicht. Het gaat hier om een sector waarin risico's bewust door beleggers worden aanvaard, waaruit volgt dat het toezicht op deze sector beperkter van aard is dan in andere sectoren. Daarom mag het publiek er niet zonder meer van uitgaan dat een openbare waarschuwing zal worden gegeven. Voor de goede orde wordt voorts opgemerkt dat aan het niet geven van een openbare kennisgeving in voorkomend geval door derden geen rechten kunnen worden ontleend'. Kamerstukken II, 21 038, nr. 8, blz. 9.

63. Zie over een verschil van mening tussen de AFM en de Algemene Rekenkamer, Kamerstukken II 2003-2004, 29 635, nr. 1-2, blz. 48. De Algemene Rekenkamer is van mening dat het handhavingsbeleid van de AFM reactief en terughoudend is, terwijl de AFM zelf stelt dat zij een pro-actief handhavingsbeleid voorstaat.

ve organisatie, de interne controle en de integere bedrijfsvoering⁶⁴⁾ dat door DNB en de PVK wordt uitgeoefend kenmerkt zich daarentegen door een zekere mate van terughoudendheid. Vergelijken we beide soorten toezicht dan kan gesteld worden dat gedragstoezicht een intensievere vorm van toezicht in zich bergt en pro-actief handelen van de AFM verlangt om het doel – te weten de bescherming van de belangen van de afnemers van financiële diensten – van het toezicht te kunnen realiseren en te waarborgen.

Hoewel de aard van het toezicht van de AFM, de Inspectie en de gemeente bij bouw-en woningtoezicht pro-actief behoort te zijn, mag van een toezichthouder nooit worden verwacht dat hij op de stoel van de ondernemer (AFM), zorginstelling (de Inspectie) of bouwer/eigenaar van het reeds gebouwde (gemeente) mag gaan zitten. De onder-toezichtgestelden blijven onder alle omstandigheden zelf verantwoordelijk voor hun handelingen. Het kan niet de bedoeling zijn dat zij die verantwoordelijkheid afwentelen op de toezichthouder; zij blijven primair verantwoordelijk voor hun daden en beslissingen.⁶⁵⁾

Teneinde mogelijke misverstanden te voorkomen, wijs ik er uitdrukkelijk op dat de aard van het toezicht van de hierbovengenoemde toezichthouders, te weten pro-actief, niet inhoudt dat er op hen een soort risico-aansprakelijkheid rust als blijkt dat derden schade lijden ten gevolge van het onjuist handelen van de ondertoezichtgestelden. De toezichthouder moet doen wat redelijkerwijs in zijn vermogen ligt om het doel van zijn toezicht – bescherming van belangen van beleggers/consumenten bij de aanschaf van financiële producten; het waarborgen van de gezondheidszorg en het waarborgen van de openbare veiligheid – te bereiken. Pro-actief handelen impliceert evenmin dat de toezichthouder *altijd* handelend moet optreden. Een handhavingsplicht kan dan ook niet onder alle omstandigheden worden aangenomen. Dit ligt anders als de toezichthouder ondanks duidelijke signalen van ernstige wetsovertredingen niet heeft ingegrepen (zie hierover nader hoofdstuk 4).

Aard en doel van het toezicht zijn van belang ter beantwoording van de vraag welke norm moet worden gehanteerd in geval van aansprakelijkheid van de toezichthouder. In deze paragraaf heb ik aangestipt

64. Zie over het prudentieel toezicht het preadvies van A. Schilder en W.H.J.M. Nuijts, Advies in vertrouwen: vertrouwen in advies, preadvies NJV 2004, blz. 66.

65. Zie A. Schilder en W.H.J.M. Nuijts, a.w. blz. 75-76.

wat onder aard en doel van het toezicht kan worden verstaan. De uitwerking van deze gezichtspunten vindt in hoofdstuk 4 plaats.

3.2.2 Bevoegdheden waarover de toezichthouder beschikt

In de diverse wettelijke bepalingen staan de bevoegdheden opgesomd, waarover de toezichthouder kan beschikken bij het uitoefenen van zijn toezichttaak. Uit de formulering van die bevoegdheden zal moeten worden afgeleid of het gaat om een *bevoegdheid* (de zgn. 'kan-bepalingen') tot het nemen of juist achterwege laten van een bepaalde beslissing, waarbij de toezichthouder over beleidsvrijheid beschikt óf dat er op de toezichthouder een *verplichting* rust om tot handelen over te gaan. Maar ook buiten de 'kan-bepalingen' bestaat er niet altijd een verplichting en kan er een zekere mate van beleidsvrijheid bestaan.

3.2.3 Heeft de toezichthouder zijn instrumentarium voldoende benut?

3.2.3.1 Inleiding

Aan de toezichthouder zijn diverse bevoegdheden toegekend teneinde zijn toezichttaak te kunnen uitoefenen. Veelal zal hij daarbij een zekere mate van vrijheid hebben gekregen in de keuze om zijn bevoegdheden wel of niet te gebruiken. De beleidsvrijheid van de toezichthouder om al dan niet in te grijpen is een belangrijk gegeven voor de beantwoording van de vraag of hij zijn instrumentarium voldoende heeft benut.

Opgemerkt zij dat de wettelijke bepalingen inzake toezicht – veelal geformuleerd als 'kan'-bepalingen – de ruimte openlaten voor één of meer mogelijkheden. Er is niet altijd één juiste manier waarop in een concreet geval moet worden opgetreden. Steeds zal moeten worden onderzocht wat de norm voor de toezichthouder in het specifieke geval inhoudt. Wat is de bedoeling van de norm? Wanneer de wetgever aan de toezichthouder een verplichting heeft opgelegd om te handelen, dan is hij aan die norm gebonden. Maar kenmerkend voor de toezichthouder is nu eenmaal dat hij veelal bevoegdheden heeft gekregen die hij al dan niet kan uitoefenen aan de hand van een door hem te verrichten afweging van belangen. Soms kan hij slechts kiezen uit twee kwaden. Zo stond in het hierna te bespreken arrest inzake *Vie d'or* de Verzekeringskamer voor het volgende dilemma: een duidelijk en voor de buitenwereld kenbaar ingrijpen zou wegens het gevaar van discontinuïteit schadelijk kunnen zijn voor de bestaande polishouders, terwijl een dergelijk ingrijpen juist schadevoorkomend of schadebeperkend zou kunnen zijn voor toekomstige polishouders. De NMa stond eveneens

voor een dilemma. De zaak Accell c.s./NMa⁶⁶ betrof het publiceren van een onderzoek naar overtreding van de Mededingingswet. De rechtbank 's-Gravenhage overwoog dat moest worden beoordeeld of het belang van de NMa bij publicatie van de voorlopige resultaten van het onderzoek voldoende opwoog tegen de gevolgen van publicatie voor de betrokken ondernemingen. Uiteindelijk kwam de rechtbank tot het oordeel dat de NMa voldoende zorgvuldig had gehandeld. Het Hof 's-Gravenhage heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd. Volgens het hof heeft de NMa onzorgvuldig gehandeld doordat zij met de publicatie van het persbericht, gelet op inhoud en timing, onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van Accel.⁶⁷

Ter beantwoording van de vraag of een toezichthouder zich aan de norm van een 'redelijk handelend toezichthouder' heeft gehouden, is het dus van belang rekening te houden met zijn beleidsvrijheid. In het hiernavolgende zal bekeken worden welke betekenis aan die beleidsvrijheid toekomt. Daarnaast zal bezien worden op welke wijze de rechter het handelen van de toezichthouder toetst. Anders gezegd, is dit handelen aan een volle of een marginale toetsing onderhevig? Hierbij staat het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 7 mei 2004⁶⁸ (Vie d'or) centraal waarin het Hof erkent dat de Verzekeringkamer een zekere mate van beleidsvrijheid toekomt, maar van oordeel is dat beleidsvrijheid niet betekent dat het optreden van de Verzekeringkamer slechts marginaal kan worden getoetst.

3.2.3.2 Beleidsvrijheid (Vie d'or)

In het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 7 mei 2004 kwam een belangrijke vraag naar voren, te weten of de rechter in geval van beleidsvrijheid slechts marginaal mag toetsen, of dat hij dat volledig mag doen. De casus die tot het arrest leidde was de volgende. De levensverzekeringmaatschappij Vie d'or werd op 11 december 1995 failliet verklaard en liet een stoet van polishouders als gedupeerden achter. Deze polishouders, die zich hadden verenigd in de Stichting Vie d'or, spanden niet alleen op grond van wanbeleid een procedure tegen Vie

66. Rb 's-Gravenhage 3 maart 2004, LJN-nummer AO 4880. Zie over deze uitspraak P.J. Kreijger, Naming and Shaming-paal en perk aan het persbeleid van de NMa?, Markt & Mededinging 2004-3, blz. 112 e.v. en A. Harmse en I. Wassenaar, Aansprakelijkheid van de autoriteit financiële markten in het kader van de wet toezicht financiële verslaggeving, in 'Markten onder toezicht' 2004, blz. 175.

67. Hof 's-Gravenhage 24 februari 2005, rolnr. 04/516, n.n.g.

68. Hof 's-Gravenhage 7 mei 2004, NJ 2004, 470.

d'or aan⁶⁹, maar stelden naast anderen ook de Verzekeringskamer aansprakelijk voor de geleden schade wegens falend toezicht. De Verzekeringskamer werd verweten dat zij de antecedenten, de deskundigheid en de betrouwbaarheid van het bestuur van Vie d'or niet had onderzocht, de financiële positie van Vie d'or verkeerd had beoordeeld en had nagelaten haar 'plan van aanpak' uit te voeren. De Rechtbank 's-Gravenhage deed hierover op 13 juni 2001 uitspraak.⁷⁰ De Haagse rechtbank toetste het handelen van de Verzekeringskamer aan de norm van de 'redelijk handelend toezichthouder'. De rechtbank oordeelde dat de Verzekeringskamer aan deze norm had voldaan, hoewel zij achteraf gezien misschien beter actiever had kunnen optreden. Het Hof nam in hoger beroep een diametraal tegengesteld standpunt in. Waar de rechtbank oordeelde dat de Verzekeringskamer niet onrechtmatig had gehandeld jegens de oud-polishouders, kwam het Hof tot de conclusie dat de Verzekeringskamer dat wél had gedaan. Het concrete geschil in hoger beroep kwam uiteindelijk neer op één aspect van het handelen van de Verzekeringskamer, namelijk de aanstelling van een zogenaamde stille curator als bedoeld in art. 34 Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv).⁷¹ Dit artikel geeft aan de Verzekeringskamer bevoegdheden om eenzijdig in te grijpen in een onderneming. Op grond van het eerste lid van dit artikel kan de Verzekeringskamer, indien zij dat noodzakelijk acht in het belang van de betrokken verzekeringsnemers, verzekeren of gerechtigden op uitkeringen, de verzekeraar een met redenen omklede aanwijzing geven. Conform het tweede lid van art. 34 Wtv is de verzekeraar vervolgens verplicht deze aanwijzing binnen de door de Verzekeringskamer gestelde termijn op te volgen. De leden drie en vier van art. 34 Wtv kennen vervolgens de Verzekeringskamer de bevoegdheid toe om, indien het in het eerste lid bedoelde belang onverwijld ingrijpen noodzakelijk maakt, zonder toepassing van het eerste lid onmiddellijk uitvoering te geven aan de bevoegdheid om de verzekeraar bij aangetekende brief aan te zeggen dat vanaf een bepaald tijdstip alle of bepaalde organen van de verzekeraar hun bevoegdheid slechts mogen uitoefenen na goedkeuring door een of meer door de Verzekeringskamer aangewezen personen. Dit nu is de bevoegdheid van de Verzekeringskamer om een stille curator te benoemen, waarover het geschil uiteindelijk ging.

Ten aanzien van de vraag welke maatstaf moet worden gehanteerd voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de Verzekeringska-

69. HR 15 januari 1997, NJ 1997, 368 en HR 31 mei 2000, NJ 2000, 555.

70. Rb 's-Gravenhage 13 juni 2001, JOR 2001/215.

71. Dit artikel is nu vernummerd tot art. 54 lid 3 Wtv 1993.

mer wegens falend toezicht, bestond geen verschil van inzicht tussen rechtbank en hof. Beide rechtscolleges huldigden het standpunt dat het handelen van de Verzekeringskamer moest worden getoetst aan de norm van een 'redelijk handelend toezichthouder'. Eenstemmigheid bestond er eveneens over de aan de Verzekeringskamer toebedeelde beleidsvrijheid. De Verzekeringskamer was niet verplicht, maar *kon* een aanwijzing aan de verzekeraar geven en/of een stille curator benoemen. Uit de wetsgeschiedenis bij de totstandkoming van de Wtv blijkt verder dat het tijdstip waarop wordt ingegrepen 'ter beoordeling van de Verzekeringskamer' staat.⁷² Tot slot blijkt uit het feit dat de wet niet aangeeft in welke gevallen de Verzekeringskamer *moet* besluiten tot het instellen van een stille curator, dat de Verzekeringskamer in geval van art. 34 Wtv beleidsvrijheid toekomt.

Het verschil in uitkomst omtrent de vraag of de Verzekeringskamer onrechtmatig heeft gehandeld is in belangrijke mate ingegeven door de consequenties die rechtbank en hof verbinden aan de omstandigheid dat aan de Verzekeringskamer beleidsvrijheid toekomt.⁷³ Ik geef de belangrijkste overwegingen van het hof weer:

'Allereerst stelt de rechtbank het criterium voorop waaraan het handelen van een toezichthouder als de Verzekeringskamer moet worden getoetst. Volgens de rechtbank zal in het algemeen van de Verzekeringskamer moeten worden verwacht dat zij zich bij de uitoefening van haar toezichthoudende taak gedraagt als een redelijk handelend toezichthouder. Daar waar de Verzekeringskamer op grond van de Wtv beleidsvrijheid heeft om een bepaalde beslissing al dan niet te nemen mag de rechter de handelwijze van de Verzekeringskamer slechts marginaal toetsen, terwijl in die gevallen waarin de Verzekeringskamer gehouden is een bepaalde beslissing te nemen volledig zal moeten worden getoetst. Van onrechtmatig handelen van de Verzekeringskamer is volgens de rechtbank sprake, indien moet worden vastgesteld dat de Verzekeringskamer – in de gevallen waarin haar op grond van de Wtv beleidsvrijheid toekomt – niet in redelijkheid tot een door haar genomen beslissing heeft kunnen komen, dan wel niet in redelijkheid heeft kunnen nalaten van een haar toegekende bevoegdheid gebruik te maken, alsmede – in de gevallen waarin zij op grond van de Wtv gehouden is onder bepaalde omstandigheden een bepaalde beslissing te nemen – ten onrechte tot een bepaalde beslissing is gekomen, dan wel ten onrechte heeft nagelaten een bepaalde beslissing te nemen (rov. 7.2).

en vervolgt:

72. Zie memorie van antwoord II 20 884, blz. 13.

73. Zie de noot van B.P.M. van Ravels onder dit arrest in JOR 2004/206 onder punt 2.

De Stichting bestrijdt in de eerste plaats het door de rechtbank gehanteerde criterium. Het standpunt van de Stichting dienaangaande begrijpt het hof aldus dat zij de door de rechtbank gehanteerde norm onderschrijft voor zover deze inhoudt dat de Verzekeringskamer moet handelen als een redelijk handelend toezichthouder, maar dat zij bestrijdt dat, daar waar de Verzekeringskamer beleidsvrijheid heeft, slechts sprake zou kunnen zijn van een marginale toetsing. De Stichting wijst in dat verband onder meer op HR 9 november 2001, NJ 2002, 446 m.nt. CJBH (rov. 7.4).

waarna het hof met een andere visie op beleidsvrijheid komt:

Het betoog van de Stichting is juist. De vraag of het optreden van de Verzekeringskamer beantwoordt aan hetgeen van een redelijk handelend toezichthouder gevergd mag worden, moet van geval tot geval beantwoord worden aan de hand van alle relevante omstandigheden. Daarbij is het weliswaar zo dat bij de uitoefening van bepaalde bevoegdheden die door de wet aan de Verzekeringskamer zijn toegekend de Verzekeringskamer een zekere beleidsvrijheid heeft (zoals bij de vraag of een stille bewindvoerder zal worden benoemd op grond van het bepaalde in art. 34 lid 3 of 4 Wtv) en dat de rechter met die beleidsvrijheid rekening zal moeten houden, maar dit betekent niet dat het optreden van de Verzekeringskamer slechts marginaal mag worden getoetst. Ook in gevallen waarin aan de Verzekeringskamer beleidsvrijheid toekomt, is de maatstaf of de Verzekeringskamer als een redelijk handelend toezichthouder heeft gehandeld en die toetsing is een volledige toetsing op zorgvuldigheid en niet een marginale (rov. 7.5).

Het hof motiveert haar oordeel kort met – in wezen – een bevestiging van het betoog van de Stichting. Wie d’or die had verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 9 november 2001 inzake Van den Berg/De Oude Rijnstromen.⁷⁴ Dit arrest heeft echter veel kritiek ondervonden⁷⁵, omdat de aldaar aangelegde maatstaf op zijn zachtst uitgedrukt bepaald niet duidelijk is te noemen. De vraag die in deze uitspraak centraal stond was of het waterschap wel adequaat had gereageerd op klachten van ingelanden. Het hof had het waterschap, dat volgens de eisende partijen, zijn onderhoudsplicht had verzaakt, in het gelijk gesteld onder meer door de wijze waarop het waterschap had opgetreden, marginaal te toetsen. De Hoge Raad oordeelde daar anders over. Hoewel aan een waterschap dienaangaande ‘een zekere beleidsvrijheid’ toekomt, gaat deze vrijheid volgens de Hoge Raad niet zo ver dat het optreden slechts marginaal zou kunnen worden getoetst. Deze uitspraak van de Hoge Raad biedt weinig houvast. Bovendien faalt een

74. NJ 2002, 446.

75. Zie bijvoorbeeld Th.G. Drupsteen in zijn noot in de AB 2001, 21 en J.E.M. Polak in zijn Kroniek van het algemeen bestuursrecht, NJB 2002, blz. 475.

vergelijking met de aansprakelijkheid van een toezichthouder omdat het in het hierbovengenoemde arrest om een specifieke wettelijke beheers- taak van een waterschap ging. Een dergelijke 'primaire' beheers- taak is nu eenmaal een andere taak dan een 'secundaire' toezichttaak van een toezichthouder, waarbij er altijd een primaire verantwoorde- lijke is. Kortom, de vergelijking gaat mank omdat het arrest van de Hoge Raad niet, zoals bij *Vie d'or*, ziet op falend toezicht maar op het tekortschieten in een primaire beheers- taak.⁷⁶

Steeds dient dus vastgesteld te worden in hoeverre er voor de toezicht- houder een bevoegdheid dan wel een verplichting bestond om in te grijpen, waarbij opgemerkt dient te worden dat het bestaan van een 'kan-bepaling' niet altijd een exoneratie voor de toezichthouder ople- vert om niet in te grijpen terwijl hij serieuze klachten over mogelijke ernstige wetsovertredingen heeft ontvangen. Dient er in een concreet geval een plicht tot handelen te worden aangenomen, dan bestaat er voor de toezichthouder geen beleidsvrijheid meer. Uiteindelijk is het de rechter die moet beoordelen óf er een dergelijke plicht bestond en een oordeel daarover is niet aan het inzicht van de toezichthouder over- gelaten. Bij die beoordeling neemt de rechter uiteraard mee of de toe- zichthouder al dan niet in het concrete geval over een bepaalde mate van beleidsvrijheid beschikte. Maar daaruit volgt mijns inziens niet de conclusie dat het handelen van de toezichthouder dús marginaal moet worden getoetst. De vraag of het gebruikmaken van bevoegdheden dan wel het nalaten daarvan (on)zorgvuldig is, zal in voorkomende geval- len derhalve vol worden getoetst. De afstandelijke toetsing, als gevolg van de beleidsvrijheid, is daarmee niet van de baan, maar hij geeft invulling aan de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW.⁷⁷

76. Zie de noot van B.P.M. van Ravels, JOR 2004, 206, blz. 1467.

77. Ik wijs verder nog op de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wft (Ka- merstukken II 2003/2004, 29 708, nr. 3, blz. 29) waar de regering het volgende meldt: 'Vanzelfsprekend worden de toezichthouders geacht "met beleid" gebruik te maken van hun bevoegdheden. Of, wanneer en hoe de bevoegdheden worden ingezet is in beginsel ter bepaling aan de toezichthouder, binnen de discretionaire ruimte die deze daartoe heeft. De bevoegdheden kunnen daarom worden ingezet waar dit ten behoeve van het toezicht op de naleving dan wel handhaving nodig wordt geacht door de toezichthouders. Zodra eenmaal is gekozen om bepaalde bevoegdheden in te zetten, dient dit vanzelfsprekend op zorgvuldige wijze te ge- heuren, dat wil zeggen met inachtneming van alle geschreven (in de Algemene wet bestuursrecht opgenomen) en ongeschreven algemene beginselen van behoor- lijk bestuur. De omvang en reikwijdte van de bevoegdheden inzake toezicht en handhaving wordt aldus ingekaderd als waarborg ten behoeve van degenen die met toezicht en handhaving (kunnen) worden geconfronteerd. →

In dit verband kan een parallel worden getrokken met het handelen van de vrije beroepsbeoefenaar. Bij de beoordeling van het handelen van een medisch specialist heeft de Hoge Raad als maatstaf genomen de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend specialist mag worden verwacht, niet of de arts in redelijkheid tot zijn diagnose en verrichtingen had kunnen komen.⁷⁸ En ook daar speelt de vraag of de arts een keuzemogelijkheid uit verschillende behandelmethoden had een belangrijke rol voor de beantwoording van de vraag of de zorgvuldigheidsnorm is overtreden.

3.2.4 Heeft de toezichthouder aan zijn onderzoekspllicht voldaan?

Dit gezichtspunt – over welke informatie beschikt de toezichthouder of had hij moeten beschikken (onderzoeksplicht) – is uiteraard nauw verweven met de feitelijke constellatie. Waar het in de kern op neer komt is dat de toezichthouder risico's tijdig moet onderkennen althans behoort te onderkennen en deze risico's moet hij kunnen beheersen. Het gaat dan om risico's die voor de toezichthouder in redelijkheid voorzienbaar zijn. Kende of behoorde de toezichthouder de risico's en had hij die kunnen of behoren te vermijden?⁷⁹ Bij de vraag of er een positieve verplichting op de toezichthouder rust is dit 'kennen-criterium' van groot belang. Zo kan de toezichthouder op de hoogte raken van het risico door middel van (een) klacht(en). Zoals ik reeds heb uiteengezet, meen ik dat de toezichthouder dan steeds handelend moet optreden. Zo ook de Hoge Raad die in het arrest Waterschap West

→ Dit heeft ook betekenis voor een eventuele aansprakelijkheid van de toezichthouders voor de uitoefening van hun wettelijke bevoegdheden, of het nalaten daarvan. Gelet op het discretionaire karakter van de bevoegdheden hebben de toezichthouders -zoals eerder opgemerkt- veel ruimte ten aanzien van de vraag of en wanneer ze hun bevoegdheden inzetten. Wanneer eenmaal is gekozen voor het gebruik van bevoegdheden inzake toezicht en handhaving, dan zal moeten worden voldaan aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een vraag naar eventuele aansprakelijkheid zal dus pas aan de orde zijn indien de rechter tot de conclusie komt dat door de toezichthouder op onrechtmatige wijze geen of juist wel gebruik is gemaakt van een discretionaire bevoegdheid. Gelet op de discretionaire ruimte van de toezichthouder zal de rechter daarbij een afstandelijke c.q. marginale toetsing verrichten, dit om te voorkomen dat hij 'op de stoel van de toezichthouder gaat zitten'. In zoverre brengt dit voor de financiële toezichthouders in abstracto niet meer of minder risico voor aansprakelijkheid met zich dan voor andere bestuursorganen het geval is'.

78. HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener).

79. Zie C.C. Van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 901 e.v.

Friesland/Kaagman⁸⁰ overwoog dat indien een waterschap een klacht of informatie van derden ontvangt, hij adequaat dient te reageren door een onderzoek in te stellen en zo nodig maatregelen te treffen.

Indien er geen sprake is van een concrete klacht of waarschuwingen, kan een toezichthouder niettemin aansprakelijk zijn indien hij van het risico op de hoogte had behoren te zijn. De cruciale vraag of de toezichthouder onderzoek had moeten doen naar de aanwezigheid en de omvang van het risico en zo ja in welke mate, betreft een vraag naar de grondslag van de aansprakelijkheid van de toezichthouder. Deze vraag zal dan ook in hoofdstuk 4 aan de orde komen.

3.3 Publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk toezicht

Aangezien de toezichthouders een publiekrechtelijke taak uitoefenen past bij de bepaling van de normen voor goed toezicht eveneens een publiekrechtelijke invalshoek. Er zouden 'beginselen van behoorlijk toezicht' moeten zijn waaraan het handelen van de toezichthouder getoetst zou moeten worden. Deze beginselen normeren het optreden van bestuursorganen en geven dus invulling aan open privaatrechtelijke normen als de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW. Deze 'bijkleuring' van het privaatrecht door het bestuursrecht blijkt ook al uit art. 3:14 BW en de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁸¹ Deze 'beginselen van behoorlijk toezicht' zouden de volgende moeten zijn:

- (i) de toezichthouder doet in principe onderzoek naar iedere misstand wanneer een redelijk vermoeden van niet-naleving van wettelijke regels bestaat. Wanneer uit onderzoek blijkt dat wettelijke regels worden overtreden dient in beginsel corrigerend te worden opgetreden;
- (ii) het optreden van de toezichthouder moet berekenbaar zijn; zowel de burger als de ondertoezichtgestelde moet weten waar hij aan toe is;
- (iii) deze beginselen moeten worden aangevuld met de 'gewone' algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Over elk van deze beginselen zal ik hieronder iets zeggen.

80. HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319.

81. Zie onder meer HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Amsterdam/Ikon) en HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (Zeeland/Hoondert).

3.3.1 Beginselplicht tot handhaving in het civiele recht?

Uitgangspunt is dat de beginselen van behoorlijk toezicht moeten worden gezien tegen de achtergrond van het vertrouwen dat het publiek mag ontlenen aan een door de wetgever ingestelde toezichthouder. Daar waar een redelijk vermoeden van niet-naleving van wettelijke regels rijst, mag de burger er op vertrouwen dat een juist voor deze taak ingestelde instantie op controle uitgaat en zonodig ingrijpt. Zonodig, omdat de beginselen de toezichthouder echter wel ruimte laten, ook voor prioriteitstelling.⁸² Het stellen van prioriteiten in de zin dat het toezicht wordt geconcentreerd op bepaalde categorieën overtredingen is naar mijn oordeel acceptabel en onontkoombaar. Een toezichthouder kan nu eenmaal niet alles en overal controleren. Bij een oordeel over bijvoorbeeld de vraag of een gemeente voldoende toezicht heeft gehouden zal onder meer van belang worden geacht het aantal toezichtstaken waarmee zij is belast, de omvang van de toezichtstaken (hoeveel bouwwerken moeten er gecontroleerd worden), eventuele andere instanties die op dezelfde bouwwerken (‘eerstelijns’) toezicht houden en de middelen – financiële of personele – die de gemeente ten dienste staan.

Bij deze prioriteitstelling zal een zekere ‘toezichtshiërarchie’ aangelegd moeten worden. Zo kunnen er gradaties worden aangelegd tussen: tijdelijke en structurele overtredingen van de wet, geringe inbreuken of schendingen van fundamentele rechtsbeginselen, ondoeltreffend en minder doelmatig handelen, vage en concreet onderbouwde klachten enz.⁸³

Bij de invulling van dit beginsel rijst de vraag of een vergelijking met de beginselplicht tot handhaving in het bestuursrecht op zijn plaats is.

Vooropgesteld zij dat er in de bestuursrechtelijke literatuur geen consensus heerst over de inhoud en de reikwijdte van deze beginselplicht. Albers⁸⁴ toont zich een fervent voorstander van een plicht tot

82. A. Haan-Kamminga leidt uit mijn oratie ten onrechte af dat ik een algemene plicht tot ingrijpen waarbij de toezichthouder bij iedere misstand moet ingrijpen, zou voorstaan. Ten onrechte, want beleidsvrijheid is juist een belangrijk element van toezicht. Zie A. Haan-Kamminga, Aansprakelijkheid voor toezicht, in ‘LT. Verzamelde “Groninger” opstellen aangeboden aan Vito Timmermans ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Handelsrecht en Ondernemingsrecht aan de RUG 2003’, blz. 127.

83. Zie mijn oratie blz. 23.

84. C.L.G.E.H. Albers, Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving, NTB 2004, blz. 206, met jurisprudentie in de noten 52 →

handhaven. Hoewel, volgens Albers, handhavingsbevoegdheden in de wet vaak geformuleerd zijn als beleidsvrije bevoegdheden wijst de (bestuurs) rechtspraak in een andere richting. Als algemeen uitgangspunt geldt dat er sprake is van een beginselplicht tot handhaving. Het bestuursorgaan is volgens haar in beginsel verplicht handhavend op te treden tenzij zich een bijzondere omstandigheid voordoet. Dit is niet alleen het geval als door een derde een 'uitdrukkelijk' verzoek tot handhaving is gedaan; ook in het kader van ambtshalve handhaving kan volgens de Afdeling bestuursrechtspraak slechts in bijzondere gevallen van handhaving worden afgezien. Daarnaast gaat zij een stap verder door te betogen dat de door de Afdeling ontwikkelde 'begin-selplicht tot handhaving' een belangrijk aanknopingspunt vormt voor een verdergaande civielrechtelijke aansprakelijkheid voor de overheid in het kader van gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving.

Michiels⁸⁵ daarentegen plaatst relativiserende opmerkingen bij de beginselplicht.⁸⁶ De wetgever heeft, aldus Michiels, duidelijk niet voor een handhavingsplicht, of iets wat daar op lijkt, gekozen. Het is aan het bestuur om in een concreet geval *alle* in aanmerking komende belangen zorgvuldig tegen elkaar af te wegen bij de beslissing om al dan niet tot handhaving over te gaan. Een voorbehoud moet worden gemaakt in verband met de Europeesrechtelijke verplichtingen. Zo heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in *Öneryildiz/Turkije*⁸⁷ geoordeeld dat grenzen aan het niet-handhavend optreden moeten worden gesteld. Deze belangrijke uitspraak voor de Nederlandse toezichtpraktijk komt in hoofdstuk 4, § 4.2.2, uitgebreid aan de orde.

Waar Europeesrechtelijke verplichtingen geen directe rol spelen, heeft

→ en 53 en haar artikel De 'begin-selplicht' tot handhaving. Een stoelendans tussen rechter en bestuur?, Gemeentestem 2004, 7206, blz. 233 e.v. Zie voorts F.R. Vermeer, De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen, JB plus 2001, blz. 76 e.v.

85. F.C.M.A. Michiels, de Wet Milieubeheer, Studiepocket Staats- en bestuursrecht 2003, blz. 245 e.v.; Gedogen is doodgewoon, RM Themis 2001, blz. 252 en Belangenafweging en sanctiebesluiten, Ars Aequi 2000, blz. 111-117.

86. A. Schilder en W.H.J.M. Nuijts, a.w. blz. 70 menen ten onrechte dat ik aan mijn eerste geformuleerde beginsel van behoorlijk toezicht de beginselplicht tot handhaving ten grondslag leg. Bij het formuleren van het eerste beginsel heb ik in mijn oratie in een noot een vergelijking gemaakt met de tendens van een handhavingsbevoegdheid naar een handhavingsplicht.

87. EHRM 18 juni 2002, EHCR 2002, 64 en EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43 (Grote Kamer).

het orgaan volgens Michiels dus, gezien de formuleringen van artikelen als 125 Gemeentewet een afwegingsruimte. Niettemin heeft de rechter midden jaren 90 een koers ingezet die strenger oogt. Ook Michiels moet toegeven dat in de jurisprudentie een lijn is ontwikkeld die er op neerkomt dat gedogen in beginsel slechts toelaatbaar kan zijn in gevallen waarin op korte termijn legalisatie dan wel beëindiging van de illegale activiteit of situatie kan worden verwacht. Maar deze beginselplicht moet met alle nuances die daar aan zijn verbonden, bezien worden. Deze nuances zouden weleens beter tot hun recht kunnen komen in de 'nieuwe' standaardoverweging van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.⁸⁸ Deze overweging vormt volgens Michiels⁸⁹ een compromis tussen twee binnen de Afdeling levende opvattingen. De eerste opvatting houdt, aldus Michiels, in dat de vrije handhavingsbevoegdheden eigenlijk nauwelijks vrij zijn, en dus weinig ruimte voor een afweging van belangen laten, omdat handhaving een kerntaak van de overheid is en de rechtsstaat valt en slaat met handhaving. De tweede opvatting is dat het ook bij de (vrije) handhavingsbevoegdheid 'gewoon' een kwestie van belangen afwegen is, waarbij het wettelijke door handhaving te beschermen bijzondere belang alsmede het handhavingsbelang (inhoudende dat burgers tot op zekere hoogte een beroep op de overheid moeten kunnen doen om er voor te zorgen dat wetten worden nageleefd) wel een belangrijk gewicht in de schaal leggen, maar niet tot een quasiverplichting tot handhaving leiden. Het onderscheid is subtiel, maar waarneembaar.

Van Dam tenslotte meent dat een overheidslichaam niet alleen bevoegd, maar ook civielrechtelijk verplicht is tot het houden van toezicht en het handhaven van regels. Hij baseert dit op een uit het ongeschreven recht voortvloeiende toezichts- en handhavingsplicht.⁹⁰ Ter rechtvaardiging van deze plicht voert hij achtereenvolgens het vertrouwensbeginsel aan (de burger mag erop vertrouwen dat de overheid toeziet op de naleving van regels), het kennis- en kundeoverschot aan de zijde van overheid (waaronder ook begrepen de mogelijkheid van de overheid om iets tegen risico's te doen) en een rechtspolitiek argu-

88. Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 juni 2004, AB 2004, ABRvS 30 juni 2004, JB 2004/293 en Vz ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004, 424. Zie voorts R.C.S. Bakker en B. Bastein, Over beginselplicht en belangen bij handhaving, NTB 2004, blz. 333 e.v.

89. Zie zijn noot onder Vz ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004, 424.

90. C.C. van Dam, Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving in: J.M. Barendrecht (e.a.), 'Kring van aansprakelijken bij mas-sachade', 2002, blz. 47.

ment (door de geringe afstand tussen vergunninghouder en overheid zou vaak ten onrechte worden gedoogd).⁹¹

Hoewel Van Dam de overheid een civielrechtelijke toezichts-en handhavingsplicht toedicht, betekent dit geenszins dat deze plicht een absoluut karakter heeft. Als één van de aspecten die inhoud en omvang van deze toezichtsplicht bepalen, noemt hij in dit verband de beoordelings-en beleidsvrijheid van het overheidsorgaan.⁹²

Het genuanceerde standpunt van Michiels spreekt mij nog het meest aan. Het standpunt van Albers is naar mijn smaak te rigide, waarbij zij tevens te gemakkelijk de beginselplicht uit het bestuursrecht omzet naar het civiele recht. Van Dam bedient zich niet van deze 'transformatie', maar destilleert de toezichts-en handhavingsplicht uit het ongeschreven recht. Daarbij spreekt mij alleen het eerste argument – het vertrouwensbeginsel – aan; het 'kennis-en kundeoverschot' wordt wel erg zwaar aangezet en ten aanzien van het rechtspolitieke argument (kort gezegd: door de 'ons kent ons'-mentaliteit zouden vergunningsvoorwaarden minder streng worden gecontroleerd (of gehandhaafd)) is het zeer de vraag of dit argument hout snijdt. Is hier op grote schaal onderzoek naar gedaan?

Uitgangspunt moet zijn dat wanneer uit onderzoek blijkt dat wettelijke regels worden overtreden in principe corrigerend moet worden opgetreden. In principe, want steeds zal de toezichthouder bij de beslissing om in te grijpen alle betrokken belangen zorgvuldig moeten afwegen. Op hem rust immers geen verplichting, maar een bevoegdheid om naleving van de wet af te dwingen. Deze bevoegdheid kan echter omslaan in een positieve verplichting tot ingrijpen. Als de toezichthouder ondanks duidelijke signalen van ernstige wetsovertredingen niet heeft ingegrepen en/of dat hij voorzienbare risico's niet tijdig heeft onderkend, dan komt hij met een beroep op bijvoorbeeld prioriteitstelling niet weg.

In hoofdstuk 4 (aansprakelijkheid van de toezichthouder) kom ik hier nog uitgebreid op terug.

De civiele rechter ziet de handhavingsbevoegdheid nog steeds als een discretionaire bevoegdheid.⁹³ Zo oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage in de Vuurwerkcramp Enschede-zaak dienaangaande als volgt:

91. C.C. van Dam, t.a.p., blz. 48-49.

92. C.C. van Dam, t.a.p. blz. 51-52.

93. C.L.G.F.H. Albers, *Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving*, NTB 2004, blz. 206.

'Bij de beoordeling van de stellingen van eisers inzake het toezicht maakt de rechtbank een onderscheid tussen algemeen en specifiek toezichtsfalen. Van algemeen toezichtsfalen kan worden gesproken, indien het bevoegde bestuursorgaan zijn wettelijke taken op dit gebied verwaarloost. Gelet op de aan het bestuur toekomende vrijheid bij de verdeling van de beschikbare financiële en personele middelen over verschillende beleidsterreinen, zal een dergelijke taakverwaarlozing slechts in uitzonderlijke omstandigheden onrechtmatig zijn jegens een individuele burger. Zodanige omstandigheden zijn echter ten aanzien van het gemeentebestuur niet gesteld of gebleken. De rechtbank zal zich daarom hierna wat betreft het gemeentelijk toezicht beperken tot specifiek toezichtsfalen. Daarbij moet worden gedacht aan het negeren van concrete aanwijzingen of het in de wind slaan van waarschuwingen dat bepaalde regels of voorschriften worden overtreden'. (rov. 3.5.2)

3.3.2 Berekenbaar optreden

Het optreden van de toezichthouder moet berekenbaar zijn. Hij kan dit bereiken door beleidsregels uit te vaardigen waarin wordt vastgesteld aan de hand van welke criteria en op welke wijze hij het toezicht op de naleving van de wet zal uitvoeren. Zo heeft de AFM een aantal beleidsregels uitgevaardigd, 'richtsnoeren/interpretaties' genaamd, waarin zij haar beleid aangaande verschillende onderwerpen uiteenzet. Een voorbeeld hiervan is de 'besloten kring' circulaire⁹⁴, waarin uitvoerig wordt beschreven wat de AFM als een aanbieder binnen besloten kring beschouwt en welke criteria hiervoor worden gehanteerd (op grond van art. 3 lid 1 Wte is het namelijk verboden in of vanuit Nederland buiten een besloten kring bij uitgifte, kort gezegd, effecten aan te bieden). Het begrip besloten kring wordt in de wet niet verder gedefinieerd. Daarom heeft de AFM (voorheen STE) besloten:

'Teneinde meer duidelijkheid te geven over het beleid van de STE inzake besloten kring geven wij onderstaand een uiteenzetting van het beleid van de STE op hoofdlijnen. Wij merken hierbij op dat de omstandigheden van het individuele geval van belang blijven voor de beoordeling of een concrete aanbieder kan worden beschouwd als binnen besloten kring. Voor de goede orde tekenen wij hier voorts bij aan dat het uiteindelijke oordeel over de vraag of het verbod van art. 3 Wte 1995 wordt overtreden, is voorbehouden aan de rechter. Het oordeel van de STE kan worden gezien als een advies aan marktpartijen dat van betekenis is voor de vraag of de STE een onderzoek zal (laten) instellen naar een (vermoedelijke) overtreding van het verbod van art. 3 Wte 1995 en tevens voor de vraag of aangifte zal worden gedaan van het vermoeden van een strafbaar feit bij het Openbaar Ministerie.'

94. <http://www.afm.nl/default.ashx>.

Een ander voorbeeld betreft de Internet-beleidsnotitie⁹⁵ waarin de AFM aangeeft in welke gevallen het via internet aanbieden van effecten onder de reikwijdte van de Wte valt. Nu de naleving van de Wte door de AFM zich ook tot het Internet is gaan uitstrekken, heeft de AFM besloten haar beleid hierover te publiceren. Ik acht dit een goede ontwikkeling: de beleidsregels hebben tot doel vóóraf inzicht te verschaffen in de criteria die zullen worden gehanteerd bij toezicht op de naleving van de Wte; zo weten burgers/consumenten/ beleggers precies waar zij aan toe zijn.

3.3.3 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

De toezichthouder blijft gebonden aan de gewone algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In dit verband kan worden gedacht aan het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb. De toezichthouder moet een evenwicht vinden tussen de te schaden belangen van de ondertoezichtgestelde en de belangen die hij beoogt te dienen. Zo stond de Verzekeringskamer in de *Vie d'or*-zaak, zoals reeds gezegd, voor het klassieke 'toezichthoudersdilemma': een duidelijk en voor de buitenwereld kenbaar ingrijpen zou wegens het gevaar van discontinuïteit schadelijk kunnen zijn voor de bestaande polishouders, terwijl een dergelijk ingrijpen juist schadevoorkomend of schadebeperkend zou kunnen zijn voor toekomstige polishouders.

3.4 Conclusie

De inhoud van de norm van de 'redelijk handelend toezichthouder' is de volgende. Het handelen van de toezichthouder moet beoordeeld worden in het licht van de aard en de doelstellingen van het toezicht dat hij uitoefent waarbij de cruciale vraag is of hij gelet op zijn wettelijke taken in de gegeven omstandigheden voldoende zorg heeft betracht. De publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk toezicht vullen daarbij de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW verder in. Daarbij zal rekening moeten worden gehouden met de beleidsvrijheid die de toezichthouder bij de toedeling van zijn wettelijke taken en bevoegdheden heeft gekregen. Of de toezichthouder voldoende zorg heeft betracht, is een vraag naar diens aansprakelijkheid en hoort dus thuis in hoofdstuk 4.

95. <http://www.afm.nl/default.ashx>.

Hoofdstuk 4 Aansprakelijkheid wegens falend toezicht

4.1 Inleiding

De toezichthouder is aansprakelijk als hij gelet op zijn wettelijke taken in de gegeven omstandigheden onvoldoende zorg heeft betracht. De grondslag voor aansprakelijkheid van de toezichthouder dient gevonden te worden in schending van zijn wettelijke plicht als het gaat om verplichtingen en schending van de zorgvuldigheidsnorm als het gaat om de uitoefening van bevoegdheden. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre het leerstuk van de toezichts-aansprakelijkheid eigen aspecten kent, afwijkend van het gewone (overheids)aansprakelijkheidsrecht. In dat kader rijst bijvoorbeeld de vraag of de *aard* van het toezicht – pro-actief of meer terughoudend, eerstelijns of tweedelijns⁹⁶ – er toe kan leiden dat in beginsel alleen aansprakelijkheid van de toezichthouder bestaat indien deze *duidelijk* tekort is geschoten in de uitoefening van zijn taak door bijvoorbeeld geen gebruik te maken van zijn bevoegdheden waar dat in de gegeven omstandigheden, gelet op de redelijkerwijs voor hem voorzienbare en daarom af te wenden schade, wel geboden was. En speelt het gegeven dat het bij toezicht veelal om een *nalaten* gaat een rol alsmede dat de toezichts-aansprakelijkheid een *zijdelingse* aansprakelijkheid is?

4.2 Rechtspraak

Ter beantwoording van deze vraag is een analyse van de jurisprudentie op het terrein van aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht van belang. Hoewel de laatste jaren meer jurisprudentie over overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht voorhanden is, blijkt de oogst nog niet overvloedig. In het hiernavolgende zal de rechtspraak in een aantal categorieën worden onderverdeeld. De uitspraken die specifiek betrekking hebben op de aansprakelijkheid van een gemeente voor

96. In de Vuurwerkkramp Enschede-zaak wordt dit onderscheid duidelijk zichtbaar. Het toezicht door de Staat (i.c. de Inspectie Milieuhygiëne) is tweedelijns toezicht ten opzichte van het eerstelijns toezicht door B & W van de gemeente Enschede. Het onderscheid tussen beide soorten toezicht is dat een eerstelijns toezichthouder door het bevoegd gezag is aangesteld en om die reden handhavend kan optreden, terwijl een tweedelijns toezichthouder niet door het bevoegd gezag is aangesteld en dan ook niet rechtstreeks handhavend kan optreden. Indien hij bij de uitoefening van zijn toezichthoudende taak ontdekt dat de eerstelijns toezichthouder afwijkt van de voorschriften, dan zal hij zich tot het bevoegd gezag moeten wenden. Het bevoegd gezag kan vervolgens bepalen of hij al dan niet gaat handhaven.

falend bouw-en woningtoezicht behandel ik in § 4.2.1. Uitspraken die zien op de aansprakelijkheid voor schade die derden lijden ten gevolge van falend toezicht, welk toezicht niet specifiek de gemeentelijke taak van het bouw-en woningtoezicht betreft, worden behandeld in § 4.2.2. Tot deze categorie behoren met name de uitspraken van de Rechtbank 's-Gravenhage van 24 december 2003⁹⁷ inzake de Vuurwerkkramp Enschede en de uitspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens van 18 juni 2002 inzake Öneriyildiz/Turkije.⁹⁸ Jurisprudentie over aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder vormt het sluitstuk (§ 4.2.3).

4.2.1 Aansprakelijkheid van de gemeente voor falend bouw-en woningtoezicht (specifiek)

Op grond van art. 100 van de Woningwet rust op B & W de taak om binnen de gemeente toezicht te houden op de naleving van de krachtens de Woningwet gegeven voorschriften. In § 2.2.3 is reeds uiteengezet wat onder het bouwtoezicht en het woningtoezicht moet worden verstaan. In die paragraaf is ook naar voren gekomen dat de bevoegdheden die aan B & W zijn toebedeeld steeds als bevoegdheden zijn geformuleerd.

In 1975 schreef C.J. van Zeben⁹⁹ in Bouwrecht:

‘Voorzover ik heb kunnen nagaan, bewegen de schrijvers over Woningwet en Bouwverordening zich met een eerbiedige boog om het vraagstuk van de civielrechtelijke aansprakelijkheid heen. Weliswaar worden enkele uiterst voorzichtig gestelde antwoorden gegeven, maar een wat grondiger beschouwing ben ik niet tegengekomen. Dát er een probleem bestaat, daarover is het men wel eens, maar over de oplossing bestaat weinig duidelijkheid’.

Zou die oplossing er 30 jaar later wel zijn? De rechtspraak die in deze paragraaf uiteengezet wordt, kan ook weer worden onderverdeeld. Ik begin met een aantal uitspraken waarbij de gemeente jegens de vergunningaanvrager c.q. vergunninghouder zélf aansprakelijk is gesteld wegens onvoldoende toezicht. Daarna volgen uitspraken waarbij de gelaedeerde een ander is dan de vergunningaanvrager c.q. vergunninghouder. Het betreft dan aansprakelijkheid voor schade die een derde

97. JB 2004/69.

98. EHRM 18 juni 2002, EHRC 2002, 64 en EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43.

99. C.J. van Zeben, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid van het gemeentelijk bouwtoezicht*, *Bouwrecht* 1975, 410 e.v.

lijdt ten gevolge van falend toezicht van het overheidsorgaan. Deze categorie is voor dit preadvies met name interessant omdat de kernvraag van dit onderzoek is of de toezichthouder *jegens derden* wegens gebrekkig toezicht aansprakelijk kan zijn en zo ja, hoever deze aansprakelijkheid reikt.

4.2.1.1 Aansprakelijkheid jegens de vergunningaanvrager c.q. vergunninghouder

In mijn inleiding memoreerde ik al het eerste belangrijke arrest over falend bouw-en woningtoezicht, bekend onder de naam 'Vijzelstraataffaire'.

Het ging in deze zaak om de instorting van één van de pijlers van een winkelgalerij en het daarboven gelegen gedeelte van een flat. Door de instorting liep een ter plaatse werkzame werknemer zwaar lichamelijk letsel op. De pijler was enige weken tevoren in opdracht van een ambtenaar van het bouw-en woningtoezicht 'gestempeld'. Achteraf bezien was dit een onvoldoende maatregel. De eigenares (N.V. Amstelstein) riep de gemeente Amsterdam in vrijwaring op. Wat bleek? Ongeveer twee jaar vóór de instorting was door de gemeente geconstateerd dat de pijlers bouwvallig waren aangezien zij scheurvorming vertoonden. De eigenaar kreeg een aanschrijving van de gemeente om maatregelen te treffen. Voorafgaande aan de instorting zijn daarop verschillende pijlers hersteld. Toen een aanvang werd gemaakt met de herstelwerkzaamheden aan de later ingestorte peiler passeerde toevallig een ambtenaar van bouw-en woningtoezicht. Deze ambtenaar gaf opdracht het werk onmiddellijk stop te zetten omdat hij zich op grond van vroegere tekeningen realiseerde dat deze pijler onvoldoende voor zijn taak berekend was. Onmiddellijk werden de aannemer en de dienst bouw-en woningtoezicht gewaarschuwd, waarop een andere ambtenaar van die dienst de pijler 'moest stempelen' (met twee houten stempels). Ongeveer vijf weken daarna stortte het bouwwerk in. Nadat de rechtbank had geconcludeerd tot mede-aansprakelijkheid van de gemeente, wees het Hof Amsterdam de aansprakelijkheid van de gemeente af. Daarbij verwees het Hof uitdrukkelijk naar de wettelijke taak van de gemeente. Het Hof begon met de vaststelling dat:

'pp. het er over eens zijn dat de vraag of Amsterdam dan wel een harer Diensten ten deze in de vervulling van een taak te kort is geschoten (...) aan de hand van de publiekrechtelijke Woningwet en van de krachtens deze wet uitgevaardigde gemeentelijke Bouwverordening moet worden beantwoord'.

Daarop overweegt het Hof vervolgens dat in de Woningwet en de

Bouwverordening voor het door de gemeente uit te oefenen toezicht en door de gemeente voor te schrijven veiligheidsmaatregelen, aan het gemeentebestuur *bevoegdheden* (cursivering AvR) worden toegekend en niet jegens derden in acht te nemen verplichtingen worden opgelegd. De gemeente Amsterdam is uiteraard verantwoordelijk voor een juiste toepassing van deze bevoegdheden en zij mag daarvan geen misbruik maken, maar zij kan niet zonder meer aansprakelijk worden gesteld wanneer zij verzuimt van de haar aldus toegekende bevoegdheden gebruik te maken. Slechts bijzondere omstandigheden zouden volgens het Hof aanleiding kunnen zijn de gemeente voor verzuimen of tekortkomingen aansprakelijk te achten. Daarvan was in deze zaak echter niet gebleken. Van belang is voorts dat het Hof aandacht besteedt aan de relativiteitskwestie. Het Hof nam aan dat jegens derden geen aansprakelijkheid bestond:

'O. voorts, dat aan Amstelstein (=eigenares van het gebouw, AvR) kan worden toegegeven, dat het gebrek aan toezicht en controle en in het voorschrijven van veiligheidsmaatregelen vanwege meergemelde Dienst en het zich zo weinig verdiepen door de Dienst in de aard van de gebreken van de pijler en in de daardoor ontstane gevaarssituatie weinig bewondering afdwingt, maar Amsterdam casu quo deze Dienst daardoor geen rechtsplicht heeft geschonden, die haar voor de instorting aansprakelijk doet zijn jegens derden'.

Eveneens terughoudend betoonde het Hof 's-Gravenhage zich in zijn arrest van 7 februari 1989¹⁰⁰ over de aansprakelijkheid van de gemeente Woudrichem jegens een vergunningaanvrager voor schade door ernstige scheurvorming aan een gebouw als gevolg van de gekozen funderingsmethode. Het Hof 's-Gravenhage overwoog dat de gemeente in het algemeen niet jegens de vergunningaanvrager aansprakelijk is voor niet ontdekte fouten in diens bouwplan. Art. 85 e.v. Woningwet dragen het bouwtoezicht aan de gemeente immers op in het algemeen belang en niet om de aanvrager van een bouwvergunning te vrijwaren tegen schade die voortvloeit uit een door een ondeugdelijk, door de aanvrager zelf ingediend bouwplan. Dit zou anders liggen indien de gemeente met betrekking tot het bouwtoezicht in zeer ernstige mate zou zijn tekortgeschoten. Het Hof denkt hierbij als wijze van voorbeeld aan het over het hoofd zien van een zodanige zwakte in de ontworpen constructie dat gevaar voor plotselinge instorting zou bestaan. Van een dergelijk ernstig tekortschieten is in deze zaak volgens het Hof geen sprake. Annotator Moesker merkt in zijn naschrift in

100. Hof 's-Gravenhage 7 februari 1989, BR 1989, 637.

Bouwrecht terecht op dat de terughoudende opstelling van het Hof sterk lijkt op de benadering van het Hof Amsterdam in de Vijzelstraat-affaire. Aan de aansprakelijkheid van de gemeente worden zware eisen gesteld.

Uitspraken van rechtbanken geven min of meer hetzelfde beeld te zien: nauwelijks wordt tot aansprakelijkheid van de gemeente geconcludeerd.¹⁰¹ Zo hield een vergunninghouder de gemeente aansprakelijk voor de verzakking van zijn woning, voor de bouw waarvan de gemeente een vergunning had verleend. De vergunninghouder stelde zich daarbij op het standpunt dat de gemeente ten onrechte een bouwvergunning had verleend en dat zij op de bouw onvoldoende toezicht had uitgeoefend. Tevergeefs, de rechtbank achtte de gemeente niet aansprakelijk. Aangenomen moet worden, aldus de rechtbank, dat de normen die de gemeente heeft te hanteren bij de beoordeling van aanvragen voor het verlenen van een bouwvergunning, geschreven zijn ter bescherming van publieke belangen en niet ter bescherming van privé-belangen van de aanvrager, bestaande in het voorkomen van schade voor hemzelf.¹⁰²

Aansprakelijkheid van de gemeente werd wél aangenomen door de Rechtbank Leeuwarden.¹⁰³ Daar ging het om een fout van een medewerker van bouw- en woningtoezicht (de fout bestond uit het verkeerd 'uitzetten' van een woning waardoor die woning op een verkeerde plek werd gebouwd). De rechtbank oordeelde hierover dat zowel de opdrachtgever als de aannemer er op mochten vertrouwen dat deze medewerker van de gemeente het uitzetten van de woning correct zou uitvoeren; het bouwtoezicht is immers speciaal belast met het uitzetten van woningen.

Tot slot noem ik nog een uitspraak van de Rechtbank Utrecht¹⁰⁴ waarbij de vraag aan de orde was of de gemeente aansprakelijk was wegens een onjuiste uitzetting van het bouwpeil en het houden van onvoldoende bouwtoezicht. Van het eerste is volgens de rechtbank niet gebleken en het tweede verwijt treft evenmin doel, waarbij de rechtbank stellig overweegt dat 'immers uit de jurisprudentie valt af te leiden dat een

101. Zie hiervoor de jurisprudentie genoemd op blz. 137 en 138 in het artikel van H.C.W.M. Moesker, Het bouw- en woningtoezicht, in 'Van Wonen naar Bouwen: 100 jaar Woningwet' (A.G. Bregman en D. Lubach red.).

102. Rb Haarlem 29 augustus 1989, BR 1990, 311.

103. Rb Leeuwarden 19 november 1997, BR 2000, 159.

104. Rb Utrecht 18 november 1998, BR 1999, 713.

gemeente slechts onder bijzondere omstandigheden voor verzuimen of tekortkomingen in het bouwtoezicht aansprakelijk is'. Van dergelijke bijzondere omstandigheden was in deze zaak geen sprake.

Conclusie

De conclusie die uit bovenstaande rechtspraak kan worden getrokken is dat de gemeente slechts in bijzondere gevallen aansprakelijk is. Van een algemene regel van aansprakelijkheid wegens gebrekkig bouw- en woningtoezicht van de gemeente jegens een vergunningaanvrager c.q. vergunninghouder is beslist geen sprake. Dat komt enerzijds omdat het aan de gemeente opgedragen toezicht strekt tot behartiging van het algemeen belang en niet bedoeld is om de vergunningaanvrager c.q. vergunninghouder tegen schade te beschermen – aan het vereiste van relativiteit wordt dus al niet voldaan – anderzijds omdat van een *bevoegdheid* tot controleren en handhaven wordt uitgegaan en niet van een jegens een derde in acht te nemen verplichting.¹⁰⁵ Tot slot moet, wil men tot aansprakelijkheid van de gemeente concluderen, de gemeente in zeer ernstige mate zijn tekortgeschoten; slechts onder bijzondere omstandigheden zou aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen. Hoewel de rechter dit niet met zoveel woorden heeft overwogen, heeft de maatstaf die de rechter aanlegt veel weg van een 'gekwalficeerde schending' uit het Europese recht. Voor aansprakelijkheid van een lidstaat op grond van het Europese recht is onder meer nodig dat een lidstaat een voldoende gekwalficeerde schending begaat. Volgens het Hof van Justitie inzake Dillenkorfer¹⁰⁶ is van een voldoende gekwalficeerde schending sprake in twee te onderscheiden situaties. In de eerste plaats is het mogelijk dat de lidstaat een zekere discretionaire ruimte heeft bij de uitoefening van zijn bevoegdheid. In dat geval leidt kennelijke en ernstige miskenning van die grenzen tot een voldoende gekwalficeerde schending. In de tweede plaats zijn er gevallen waarin geen normatieve keuzes gemaakt hoeven te worden en de lidstaat 'slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge had'. In dat geval volstaat de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht om een voldoende gekwalficeerde schending te doen vaststaan. Het lijkt de bedoeling van het Hof een handeling pas dan onrechtmatig te achten indien sprake is van een kennelijke en ernstige miskenning van een rechtsplicht. Waar naar Nederlands recht een 'enkele miskenning' – het BW spreekt van 'inbreuk op een recht' en 'strijd met een wettelijke plicht' of met ongeschreven recht – vol-

105. In die zin uitdrukkelijk Hof Amsterdam 28 juni 1962, NJ 1964, 228 (Vijzelstraat).

106. HvJ EG 8 oktober 1996, Gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Jur. 1996, blz. I-4845.

doende is voor onrechtmatigheid, ligt dit naar gemeenschapsrecht kennelijk anders.¹⁰⁷ Ik kom hier in § 4.3.2 op terug.

Aansprakelijkheid jegens derden

Hoewel de hiervoor genoemde uitspraken in een opsomming over de aansprakelijkheid van de gemeente voor falend bouw-en woningtoezicht niet mogen ontbreken, zijn zij voor dit preadvies minder relevant dan de hiernavolgende uitspraken die specifiek de aansprakelijkheid van de gemeente *jegens derden* betreffen.

Deze reeks begint met een arrest van het Hof Amsterdam van 9 augustus 1990¹⁰⁸ over de 14-jarige Astrid Sterkenburg die uit een zolder-raam van een vakantieboerderij in de gemeente Ruurlo was gevallen. Voor de twee slaapkamers, die op de zolder waren gesitueerd, was geen bouwvergunning verleend. Deze zolderkamers waren bovendien in strijd met de bouwverordening niet voorzien van een doorvalbeveiliging. Ruim een maand vóór het ongeval had de met bouw-en woningtoezicht belaste ambtenaar de vakantieboerderij nog gecontroleerd. Bij deze controle had de ambtenaar de eigenaar van de vakantieboerderij meegedeeld dat de zolderramen van de slaapkamers met een doorvalbeveiliging moesten worden voorzien. Niettemin rapporteerde de ambtenaar in zijn rapport aan B & W dat de boerderij aan de eisen van de Bouwverordening voldeed. Het Hof concludeert tot aansprakelijkheid van de gemeente.¹⁰⁹

De gemeente had nog aangevoerd dat het haar vast beleid was dat de controlerende ambtenaar in ieder geval moest letten op de naleving van een aantal kernvoorschriften, zoals stevigheid, fundering, brandveiligheid en luchttoevoer. De aanwezigheid van een doorvalbeveiliging behoorde daar niet toe. Het Hof gaat hierin niet mee en overwoog dat de gemeente resp. haar ambtenaar ernstig rekening had te houden met de alleszins reële mogelijkheid dat (ook) kinderen zouden logeren en verblijven en daarmee met de aanmerkelijke kans dat kinderen bij

107. Aldus J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht 2002, blz. 380-381. Zie voorts A.A. van Rossum, Europees overheidsaansprakelijkheidsrecht: minimumharmonisatie of uniformiteit?, in 'Onze Keus, pirouettes in het gemeenschapsrecht' (Rolf de Groot, Elies Steyger, Ronald van den Tweel, red) 2001, blz. 143-144 en R. Meijer, Communautaire invloeden op het nationale stelsel van overheidsaansprakelijkheidsrecht, NTBR 2004, blz. 525.

108. Hof Amsterdam 9 augustus 1990, BR 1991, 308.

109. Naast aansprakelijkheid van de eigenaar van de kinderboerderij. Daarnaast werd Astrid Sterkenburg 50 % eigen schuld toebedacht (in beide gevallen).

stoeien of spelen zich zodanig zouden gedragen dat een dergelijk ongeval zich zou kunnen voordoen. En vervolgt dan:

'In deze omstandigheden valt de fout om geen aandacht te besteden aan de ramen en in plaats daarvan zonder onderzoek van de ramen te vermelden dat de hoerderij voldeed aan de eisen van de Bouwverordening als een onrechtmatige daad aan de gemeente toe te rekenen'.

Geén aansprakelijkheid werd aangenomen in het arrest van het Hof Amsterdam inzake de brand in restaurant Boeddha in Hilversum.¹¹⁰ Net als in de 'Vijzelstraataffaire' was het voor het Hof cruciaal of de gemeente *een wettelijke verplichting* had om toezicht te houden en eventueel als gevolg daarvan diende in te grijpen. Het ging in deze zaak om een brand in een Chinees restaurant in Hilversum, waarbij het vuur zich razendsnel langs het plafond verspreidde. Bij de brand waren doden en gewonden te betreuren. Eisers – de gewonden – stelden onder meer de gemeente Hilversum aansprakelijk omdat het restaurant al jaren niet meer aan een inspectie was onderworpen alsmede dat de gemeente niet had gecontroleerd of een aanvankelijk geplande verbouwing had plaatsgevonden en of deze op brandveilige wijze was uitgevoerd. Het Hof overwoog dat art. 71 van de Brandveiligheidsverordening noch enige andere bepaling van deze verordening, de gemeente verplichtte tot ingrijpen, indien de rechthebbende van een inrichting de in deze bepaling verplicht gestelde kennisgeving niet had gedaan. Het door de gemeente gevoerde beleid verplichtte de gemeente evenmin tot actief ingrijpen. Om cassatietechnische redenen kon de Hoge Raad niet meer op de aansprakelijkheidsvraag ingaan.

Het Boeddha-arrest wordt in de literatuur opgevoerd als hét voorbeeld van 'algemeen toezichtsfalen', als tegenstelling tot 'concreet toezichtsfalen'.¹¹¹ De gemeente Hilversum had geen klachten of waarschuwingen ontvangen, op grond waarvan zij had moeten vermoeden dat er in het restaurant iets mis was. Maar had de gemeente dan zelf niet op gezette tijden het restaurant moeten controleren, zeker na de verbouwing? Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend, waarbij dit rechtscollege sterk de nadruk op het bestaan van een wettelijke verplichting en/of gevoerd beleid legt. In de kern komt de uitspraak hierop neer dat uit de wettelijke verplichting (de Brandveiligheidsverordening) in dit geval geen *verplichting* voor de gemeente voortvloeit

110. Hof Amsterdam 22 april 1999, te kennen uit HR 22 juni 2001, Gemeentestem 2001, 7146, blz. 400.

111. Zie W.H. Boom en I. Giesen, *l.c.p.*, blz. 1679.

de om tussen het moment van de brand (november 1988) en de laatste brandveiligheidscontrole (1983) opnieuw te controleren op brandveiligheid.

Van Dam heeft zware kritiek op dit arrest geuit.¹¹² Hij spreekt in dit verband van een 'te smalle benadering'. Een toezicht-en handhavingsplicht kan naar zijn oordeel immers ook gebaseerd worden op het ongeschreven recht. Ter rechtvaardiging van deze plicht wijst hij op een drietal aspecten. In de eerste plaats speelt het vertrouwensbeginsel een rol. Burgers mogen er op vertrouwen dat de overheid toezicht uitoefent op de naleving van de door haar afgegeven vergunningen. In de tweede plaats ligt een rechtvaardiging voor de verantwoordelijkheid van de overheid in haar kennis-en kunde-overschot. De overheid kan in beginsel immers op de hoogte zijn van de risico's die zich in een vergunningplichtige inrichting kunnen voordoen, omdat zij veelal bevoegd is om zich over die risico's door middel van inspecties kennis te verwerven. In vele gevallen is de overheid ook bevoegd om deze risico's te voorkomen, op te heffen of te beperken, terwijl het de burgers ontbreekt aan kennis van de risico's en aan de mogelijkheid om daar iets aan te doen. Ten derde wijst hij op een rechtspolitieke rechtvaardiging voor de verplichting van de overheid tot het houden van het toezicht. Door de 'ons-kent-ons' mentaliteit zal de overheid niet snel geneigd zijn in te grijpen. Het aansprakelijkheidsrecht kan een bijdrage leveren aan een verantwoorde vergroting van die afstand. Van Dam concludeert dat er voldoende rechtvaardiging te vinden is om op grond van het ongeschreven recht een toezichts-en handhavingsplicht aan te nemen. Een dergelijke civielrechtelijke plicht zou naar zijn oordeel dus niet afhankelijk moeten zijn van de vraag of zij (toevallig) in de wet is opgenomen.¹¹³

Barkhuysen en van Emmerik tonen zich eveneens kritisch.¹¹⁴ Zij zijn van oordeel dat de uitspraak van de Hoge Raad in de Boeddha-zaak in het licht van de eisen die art. 2 EVRM stelt (art. 2 EVRM legt op de Staat een positieve verplichting om preventieve maatregelen te nemen indien hij kennis heeft of behoort te hebben van een reëel en onmiddellijk gevaar voor iemands leven, zie hierna de bespreking van

112. C.C. Van Dam t.a.p., blz. 47.

113. Zie voor mijn kritiek op dit standpunt § 4.3.2.

114. In hun bespreking van het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 23 december 2004 inzake de Vuurwerkramp Enschede, Overheidsaansprakelijkheid voor de Enschedese Vuurwerkramp, noot van T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik in NJCM-Bulletin, jrg. 29 (2004) nr. 5, blz. 719-720.

Öneryildiz/Turkije) te terughoudend is. De Hoge Raad zag volgens Barkhuysen en van Emmerik ten onrechte niet onder ogen of de toezichtsplicht van de gemeente Hilversum eveneens kon worden gebaseerd op ongeschreven recht dan wel het EVRM of EG-recht. De vereisten zoals neergelegd in art. 2 EVRM zouden volgens genoemde auteurs niet alleen een rol moeten spelen bij de vraag naar aansprakelijkheid voor concreet toezicht, maar eveneens voor algemeen toezichtsfalen. Voor het Straatsburgse Hof staat immers de vraag centraal of bij toezicht is voldaan aan de vereisten van art. 2 EVRM, waarbij het irrelevant is of het gebrekkige toezicht als algemeen of specifiek valt te kwalificeren.

In het vonnis van de Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht¹¹⁵ werd aansprakelijkheid van de gemeente Oudewater wegens het niet toepassen van haar bevoegdheid tot bestuursdwang aangenomen.

De Voorzieningenrechter geeft in dit fraai geformuleerde vonnis enige algemene aanknopingspunten voor de vraag wanneer een overheidsorgaan zijn toezichts- en/of handhavingsbevoegdheid verzaakt zodat hij voor de door derden geleden schade moet opdraaien. Het ging in deze zaak om een bouwer die met bouwwerkzaamheden was begonnen zonder te beschikken over een bouwvergunning. De in de onmiddellijke nabijheid van het bouwperceel wonende eisers spraken herhaaldelijke malen hun bezorgdheid uit jegens gemeentelijke ambtenaren ten aanzien van de voorgenomen graafwerkzaamheden. Zij waren bevreesd voor schade aan hun woning, bijvoorbeeld door verzakkingen en scheurvormingen. Een medewerker van bouw- en woningtoezicht en ook het sectorhoofd grondgebied zaken van de gemeente Oudewater gaven echter te kennen dat de voorgenomen graafwerkzaamheden geen problemen zouden opleveren. Naar aanleiding van een telefonische melding van omwonenden komt een gemeenteambtenaar ter plaatse de toestand opnemen, maar ook hij voorziet geen problemen. Kort daarop vinden de heilwerkzaamheden plaats. Ten gevolge van deze werkzaamheden zijn delen van de woning en de schuur van eisers verzakt. Deze verzakking heeft geleid tot ernstige scheurvorming in en rondom het huis van eisers. Eisers stellen naast de bouwer ook de gemeente Oudewater hoofdelijk aansprakelijk. Kernvraag in deze procedure was of de gemeente door het niet-toepassen van haar bestuursdwangbevoegdheid – i.e. bestaande uit de bevoegdheid de bouw stil te leggen – onrechtmatig heeft gehandeld jegens eisers. De Voorzieningenrechter zet eerst de hoofdregel uiteen:

115. Voorzieningenrechter Rb Utrecht 26 augustus 2003, JB 2003, 304.

'Het antwoord op deze vraag dient in zijn algemeenheid ontkennend te luiden. Met de gemeente is de voorzieningenrechter van oordeel, dat de literatuur en de rechtspraak op dit punt in het algemeen eensluidend zijn, namelijk, dat het hebben van een bevoegdheid nog niet met zich meebrengt, dat het niet gebruiken daarvan, in een situatie waarin dat had gekund, aansprakelijkheid met zich meebrengt in geval de kans dat schade optreedt zich verwezenlijkt. Eerst indien sprake is geweest van een in zeer ernstige mate tekortschieten, opzettelijk of roekeloos onjuist gegeven adviezen en/of een in redelijkheid geboden meer intensieve controle, kan aanleiding bestaan een overheidsorgaan, in dit geval een gemeente, aansprakelijk te achten wegens het niet gebruiken van zijn bevoegdheid (...)' (rov. 3.7).

In deze zaak waren de bijzondere feiten en omstandigheden naar het oordeel van de rechter aanwezig, zodat er aanleiding was de gemeente aansprakelijk te achten. Deze bijzondere feiten en omstandigheden bestonden hieruit dat eisers de gemeente vooraf en tijdens de graafwerkzaamheden hadden gewaarschuwd en bovendien de gemeente hadden verzocht op te treden. Ondanks deze waarschuwingen werd van de kant van de gemeente niets ondernomen.

Als laatste in de rij wijs ik op een arrest van het Hof Amsterdam van 12 augustus 2004¹¹⁶ waarbij de eigenaar van een woning deze wil afbreken om een nieuwe woning neer te zetten. Voor dit bouwplan is vrijstelling op grond van art. 19 WRO nodig. De gemeente Waterland is vervolgens in overleg getreden met de buren om na te gaan of het bouwplan voor hen aanvaardbaar was. De uitkomst van het overleg was dat als het bouwplan aan bepaalde voorwaarden zou voldoen, er geen bezwaren bestonden. De bouwvergunning is vervolgens verleend. Vervolgens bleek bij de bouw dat er in afwijking van het bouwplan werd gebouwd. De buren verzoeken de gemeente handhavend op te treden. De gemeente weigert omdat zij de afwijkingen legaliseerbaar acht. Dit besluit (i.c. de weigering handhavend op te treden) wordt naderhand vernietigd. De buren eisen schadevergoeding van de gemeente. Zij stellen onder meer dat de gemeente de afspraken, die worden gekwalificeerd als een civielrechtelijke bevoegdhedenovereenkomst, niet zou zijn nagekomen omdat de gemeente niet het oorspronkelijke en overeengekomen bouwplan adequaat zou hebben gehandhaafd. Naar het oordeel van het Hof kan uit de bevoegdhedenovereenkomst geen verplichting voor de gemeente worden afgeleid om op een bepaalde wijze tot handhaving over te gaan. En als de gemeente besluit tot handhaving, dan rust op haar een grote beleids-

¹¹⁶ Rohnr. 1670/02 (n.n.g.).

vrijheid in de keuze van de handhavingsinstrumenten. Uit deze uitspraak blijkt dat veel waarde wordt toegekend aan de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan bij het gebruik maken van haar handhavingsbevoegdheden. Het bestaan van een bevoegdhedenovereenkomst kan deze beleidsvrijheid evenmin opzij zetten.

Conclusie

Uit de jurisprudentie die hierboven de revue is gepasseerd kan een aantal conclusies worden getrokken. In de eerste plaats staat *de bevoegdheid* tot controle en/of handhaving voorop. Een rechtsplicht daartoe wordt niet in de jurisprudentie aangenomen. De toezichts- en handhavingsbevoegdheid wordt duidelijk opgevat als een discretionaire bevoegdheid, getuige ook het later te bespreken vonnis inzake de Vuurwerkcramp Enschede. In de publiekrechtelijke georiënteerde literatuur wordt wel aangenomen dat deze zienswijze niet geheel strookt met de bestuursrechtelijke praktijk, waarbij als uitgangspunt lijkt te gelden dat er sprake is van een beginselplicht tot handhaving.¹¹⁷ Deze redenering is naar mijn idee niet geheel zuiver. Het afwijzen van *civielrechtelijke* aansprakelijkheid berust nu eenmaal op het ontbreken van een *publiekrechtelijke* verplichting dan wel het schenden van een *publiekrechtelijke* bevoegdheid. Het kunstmatig aanbrengen van schotten tussen een civielrechtelijke en een bestuursrechtelijke verplichting tot handhaving lijkt mij niet juist.

In de tweede plaats wordt duidelijk dat een belangrijk onderscheid bestaat tussen algemeen toezichtsfalen en concreet toezichtsfalen. Van algemeen toezichtsfalen wordt – als eerder gezegd – gesproken in geval van het nalaten van voldoende algemene controle. Bij algemene controle gaat het om het spontaan en in algemene zin controleren op naleving. Van concreet toezichtsfalen wordt gesproken in geval van het nalaten van controle waarbij er concrete aanwijzingen zijn dat regels niet worden nageleefd. Bij concreet toezicht gaat het dus om het afgaan op concrete aanwijzingen voor niet-naleving, bijvoorbeeld klachten of waarschuwingen. Dit onderscheid hangt samen met het feit dat de onrechtmatige daad aan de gemeente moet kunnen worden toegerekend in de zin van art. 6:162 lid 3 BW. Betreft het falend toezicht en/of niet adequate handhaving, dan is het criterium of de overheid het risico kende of hoorde te kennen en het risico had kunnen of behoren te vermijden. Met name in de zaak Oudewater was deze voorwaarde evident aanwezig. Eisers hadden immers herhaaldelijke malen

¹¹⁷. Zie bijvoorbeeld C.L.G.F.H. Albers, JB 2003, 304, blz. 1451.

hun zorg uitgesproken over de bouwwerkzaamheden en ondanks deze uitlatingen weigerde de gemeente op te treden.

In het geval van algemeen toezichtsfalen – het Boeddha-arrest – werd aansprakelijkheid niet aangenomen. Uit de eerder genoemde arresten blijkt verder dat de rechter sterk hecht aan de aanwezigheid van een wettelijke verplichting (of gevoerd beleid) om toezicht uit te oefenen, resp. te handhaven, bij gebreke waarvan niet snel aansprakelijkheid zal worden aangenomen.

In de derde plaats is opmerkelijk dat de rechter in een aantal uitspraken, waarbij het vonnis van de Voorzieningenrechter Utrecht inzake Oudewater het meest opvallende is, een van het gewone onrechtmatige daadsartikel afwijkende norm voor onzorgvuldig handelen aanlegt: de gemeente is pas aansprakelijk als er sprake is van een in *zeer ernstige mate van tekortschieten*. Verdedigbaar is ook de rechter niet zozeer een afwijkend criterium aanlegt, maar in deze zaak een bepaalde invulling aan de norm geeft. In § 4.3.2 ga ik hier verder op in.

4.2.2 Aansprakelijkheid van de overheid voor falend toezicht (algemeen)

4.2.2.1 *Vuurwerkramp Enschede (Rb 's-Gravenhage 23 december 2003, JB 2004, 69)*

In de Vuurwerkramp Enschede-zaak heeft de rechtbank op 23 december 2003 vonnis gewezen. Dit is de eerste uitspraak over aansprakelijkheid voor falend toezicht door de overheid in algemene zin (dus afgezien van bouw- en woningtoezicht aspecten). Enschede werd op 13 mei 2000 getroffen door een grootschalige explosie bij de vuurwerkopslagplaats S.E. Fireworks. Deze ramp veroorzaakt in de directe omgeving van de vuurwerkopslagplaats grote schade. Eisers vorderen schadevergoeding van de Staat en de gemeente Enschede onder meer omdat er onvoldoende toezicht zou zijn gehouden op de gang van zaken bij S.E. Fireworks.¹¹⁸ De vraag rijst hoever de verplichting van de overheid gaat om toezicht te houden nadat een vergunning is verleend. Opgemerkt zij nog dat S.E. Fireworks in strijd met de haar verleende vergunningen handelde. Er lag te zwaar vuurwerk en bovendien op plaatsen waar dat buiten werktijd niet mocht liggen. De rechtbank concludeert tot niet-aansprakelijkheid van zowel de Staat als de gemeente Enschede voor de schade

118. De andere verwijten die zijn gemaakt, te weten regelgevingsfalen en gebrekkige advisering, laat ik hier buiten beschouwing.

die het gevolg is van de vuurwerkcramp. Volgens de Haagse rechtbank moet, teneinde aansprakelijkheid te kunnen vaststellen, gekeken worden naar de oorzaken van de ontploffingen, met als uitgangspunt de wetenschap die de Staat en de gemeente tot op het moment van de ramp bezaten of hadden moeten bezitten. Aansprakelijkheid kan niet worden aangenomen, aldus de rechtbank, op de enkele grond dat zich een risico heeft verwezenlijkt waarvan de overheid op de hoogte was of had moeten zijn. Bepalend is of dat risico dermate groot was, dat daaruit een rechtsplicht voor een overheidsinstelling voortvloeide om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico. Daarbij spelen zowel de aard van de mogelijke effecten als de kans dat deze optreden een rol. Tevens dienen de kosten van zodanig optreden te worden afgewogen tegen de voordelen daarvan.

Voorts heeft de rechtbank in haar vonnis een onderscheid tussen algemeen toezichtsfalen en concreet toezichtsfalen gemaakt en daaraan toegevoegd dat van een algemeen toezichtsfalen slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden gesproken, omdat het bestuursorgaan nu eenmaal een grote vrijheid heeft zijn financiële en personele middelen te verdelen over de verschillende beleidsterreinen, op een wijze die haar goedgevindt. De rechtbank formuleert het aldus:

‘Bij de beoordeling van de stellingen van eisers inzake het toezicht maakt de rechtbank een onderscheid tussen algemeen en specifiek toezichtsfalen. Van algemeen toezichtsfalen kan worden gesproken, indien het bevoegde bestuursorgaan zijn wettelijke taken op dit gebied verwaarloost. Gelet op de aan het bestuur toekomende vrijheid bij de verdeling van de beschikbare financiële en personele middelen over verschillende beleidsterreinen, zal een dergelijke taakverwaarlozing slechts in uitzonderlijke omstandigheden onrechtmatig zijn jegens een individuele burger’.

Met dit oordeel sluit de rechtbank aan bij eerdere jurisprudentie waarin is aangenomen dat aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen niet goed mogelijk is, in elk geval slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen kan worden aangenomen, terwijl aansprakelijkheid voor concreet toezichtsfalen onder omstandigheden wel mogelijk is.¹¹⁹ Van het vonnis van de rechtbank is hoger beroep ingesteld.

Deze uitspraak heeft tot de nodige kritiek geleid. Albers¹²⁰ meent dat

119. Zie bijvoorbeeld HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319.

120. C.L.G.F.H. Albers, Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende handhaving, NTB 2004, blz. 204.

de rechtbank er veel aan gelegen is niet te komen tot aansprakelijkheid van de gemeente Enschede in verband met gebrekkig toezicht en niet-handhaven. Daarbij wijst zij op de overweging dat stelselmatig gedogen en legaliseren van gevaarlijk te noemen activiteiten van een inrichting die midden in een woonwijk ligt niet onrechtmatig is. Ten eerste strookt deze opvatting, aldus Albers, niet met de bestuursrechtelijke handhavingjurisprudentie, omdat de Afdeling bestuursrechtspraak immers al geruime tijd uitgaat van de beginselplicht tot handhaving. In de tweede plaats vraagt zij zich af hoe deze uitlating van de rechtbank zich verhoudt tot het hierna te noemen arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Öneriyildiz. Uit dit arrest volgt immers dat schending van art. 2 EVRM (recht op leven) door gebrekkig toezicht of niet-handhaven tot aansprakelijkheid van de overheid kan leiden. Opgemerkt zij dat Albers de overweging van de rechtbank niet juist weergeeft. De rechtbank overweegt immers niet dat het stelselmatig gedogen en legaliseren van gevaarlijke activiteiten niet onrechtmatig is. De rechtbank oordeelt in rov. 3.5.6 het volgende:

'Ook de stelling van eisers dat de gemeente overtredingen door SEF jarenlang heeft gedoogd en gelegaliseerd, leidt de rechtbank (...) niet tot het oordeel dat de gemeente onrechtmatig jegens eisers heeft gehandeld'.

De kritiek van Barkhuysen en van Emmerik is fundamentele. Zij zijn van oordeel dat het door de rechtbank ontwikkelde toetsingskader niet heel precies is. Het blijft onduidelijk wanneer een risico dermate groot is, dat daaruit een rechtsplicht voor de overheid voortvloeit om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico. Evenmin is volgens hen helder wanneer nu precies sprake is van reële en directe bedreiging van het leven en/of het materiële bezit van personen, die noopt tot preventief overheidsingrijpen. Tenslotte ontstaat volgens hen verdere onduidelijkheid als gevolg van de door de rechtbank geïntroduceerde bijkomende factoren voor het aannemen van aansprakelijkheid: de aard van de mogelijke effecten en de (maatschappelijke) kosten verbonden aan het beteugelen van het risico. Het verdient dan ook aanbeveling om met het oog op toekomstige vergelijkbare zaken meer het accent te leggen op de verplichting van bestuursorganen om een adequaat toezichts- en handhavingsbeleid te ontwikkelen, waarin wordt gedifferentieerd naar de risicovolheid van de te controleren activiteit (zo vergt een vuurwerkopslagplaats in de regel regelmatigere controle dan een restaurant). Terecht merken zij naar mijn oordeel op dat dit beleid dan vervolgens door het bestuursorgaan consequent moet worden toegepast en wanneer dat niet gebeurt en een risico zich verwe-

zenlijkt, (risico)aansprakelijkheid van het bestuursorgaan voor de ontstane schade dient te worden aangenomen. Een dergelijk toezichts- en handhavingsbeleidskader maakt het voor de rechter ook gemakkelijker om te toetsen of het bestuursorgaan aan zijn verplichtingen in deze heeft voldaan.¹²¹

4.2.2.2 Öneriyildiz/Turkije (EHRM 18 juni 2002, EHCR 2002, 64 en EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43)

De zaak Öneriyildiz/Turkije is van belang voor de Nederlandse handhavings- en toezichtspraktijk. Deze uitspraak benadrukt de bijzondere verantwoordelijkheid voor de overheid om handhavend op te treden tegen levensbedreigende situaties waarvan zij op de hoogte is of zou moeten zijn. Op een vuilstortplaats bij de stad Istanbul groeide sinds 1970 een krottenwijk. De heer Öneriyildiz woonde met zijn familie in deze sloppenwijk. De krottenwijk bestond uit vele woningen en bedrijven. De Turkse overheid was op de hoogte van deze illegale bouwactiviteiten maar nam geen maatregelen om een einde aan deze situatie te maken. In 1991 was een deskundigenrapport opgesteld waaruit bleek dat ten aanzien van de vuilnisbelt allerlei wettelijke (milieuregels) werden geschonden en dat er een groot gevaar bestond voor een methaangasexplosie. Op 18 april 1993 deed zich deze methaangasexplosie daadwerkelijk voor. Onder andere negen familieleden van Öneriyildiz vonden de dood. Öneriyildiz startte verschillende juridische procedures, maar dit leidde binnen de nationaalrechtelijke procedures niet tot werkelijke genoegdoening. De ingestelde strafvervolgning tegen de burgemeesters leidde tot een voorwaardelijke boete van (omgerekend) € 9,70 en de verzoeken tot schadevergoeding bij de administratieve rechter leidden tot een vergoeding van € 2.077 en € 208 aan immateriële en materiële schade. Öneriyildiz wendde zich vervolgens tot het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Öneriyildiz verwijt de overheid dat deze geen passende maatregelen heeft genomen. Hij stelt dat het recht op leven (art. 2 EVRM) is geschonden. Daarnaast baseert hij zijn vordering op schending van het recht op eigendom omdat zijn woning is vernietigd als gevolg van de explosie (art. 1 bij het Eerste Protocol van het EVRM). Op deze laatste grondslag ga ik niet verder in.

Art. 2 EVRM beschermt het recht op leven en bepaalt dat het recht van ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag op-

121. Overheidsaansprakelijkheid voor de Enschedese Vuurwerkram্প, noot van T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik in NJCM-Bulletin, jrg 29 (2004) nr. 5, blz. 721.

zettelijk van het leven worden beroofd, behoudens in specifieke situaties (bijvoorbeeld de doodstraf).

Het Hof benadrukt allereerst dat art. 2 EVRM onder bepaalde omstandigheden een verplichting legt op Staten om zodanige maatregelen te nemen dat het leven van hen die zich bevinden binnen de jurisdictie van de Staat wordt beschermd (een zogenaamde positieve verplichting). Hoewel dit niet betekent dat Staten bij alle mogelijke dreigingen concrete maatregelen dienen te nemen ter beperking van dit risico, ligt dit anders indien er sprake is van een reëel en direct gevaar:

'Although not every presumed threat to life obliges the authorities, under the convention, to take concrete measures to avoid the risk, the position is different, inter alia, if it is established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an individual or individuals and that they failed to take measures within the scope of their powers which might have been expected to avoid that risks'.

Het Hof beperkt de positieve verplichting hiermee nadrukkelijk, nu het eerst overweegt dat niet elke veronderstelde bedreiging van het leven een verplichting voor de autoriteiten in het leven roept maar dit slechts dan aan de orde is, wanneer sprake is van een reëel en onmiddellijk gevaar. In de zaak Öneriyildiz werd dit aangenomen, nu het Hof oordeelde dat het onmogelijk was voor de lokale autoriteiten niet op de hoogte te zijn geweest van de risico's verbonden aan de methaangassen. Van belang in dit verband is dat de explosie die zich in 1993 heeft voorgedaan was voorafgegaan door een rapport dat expliciet wees op het bestaan van het explosiegevaar.

Terzijde merk ik nog op dat het Hof er op wijst dat art. 2 EVRM, naast een vergoeding van geleden schade, ook vereist dat er een deugdelijk onderzoek wordt gedaan dat kan leiden tot de identificatie en bestrafing van degenen die verantwoordelijk zijn voor de dood. Er moet, met andere woorden, een effectief strafrechtelijk systeem in het leven zijn geroepen. Er zijn situaties denkbaar waarin een civiele rechtsgang voldoende soelaas biedt, maar in de zaak Öneriyildiz werd dat onvoldoende geacht.

Concreet vloeien er voor de overheid de volgende verplichtingen voort uit art. 2 EVRM: (i) de wet moet voorzien in een eventuele (ook) strafrechtelijke vervolging van degenen die het recht op leven van anderen aantasten; (ii) de autoriteiten moeten preventieve maatregelen

nemen indien zij kennis hebben of behoorden te hebben van een reëel en onmiddellijk gevaar voor iemands leven en (iii) de autoriteiten moeten informatie verstrekken indien niet verwacht kan worden dat burgers zelf kennis hebben van een specifiek gevaar waarvan de autoriteiten wel weet hebben.

Het Hof had al eerder, zowel in de context van art. 2 EVRM als op grond van art. 8 EVRM (bescherming van 'familylife') een positieve verplichting voor de Staat aangenomen. In de uitspraak *Guerra* is aan de Staat op grond van art. 8 EVRM de verplichting opgelegd om burgers te informeren over gevaren voor de volksgezondheid, in casu veroorzaakt door een nabijgelegen chemische fabriek.¹²² Uit de uitspraken *LCB/United Kingdom*¹²³ en *Paul and Audrey Edwards/United Kingdom*¹²⁴ blijkt dat de Staat onder omstandigheden verplicht is om op grond van art. 2 EVRM preventief op te treden ter bescherming van een burger wiens leven gevaar loopt als gevolg van criminele handelingen van een ander.

Barkhuysen en Van Emmerik hebben onderzocht welke mogelijke implicaties de *Öneryildiz*-uitspraak voor het Nederlandse recht heeft.¹²⁵ De zaak *Öneryildiz* maakt volgens hen duidelijk dat er bij een schending van art. 2 EVRM op nationaal niveau adequate voorzieningen moeten zijn om de overheid voor de hierdoor veroorzaakte schade aansprakelijk te kunnen stellen en schadevergoeding te kunnen ontvangen. Vastgesteld kan worden dat in het huidige Nederlandse regime inzake overheidsaansprakelijkheid de normen ter zake van levensbedreigende situaties uit het EVRM, zoals geformuleerd in het *Öneryildiz*-arrest reeds voldoende zijn opgenomen. Verplichtingen uit art. 2 EVRM leiden derhalve niet zozeer tot een verruiming van de overheidsaanspra-

122. EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690 (*Guerra e.a./Italië*). Zie ook EHRM 9 december 1994, AB 1996, 56 (*López Ostra/Spain*), waarin is uitgemaakt dat op een verdragsstaat een positieve verplichting rust en dat van deze staat wordt verwacht dat deze 'reasonable and appropriate measures' neemt om de rechten van art. 8 EVRM veilig te stellen. In EHRM 16 november 2004, AB 2004, 453 (*Gómez/Spain*) werd ook schending van art. 8 EVRM aangenomen. Het Hof nam aan dat nationale regels ter bescherming van EVRM-rechten weinig effectief zijn wanneer deze niet op een deugdelijke wijze worden gehandhaafd.

123. EHRM 9 juni 1998, NJ 1999, 283.

124. EHRM 14 maart 2002, EHCR 2002-II, 36.

125. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, EHRM-uitspraak *Öneryildiz* tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen. *Overheid & Aansprakelijkheid* 2003, blz. 109 e.v., i.h.b. blz. 117 e.v.

kelijkheid in Nederland, maar geven wel een nadere invulling aan hetgeen kan worden beschouwd als een onrechtmatige (overheids)daad in de zin van art. 6:162 BW. Bij het zich verwezenlijken van een risico als aan de orde in de uitspraak Öneriyildiz kan ter onderbouwing van een schadeclaim in Nederland nu ook expliciet een beroep worden gedaan op art. 2 EVRM. Hoewel uit de zaak Öneriyildiz niet precies valt af te leiden hoever de verplichting voor de overheid reikt om toezicht te houden op naleving van bepaalde normen, staat volgens Barkhuysen en Van Emmerik echter wel vast dat de overheid op grond van art. 2 EVRM verplicht is om in te grijpen indien zij op de hoogte was van het levensbedreigende gevaar of er van op de hoogte had *kunnen* zijn. Uit dat laatste zou volgens Barkhuysen en Van Emmerik een zekere verplichting tot het houden van toezicht kunnen voortvloeien. Het is daarmee, zoals reeds eerder opgemerkt, voor hen in ieder geval de vraag of de uitspraak van de Hoge Raad in de Boeddha-zaak in het licht van de EVRM-vereisten niet te terughoudend is geweest.

4.2.2.3 Caldic/gemeente Rotterdam (Rb Rotterdam 26 mei 2004, NJ Feitenrechtspraak 2004, 508)

Ter afsluiting van deze paragraaf noem ik het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 26 mei 2004.¹²⁶ De gemeente Rotterdam werd onzorgvuldig handelen verweten doordat zij, op de hoogte van het feit dat de vergunningsvoorwaarden door CMI (een op-en overslagbedrijf van koopmansgoederen en chemicaliën, waaronder gevaarlijke stoffen in loods) niet nageleefd werden, enkele jaren lang daar niet daadwerkelijk tegen optrad maar enkel 'gesprekken' bleef voeren. De rechtbank oordeelt dat de gemeente onvoldoende handhavend heeft opgetreden ten aanzien van de niet-naleving van de Hinderwetvergunningsvoorwaarden. Nadat de rechtbank eerst de gang van zaken heeft geschetst overweegt zij als volgt:

'Met het voorgaande staat vast dat gedaagden op de hoogte waren van de schending door CMI van de vergunningsvoorwaarden en beseften dat deze schending een concreet gevaar opleverde voor schade aan het milieu en het ontstaan van brand. Immers, CMI had gevaarlijke stoffen in haar loods opgeslagen waarvoor zij vergunning had en tevens had zij gevaarlijke stoffen opgeslagen op een ontoereikende wijze. Hierdoor was volgens DCMR sprake van een gevaarssituatie. Bedacht zij voorts dat het gezien de grote hoeveelheid gevaarlijke stoffen die CMI in strijd met de vergunningsvoorwaarden had opgeslagen en gezien ook de locatie van de lood-

126. NJ Feitenrechtspraak 2004, 508 inzake Caldic tegen de gemeente Rotterdam en DCMR Milieudienst Rijnmond.

sen, te weten direct naast een ander bedrijfsterrein en dicht tegen een woonwijk aan, het risico van het ontstaan van ernstige schade groot was.

Gezien de bekendheid met de niet-naleving van de vergunningsvoorwaarden door CMI en het risico van ernstige schade, was een actief toezicht en ingrijpen met gebruikmaking van de bestaande bevoegdheden geboden. Hierbij zij nog opgemerkt dat kennis die bij een onderdeel van het overheidslichaam aanwezig was (in dit geval Dekker) aan het gehele overheidslichaam (in dit geval DCMR en de gemeente) kan worden toegerekend.

Door telkenmale niet in te grijpen in een situatie die volgens DCMR zelf als een gevaarssituatie werd aangemerkt en te kiezen voor overleg, eerst intern met de verschillende bestuursdiensten en vervolgens met CMI en het risico van het ontstaan van ernstige schade te laten voortbestaan in plaats van af te dwingen dat CMI zich aan de vergunningsvoorwaarden hield, handelde DCMR, en daarmee ook de gemeente, in strijd met haar wettelijke plicht krachtens artikel 18.2 van de Wet Milieubeheer en daarmee onrechtmatig'.

Conclusie

De conclusie uit voorgaande uitspraken is evident. Het onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen is van groot belang. Er bestaat geen algemene, spontane controleplicht. Aansprakelijkheid voor concreet toezichtsfalen is daarentegen wel mogelijk. Uit de hierbovengenoemde jurisprudentie blijkt dat de rechter steeds de nadruk legt op de wetenschap die bij het overheidsorgaan bestaat of had kunnen bestaan. Indien dit orgaan op de hoogte is van niet-naleving van de regels en had mochten beseffen dat deze niet-naleving een concreet gevaar oplevert voor ernstige schade, is een actief toezicht en ingrijpen geboden. Zijn die omstandigheden aanwezig – bekendheid met een concrete (dreiging van) niet-naleving of als er sterke aanwijzingen zijn (klachten, waarschuwingen) dat regels worden overtreden waardoor het risico op het ontstaan van ernstige schade zich voordoet – dan is actief toezicht en eventueel ingrijpen vereist. Stilzitten wordt dan al snel als onrechtmatig nalaten gekwalificeerd.

Het verschil in uitkomst tussen de Vuurwerkramp Enschede-zaak en die van Önergyildiz/Turkije wordt vooral door deze wetenschap verklaard. De Turkse overheid was op de hoogte van het bestaan van een risico voor de bewoners van de vuilnisstortplaats. Het Hof hechtte bijzonder belang aan het feit dat ruim twee jaar voordat de explosie plaatsvond door middel van een rapport was gewaarschuwd voor de mogelijkheid van een methaangasexplosie en de mogelijke gevolgen daarvan voor omwonenden. Voorts was dit risico 'real and immediate'. Onder die omstandigheden handelde de overheid onrechtmatig, door

enkel stil te zitten. In de Vuurwerkramp Enschede-zaak lag er geen rapport noch zijn de Staat en de gemeente Enschede op een andere wijze gewaarschuwd voor de mogelijkheid van een explosie bij S.E. Fireworks en de gevolgen daarvan voor omwonenden. Van een 'real and immediate' risico is dus geen sprake. Gelet op de door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens gehanteerde uitgangspunten is dit wel van cruciaal belang. Pas indien de overheid op de hoogte was of kon zijn van de risico's op ernstige schade voor omwonenden door de aanwezigheid van S.E. Fireworks én de overheid niets heeft ondernomen, zou aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen.

De eis van 'voorzienbaarheid' is bij het leerstuk van de toezichts-aansprakelijkheid dus van wezenlijk belang. Deze eis sluit ook aan bij het door mij in hoofdstuk 3¹²⁷ geformuleerde tweede beginsel van behoorlijk toezicht, namelijk dat corrigerend moet worden opgetreden als overtreding van wettelijke regels wordt geconstateerd. Voorts sluit deze eis naadloos aan bij het Kelderluikarrest¹²⁸, aangezien de voorzienbaarheid één van de factoren is die beslissend is voor aansprakelijkheid. Dit is niet verwonderlijk omdat dit arrest nu juist dé aanknopingspunten biedt voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm waaraan de toezichthouder gebonden is. In § 4.3.1 sta ik uitgebreid bij dit arrest stil.

4.2.3 Aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder

Het financiële toezicht in Nederland wordt uitgeoefend door de Nederlandsche Bank, de Pensioen- en Verzekeringskamer en de Autoriteit Financiële Markten. Per 1 januari 2005 zijn de Nederlandsche Bank en de Pensioen- en Verzekeringskamer gefuseerd en wordt het prudentiële toezicht uitgeoefend door de nieuwe toezichthouder die verder is gegaan onder de naam De Nederlandsche Bank. Het gedragstoezicht en de algemene informatieverstrekking (te denken valt aan de financiële bijsluiter) van de financiële instellingen aan consumenten berust bij de Autoriteit Financiële Markten. De rechtspraak over de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder is schaars. De belangrijkste uitspraak over de aansprakelijkheid van de Pensioen- en Verzekeringskamer in de Vie d'or zaak is reeds in hoofdstuk 3, § 3.2.3.2 uitgebreid aan de orde gekomen. Op deze plaats volsta ik voor de bespreking van de casus met een verwijzing daarnaar. Anders

127. Zie § 3.3.

128. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.

dan de rechtbank in eerste aanleg achtte het Hof 's-Gravenhage het handelen van de Verzekeringskamer onrechtmatig. Het Hof is van oordeel dat de Verzekeringskamer niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend toezichthouder mocht worden verwacht. De Verzekeringskamer had namelijk in ieder geval eind november 1991 moeten besluiten tot het benoemen van een stille curator bij Vie d'or. Naar het oordeel van het Hof maakte het belang van de bestaande en toekomstige polishouders een dergelijk ingrijpen toen onverwijld noodzakelijk. Het Hof verwijst hiervoor, kort gezegd, naar de volgende aspecten: (i) bij herhaling was gebleken dat de administratie van Vie d'or op essentiële punten tekortschoot. De Verzekeringskamer had toen moeten onderkennen dat Vie d'or een gevaar vormde voor degenen die in het maatschappelijk verkeer op de soliditeit van de ondertoezichtstaande verzekeringsmaatschappij vertrouwen, (ii) Vie d'or eiste destijds van haar toenmalige actuaire zaken die actuariael niet door de beugel konden, (iii) een deel van de solvabiliteit van Vie d'or zou bij faillissement van Vie d'or verdwijnen, (iiii) de stelling van de Verzekeringskamer dat zij destijds geen stille curator heeft willen instellen in verband met het risico dat de instelling daarvan bekend zou raken en aldus de continuïteit van Vie d'or in gevaar zou komen, wordt door het Hof verworpen met een verwijzing naar de bedoeling van de wetgever dat de stille curator niet bekend wordt gemaakt. Tegen het arrest van het Hof is cassatieberoep ingesteld.

Van de lagere rechtspraak noem ik nog het vonnis van de Rechtbank Amsterdam in de Nusse Brink-zaak waarin de Vereniging voor de Effectenhandel wegens falend toezicht aansprakelijk was gesteld.¹²⁹ Ook nu werd het handelen van de Vereniging voor de Effectenhandel getoetst aan de norm van de 'redelijk handelend toezichthouder'.

4.3 Grondslag voor aansprakelijkheid

4.3.1 Kelderluik-criteria

Bij de beoordeling van de vraag of de toezichthouder onrechtmatig handelen kan worden verweten wegens falend toezicht, moet in de eerste plaats in ogenschouw worden genomen welke wettelijke taken en bevoegdheden de toezichthouder heeft verzaakt. In hoofdstuk 2 is

129. Rb Amsterdam 7 juni 2000, JOR 2000/153. Zie over de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder mijn oratie uit 2001 en Chr.H. van Dijk, Aansprakelijkheid voor falend toezicht op banken en verzekeraars, NTBR 2003, blz. 188 e.v.

uiteengezet dat de toezichthouders met name over bevoegdheden beschikken teneinde de naleving van regels te kunnen bewerkstelligen. Van een verplichting tot het houden van toezicht c.q. ingrijpen is op grond van de wet geen sprake. De discussie draait dan vaak om de vraag of de toezichthouder zijn toezichtsinstrumentarium voldoende heeft benut. Heeft hij in de gegeven omstandigheden voldoende zorg betracht teneinde schade te voorkomen? Ter beantwoording van deze vraag is de gedragsnorm ter voorkoming van schade relevant. In dat verband kan aansluiting worden gevonden bij de criteria zoals de Hoge Raad die heeft gebruikt in het Kelderluik-arrest.¹³⁰ De Rechtbank 's-Gravenhage heeft in de Vuurwerkkramp Enschede-zaak eveneens deze aansluiting gezocht.¹³¹ Opgemerkt zij wel dat het in het Kelderluik-arrest ging om de aansprakelijkheid van de gevaarzetter zélf (een werknemer van Coca Cola had het Kelderluik geopend en had verzuimd de nodige veiligheidsmaatregelen te nemen zodat een bezoeker van het café in de Kelder belandde en gewond raakte. Hij vorderde vervolgens schadevergoeding van Coca Cola). Hier gaat het niet om de veroorzaker zélf, maar om de toezichthouder die verweten kan worden een gevaarlijke situatie te hebben laten voortbestaan. Desalniettemin ben ik van oordeel dat de Kelderluik-criteria een bredere gelding hebben en ook in het kader van de toezichthoudersaansprakelijkheid kunnen worden gebruikt.

Het Kelderluik-arrest ziet, als gezegd, op een situatie van gevaarstelling. Kernvraag bij de gevaarstelling is of het in het leven roepen of laten voortbestaan van een gevaarlijke situatie onrechtmatig is jegens een derde. In de jurisprudentie is een aantal criteria ontwikkeld aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of – in ons geval de toezichthouder – onrechtmatig heeft gehandeld jegens de benadeelde. Steeds gaat het erom dat moet worden nagegaan of de toezichthouder gezien de aard van het risico voldoende zorg heeft betracht. De Hoge Raad formuleerde de criteria in het Kelderluik-arrest als volgt:

'Alleen in het licht van de omstandigheden van het geval kan worden beoordeeld of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept die voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk

130. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.

131. Zie voorts HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 waarin de Hoge Raad eveneens de Kelderluik-factoren toegepast. Het vrij algemene karakter van deze criteria maakt dat zij zich gemakkelijk in een publiekrechtelijke setting laten inpassen. Zo zijn deze criteria ook gebruikt in de Legionella-zaak (HR 29 november 2002, NJ 2003, 549) en in IIR 28 mei 2004, RvdW 2004, 76.

is, de eis kan worden gesteld dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt. Daarbij dient niet alleen te worden gelet op de mate van waarschijnlijkheid waarmee kan worden verwacht dat de ander niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid zal betrachten, maar ook op de grootte van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen'.

Het gaat dan dus om de aard en omvang van de schade, de waarschijnlijkheid dat schade optreedt, de aard van de gedraging, de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen en de mate van waarschijnlijkheid waarmee kan worden verwacht dat de ander niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid zal betrachten. De Kelderluik-criteria impliceren een afweging van enerzijds de omvang van het risico (kans op schade, aard en omvang van de schade) en anderzijds de, mede gezien de aard van de gedraging, bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen.¹³²

Beslissend voor de aansprakelijkheid is voorts niet het scheppen van het gevaar op zichzelf of het zich verwezenlijken er van, maar of de laedens de grenzen van het maatschappelijke betamelijke heeft overschreden door zijn gedrag – ondanks het mogelijk bestaan van een gevaarscheppende situatie – niet aan te passen.¹³³ Bij de toezichthouder gaat het dan om de vraag of hij meer toezicht had moeten houden en als gevolg daarvan beter had moeten handhaven. Om die vraag te kunnen beantwoorden kunnen bovengenoemde factoren worden gebruikt.

4.3.1.1 Aard en omvang van de schade

Algemeen wordt aangenomen dat de aard en de omvang van de te verwachten schade van invloed is op de eisen die worden gesteld aan de voorzorgsmaatregelen.¹³⁴ Zo vereist de kans op ernstige schade een grotere mate van zorgvuldigheid dan wanneer slechts geringe gevolgen zijn te verwachten. Bovendien is het soort schade van belang. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen personenschade (overlijden, lichamelijk letsel, psychisch of geestelijk letsel en ziekte), zaakschade en zuivere vermogensschade. Niet alle vormen van schade wegen even zwaar en niet alle vormen van schade komen even snel

132. Chr.H. Dijk, t.a.p., blz. 193.

133. Zie Asser-Hartkamp, Verbintenis uit de wet 4-III, 11e druk 2002, nr. 41.

134. Zie bijvoorbeeld HR 6 oktober 1995, NJ 1998, 190.

voor vergoeding in aanmerking.¹³⁵ Zo wordt zuivere vermogensschade in het algemeen minder snel vergoed dan personenschade. Voorts geldt dat de aansprakelijkheid in het economische verkeer minder streng is dan op het terrein van de veiligheid. Dit hangt samen met de aard van de schade, op grond waarvan een grotere mate van zorg moet worden betracht.

Uit de hierboven weergegeven rechtspraak blijkt dat voor het aannemen van aansprakelijkheid van de toezichthouder in het algemeen vereist is of hij wist althans behoorde te weten dat derden *ernstige* schade zouden kunnen lijden. Van de toezichthouder kan immers niet worden verwacht dat hij in alle gevallen ingrijpt. Bij wetenschap van geringe schade zal niet snel tot aansprakelijkheid worden geconcludeerd.

4.3.1.2 Mate van waarschijnlijkheid dat de schade zich zal voordoen (of anders gezegd: de voorzienbaarheid van het intreden van schade)

Deze factor impliceert dat het intreden van schade voorzienbaar was, althans dat het intreden ervan voor de toezichthouder voorzienbaar had behoren te zijn. Aan de hand van de omstandigheden van het geval zal beoordeeld moeten worden of de toezichthouder het intreden van schade kende of behoorde te kennen.

In hoeverre het intreden van schade voorzienbaar was, hangt gelet op de jurisprudentie onder meer af van de aard en de ernst van het gevaar, de kennis die de laedens met betrekking tot het desbetreffende gevaar had c.q. had behoren te hebben en de mate van waarschijnlijkheid dat anderen, die mogelijkwerijs door het gevaar worden bedreigd, niet de noodzakelijke voorzichtigheid in acht zullen nemen. Relevant in dit verband is dat niet iedere geringe kans op schade tot de verplichting om in te grijpen leidt.¹³⁶ Naarmate het gevaar groter is, neemt ook de voorzienbare kans op schade toe en zal de laedens – voor het geval hij niet de noodzakelijke voorzorgsmaatregelen heeft getroffen – eerder aansprakelijk worden geacht voor de schade, die ook daadwerkelijk intreedt.

Cruciaal voor de aansprakelijkheid van de laedens is dus of hij het gevaar kende c.q. had behoren te kennen. Bij de beoordeling van het

135. Aldus C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 804. Zie voor de bespreking van de Kelderluiker criteria voorts A.T. Bolt en J. Spier, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, NJV preadvies 1996, blz. 163 e.v.

136. Zie A.T. Bolt en J. Spier, a.w., blz. 164.

behoren te kennen wordt een objectieve toets aangelegd; welke kennis en deskundigheid mag in het algemeen van de laedens worden verwacht. Kennis en kunde is binnen de voorzienbaarheidskwestie van essentieel belang. Bolt verwoordt het in haar preadvies voor de NJV uit 1996 als volgt:

‘Zij (de kennis en de deskundigheid, AvR) bepalen mede in hoeverre de verwezenlijking van het gevaar en daarmee de schade voor de laedens voorzienbaar waren en welke eisen tegen deze achtergrond aan zijn handelen mogen worden gesteld. De persoon van de gelaedeerde wordt daarmee als relevante factor binnen deze aansprakelijkheidscategorie als het ware opgeslokt door de factor van de voorzienbaarheid. Overigens lijken aan de kennis en deskundigheid van natuurlijke personen over het algemeen beduidend minder hoge eisen te worden gesteld dan aan de kennis en deskundigheid van overheidsorganen en privaatrechtelijke rechtsorganen’.

Aan de kennis en deskundigheid van de professionele toezichthouders mogen naar mijn mening hoge eisen gesteld worden, omdat zij juist met het oog op die vaardigheden met een toezichtstaak zijn belast. Het publiek mag er dan ook op vertrouwen dat toezichthouders, die op grond van de wet zijn aangesteld om toezicht uit te oefenen, hun taak met de vereiste kennis en deskundigheid uitoefenen. Of aan de eis van voorzienbaarheid is voldaan hangt van een aantal factoren af, zoals de vraag of de toezichthouder aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan, al dan niet naar aanleiding van concrete klachten of waarschuwingen. Indien die er niet zijn, dan kan de toezichthouder niettemin aansprakelijk zijn indien hij van het risico op de hoogte had *behoren* te zijn.¹³⁷

Hoever zijn onderzoeksplicht in het laatste geval reikt, hangt nauw samen met de *aard* van het toezicht. In hoofdstuk 3, § 3.2.1, heb ik doel en aard van het toezicht genoemd als één van de gezichtspunten die van belang zijn voor de vraag naar de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Hoe intensief het toezicht moet zijn zal in het algemeen afhangen van aard en context van het toezicht. Aan de hand van een vergelijking naar aard van het toezicht tussen de AFM en de PVK kan dit worden verduidelijkt. Omdat de AFM belast is met gedragstoezicht vereist deze vorm van toezicht een actieve rol van de AFM die onder andere tot uiting komt in het zelfstandig signaleren van mogelijke problemen. Zij moet uit eigen beweging in de gaten houden of wettelijke regels worden nageleefd en indien dit niet het geval is contact opne-

¹³⁷. Zie hiervoor hoofdstuk 3, § 3.2.4.

men met betrokkenen. Het toezicht dat door de PVK wordt uitgeoefend kenmerkt zich daarentegen door een zekere mate van terughoudendheid. Het toezicht beperkt zich in beginsel tot een toetsing *achteraf* op de naleving van wettelijke normen die uitgaan van vrijheid van bedrijfsvoering van de verzekeraar. Zij oefent haar taak uit binnen een zogenaamd 'normatief toezichtstelsel'.

Het gevolg hiervan is dat de verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering primair bij de verzekeringsondernemingen ligt. Dit blijkt duidelijk uit de parlementaire geschiedenis.¹³⁸

'Het huidige toezichtstelsel voor verzekeraars kent bepalingen van overwegend normatieve aard met betrekking tot de toegang tot en de uitoefening van het verzekeringsbedrijf. Het toezicht beperkt zich in beginsel tot een controle op de naleving van wettelijke normen die uitgaan van de principes van vrijheid van bedrijfsvoering en van openbaarheid van bedrijfsgegevens. Op die wijze komt tot uitdrukking dat de verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering primair bij de verzekeringsondernemingen zelf ligt. De toezichthouder heeft daarbij een controlerende en soms een corrigerende taak. Ook bij de recente herziening van de toezichtswetgeving is dit uitgangspunt gehandhaafd'.

In de literatuur vindt men dezelfde opvatting terug.

'De Verzekeringkamer is terughoudend met het uitoefenen van invloed op de instellingen, omdat ze zelf niet verantwoordelijk wil worden voor ondernemingsbeslissingen. Deze wijze van behartiging van de taak is in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever'.¹³⁹

'Zeker in dit geval zal wel naar mag worden aangenomen nog steeds als uitgangspunt gelden een 'terughoudende opstelling'. Dit vloeit immers voort uit het principieel normatieve karakter van Nederlandse overheidstoezicht'.¹⁴⁰

138. Memorie van toelichting bij de wet tot wijziging van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf. Kamerstukken II 1988-1989, 20 884, nr. 3, blz. 2. Zie ook Memorie van toelichting bij de wet toezicht schadeverzekeringsbedrijf, Kamerstukken II 1978-1979, 15 612, nr. 3, blz. 2.
139. J.L. Boxum, J. de Ridder en M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen in soorten, verslag van een onderzoek naar de praktijk van zelfstandige bestuursorganen, in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken 1989*, blz. 112.
140. A.P.W. Duijkersloot, *Europese integratie, verzekeringsbedrijf en systemen van overheidstoezicht: een nationaal-en Europeesrechtelijke studie over achtergronden en resultaten van de confrontatie van uiteenlopende nationale overheidstoezichtstelsels bij het EG-integratieproces*, diss. UvA 1996, blz. 171 (over het aanwijzingsrecht).

'Bij de specifieke aard van het verzekeringsbedrijf past een afstandelijke ('hands off') stijl van toezicht'.¹⁴¹

Uit bovenstaande citaten spreekt een terughoudende benadering van de aansprakelijkheid van de PVK als toezichthouder. Uiteraard blijft de maatstaf gelden dat zij voldoende zorg moet hebben betracht, maar de invulling van die zorgplicht dient tegen de achtergrond van de aard van het toezicht te worden bezien.

Verdedigbaar is dat nu het gedragstoezicht zoals dat door de AFM wordt uitgeoefend een intensieve vorm van toezicht in zich bergt en pro-actief handelen van deze toezichthouder verlangt om het doel – te weten de bescherming van de belangen van de afnemers van financiële diensten – van het toezicht te kunnen realiseren en te waarborgen, deze toezichthouder eerder zijn onderzoeksplicht verzaakt dan de PVK die vanwege het andersoortig toezicht terughoudender opereert. Teneinde misverstanden te voorkomen merk ik op dat de PVK wel degelijk aansprakelijk is indien zij ondanks duidelijke signalen van ernstige wet-overtredingen niet heeft ingegrepen; het feit dat haar toezicht gekenmerkt wordt door een zekere mate van terughoudendheid, doet hier dan niet meer aan af. Het niet of niet adequaat reageren op concrete aanwijzingen dat regels ernstig worden overtreden is net zo kwalijk bij terughoudend als bij pro-actief toezicht.

4.3.1.3 De aard van de gedraging

De volgende te bespreken Kelderluik-factor is de aard van de gedraging. De aard van de gedraging van de toezichthouder is bijzonder omdat het hier veelal om een nalaten gaat. Gemeenschappelijk aan gevallen van nalaten is dat het *niet* gaat om de vraag in hoeverre men verantwoordelijk kan worden gesteld voor onvoorzichtige actieve gedragingen of zelf gecreëerde gevaarlijke situaties, de vraag is onder welke omstandigheden actief ingrijpen vereist is en nalaten onrechtmatig wordt.¹⁴² De toezichthouder had moeten ingrijpen maar heeft dat niet gedaan. Hierin openbaart zich naar mijn mening ook het cruciale verschil tussen 'gewone' overheidsaansprakelijkheid en de toezichtsaansprakelijkheid. Voor de overheid geldt een strenge onrechtmatigheids-

141. H.G. van Everdingen, Enige opmerkingen over de structuur van het toezicht op de financiële sector in: 'Aspecten van toezicht: beschouwingen over het toezicht op de financiële sector', preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 1999, blz. 15.

142. Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, Prof. mr. J. Spier, Prof. mr. T. Hartlief, Prof. mr. G.E. van Maanen en Prof. mr. R.D. Vriesendorp 2003, blz. 51 e.v.

norm. Deze stringente vorm van aansprakelijkheid is terug te voeren op de bijzondere positie van de overheid. Illustratief hiervoor is de overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde beschikkingen. Wanneer de bestuursrechter een besluit van een overheidslichaam vernietigt op grond van de wet of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, is daarmee de onrechtmatigheid van het handelen van het overheidslichaam jegens de burger gegeven. Steevast voegt de Hoge Raad hieraan toe dat met de onrechtmatigheid tevens de schuld is gegeven. De schuld dient hier opgevat te worden in de zin van toerekening (art. 6:162 lid 3 BW) en niet in de zin van verwijtbaarheid. Deze strenge vorm van aansprakelijkheid wordt in rechtspraak en literatuur gemotiveerd door te verwijzen naar de mogelijkheid voor de overheid om de schade te spreiden over het collectief van belastingbetalers, door er de nadruk op te leggen dat het redelijker is de overheid in plaats van de individuele burger schadevergoeding te laten betalen en door te wijzen op de deskundigheid en de machtspositie van de overheid.¹⁴³

Juist de aard van de gedraging van de toezichthouder – te weten een nalaten – zou naar mijn mening kunnen pleiten voor een minder strenge onrechtmatigheidsnorm dan bij de gewone overheidsaansprakelijkheid, waarbij ik onmiddellijk de kanttekening maak dat ik hiermee niet wil zeggen dat men voor nalaten per definitie minder snel aansprakelijk is (zie hierna § 5.4).

4.3.1.4 Bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen

Uit onder meer HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (Korver/De Heel) blijkt dat de grootte van de kans op het ontstaan van schade samen met de bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen, één van de belangrijkste factoren is bij het oordeel over de onrechtmatigheid. Steeds zal moeten worden gezien wat in de gegeven omstandigheden van de toezichthouder mag worden verwacht. Teneinde dit te beoordelen moet worden gelet op de feitelijke mogelijkheid van het nemen van dergelijke maatregelen, de gebruikelijkheid ervan en de kosten van de maatregelen. Om te beoordelen of dergelijke maatregelen disproportioneel zijn – en dus redelijkerwijs niet van een toezichthouder mogen worden verwacht – dient ook weer gelet te worden op de aard van het risico. Relevant hierbij is dat volgens de rechtspraak niet is

143. Zie R.P.J.L. Tjittes, *Gezichtspunten bij de delictuele overheidsaansprakelijkheid*, NTBR 1993, blz. 146-149 en van dezelfde auteur, *Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid*, 1996, blz. 49-50. Zie voor het redelijkheidsargument m.n. IIR 12 juni 1992, NJ 1993, 113.

vereist dat ook vaststaat dat indien wel maatregelen waren genomen, deze ook afdoende en succesvol zouden zijn geweest.¹⁴⁴

De voorzorgsmaatregelen die een toezichthouder zou moeten treffen vallen onder de zogenaamde permanente of voortdurende maatregelen.¹⁴⁵ Een verplichting tot het nemen van dergelijke voorzorgsmaatregelen geldt bij uitstek voor de wegbeheerder, die onderzoek moet doen naar de aanwezigheid van risico's en bij het constateren daarvan adequate maatregelen moet nemen. Bij de omvang van deze onderhoudsplicht mag rekening worden gehouden met de beperkte financiële middelen.¹⁴⁶

Maar niet alleen de met voortdurende toezichtsplichten gepaard gaande kosten, ook de tijd en moeite spelen een rol bij de vraag of het nemen van voorzorgsmaatregelen voor de toezichthouder proportioneel zijn.

De Rechtbank 's-Gravenhage heeft in haar vonnis inzake de Vuurwerk-ramp Enschede met zoveel woorden overwogen dat een bestuursorgaan een grote vrijheid heeft zijn financiële en personele middelen te verdelen over de verschillende beleidsterreinen, op een wijze die haar goedgebeurt. In hoofdstuk 3, § 3.3.1 heb ik reeds betoogd dat de toezichthouder prioriteiten mag stellen. Een toezichthouder kan nu eenmaal niet alles en overal controleren; het ontbrekt hem veelal aan financiële of personele middelen. Een toezichthouder doet er goed aan daarover wel beleid te formuleren. Zo kan er vooraf inzicht worden gegeven in de criteria die zullen worden gehanteerd bij toezicht op de naleving van wettelijke regels en zo weten burgers waar zij aan toe zijn. Op deze wijze kan de toezichthouder ook zijn aansprakelijkheid beperken, mits de prioriteitstelling op zich uiteraard redelijk is. Van Dam merkt in dit verband mijns inziens terecht op dat indien voorzorgsmaatregelen worden geleverd die zeer bezwaarlijk zijn in termen van tijd, kosten en moeite, de grens met risico-aansprakelijkheid is bereikt. In deze vorm van aansprakelijkheid is de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen immers in beginsel niet meer relevant en gaat het in feite niet meer om een zorg-of resultaatplicht maar om een garantieplicht.¹⁴⁷ En een risico-aansprakelijkheid is nu juist niet aan de orde bij de toezichthouder.

144. Zie bijvoorbeeld HR 6 oktober 1995, NJ 1995, 190.

145. Zie C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 818.

146. Zie over de aansprakelijkheid van de wegbeheerder C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 1212 en J.J. van der Helm, De verwachting van de wegbeheerder, Verkeersrecht 2004, blz. 33 e.v.

147. C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 818.

4.3.1.5 *Kans op onoplettendheid en onzorgvuldigheid gelaedeerde*

Relevant voor een inschatting van de waarschijnlijkheid dat een gevaar zich verwezenlijkt is, in de woorden van Bolt en Spier¹⁴⁸, tenslotte nog in hoeverre het waarschijnlijk is dat anderen, die mogelijksterwijs door het gevaar worden bedreigd, niet de noodzakelijke voorzichtigheid in acht zullen nemen. Deze factor is van belang voor de vraag of gelaedeerden meer risico's hebben genomen dan mocht worden verwacht. In de rechtspraak die in de paragrafen 4.2.1 en 4.2.2 de revue zijn gepasseerd (aansprakelijkheid van de gemeente voor falend bouw-en woningtoezicht jegens derden en aansprakelijkheid van de overheid voor falend toezicht jegens derden) lijkt deze factor van weinig belang omdat van deze gelaedeerden toch niet kan worden verwacht dat zij maatregelen treffen ter inperking van risico's. Zou het anders liggen bij de gelaedeerden die in § 4.2.3 aan bod zijn gekomen, waarbij het ging om de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder? Van deze gelaedeerden – verzekeringsnemers, consumenten van financiële producten, beleggers (al dan niet professioneel) etc. – kan in het algemeen evenmin worden verwacht dat zij er op bedacht moeten zijn dat de instellingen waarmee zij in zee zijn gegaan (verzekeraar, bank of andere financiële instelling) hen aan gevaar blootstellen.

4.3.2 *Tussenbalans. Naar een speciaal aansprakelijkheidsrégime voor toezichthouders?*

Het wordt tijd voor het opmaken van een tussenbalans. Ter beantwoording van de vraag naar de aansprakelijkheid van de toezichthouder wegens het schenden van de normen die zouden moeten gelden voor 'goed toezicht', moet worden uitgegaan van de in hoofdstuk 3 genoemde uitgangspunten: aard en doel van het toezicht, de bevoegdheden waarover de toezichthouder beschikt, de vraag of hij zijn toezichtsinstrumentarium voldoende heeft benut en of hij aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. Aangezien de toezichthouders een publiekrechtelijke taak uitoefenen past bij de bepaling van de civielrechtelijke normen voor aansprakelijkheid een meer publiekrechtelijke invalshoek. Vandaar dat de toezichthouder ook onderworpen is aan de – in hoofdstuk 3 – geformuleerde algemene beginselen van behoorlijk toezicht. Daaraan gaat steeds de belangrijkste vraag vooraf, te weten welke wettelijke taken en bevoegdheden de toezichthouder heeft verzaakt. Voor het geval daar geen sprake van is komt men aan aansprakelijkheid

148. A.T. Bolt en J. Spier, a.w., blz. 164.

van de toezichthouder niet toe. Aansprakelijkheid op grond van het ongeschreven recht zoals Van Dam voorstaat, lijkt mij geen optie, althans als zijn visie aldus moet worden verstaan dat *buiten* de schending van een wettelijke plicht (in geval van verplichtingen) en schending van een zorgvuldigheidsnorm (in geval van bevoegdheden) nog een extra categorie 'schending van ongeschreven recht' voor de toezichthouder zou bestaan.

Steeds komt het er dus op of aan of de toezichthouder, gelet op zijn wettelijke taken en bevoegdheden in de gegeven omstandigheden voldoende zorg heeft betracht teneinde de schade te voorkomen. In dat kader is de gedragsnorm ter voorkoming van schade van belang, waarvoor aansluiting kan worden gezocht bij de Kelderluik-criteria. Zoals Hartlief recent verwoordde is het van belang in het oog te houden in welke *context* de Kelderluikfactoren dienen te worden gewogen: afhankelijk van die context geldt nu eens een strenge norm, en wordt dan weer de nodige coulance betracht zodat de rol van het aansprakelijkheidsrecht beperkt is.¹⁴⁹ De context waarin de aansprakelijkheid van de toezichthouder plaatsvindt is die van een *afgeleide* aansprakelijkheid. Hiermee wordt bedoeld dat de verantwoordelijkheid voor de schadeveroorzakende gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende schade primair ligt bij degene op wie toezicht wordt uitgeoefend (de 'primaire dader'). De toezichthouder is per definitie een secundaire dader ofwel een 'zijdelingse laedens'. In hoofdstuk 5, § 5.3 zal hieraan uitgebreider aandacht worden besteed.

Welk resultaat leveren de Kelderluik-factoren voor de aansprakelijkheid van de toezichthouder op? De eerstgenoemde factor is de aard en de omvang van de schade. Verdedigbaar is dat de *aard* van de schade die het gevolg is van falend toezicht door bijvoorbeeld de in hoofdstuk 2 genoemde Inspectie voor de Gezondheidszorg en de gemeente in geval van calamiteiten (personenschade) eerder toegerekend zal worden dan de zuivere vermogensschade die consumenten/beleggers lijden door het niet adequaat toezicht houden door bijvoorbeeld de AFM. Wat betreft de *omvang* van de schade is het evident dat aansprakelijkheid van de toezichthouder alleen kan worden aangenomen indien hij weet althans behoort te weten dat derden *ernstige* schade zouden kunnen lijden. De tweede factor betreft de voorzienbaarheid van het intreden van de schade. De toezichthouder moet tijdig de risico's onder-

149. T. Hartlief, Kroniek Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2003-2004, NTBR 2004, blz. 464.

kennen; op hem rust een onderzoeksplicht. Of hij hieraan heeft voldaan, hangt mede af van de aard van het toezicht. Verdedigbaar is dat bij pro-actief toezicht risico's eerder als 'voorzienbaar' bestempeld zullen worden – en de toezichthouder eerder aansprakelijk zal zijn – dan bij een normatief toezichtstelsel. De derde factor, de aard van de gedraging levert voor de toezichthouder een afwijking op van het gewone overheidsaansprakelijkheidsrecht. Indien de gedraging van de toezichthouder een nalaten betreft¹⁵⁰ brengt de aard van de gedraging met zich dat in ieder geval meer terughoudendheid moet worden betracht dan bij de gewone overheidsaansprakelijkheid, die toch veel weg heeft van een risico-aansprakelijkheid.

Of het nemen van voorzorgsmaatregelen, de vierde factor, bezwaarlijk is hangt mede af van de aard van het risico. De rechtspraak laat de toezichthouder een grote vrijheid om zijn financiële en personele middelen naar goeddunken in te zetten. Tot slot noem ik nog de laatste factor, de kans op onoplettendheid en onzorgvuldigheid van de gelaedere. Daarover kan ik ten aanzien van de toezichthouder kort zijn. Deze factor zal van weinig belang zijn, omdat van derden (de gelaederden) toch niet verwacht kan worden dat zij in het algemeen maatregelen treffen ter inperking van de risico's die zij zouden kunnen lopen als de toezichthouder onvoldoende toezicht houdt. Anderzijds kunnen zij wel maatregelen treffen om niet aan het gevaar te worden blootgesteld.

Het voorgaande in ogeschouw nemend, meen ik dat een speciaal aansprakelijkheidsregime voor toezichthouders niet nodig is. Wel kan geconcludeerd worden dat aansprakelijkheid voor concreet toezichtsfalen sneller zal worden aangenomen dan aansprakelijkheid voor algemeen toezichtsfalen. De zorgvuldigheidsnorm die in het eerste geval voor toezichthouders geldt is streng. Dit komt onder meer omdat het element van voorzienbaarheid in deze context van essentieel belang is.¹⁵¹ Indien een toezichthouder weet dan wel behoort te weten dat derden ernstige risico's lopen, is optreden geïndiceerd.

Voor een toezichthouder zal evenmin als bij een 'gewone' laedens een

150. Reeds nu merk ik op dat het onderscheid tussen een 'doen' en 'nalaten' niet altijd helder is. In hoofdstuk 5, § 5.4. wordt nader op dit specifieke aspect van toezichtshoudersaansprakelijkheid ingegaan.

151. Dit element was ook van groot belang bij de vraag of de Staat aansprakelijk was voor een verlofverlenging aan een TBS'er met ernstige gevolgen. Aansprakelijkheid werd afgewezen, onder meer omdat de voorzienbaarheid ontbrak, zie HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78 (Staat/K).

verzwaarde vorm van verwijtbaarheid moeten gelden. Voor een dergelijke met het Europese recht vergelijkbare 'gekwalficeerde schending' heb ik geen doorslaggevende argumenten gevonden. In zoverre vind ik dat in de uitspraken van de lagere rechters die hierboven de revue zijn gepaseerd en waarin uitgegaan wordt van een 'ernstig tekortschieten' en/of 'geen aansprakelijkheid tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen', een onjuist criterium wordt gehanteerd. Door de Kelderluik-criteria af te wege in de context van de afgeleide aansprakelijkheid (de toezichthouder is *niet* de primaire dader) zal men al een heel eind komen. De aansprakelijkheid van de toezichthouder te beperken tot alleen de zwaardere vormen van verwijtbaarheid, zoals te doen gebruikelijk is bij bijvoorbeeld een commissaris van een vennootschap ('ernstig verwijtbare tekortkoming'¹⁵²) lijkt mij dus niet op zijn plaats. Hoewel een zekere verwantschap aanwezig is, is de positie van de raad van commissarissen onmiskenbaar een andere dan die van de toezichthouder. Gezien de aard van hun positie stellen commissarissen zich terughoudender op dan toezichthouders die door de wetgever met geen ander doel zijn ingesteld dan om toezicht uit te oefenen. Dit leidt tot de conclusie dat men waarschijnlijk pas aan aansprakelijkheid van de commissaris toekomt als aan hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, terwijl voor aansprakelijkheid van de toezichthouder 'gewoon' verwijtbaar handelen voldoende is.

Aansprakelijkheid te beperken tot alleen de zwaardere vormen van verwijtbaarheid acht ik nog om een andere reden niet nodig. De rechter zal het handelen van de toezichthouder namelijk toetsen aan de norm van een 'redelijk handelend toezichthouder'. In hoofdstuk 3 is naar voren gekomen dat ter invulling van die norm een aantal gezichtspunten van belang zijn, zoals aard en doel van het toezicht en de vraag of de toezichthouder zijn toezichtsinstrumentarium voldoende heeft benut. Met deze laatste vraag hangt nauw de vraag samen hoever de beleidsvrijheid van de toezichthouder reikt. Het is goed voorstelbaar dat deze gezichtspunten onder bepaalde omstandigheden tot een mildere vorm van toezichthoudersaansprakelijkheid zullen leiden. Ik gaf hiervoor al het voorbeeld van de PVK, wier toezicht gekenmerkt wordt door een zekere mate van terughoudendheid. Bovendien beschikt zij bij het hanteren van haar toezichtsinstrumentarium over een ruime mate van beleidsvrijheid.

152. Zie voor een vergelijking van de toezichthouder en de commissaris van een vennootschap mijn oratie, p. 25-26.

Het is daarentegen net zo goed voorstelbaar dat deze norm voor een andere toezichthouder anders uitpakt en dat tot een strengere vorm van aansprakelijkheid moet worden geconcludeerd. De nuances te vinden enerzijds in de context van toezichthoudersaansprakelijkheid en anderzijds in de gezichtspunten die ter invulling van de zorgvuldigheidsnorm van belang zijn, acht ik sterker dan voor alle toezichthouders de aansprakelijkheid tot een 'gekwalficeerde schending' te beperken. Een middenweg zou kunnen zijn voor bepaalde toezichthouders –in het licht van de buitenlandse rechtsstelsels en het EG-recht¹⁵³ liggen de financiële toezichthouders voor de hand –deze zwaaie dere vorm van verwijtbaarheid te hanteren, maar ook daarvoor zie ik vooralsnog geen reden.

Een speciaal aansprakelijkheidsrégime voor de toezichthouder ligt niet voor de hand. Evenmin zie ik reden om het aansprakelijkheids criterium te verruimen, zoals Albers heeft bepleit.¹⁵⁴ Zij is van oordeel dat voor de overheid een verhoogde zorgplicht zou moeten gelden omdat toezicht en handhaving, als overheidstaken bij uitstek, juist de veiligheid van de burgers (het algemeen belang) dienen te garanderen. Dit leidt haar tot de conclusie dat het 'uitgangspunt, bij de toetsing aan de bekende 'Kelderluik-criteria', naar mijn oordeel de verhoogde zorgplicht van de overheid moet zijn'. In dit verband trekt zij een parallel met de aansprakelijkheid die rust op de overheid in het kader van het beheer van de openbare weg. Ik deel haar opvatting niet. Nog afgezien van het feit dat zij een primaire beheerstaak van de overheid over één kam scheert met een secundaire toezichtstaak van een toezichthouder, geeft zij geen andere reden voor een verhoogde zorgplicht aan dan het zojuist weergegeven argument dat de overheid *juist* de veiligheid van de burgers dient te garanderen. Dit laatste nu bestrijd ik: van de overheid als toezichthouder kan niet worden verwacht dat zij te allen tijde de veiligheid van de burgers garandeert met als gevolg dat schending van die garantieplicht aansprakelijkheid oplevert. Iets anders is dat de burgers er wél op mogen vertrouwen dat de toezichthouder op controle uitgaat en zonodig handhavende maatregelen neemt, indien hij op grond van concrete klachten en/of waarschuwingen ('redelijk vermoeden') op de hoogte raakt van niet-naleving van wettelijke regels waardoor de kans op ernstige schade aanwezig is. Laks handelen levert dan wél aansprakelijkheid op.

153. Zie hiervoor § 5.2.4 en hoofdstuk 6.

154. C.L.G.F.H. Albers, t.a.p. p. 207-208.

Hoofdstuk 5 Specifieke problemen bij de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder

5.1 Inleiding

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van toezichthouders brengt een aantal bijzonderheden met zich. Derden die schade hebben geleden ten gevolge van falend toezicht van de toezichthouder zullen tegen een aantal specifieke problemen oplopen. Achtereenvolgens noem ik het relativiteitsvereiste: schept een voorschrift dat in het algemeen belang een opdracht aan een toezichthouder geeft, een rechtsplicht van deze toezichthouder jegens specifieke derden? (§ 5.2.), het leerstuk van de 'afgeleide of zijdelingse' laedens: naast de primaire dader is er een secundaire dader, de toezichthouder (§ 5.3), aansprakelijkheid voor nalaten: een belangrijk aspect bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de toezichthouder is dat het veelal gaat om een nalaten en niet om een doen, de toezichthouder greep niet in, waar ingrijpen nodig was geweest (§ 5.4).

5.2 Relativiteitsvereiste

Eén van de factoren waar een gedupeerde tegen aan kan lopen bij het verhalen van zijn schade op de toezichthouder is het vereiste van de relativiteit. Het relativiteitsvereiste als bedoeld in art. 6:163 BW zou een beperking van aansprakelijkheid van de toezichthouder kunnen opleveren. Indien het toezicht een algemeen belang dient, rijst de vraag of de voor die context geldende normen eveneens beogen te beschermen tegen de schade van derden. In dit verband is een vergelijking met het Duitse recht relevant omdat daar ten aanzien van het toezicht op banken expliciet is bepaald dat het toezicht *in het algemeen belang* wordt uitgeoefend.¹⁵⁵ Maar ook bij ons kan een aanwijzing gevonden worden in een recent arrest van de Hoge Raad over een ten onrechte afgegeven certificaat ('Duwbak Linda')¹⁵⁶, waarbij de vordering tot schadevergoeding tegen het expertisebureau en de Staat strandde op het relativiteitsvereiste. Een link naar de aansprakelijkheid van de toezichthouder is snel gelegd.

In het hiernavolgende zal eerst aandacht besteed worden aan het relativiteitsvereiste bij schending van een publiekrechtelijk voorschrift in

155. Zie hiervoor § 5.2.4.

156. HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67.

het algemeen (§ 5.2.1). Vervolgens volgt een analyse van het arrest van de Hoge Raad van 7 mei 2004 inzake Duwbak Linda met het oog op de vraag of het relativiteitsvereiste een beperking van aansprakelijkheid van toezichthouders zou kunnen vormen (§ 5.2.2). Tot slot is een vergelijking met het recht in Duitsland van belang omdat daar – met name wat betreft de financiële toezichthouders – voor een immuniteit van deze toezichthouders is gekozen (§ 5.2.1). Saillant detail in dit verband is dat deze immuniteit in Duitsland in de wet is neergelegd nádat het Bundesgerichtshof tot tweemaal toe had bepaald dat het toezicht van de Centrale bank ook het belang van het individu diende, zodat een vordering tegen deze toezichthouder wel degelijk kans van slagen had.

Ook Engeland en België kennen een immuniteit van haar toezichthouders. Die immuniteit is evenwel niet rechtstreeks terug te voeren op het relativiteitsvereiste. Het Engelse en Belgische recht zullen daarom in een apart hoofdstuk (over de wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid) worden besproken (hoofdstuk 6).

5.2.1 Relativiteitsvereiste bij schending van een publiekrechtelijk voorschrift in het algemeen

In 2002 schreef Hartkamp¹⁵⁷ dat door toepassing van de relativiteitsleer enigszins kan worden gewaakt tegen een te grote uitbreiding van de aansprakelijkheid van de overheid. Maar deze leer zal, aldus Hartkamp, toch slechts een geringe beperking van de overheidsaansprakelijkheid te weeg kunnen brengen. Wellicht heeft de Hoge Raad hierin door voornoemd arrest van 7 mei 2004 verandering gebracht.

Schending van een publiekrechtelijk voorschrift door een overheidsorgaan levert jegens derden een onrechtmatige overheidsdaad op die tot schadevergoeding verplicht, indien (onder meer) is voldaan aan het relativiteitsvereiste als bedoeld in art. 6:163 BW. Het relativiteitsvereiste is op gelijke wijze van toepassing op handelingen van particuliere personen en op handelingen van de overheid.¹⁵⁸

De relativiteitsleer kan als volgt worden weergegeven: iemand die een rechtsnorm overtreedt en daardoor onrechtmatig handelt, behoeft de door zijn daad veroorzaakte schade slechts dan te vergoeden, *wanneer*

157. Asser Hartkamp 4-III, nr. 104

158. Zie Asser-Hartkamp, 4-III, nr. 103, met verwijzing naar rechtspraak en literatuur.

*de overtreden norm de strekking heeft de benadeelde in het geschonden belang te beschermen.*¹⁵⁹ Het relativiteitsvereiste heeft dus op twee aspecten betrekking, namelijk: (i) de gedraging moet jegens de derde onrechtmatig zijn; en (ii) de schade zoals de derde die heeft geleden moet onder het beschermingsbereik van het geschonden publiekrechtelijke voorschrift vallen.¹⁶⁰

De relativiteitsleer is afkomstig uit Duitsland, waar zij is neergelegd in het tweede lid van § 823 BGB, dat als volgt luidt:

'Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen an den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstösst'.

Voor het onderwerp van dit preadvies is het relativiteitsvereiste relevant in relatie tot de factor 'algemeen belang'. Indien een publiekrechtelijk voorschrift slechts strekt tot bescherming van het algemeen belang, dan kunnen gelaedeerde derden geen aanspraak maken op schadevergoeding wegens schending van dit voorschrift. Of anders geformuleerd, een voorschrift dat in het algemeen belang een opdracht aan een overheidsorgaan geeft, schept geen rechtsplicht van de overheid jegens specifieke derden.

5.2.2 Duwbak Linda (HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67)

Het bovengenoemde arrest van de Hoge Raad van 7 mei 2004¹⁶¹ over de aansprakelijkheid van de Staat bij de keuring van schepen (het ging i.c. om een tweedehands duwbak genaamd 'Linda') kan als een belangrijk signaal voor inperking van de toezichts-aansprakelijkheid worden beschouwd. Voor dit schip had de Staat het benodigde certificaat verlengd. Een jaar later zinkt de Linda, waarbij een baggercombinatie van een zekere van Hasselt wordt beschadigd. Van Hasselt spreekt – naast het expertisebureau – de Staat aan omdat bij zorgvuldig onderzoek het certificaat niet aan de Linda had mogen worden verleend. De rechtbank heeft de vorderingen tegen het expertisebureau en de Staat afgewezen, omdat niet was voldaan aan het relativiteitsvereiste. Het Hof heeft – voor dit preadvies relevant –

159. Zie Asser-Hartkamp, 4-III, nr. 95.

160. Zie hiervoor Parlementaire Geschiedenis Boek 6, blz. 637.

161. RvdW 2004, 67. Zie voor een kritische bespreking van dit arrest T. Hartloef, *Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?* Diesrede ter gelegenheid van de 29e Dies Natalis op 14 januari 2005 van de Universiteit Maastricht, blz. 38-40.

ten aanzien van de Staat overwogen dat aan het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste van relativiteit tussen de geschonden norm en de schade zoals die door van Hasselt is geleden, niet is voldaan; van bijzondere omstandigheden die een uitzondering op deze regel zouden rechtvaardigen is niet gebleken. Van Hasselt gaat in cassatie. Met betrekking tot de afwijzing van de vorderingen omdat niet zou zijn voldaan aan het relativiteitsvereiste stelt de Hoge Raad als uitgangspunt voorop:

‘Bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee behoevende bescherming zich uitstrekt’ (rov. 3.4.1).

Vervolgens dient de Hoge Raad zich te buigen over de vraag of aan de toepasselijke regelingen op het gebied van de bevordering van de veiligheid van het scheepvaartverkeer naast de bevordering van de veiligheid in algemene zin gegevens kunnen worden ontleend voor de bescherming van het individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekurd schip een ongeval veroorzaakt. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag, na eerst een uiteenzetting te hebben gegeven over het doel en functie van een certificaat en de daarvoor vereiste keuring van schepen, in ontkennende zin:

‘Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbepaalde groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondoelmatigheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen. Aan de omstandigheid dat de keuring onvoldoende zorgvuldig heeft plaatsgevonden, kunnen derden dan ook niet een aanspraak tot vergoeding van vermogensschade jegens de Staat of de voor het verrichten van de keuring ingeschakelde particuliere onderzoeksbureaus ontleenen’ (rov. 3.4.3).

Het relativiteitsvereiste zet op deze manier dus een rem op een te ver doorschieten van de aansprakelijkheid van de overheid. Zou de Staat – als toezichthouder – aansprakelijk zijn gehouden voor de schade,

dan lijkt het hek van de dam.¹⁶² De Hoge Raad heeft met dit arrest naar mijn overtuiging een duidelijk signaal afgegeven voor het niet te snel aannemen van aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder. Of zoals Widdershoven het in zijn recent verschenen noot in de AB onder HvJ EG 12 oktober 2004/C 222/02 (Peter Paul)¹⁶³ treffend verwoordt:

‘deze redenering (de redenering van de Hoge Raad inzake Duwbak Linda, AvR) vertoont nogal wat gelijkenis met de opvatting van de Duitse rechter, dat de overheid niet aansprakelijk is ten opzichte van allerlei particulieren voor (de gebrekkige uitvoering van) taken die in het algemeen belang worden verricht, een opvatting die het Hof in Peter Paul niet in strijd acht met het EG-recht. Mocht de Hoge Raad – hetgeen ik niet onwaarschijnlijk acht – eenzelfde redenering toepassen om een aansprakelijkheidsclaim wegens gebrekkig toezicht in het kredietwezen af te wijzen, dan staat het EG-recht daaraan ook niet in de weg. Aldus hebben Peter Paul en Duwbak Linda dezelfde boodschap, het voorkomen van ‘Amerikaanse toestanden’ op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid.’¹⁶⁴

5.2.3 Relativiteitsvereiste bij schending Wte 1995

Voor het onderwerp van dit preadvies is van belang dat de Hoge Raad heeft aangegeven dat de strekking van de i.c. relevante publiekrechtelijke voorschriften niet is ‘om een in beginsel onbepaalde groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan’. Ook nu weer zien we overigens dat het element van ‘voorzienbaarheid’ een cruciale rol speelt. De vraag komt op of bijvoorbeeld de specifieke regelingen van de financiële toezichthouders (Wte, Wtk en Wtv) de strekking hebben gedupeerde derden in hun geschonden belangen te beschermen. Om die vraag te kunnen beantwoorden is nauwkeurige bestudering naar doel en strekking van die regelingen alsmede de parlementaire geschiedenis ervan noodzakelijk. Het hoeft geen betoog dat dit een arbeidsintensieve klus is en dat hiervoor in dit preadvies de ruimte ontbreekt. Om toch enigszins een indruk te krijgen van een dergelijke exercitie betreffende de aansprakelijkheid van bijvoorbeeld de AFM en de rol van het relativiteitsvereiste, bespreek ik heel in het kort de vraag tot welke belang(en) de norm van de Wte 1995 strekt.

De belangen waarop de Wte 1995 ziet strekken zich mede uit tot de

162. Zie G.E. van Maanen in zijn bespreking van dit arrest in Rechtspraak kort, NTBR 2004, blz. 482.

163. Zie voor een bespreking van dit arrest § 5.2.4.

164. Noot van R.J.G.M. Widdershoven in AB 2005, 17.

bescherming van de belangen van beleggers en een ordelijk functioneren van de effectenmarkt. Dit blijkt onder meer uit de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de Wte 1995:

'Het toezicht op de basis van dit voorstel zal tevens worden uitoefend met het oog op de positie van de beleggers in de effectenmarkten. Dit past in het bredere beleid van de overheid het vertrouwen van beleggers en spaarders in de financiële sector te bevorderen (...).

Het streven naar bescherming van de belangen van beleggers en spaarders, belichaamd in bovengenoemde wetgeving, wordt bovenal vorm gegeven door een bevordering van de doorzichtigheid van de financiële markten. Kern hiervan is informatieverschaffing aan beleggers en spaarders, bij voorbeeld in de vorm van prospectussen bij de uitgifte van effecten en periodieke financiële verslaggeving betreffende uitgevende instellingen, zodat beleggers zich een goed beeld kunnen vormen van de risico's en het te verwachten rendement van de aangeboden effecten. Minstens zo belangrijk is daarnaast, dat de regelgeving beoogt de betrouwbaarheid van intermediairs (in economische of juridische zin) te bevorderen, waardoor het vertrouwen in de afwikkeling van transacties en aangegane verplichtingen wordt vergroot'.¹⁶⁵

alsmede uit de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de Wet financiële dienstverlening:

'Het beleid ten aanzien van de financiële markten is gericht op de bescherming van de belangen van de consument, het vertrouwen in de financiële sector en het efficiënt functioneren van de financiële markten. Deze doelstellingen worden verwezenlijkt door normen te stellen voor het handelen door financiële instellingen in financiële toezichtregulering.

De regulering op het gebied van financiële markten kent grofweg drie soorten normen. Ten eerste gelden er gedragsregels die voorschrijven op welke wijze financiële instellingen met hun (potentiële) klanten dienen om te gaan. Transparantie is hierbij een belangrijk uitgangspunt. Consumenten dienen over voldoende informatie te beschikken over de wezenlijke kenmerken van financiële producten en diensten, om tot een verantwoorde keuze te komen bij de aanschaf ervan (...)'.¹⁶⁶

Evident is dat de overtreden norm strekt tot bescherming van gedupeerde beleggers, maar de norm strekt eveneens tot bescherming van het algemene economisch belang. Voorts kan men zich de vraag stellen

165. Memorie van toelichting bij de Regelen inzake het toezicht op het effectenverkeer (Wet toezicht effectenverkeer), Kamerstukken II 1988-1989, 21 038, nr. 3, blz. 3 en 4.

166. Kamerstukken II 2003-2004, 29 507, nr. 3, blz. 7.

of de norm strekt tot bescherming van alle beleggers, of alleen de niet-professionele belegger. Deze vraag is naar voren gekomen in het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 7 juni 2000 waarbij de rechtbank oordeelde dat de zorgvuldigheidsnorm ook strekt tot de bescherming van de belangen van professionele beleggers.¹⁶⁷ De rechtbank overwoog met betrekking tot de geschonden norm en het relativiteitsvereiste als volgt:

‘De norm waaraan de Vereniging zich had te houden is dan ook, zoals beide partijen als uitgangspunt nemen, dat zij moest handelen als redelijk handelend toezichthouder (...). Van de Vereniging mocht worden verwacht dat zij de belangen van de beleggers bij het goed functioneren van de effectenmarkt bewaakte, dat het tot dat doel door haar in het leven geroepen toezichthoudend orgaan, het Controlebureau, met gebruikmaking van het aan dat orgaan ter beschikking gesteld instrumentarium toezicht uitoefende op het functioneren van haar leden en dat het Controlebureau er in elk geval op toezag dat haar leden zich hielden aan haar statuten, reglementen en overige voorschriften. Deze norm strekt, anders dan de Vereniging heeft aangevoerd, ook tot bescherming van de belangen van Van den Broek, ook al is Van den Broek als lid van de Vereniging een professioneel deelnemer aan het beursverkeer. Bij de onderhavige transactie met Nusse Brink mocht zij als iedere belegger er op vertrouwen dat de Vereniging zich behoorlijk van haar toezichthoudende taak kweet’.

5.2.4 Relativiteitsvereiste in Duitsland (financiële toezichthouder)

In Duitsland berust aansprakelijkheid van de toezichthouder op § 839 BGB. Dit artikel betreft de zogenaamde ‘Amtshaftung’. Het artikel luidt als volgt:

‘(1) Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

(2) Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

167. Rb Amsterdam 7 juni 2000, JOR 2000, 153 (Van den Broek/Vereniging voor de Effectenhandel).

(3) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden'.

Bij schending van een ambtsplicht door een overheidsorgaan of een 'overheidsdienaar' is de Staat op grond van art. 34 Grundgesetz aansprakelijk. Dit artikel luidt als volgt:

'Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadenersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtswege nicht ausgeschlossen werden'.

Schadeplichtigheid bestaat dus alleen dan voorzover schade is voortgevloeid uit een tegenover derden bestaande ambtsplicht.¹⁶⁸ Op grond van het relativiteitsvereiste – de Schutznorm – die in het Duitse aansprakelijkheidsrecht stevig is verankerd, zal de gelaedeerde dus slechts de toezichthouder op grond van § 839 BGB aansprakelijk kunnen stellen, wanneer de ambtsplicht er toe strekt niet alleen het algemeen belang, maar tevens het belang van de gelaedeerde te beschermen.¹⁶⁹ De lagere rechtspraak in Duitsland stond afwijzend tegenover het aannemen van aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder jegens individuele derden. Deze rechtspraak kwam er op neer dat het Kreditwesengesetz van 1939 slechts het algemeen belang beoogde te dienen, zodat particulieren geen aanspraken op schadevergoeding konden laten gelden jegens de toezichthouder die tekort was geschoten in zijn toezichtstaak.¹⁷⁰

Deze opvatting werd gesanctioneerd door een arrest van het Bundesgerichtshof over het toezicht op verzekeringsondernemingen.¹⁷¹ In 1979 kwam de radicale ommekeer. Het Bundesgerichtshof ging in

168. Zie hierover M. Hickl, Die Ausweitung der Amtspflichten gegenüber Dritten in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zur Amtshaftung, diss. Frankfurt a/Main 1971, m.n. blz. 137 e.v.

169. Zie Staudinger-Wurm (2002), § 839, Rn 172-173, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Papier) (2004), § 839, Rn 227 e.v.. Zie ook M. Tison, Aansprakelijkheid van de prudentiële toezichthouder: een juridische benadering in vergelijkend en Europees perspectief, in: 'Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten, Volume II, Financiële transacties, Financiële markten, Prudentieel recht, 2003, blz. 423-424.

170. Zie hierover H.C.H. Kopf, H. Bäuml, Die Neue Rechtsprechung des BGH zur Amtshaftung im Bereich der Bankenaufsicht, NJW 1979, 1871.

171. BGH 24 januari 1972, NJW 1972, 577.

twee arresten om en oordeelde dat de bankwetgeving wel degelijk mede de bescherming van individuele schuldeisers van kredietinstellingen beoogde, zodat schuldeisers van een failliete kredietinstelling op grond van § 839 BGB een vordering uit hoofde van falend toezicht tegen de toezichthouder konden instellen.¹⁷²

Dit is aan de orde wanneer het toezicht volgens de wet tot doel heeft, de kredietinstellingen 'zur Sicherheit der ihnen anvertrauten Vermögenswerte ein angemessenes haftendes Eigenkapital zu erhalten' en de toezichthouder (het Bundesaufsichtamt) de mogelijkheid heeft 'eine für die Erfüllung der Verpflichtung eines Kreditinstituts gegenüber seinen Gläubigern, insbesondere für die Sicherheit der ihm anvertrauten Vermögenswerte drohende Gefahr durch einstweilige Massnahmen abzuwenden'.

Op deze rechtspraak werd verschillend gereageerd. Sommigen waren van mening dat het Bundesgerichtshof de doelstellingen van het Kreditwesengesetz verkeerd had geïnterpreteerd, anderen juichten de uitspraken toe, omdat zij daarin de bevestiging zagen dat het publiek erop mag vertrouwen dat de toezichthouder de hem door de wet toegekende controle-en interventiebevoegdheden daadwerkelijk zal benutten.¹⁷³

Deze vooruitstrevende uitspraken van het Bundesgerichtshof zijn echter naderhand door de wetgever 'geneutraliseerd'. Met het oog op de inperking van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder is in 1984 het Kreditwesengesetz gewijzigd en heeft de wetgever een nieuw § 6, lid 4 in de wet opgenomen, op grond waarvan de toezichthouder – het Bundesanstalt – haar taken alleen uitoefent in het algemeen belang en dus niet in het belang van de individuele belegger. Lid 4 luidt als volgt:

'Das Bundesaufsichtamt nimmt die Ihn nach diesem Gesetz und nach anderen Gesetzen zugewiesenen Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahr'.

Een individuele belegger kan dus niet langer meer een vordering uit hoofde van § 839 BGB te gelde maken, omdat de toezichthouder wordt geacht zijn taken slechts in het algemeen belang uit te oefenen. Ook andere financiële wetten zijn op dat punt gewijzigd (zie § 81 lid 2 Versicherungsaufsichtsgesetz; § 1 lid 4 Börsengesetz; § 4 lid 2 Wertpapierhandelsgesetz).

172. BGH 15 februari 1979, 1354 en BGH 12 juli 1979, NJW 1979, 1879.

173. Zie voor dit laatste standpunt met name H.Ch. Kopf, H. Bäuml, t.a.p., blz. 1872-1873. Zie voorts Tison, t.a.p., blz. 425 voor verwijzing naar literatuur.

In 2002 vond een hervorming van het financiële toezicht in Duitsland plaats, waarbij het 'Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht' (ingesteld door art. 1 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz) thans de enige financiële toezichthouder is.¹⁷⁴ In dat kader zijn bovengenoemde artikelen – en dus ook lid 4 van § 6 Kreditwesengesetz – vervangen door § 4 lid 4 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, maar dat heeft niet tot een wijziging geleid in de aansprakelijkheid van de toezichthouder. De uitsluiting van aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens derden is uitdrukkelijk gehandhaafd. § 4 lid 4 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz bepaalt:

'Die Bundesanstalt nimmt ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr'.

De wetgever heeft dit artikel als volgt toegelicht:

'Die Vorschrift verdeutlicht, dass die Aufgabenwahrnehmung durch die Bundesanstalt nur im öffentlichen Interesse erfolgt. Privatrechtliche Ansprüche werden von der Bundesanstalt nicht geprüft. Die Durchsetzung individueller Ansprüche gehört nicht zu den Aufgaben der Bundesanstalt. Die Regelung entspricht dem früheren § 6 Abs. 4 KWG bzw. § 4 Abs. 2 WpHG.' (BR Drucks. 636/01, blz. 93).

Uiteraard is van belang inzicht te krijgen in de beweegredenen van de wetgever om tot deze beperking van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder te komen. In het kader van de totstandkoming van het Kreditwesengesetz zijn de volgende redenen aangevoerd voor deze beperking, die de facto een uitsluiting van aansprakelijkheid oplevert:

'Die Änderung stellt für sämtliche dem Bundesaufsichtsamt zugewiesenen Aufgaben klar, daß sie zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft ausschließlich im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden. Amtspflichten gegenüber den durch das Wirken des Bundesaufsichtsamtes nur mittelbar geschützten Personen oder Personengruppen werden bei der Tätigkeit des Bundesaufsichtsamtes deshalb nicht begründet.

174. Zie de 'Gesetz die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht' van 22 april 2002, BGBl. 2002, I, blz. 1310 e.v. Deze wet herbergt al het financiële toezicht in Duitsland in zich (bijv. van het oude Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, de centrale bank, en het toezicht op de effectenhandel en het verzekeringswezen) in één Bundesanstalt. Zie voor de reikwijdte van het toezicht van deze Bundesanstalt, J. Junker, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, diss. Berlin 2003, blz. 70 e.v.

Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht

Die Verdeutlichung des Schutzzwecks des Gesetzes entspricht dem hergebrachten Verständnis von der Zielrichtung der staatlichen Bankaufsicht, wie sie schon in der Begründung des Regierungsentwurfs eines Kreditwesengesetzes im Jahre 1959 zum Ausdruck gebracht worden war. Der Bundesgerichtshof hat diese jahrelang fast unbestrittene Auffassung allerdings 'mangels einer einschränkenden Zielsetzung des Gesetzes' in zwei Urteilen verworfen (BGHZ 74, 144; 75, 120), während das Bundesverwaltungsgericht in einem Fall aus der Versicherungsaufsicht entschieden hat, daß das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen als Sachwalter der durch das Gesetz bestimmten öffentlichen Interessen handelt (BVerwGE 61, 59). Eine ausdrückliche Regelung der Frage im Kreditwesengesetz selbst ist deshalb unabweisbar geworden.

In erster Linie soll durch die gesetzesübergreifende Neuregelung ausgeschlossen werden, daß einzelne Personen, die in geschäftlichen Beziehungen zu Kreditinstituten oder sonstigen Unternehmen und Privatpersonen stehen, an die das Bundesaufsichtsamt Maßnahmen richten kann, wegen eines bestimmten Handelns oder Unterlassens der Behörde Schadensersatzansprüche gegen den Staat erheben können. Die Anerkennung einer Staatshaftung im Bereich der Bankaufsicht gegenüber dritten Personen, die nicht der Aufsicht unterliegen, begründet die Gefahr von zu weit gehenden Maßnahmen der die Aufsicht ausübenden Personen. Dadurch würde unter anderem die bisherige marktwirtschaftskonforme Aufsichtskonzeption gefährdet, die den Kreditinstituten einen sehr großen Spielraum für eine eigenverantwortliche wirtschaftliche Betätigung beläßt.'

Der Einlegerschutz, dem unter sozialen Gesichtspunkten eine besondere Bedeutung zuzuerkennen ist, wird durch die Gesetzesänderung nicht beeinträchtigt, denn er beruht vor allem auf den Einlagensicherungseinrichtungen des Kreditgewerbes.

Die Haftung des Bundesaufsichtsamtes gegenüber den beaufsichtigten Kreditinstituten und den sonstigen Unternehmen und Privatpersonen, denen gegenüber Eingriffsbefugnisse bestehen, aus fehlerhaften Entscheidungen bleibt durch die Änderung der Vorschrift unberührt' (BT-Drucks. 10/1441 S. 20).

In deze toelichting wordt de nadruk gelegd op het effect dat een uitgebreide aansprakelijkheid van de Staat zou hebben op de omvang van en de wijze waarop het toezicht wordt uitgeoefend. Teneinde aansprakelijkheid te voorkomen zou de toezichthouder al snel geneigd zijn een te intensief toezicht uit te oefenen en te vergaande maatregelen te nemen waardoor de eigen verantwoordelijkheid van de kredietinstellingen voor de bedrijfsvoering in gevaar zou komen.

5.2.4.1 Peter Paul (HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02, AB 2005, 17)

Inmiddels heeft het Hof van Justitie op 12 oktober 2004 naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof van 16 mei 2002 uitspraak gedaan over de verenigbaarheid van § 6 lid 4 Kreditwesengesetz met de diverse richtlijnen met betrekking tot kredietinstellingen.

Peter Paul c.s. eisen van de Bondsrepubliek Duitsland schadevergoeding wegens te late omzetting van een aantal EG-richtlijnen (zie hierna) en wegens gebrekkig toezicht door het Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (=Federaal Bureau voor toezicht op kredietinstellingen). Paul c.s. waren cliënten bij de BVH Bank. In 1987 had deze bank van het Bundesaufsichtsamt een vergunning verkregen, maar zij nam niet deel aan een depositogarantiestelsel. In 1991, 1995 en 1997 verrichtte het Bundesaufsichtsamt vanwege de ongezonde financiële situatie van de BVH Bank onderzoek naar haar activiteiten. Na het derde onderzoek verzocht het Bundesaufsichtsamt om inleiding van een faillissementsprocedure en trok de vergunning van de BVH Bank om activiteiten uit te oefenen in. Paul c.s. hadden in de jaren 1993, 1994 en 1995 bij de BVH Bank deposito-rekeningen geopend. Paul c.s. zijn tegen de Bondsrepubliek Duitsland procedures begonnen strekkende tot het verkrijgen van schadeloosstelling voor het verlies van hun deposito's. Zij leggen aan hun vorderingen ten grondslag dat uit het samenstel van de richtlijnen op het gebied van kredietinstellingen voortvloeit dat toezichtsmaatregelen tot doel hebben depositohouders te beschermen. Die richtlijnen zouden volgens Paul c.s. in de praktijk weinig effect hebben indien het Bundesaufsichtsamt zijn activiteiten ingevolge § 6, lid 4, Kreditwesengesetz enkel in het algemeen belang zou uitoefenen.

Mede naar aanleiding van deze stelling van Paul c.s. heeft het Bundesgerichtshof besloten het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de voor dit preadvies relevante vraag of onder meer richtlijn 94/19 EG, waarvan de i.c. relevante artikelen betrekking hebben op de vaststelling van toezichtsmaatregelen en op een verplichting om de aan een kredietinstelling verleende vergunning in te trekken, zich verzet tegen een nationaal voorschrift dat bepaalt dat de taken van de nationale autoriteit die toezicht houdt op de kredietinstellingen, enkel in het algemeen belang worden vervuld, wat naar nationaal recht uitsluit dat particulieren een vergoeding kunnen vorderen van de door gebrekkig toezicht van deze autoriteit veroorzaakte schade.

Het Hof onderzoekt enerzijds richtlijn 94/19, dat expliciet regels bevat over schadeloosstelling in het geval van het niet beschikbaar worden

van deposito's bij kredietinstellingen, en anderzijds de richtlijnen 77/780, 89/299 en 89/646, die algemene regels bevatten over het toezicht op kredietinstellingen. Art. 7, lid 6, van richtlijn 94/19 verplicht de lidstaten er voor zorg te dragen dat depositohouders hun recht op schadeloosstelling, zoals dat in de richtlijn is omschreven, door middel van een vordering tegen het depositogarantiestelsel kunnen doen gelden. De 24^{ste} overweging van de considerans van de richtlijn sluit vervolgens *expliciet* uit dat de richtlijn, wanneer de lidstaten het recht op schadeloosstelling van art. 7, lid 6 hebben gegarandeerd, kan leiden tot aansprakelijkheid van de lidstaten of hun bevoegde autoriteiten jegens de depositohouders. De richtlijnen 77/780, 89/299 en 89/646 hebben onder meer als doelstelling de bescherming van de depositohouders en sluiten – anders dan richtlijn 94/19 – in hun considerans de aansprakelijkheid van de lidstaten voor gebrekkig toezicht *niet* expliciet uit.

Naar het oordeel van het Hof kent richtlijn 94/19 geen rechten aan particulieren toe op grond waarvan de lidstaat aansprakelijk kan worden gesteld. Ten aanzien van de andere richtlijnen heeft het Hof, waarschijnlijk doordat de aansprakelijkheid van de lidstaten voor gebrekkig toezicht in die richtlijnen niet expliciet is uitgesloten, het moeilijker om tot een beslissing te komen. Toch oordeelt het Hof ook ten aanzien van deze richtlijnen dat zij geen rechten aan particulieren toekennen. Daartoe bezigt het Hof de volgende vier argumenten: (i) de richtlijnen bevatten geen uitdrukkelijke bepaling waarin depositohouders dergelijke rechten worden verleend (rov. 41); (ii) coördinatie van de nationale voorschriften inzake aansprakelijkheid in geval van gebrekkig toezicht lijkt niet noodzakelijk voor de in deze richtlijnen voorgeschreven harmonisatie (rov. 43); (iii) de complexiteit van het bankentoezicht in het kader waarvan zeer verschillende belangen, in het bijzonder de stabiliteit van het financiële stelsel, moeten worden beschermd (rov. 44); (iiii) de hiervoor vermelde minimumbescherming op grond van richtlijn 94/19 (rov. 45).

Bovendien hecht het Hof veel waarde aan het feit dat richtlijn 94/19 een minimumbescherming voor de depositohouders heeft ingesteld voor het geval dat de deposito's niet-beschikbaar worden, welke ook gewaarborgd is wanneer het niet-beschikbaar worden van de deposito's is veroorzaakt door een gebrekkig toezicht van de bevoegde autoriteiten.

Voorts verzetten de diverse richtlijnen met betrekking tot kredietinstellingen zich er, volgens het Hof, niet tegen dat wanneer toezicht wordt gehouden op deze kredietinstellingen enkel in het algemeen belang, het nationale recht uitsluit dat de particulieren vergoeding

kunnen vorderen van door gebrekkig toezicht veroorzaakte schade (rov. 32 en rov. 47). Daarmee is niet gezegd dat het in strijd met het EG-recht zou zijn, wanneer naar het nationale recht van een lidstaat aansprakelijkstelling wegens gebrekkig toezicht wel mogelijk zou zijn. De aansprakelijkheidsrechtspraak van het Hof beoogt immers een minimumharmonisatie.

Ter afsluiting merk ik nog op dat het Hof zich niet heeft uitgesproken – maar hij kon dit ook niet te doen – over de vraag naar eventuele strijdigheid met de grondwet. In de literatuur wordt al enige tijd betoogd dat een dergelijke uitsluiting van aansprakelijkheid in strijd is met de Duitse grondwet en/of het EG-recht.¹⁷⁵

In hoofdstuk 6 zal de vraag beantwoord worden of het wenselijk is om – in navolging van Duitsland – in Nederland een dergelijke uitsluiting via het relativiteitsvereiste over te nemen.

5.3 Afgeleide aansprakelijkheid

5.3.1 Begripsbepaling

De mogelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder vindt niet haar directe oorsprong in eigen handelen, zoals bijvoorbeeld het scheppen van een verkeersgevaarlijke situatie door de overheid als wegbeheerder¹⁷⁶, maar is terug te voeren op het handelen van een ander. In dit verband wordt wel gesproken van een ‘afgeleide aansprakelijkheid’ van de toezichthouder als ‘zijdelingse laedens’. Onder omstandigheden zal een dergelijke aansprakelijkheid kunnen bestaan naast die van de ‘primaire dader’.¹⁷⁷ De primaire dader is degene die het meest te verwijten valt. In de Vuurwerkramp Enschede-zaak is dat het vuurwerkopslagbedrijf S.E. Fireworks in relatie tot de gemeente en – in mindere mate – tot de Staat als toezichthouder. En ook de Verzekeringkamer is in de

175. W-R Schenke/J. Ruthig, Amtshaftungsansprüche von Bankkunden bei der Verletzung staatlicher Bankenaufsichtspflichten, NJW 1994, blz. 2324 e.v.; M. Grätias, Bankenaufsicht, Einlegerschutz und Staatshaftung, NJW 2000, blz. 786 e.v. en M. Grätias, Staatshaftung für fehlerhafte Banken- und Versicherungsaufsicht im Europäischen Binnenmarkt, diss. Baden-Baden 1999, blz. 104 e.v. Inmiddels heeft het BGH op 20 januari 2005 (n.n.g.) in de Peter Paul c.s.-zaak overwogen dat deze uitsluiting van aansprakelijkheid niet strijdig is met de Duitse grondwet en evenmin met het Europese recht.

176. Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547.

177. Zie W.H. van Boom en I. Giesen, t.a.p., blz. 1675-1685.

Vie d'or-zaak niet de eerstverantwoordelijke voor de ingetreden schade van de verzekeringsnemers en beleggers, maar dat is de verzekeraar Vie d'or zelf.

Er is een toenemende neiging waarneembaar de overheid als zijdelingse laedens aansprakelijk te stellen. Die tendens heeft een aantal oorzaken waarvan de belangrijkste is dat de primaire dader, de veroorzaker van de schade, veelal geen of onvoldoende verhaal biedt. Bij de overheid doet dat probleem zich niet voor, aangezien de overheid vanwege haar 'deepest pocket' altijd verhaal biedt. Over de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden een afgeleide aansprakelijkheid van de overheid mag worden aangenomen, bestaat nauwelijks rechtspraak. Ook de literatuur hierover is schaars. Ik ben van oordeel dat de consequentie van de vaststelling dat de toezichthouder een afgeleide aansprakelijke is, *niet* moet zijn dat er *dús* in het geheel geen civielrechtelijke aansprakelijkheid bestaat. De toezichthouder is nu eenmaal speciaal als toezichthouder aangesteld en als hij zijn wettelijke taken en bevoegdheden verzaakt, dan kan hem een zelfstandig verwijt van falend toezicht worden gemaakt. In zoverre is de term 'afgeleide' aansprakelijke niet helemaal zuiver. Een toezichthouder kan *altijd* alleen maar een zijdelingse verantwoordelijkheid hebben ten opzichte van derden. Er is altijd een directe veroorzaker aanwezig die de eerstverantwoordelijke is voor de schade. De aansprakelijkheid van de toezichthouder bestaat hieruit dat hij die schade niet heeft kunnen voorkomen, terwijl hij dat wel had moeten doen.¹⁷⁸ Zou een zijdelingse laedens niet aansprakelijk kunnen worden gesteld, dan zal dit in essentie betekenen dat een toezichthouder nimmer op zijn falend handelen zou kunnen worden aangesproken, omdat hij zich steeds zou kunnen beroepen op die afgeleide aansprakelijkheid. Dit gaat mij te ver. Toch meen ik dat er een belangrijke reden is waarom een zekere terughoudendheid bij het aansprakelijk stellen van een zijdelingse laedens moet worden aangenomen. Voordat ik daaraan toekom laat ik eerst een aantal redenen die in de literatuur genoemd worden teneinde terughoudendheid te betrachten bij het aannemen van een afgeleide aansprakelijkheid van de toezichthouder, de revue passer-
ren.¹⁷⁹

178. Zie in gelijke zin I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid, serie Recht en Praktijk 2004, nr. 132.

179. I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid, serie Recht en Praktijk 2004, nr. 132, hoofdstuk IX en voor het Engelse recht zie onder meer R-A Surma, A comparative study of the English and German judicial approach to the liability of public bodies in negligence, in 'Tort Liability of public authorities in comparative perspective', D. Fairgrieve e.a. (red.) 2002, blz. 388 e.v.

De eerste reden is dat het vanuit preventie-oogpunt van belang is dat de prikkels van het aansprakelijkheidsrecht terecht komen bij de potentiële veroorzakers, degenen die daadwerkelijk de gevaarlijke situatie in het leven kunnen roepen. Zij moeten worden geprikkeld om zich zodanig te gedragen dat schade wordt voorkomen. Het aansprakelijkheidsrecht dient juist hén de prikkel tot naleving van de wet te geven. Die prikkel krijgen zij niet indien zij weten dat de gevolgen van niet-naleving zullen worden afgewenteld op het collectief, in ons geval de toezichthouder. De primair verantwoordelijken zijn immers ook het beste in staat om maatregelen te nemen.

Een tweede reden die wordt genoemd voor terughoudendheid bij het aannemen van afgeleide aansprakelijkheid is dat het aansprakelijk houden van de toezichthouder uiteindelijk kan leiden tot een onredelijke grote vloedgolf aan claims ('floodgates').

Als derde reden wordt het gevaar van een 'defensieve' overheid genoemd: het risico bestaat dat de toezichthouder, uit angst voor aansprakelijkheid, bepaalde maatregelen achterwege zal laten.

Een vierde reden om terughoudendheid te betrachten is dat het bij de afgeleide aansprakelijkheid in het algemeen gaat om aansprakelijkheid voor nalaten. De zijdelingse laedens wordt slechts verweten niet ingegrepen te hebben. Algemeen wordt aangenomen dat nalaten in het algemeen minder snel tot aansprakelijkheid zal leiden dan een onrechtmatig handelen. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan van aansprakelijkheid voor nalaten sprake zijn. Vereist is in ieder geval dat concrete kennis bestond van het specifieke gevaar van de situatie waarin niet is ingegrepen. In § 5.4 zal dit aspect nader aan de orde komen.

Bovengenoemde redenen acht ik niet zo sterk.¹⁸⁰ Zou de 'primaire dader' – we nemen als voorbeeld een kredietinstelling – zich nu echt niet aan de wet houden omdat hij denkt dat hij de schadevergoedingsclaim kan doorsluizen naar de Nederlandsche Bank als toezichthouder? Ik geloof dat niet. En zou de toezichthouder zich in zijn handelen zo belemmerd voelen als aansprakelijkheid op de loer ligt? Misschien wel, maar moeten we daarom van toezichthoudersaansprakelijkheid af? De verplichting om iemands schade te moeten vergoeden na een nalaten in te grijpen (of juist verkeerd ingrijpen) kan de toezichthouder juist stimuleren om maatregelen te treffen om dergelijke fouten in de toekomst te vermijden.

¹⁸⁰ Het argument van 'verlamming' kwam reeds naar voren in HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 (Bedrijfsvereniging/Boulogne) en is toen afgewezen.

Aansprakelijkheid voor falend toezicht zou dus kunnen bijdragen aan de kwaliteit van toezicht. Concreet zou dit kunnen inhouden dat toezichthouders beleid maken, dus beleidsregels opstellen waarin ze aangeven in welke gevallen zij zullen optreden, hoe vaak zij controles gaan uitvoeren etc. Als een toezichthouder een weloverwogen en controleerbaar beleid voert ten aanzien van toezicht (en handhaving) zal hij niet snel aansprakelijk zijn voor door derden geleden schade.

De meest valide reden waarom een zekere terughoudendheid bij het aannemen van toezichthoudersaansprakelijkheid moet worden aangenomen is naar mijn oordeel dat van een toezichthouder nu eenmaal niet kan worden gееіst dat hij alles en iedereen controleert. Hij heeft een zekere mate van beleidsvrijheid, die onder meer meebrengt dat hij prioriteiten mag stellen. Daarnaast kan het niet de bedoeling zijn dat degene die de schade niet voorkomt (de toezichthouder) op dezelfde wijze aansprakelijk zou zijn als degene die de schade veroorzaakt. Via de hierna te bespreken mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid zou aan dit bezwaar tegemoet gekomen kunnen worden.

Een *uitsluiting* van aansprakelijkheid voor de toezichthouder heb ik hierboven van de hand gewezen. Dit impliceert onder meer dat voor de toezichthouder een gewone hoofdelijke aansprakelijkheid geldt – uiteraard alleen als hij ook aansprakelijk is – als bedoeld in art. 6:102 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat elk van de daders (dus de primaire veroorzaker en de toezichthouder als secundaire dader) voor de gehele schade aansprakelijk is, met dien verstande dat zij onderling regres kunnen nemen. De gelaedeerde heeft de keuze wie van de daders hij zal aanspreken voor de vergoeding van zijn schade. In de praktijk zal het er op neer komen dat veelal de toezichthouder als zijdelingse laedens door derden aansprakelijk wordt gesteld omdat de toezichthouder solvabel is en de primaire veroorzaker dat veelal niet of in onvoldoende mate is. Zou onder deze omstandigheden de aansprakelijkheid van de zijdelingse laedens niet op de een of andere wijze beperkt moeten worden? In § 5.3.2 bespreek in een aantal mogelijkheden.

5.3.2 Beperking van aansprakelijkheid? Subsidiare en proportionele aansprakelijkheid

Bij beperking van aansprakelijkheid valt te denken aan leerstukken van de subsidiare aansprakelijkheid en de proportionele aansprakelijkheid. Subsidiare aansprakelijkheid van de toezichthouder houdt in dat de toezichthouder alleen dan aangesproken kan worden indien aan-

sprakelijkstelling van de primaire dader tot niets leidt. De reden hiervoor zal veelal zijn dat deze primaire dader niet solvabel is. Eveneens kan aan het geval gedacht worden dat hij niet (meer) te traceren is. Deze vorm van aansprakelijkheid kent men bijvoorbeeld in Duitsland. Overheidsaansprakelijkheid wordt daar geregeld in § 839 BGB jo. art. 34 Gruntgesetz. Giesen¹⁸¹ is van mening dat subsidiaire aansprakelijkheid een zinvolle optie kan zijn, maar daarbij moet wel worden opgemerkt dat het opwerpen van een drempel voor overheidsaansprakelijkheid vooral praktische betekenis zal toekomen bij kleinschalige schadegebeurtenissen, omdat de financiële draagkracht van de primair aansprakelijke juist bij grootschalige rampen begrensd zal blijken. Anderzijds wijst hij er terecht op dat daarmee juist ook benadrukt wordt dat de primair aansprakelijke op zijn civielrechtelijke verantwoordelijkheden moet worden gewezen en dat de afgeleide aansprakelijke als 'financieel vangnet' moet worden gezien voor die gevallen waarin de primair aansprakelijke door de exorbitante schadeomvang, zoals hij het noemt, 'judgement-proof' blijkt te zijn.

Hartlief ziet niet veel in de mogelijkheid van subsidiaire aansprakelijkheid. Daarbij veegt hij het argument dat de primair verantwoordelijke onvoldoende geprikkeld zou worden juist omdat er een zijdelingse aansprakelijkheid van bijvoorbeeld de overheid is, van de baan. Gegeven de normale hoofdelijkheid-en regresregels zou er volgens Hartlief immers een voldoende prikkel moeten zijn.¹⁸² Ik voel evenmin veel voor deze subsidiaire aansprakelijkheid, maar dan met name omdat ik de stelling dat de overheid als toezichthouder altijd maar als financieel vangnet moet optreden, niet onderschrijf.

De tweede mogelijkheid voor de beperking van aansprakelijkheid spreekt mij meer aan. Het betreft dan de proportionele aansprakelijkheid, meer in het bijzonder de aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel. In het NJB heeft Barendrecht^{183, 184} in zijn 'Vooraf'

181. I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid, serie Recht en Praktijk 2004, nr. 132.

182. T. Hartlief, De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht, in 'Einde van het aansprakelijkheidsrecht?', 2003, blz. 43.

183. NJB 2003, blz. 957.

184. Als ik het goed zie, heeft ook Jurgens zich uitgesproken voor een beperking van de overheidsaansprakelijkheid via de band van causaliteit: 'Mijns inziens zal echter, in verband met het secundaire karakter van de 'fout' die op het conto van de overheid kan worden geschreven, in de regel moeten worden geconcludeerd dat de aldus geconstrueerde overheidsaansprakelijkheid minder ver gaat dan de aansprakelijkheid van de overtreder zelf', G.M.T.J. Jurgens, Overheidsaansprakelijkheid bij gedogen?, NJB 2000, blz. 1281.

over de hoofdelijke aansprakelijkheid voor toezichthouders een lans gebroken voor de mogelijkheid van deelaansprakelijkheid, waarbij de aansprakelijkheid een in zijn woorden 'gedeeltelijke wordt en dus als prikkel wel behouden blijft, zonder dat grote hoeveelheden geld gaan stromen van plaatsen waar het geld misschien wel meer nodig is dan op de plaatsen waar het via aansprakelijkheid naar toe vloeit'. Van Boom¹⁸⁵ heeft deze mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid reeds in 1997 besproken, waarbij hij eveneens expliciet de aansprakelijkheid van de toezichthouder op het oog had. In ons Nederlandse recht geldt dat medeveroorzakers jegens de benadeelde voor het geheel aansprakelijk zijn (art. 6:102 BW). Indien blijkt dat zij voor dezelfde schade aansprakelijk zijn, dan heeft degene die de schade vergoedt in beginsel een regresrecht op de andere veroorzaker naar rato van ieders aandeel in de veroorzaking van de schade. Deze regel, te weten dat iedere medeveroorzaker jegens de benadeelde voor het geheel aansprakelijk is, heeft in de Verenigde Staten van Amerika en in Engeland heftige kritiek ondervonden. Van Boom heeft deze kritiek in zijn artikel geanalyseerd. Bespreking van zijn artikel is voor dit preadvies van belang, omdat de kritiek in Amerika expliciet ziet op de toezichthouder.¹⁸⁶

De roep om hervorming van het systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid in Amerika werd voornamelijk ingegeven door rechtspraak waarin zogenaamde 'peripheral tortfeasors' voor de volledige schade aansprakelijk werden gehouden, hoewel het aandeel van deze tortfeasors in de veroorzaking van de schade minimaal te noemen was. Kenmerkend voor deze tortfeasors was dat zij vrijwel altijd voldoende solvabel waren om het volledige schadebedrag te betalen en zodoende al snel 'deep pocket defendants' werden genoemd. De aansprakelijkheid van deze deep pocket defendants voor het geheel van de schade betekende in de praktijk veelal dat zij de gehele schade moesten dragen omdat de primaire veroorzaker met het grootste aandeel in de schade onvindbaar of insolvabel bleef. Dit stuitte op een gegeven moment op weerstand. De notie van hoofdelijke aansprakelijkheid moest op de schop. Tegenstanders wezen er op dat de regels van causaliteit nu eenmaal een volledige toerekening van de gehele schade aan elk van de medeveroorzakers ten gevolge hebben. Dit argument werd van tafel geveegd, omdat het juist die volledige toerekening was die men

185. W.H. van Boom, Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel, in Tussen 'Alles' en 'Niets', Van toedeling naar verdeling van nadeel, 1997, blz. 135-152.

186. De kritiek die in Engeland is opgekomen laat ik hier verder buiten beschouwing en verwijs daarvoor naar het artikel van W.H. van Boom, t.a.p., blz. 144-147.

ter discussie stelde. Een ander argument was dat een van de belangrijkste doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht nu eenmaal is dat er 'full compensation' moet zijn. De benadeelde moet volledig schadeloos worden gesteld en als elke medeveroorzaker slechts voor zijn aandeel in de schade aansprakelijk zou zijn, dan zou de kans aanwezig zijn dat de benadeelde niet zijn gehele schade kan verhalen. Tegenover het beginsel van 'full compensation' werd wel gesteld het uitgangspunt van 'proportionate responsibility' dat er op neer komt dat elke persoon slechts aansprakelijk behoort te zijn in evenredigheid met zijn daden. Het is juist deze evenredigheid die ontbreekt bij volledige toerekening van de gehele schade aan elk van de medeveroorzakers.

Van Boom werpt in zijn artikel de vraag op of, in navolging van de ontwikkelingen in de Verenigde Staten van Amerika, de leer van de hoofdelijkheid in Nederland moet worden heroverwogen. Hij beantwoordt deze vraag vooralsnog ontkennend, waarbij van belang lijkt dat het verschijnsel 'peripheral tortfeasors' indertijd in ons recht weinig aandacht trok. Van Boom voorspelde dat het in de toekomst wel eens kon veranderen waarbij hij met zoveel woorden wees op de nalatigheid van toezichthouders. Van Boom heeft hier een vooruitziende blik gehad. Ik ben van oordeel dat als in de toekomst bepaalde toezichthouders structureel aansprakelijk worden gesteld voor schade, in de veroorzaking waarvan zij slechts een minimaal aandeel hebben, dan zal, hetgeen Van Boom ook voorspeld heeft, ongetwijfeld behoefte ontstaan aan opheffing of aanpassing van het stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid. De oplossing van de aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel kan daarbij als voorbeeld dienen. Voor een nadere uitwerking van dit concept ontbreekt nu de ruimte. Ik volsta met vermelding van literatuur over proportionele aansprakelijkheid in het algemeen.¹⁸⁷

5.4 Aansprakelijkheid bij nalaten

5.4.1 Begripsbepaling

Een belangrijk aspect bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van toezichthouders is dat het veelal gaat om een *nalaten* en niet om een

187. A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid, diss. Tilburg 1997 en A. Akkermans, M. Faure en T. Hartlief, Proportionele aansprakelijkheid, 2000.

doen: de toezichthouder greep niet in, waar ingrijpen nodig was geweest. Onmiddellijk moet de kanttekening worden gemaakt dat een onderscheid tussen doen en nalaten helemaal niet zo gemakkelijk te maken is. Het probleem is namelijk dat eenzelfde gedraging vaak als een doen *en* als een nalaten kan worden gekwalificeerd. Een geijkt voorbeeld: een arts slaagt er niet in om een patiënt te genezen, hoewel het om een eenvoudig te ontdekken en te behandelen ziekte gaat. Het gedrag van de arts kan dan worden gezien als een doen (een inadequate behandeling) maar ook als een nalaten (niet de goede behandeling voorschrijven). Ook het toezichtsfalen bestaat niet alleen uit een nalaten, maar ook uit een doen. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarbij de toezichthouder gegevens bekend maakt terwijl die achteraf onjuist blijken te zijn. Gemeenschappelijk aan gevallen van nalaten, is dat het *niet* gaat om de vraag in hoeverre men verantwoordelijk gesteld kan worden voor onvoorzichtige actieve gedragingen of zelf gecreëerde gevaarlijke situaties, de vraag is onder welke omstandigheden actief ingrijpen vereist is en nalaten onrechtmatig wordt.¹⁸⁸ Uit de schaarse rechtspraak over het leerstuk van nalaten¹⁸⁹ blijkt dat niet snel wordt aangenomen dat een zuiver nalaten als onrechtmatig wordt aangemerkt. In dit verband verdient vermelding het arrest van de Struikellende broodbezorger.¹⁹⁰ Uit dit arrest kan worden afgeleid dat slechts sprake kan zijn van een rechtsplicht om een gevaarlijke situatie op te heffen of daar voor te waarschuwen, wanneer de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen.¹⁹¹

Voor gevallen van zuiver nalaten zou dan moeten gelden dat de toe-

188. Prof. mr. J. Spier, Prof. mr. T. Hartlief, Prof. mr. G.E. van Maanen en Prof. mr. R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, derde druk 2003, blz. 51.

189. Ook de literatuur hierover is schaars. Dé uitzondering hierop betreft het preadvies van C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 1995. Zie voorts de lezing van I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten*, Studiekring Offerhaus, 2004.

190. HR 22 november 1974, NJ 1975, 149. Een bakker heeft bij een val over een boven het toegangspad tot de woning van de familie Heddema gespannen touwtje, ernstig letsel opgelopen waardoor hij geruime tijd arbeidsongeschikt is geweest. De vraag rees of de kinderen van Heddema die daar aan het spelen waren, een onrechtmatige daad hebben gepleegd door er niet voor te zorgen dat het door hen waargenomen touwtje werd verwijderd of door te verzuimen de bakker voor het touwtje te waarschuwen.

191. Prof. mr. J. Spier, Prof. mr. T. Hartlief, Prof. mr. G.E. van Maanen en Prof. mr. R.D. Vriesendorp, a.w. blz. 53.

zichthouder pas verplicht is tot ingrijpen als tenminste aan de volgende voorwaarden is voldaan.

- a) de toezichthouder beschikt over concrete kennis van een gevaarlijke situatie in die zin dat aanwijsbare derden worden bedreigd met ernstige schade. Beperking tot *ernstige* schade is van belang omdat iedereen wel dagelijks vele gevaren waarneemt en niet kan worden geveerd dat men steeds ingrijpt.
- b) de toezichthouder beschikt over de mogelijkheid om gevaarlijke situaties te vermijden of te beëindigen. Hiermee hangt samen dat de toezichtsbevoegdheden moeten zijn toegekend mede met het oog op bescherming van de belangen van derden.
- c) de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen weegt duidelijk op tegen de daarmee mogelijke vermindering of beëindiging van het dreigende risico.
- d) De toezichthouder is er zich van bewust of had zich er van bewust behoren te zijn dat de ander niet over die kennis (van het ernstige risico) of kunde (om zichzelf te redden) beschikt en daarover evenmin kan beschikken (te denken valt aan de uitspraken Öneriyildiz/Turkije (EHRM 18 juni 2002, EHRC 2002, 64 en EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43) en Guerra e.a./Italië (EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690)).

De voorwaarden voor de aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten sluiten eveneens aan bij de reeds genoemde Kelderluik-criteria, zij het dat die voorwaarden bij zuiver nalaten stringenter zijn met name bij het vereiste van de bewustheid van het gevaar.

5.4.2 Twee kanttekeningen

Bij de bespreking van de aansprakelijkheid wegens nalaten passen twee relativiserende kanttekeningen. De eerste heb ik reeds geplaatst: hoewel theoretisch op zich nog wel een onderscheid te maken is tussen een handelen en een nalaten, zal dat in de praktijk niet altijd even gemakkelijk zijn. De tweede kanttekening ziet hierop dat de relatie tussen partijen met zich kan brengen dat de aanvankelijk terughoudende opstelling die bij aansprakelijkheid voor nalaten in het algemeen wordt aangenomen moet worden verlaten. Met name Van Dam heeft op dit aspect in relatie tot de aansprakelijkheid van de toezichthouder gewezen. In het kader van de zinsnede van de Hoge Raad in het eerder genoemde arrest van de Struikelende broodbezorger ('of indien de aangesprokene een speciale relatie heeft met het slachtoffer of de

plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet') onderscheidt Van Dam namelijk nog het geval waarin er niet alleen een speciale relatie tot het slachtoffer bestaat, maar ook een speciale relatie tot *de dader* bestaat als een mogelijkheid om aansprakelijkheid voor nalaten te vestigen. Opgemerkt zij dat de Hoge Raad die laatste relatie *niet* legt. In het kader van dit preadvies is bespreking van Van Dam's toevoeging relevant, want bij toezicht is er altijd een speciale relatie tot degene op wie het toezicht wordt uitgeoefend, degene die uiteindelijk als schadeveroorzaker valt te kwalificeren.¹⁹² Bij de door Van Dam voorgestane uitbreiding van speciale relatie's tot 'de dader' moet wel de kanttekening worden geplaatst dat hij met name het oog heeft op toezichthouders die een speciale relatie met de ondertoezichtgestelden hebben op grond waarvan zij de verantwoordelijkheid dragen voor de veiligheid van een ander. Hij noemt in dit verband dan ook met name toezichthouders als ouders, scholen en (psychiatrische) ziekenhuizen die de verantwoordelijkheid hebben om toezicht te houden op het gedrag van hun kinderen, leerlingen en patiënten teneinde te voorkomen dat deze schade aan derden toebrengen. Zij moeten bedacht zijn op het ontstaan van gevaarlijke situaties waar zij niet zelf bij betrokken zijn maar die door de ander (het kind, de leerling, de patiënt) in het leven zijn geroepen. Of zijn opvatting ook geldt voor de toezichthouders waarop dit preadvies ziet, is nog maar de vraag, nog afgezien van de houdbaarheid van zijn stelling omdat de Hoge Raad nu juist geen speciale relatie tot de dader op het oog had.

Omdat in de praktijk het onderscheid tussen een doen en een nalaten moeilijk te maken zal zijn, meen ik dat het voor de beoordeling van de vraag of de toezichthouder onzorgvuldig gehandeld heeft niet uitmaakt of hij heeft nagelaten in te grijpen dan wel verkeerd heeft ingegrepen. Ik wijs dan ook een aparte regeling voor aansprakelijkheid wegens nalaten van de hand. Waar het in essentie om gaat is dat de toezichthouder redelijkerwijs voorzienbare risico's tijdig moet onderkennen en moet beheersen. Of zijn optreden dan als een nalaten of een doen moet worden gekwalificeerd, doet uiteindelijk niet terzake.

192. Zie hierover van C.C. van Dam, Aansprakelijkheid voor nalaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats en inhoud van de zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot een doen, blz. 48 en blz. 71 e.v. I. Giesen sluit zich bij van Dam aan, zie Aansprakelijkheid na een nalaten, blz. 25-26.

5.4.3 Engeland

5.4.3.1 Algemeen

In Engeland wordt wel een duidelijk onderscheid gemaakt tussen een handelen en een nalaten en dit onderscheid heeft consequenties voor het bestaan van aansprakelijkheid:

'Finally, the concept of duty is concerned with the important distinction between *acts and omissions*. Liability for positive acts of carelessness is well recognised, but liability for failure to act is treated differently, with 'duties of affirmative action' being imposed only in exceptional circumstances.'¹⁹³

In deze paragraaf geef ik een overzicht van de (overheids) aansprakelijkheid voor nalaten in het Engelse recht in het algemeen. Tegen de achtergrond van een –zoals zal blijken– zeer terughoudende overheidsaansprakelijkheid kan de wettelijke immuniteit van de Engelse financiële toezichthouder beter begrepen worden (hoofdstuk 6, § 6.4)

Het aansprakelijksrecht ('tort law') steunt niet op de idee van één enkele onrechtmatige daadsactie, maar op een aantal aansprakelijkheidsgronden die 'torts' zijn geheten. De tort 'misfeasance in a public office' kan alleen door de overheid worden gepleegd, maar bijvoorbeeld de tort 'breach of statutory duty' en de tort 'negligence' kan door een ieder worden begaan.

In het Engelse aansprakelijkheidsrecht speelt de meest algemene *tort of negligence*, een zeer grote rol. Hiervoor gelden drie vereisten:

- 1) er moet sprake zijn van een duty of care (zorgplicht),
- 2) een breach of duty (schending van de zorgplicht)
- 3) consequential damage (schade die het gevolg is van de schending)

Voor het aannemen van een *duty of care* jegens de gelaedeerde is vereist dat het ontstaan van schade als gevolg van het handelen of nalaten van de dader *foreseeable* is, dat tussen dader en slachtoffer een voldoende mate van *proximity* bestaat en voorts dat het aannemen van een *duty of care* in de gegeven omstandigheden *fair, just and reasonable* is.¹⁹⁴ Met name in gevallen van aansprakelijkheid voor toezicht wordt

193. Aldus Markesinis and Deakin, Tort Law, 5e druk 2003, blz. 78-79. Zij werken dit onderscheid verder uit op blz. 149 e.v. (Acts and Omissions). Zie voorts R-A Surma, t.a.p., blz. 361.

194. Zie hierover P. Birks e.a., English Private Law, Volume II (Oxford University Press, 2000), blz. 416-423.

door de Engelse rechter het bestaan van een *duty of care* veelal afge-
wezen, hetzij vanwege het ontbreken van voldoende *proximity*, hetzij
omdat het aannemen van een *duty of care* niet *fair, just and reasonable*
wordt geacht op grond van '*policy considerations*' (beleidsvrij-
heid).¹⁹⁵

De befaamde speech van Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*¹⁹⁶
wordt in de handboeken steevast genoemd als mijlpaal in de ontwik-
keling van de tort of negligence. Lord Atkin betoogde dat er een alge-
mene *duty of care* bestaat tegenover iedereen die door onvoorzichtig
handelen voorzienbaar schade kan lijden, mits er sprake is van vol-
doende *proximity*. Het door Lord Atkin in dit arrest geformuleerde
'neighbour principle' hield, anders gezegd, in dat er een algemene
zorgplicht bestaat tegenover iedereen die door onvoorzichtig handelen
voorzienbaar schade kan lijden (*foreseeability*), mits er sprake is van
een voldoende nauwe relatie tussen de benadeelde en de veroorzaker
(*proximity*).¹⁹⁷ Niet elk onzorgvuldig gedrag dat tot schade heeft ge-
leid, leidt dus zonder meer tot aansprakelijkheid op grond van negli-
gence. Eerst moet vastgesteld worden of er jegens de benadeelde een
duty of care bestaat. In dit verband is de uitspraak *Anns v. Merton*
London Borough Council uit 1978 van belang.¹⁹⁸ In deze zaak ging
het om flats die door een te smalle fundering waren gaan verzakken.
The House of Lords nam aan dat er voor de gemeente jegens toekom-
stige flatbewoners een *duty of care* bestond om te controleren of de
fundamenten van het gebouw overeen kwamen met de bouwvoor-
schriften. In navolging van de speech van Lord Wilberforce ontwik-
kelde zich een 'two stage test' waarbij de vraag naar het bestaan van
een *duty of care* volgens twee stappen moest worden beantwoord¹⁹⁹:

'First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person
who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or
neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, careles-
sness on his part may be likely to cause damage to the latter in which case a *prima*
facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively,
it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to
negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom
it is owed or the damages to which a breach of it may give rise'.

195. Zie hiervover P. Birks e.a., a.w. blz. 422 en Markesinis and Deakin, a.w., blz. 83.

196. [1932] AC 562.

197. Markesinis and Deakin, Tort Law, 5e druk 2003, blz. 76.

198. [1978] AC 728.

199. Zie hierover verder Markesinis and Deakin 2003, a.w., blz. 86.

Ten eerste moet er sprake zijn van voldoende proximity en, indien dit het geval is, moet bezien worden of er overwegingen zijn die de reikwijdte van de bestaande duty moeten beperken.

Deze 'two stage test' leidde aanvankelijk tot een uitbreiding van de aansprakelijkheid voor economische schade.²⁰⁰

Tot de jaren tachtig van de vorige eeuw bleef deze uitbreiding van de aansprakelijkheid voor economische schade bestaan. Daarna kwam de omslag en ontstond een tendens tot beperking van de reikwijdte van de *duty of care*. Deze beperking zag met name op de aansprakelijkheid voor economische schade, psychische schade en – thans relevant – voor schade door nalaten (*omissions*). Hierbij dient de uitspraak Murphy v. Brentwood District Council niet onvermeld te worden gelaten. Deze zaak vormde een breuk met het eerder genoemde arrest inzake Anns v. Merton London Borough Council.²⁰¹ Volgens Lord Keith of Kinkel, Anns 'did not proceed on any bases of established principle'.²⁰² De uitspraak inzake Murphy heeft vervolgens de 'two stage test' van Lord Wilberforce 'overruled'. Hedentendage is het beter om in plaats van de 'two-stage test' te spreken van een 'three-stage test':

'In place of the two-stage test, we now have a three-stage test through which claims for the extension of duty of care must proceed. In addition to foreseeability, it is necessary to show that claimant and defendant were in a relationship of 'proximity' and that it would be 'fair, just and reasonable' to impose a duty on one party for the benefit of the other. A separate and additional requirement of 'policy' is mentioned in some cases, but in most situations it is difficult to distinguish this heading from the requirement that imposition of a duty should be 'fair, just and reasonable'.²⁰³

In Engeland is het leerstuk van de aansprakelijkheid voor een nalaten verder ontwikkeld dan in Nederland. De regel voor '*liability for omissions*' (nalaten) is gebaseerd op het verschil tussen *misfeasance* (onzorgvuldig handelen) en *nonfeasance* (niet handelen). Hoewel in het Engelse recht geen algemene regel voor aansprakelijkheid wegens nalaten bestaat, wordt aansprakelijkheid in specifieke gevallen wel aangenomen. Vrijwel altijd dient er daarbij sprake te zijn van een *pre tort relationship*, een reeds voorafgaand aan de onrechtmatige daad be-

200. Markesinis and Deakin, a.w., 2003, blz. 87-88.

201. [1991] AC 398. Zie hierover ook Markesinis and Deakin, a.w., blz. 87 e.v.

202. [1991] AC 398, 471.

203. Markesinis and Deakin, a.w., blz. 88.

staande relatie. Deze verhouding kan ontstaan door *reliance* (gerechtvaardigd vertrouwen dat is ontstaan bij de benadeelde, bijvoorbeeld door stilzitten van de overheid) of door het bestaan van een *duty* (bijvoorbeeld voor een school ten opzichte van een leerling, ziekenhuis ten opzichte van een patiënt, een gevangenis ten opzichte van een gedetineerde en een ouder ten opzichte van zijn kind). De schadeveroorzakende gedraging wordt niet verricht door de 'dader' zelf, maar door een derde of door de benadeelde. In dit verband wordt dan ook wel gesproken van een *duty to control others*.²⁰⁴

5.4.3.2 Government liability

In het kader van de in hoofdstuk 6 te bespreken aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder in het Engelse recht, is het van belang kort enige woorden te wijden aan de overheidsaansprakelijkheid in Engeland in het algemeen. Zo zullen we in hoofdstuk 6 zien dat de tort '*misfeasance in a public office*' (misbruik van bevoegdheid) een belangrijke rol speelt bij de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder.

Voor de Engelse overheid gelden in beginsel dezelfde uitgangspunten als voor natuurlijke personen. De enige uitzondering hierop wordt gevormd door het bestaan van de tort *misfeasance in a public office*. Vereist is dat het toebrengen van schade in de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden *opzettelijk* wordt toegebracht.²⁰⁵ Hoewel in beginsel dezelfde aansprakelijkheidsbeginselen gelden en er voor de overheid zelf geen algemene immuniteit bestaat op het gebied van de onrechtmatige daad werd de facto de overheidsaansprakelijkheid langzaam teruggedrongen. Ook hier werd de duty of care beperkt, vooral op het gebied van economische schade en nalaten. Met name de overwegingen van the House of Lords in *Murphy v. Brentwood District Council* leidden tot een verdere beperking van overheidsaansprakelijkheid voor economische schade en nalaten. De arresten *Minors v. Bedfordshire County Council* en *Stovin v. Wise* beperkten naderhand de mogelijkheid tot het aansprakelijk stellen van de overheid nog verder.²⁰⁶

De terughoudende benadering bij de overheidsaansprakelijkheid voor

204. Zie C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, nr. 511 en 512 en Markesinis and Deakin, a.w., blz. 149 e.v.

205. Markesinis and Deakin, a.w., blz. 399-400.

206. *Murphy v. Brentwood District Council* [1991] AC 398, X (*Minors*) v. *Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633 en *Stovin v. Wise* [1996] AC 923.

een nalaten is op de volgende motieven terug te voeren.²⁰⁷ In de eerste plaats rees de vraag of het wel redelijk is de overheid via verhoogde belastingheffing voor bepaalde kosten op te laten draaien, temeer daar de benadeelde bepaalde voorzorgsmaatregelen had kunnen nemen of zich tegen het gevaar had kunnen verzekeren. Ten tweede was men bevreesd dat bij het aannemen van een ruime overheidsaansprakelijkheid een vloedgolf aan claims zou volgen: procedures zouden slechts gestart worden vanwege de 'deep pocket' van de overheid. Een derde reden voor het aannemen van een beperkte overheidsaansprakelijkheid was dat de dreiging van aansprakelijkheid zou kunnen leiden tot een defensieve overheid. Een overheidslichaam zou misschien belangrijke maatregelen niet nemen wanneer het risico bestaat daarvoor aansprakelijk te worden gesteld. Bovendien werd het mogelijk geacht dat de overheid gehinderd zou worden in het ontwikkelen van een bepaald beleid.

De meest recente rechtspraak laat echter een voorzichtige kentering zien in die zin dat de grenzen van het Engelse overheidsaansprakelijkheidsrecht weer wat worden opgerekt. Zo werd door the House of Lords in *Phelps v. Hillingdon London Borough Council* een *duty of care* aangenomen voor onder meer onderwijzers ten aanzien van het door hen op het terrein van onderwijs verstrekte advies aan leerlingen.²⁰⁸ Van belang is hetgeen the House of Lords in dit kader heeft overwogen. Dit rechtscollege stelde als uitgangspunt voorop dat een meer liberale benadering niet automatisch leidt tot een defensieve overheid, maar vaak alleen tot gevolg heeft dat het handelen van de overheid aan hogere standaarden gaat voldoen. Daarbij werd wel 'op de koop toe genomen' dat het sneller aannemen van een *duty* in het geval van de overheid zou kunnen leiden tot een toename van het aantal claims. Maar er zijn genoeg wegen om deze procedures te voorkomen, zoals de plicht voor de benadeelde om het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen en de schade aan te tonen alsmede het bewijs dat door hem geleverd moet worden dat de overheid niet in de redelijkheid tot zijn handelen kon komen.²⁰⁹

207. Markesinis and Deakin, a.w., blz. 376 e.v.

208. *Phelps v. Hillingdon London Borough Council* [2001] 2 AC 619. Zie ook *Barrett v. Enfield London Borough Council* [2001] 2 AC 550. Zie over deze uitspraken D. Fairgrieve, *Pushing back the Boundaries of Public Authority Liability: Tort Law Enters the Classroom*, *Public Law* 2002, blz. 288 e.v. en P. Craig and D. Fairgrieve, *Barrett, Negligence and Discretionary Powers*, *Public Law* 1999, blz. 626 e.v.

209. D. Fairgrieve, *l.c.*, blz. 288-289, 291, 295-296, 302-305 en 307.

5.5 Conclusie

Toezichtshoudersaansprakelijkheid kent specifieke problemen. Benadeelden dienen bij hun claim jegens de toezichthouder rekening te houden met verweren als: er is niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, er is slechts sprake van afgeleide aansprakelijkheid (zijdelingse laedens) en er is sprake van een nalaten, hetgeen minder snel tot aansprakelijkheid leidt dan een handelen. Teneinde het eerste verweer te kunnen pareren is een nauwkeurige bestudering van doel en strekking van de regeling, waarvan men stelt dat die overtreden is, noodzakelijk. Dan pas zal duidelijk worden tot welke belangen de norm van die regeling strekt. De Hoge Raad heeft in het Duwbak Linda-arrest via het relativiteitsvereiste een rem gezet op een te ver doorschieten van de aansprakelijkheid van de overheid. Hoewel ik een *uitsluiting* van aansprakelijkheid in geval van afgeleide aansprakelijkheid afwijs – het tweede verweer – meen ik dat in zo'n geval een zekere terughoudendheid bij het aannemen van toezichthoudersaansprakelijkheid moet worden aangenomen. Zou tot aansprakelijkheid van de toezichthouder worden geconcludeerd, dan geldt een hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:102 lid 1 BW). Dit zal er in de praktijk veelal op neerkomen dat de toezichthouder jegens de gelaedeerde voor de 'volle mep' schadeplichtig wordt. Regres op de primaire dader is vaak niet mogelijk. In dat kader verdient het concept van de proportionele aansprakelijkheid nadere bestudering. Wat betreft het derde verweer merk ik op dat het uiteindelijk voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de toezichthouder niet zal uitmaken of hij heeft nagelaten in te grijpen dan wel op een verkeerde wijze heeft ingegrepen. Ik vind dan ook dat het strikte onderscheid tussen handelen en nalaten zoals dat in Engeland wordt gehanteerd weinig praktische waarde heeft.

Hoewel in Engeland geen algemene regel voor aansprakelijkheid wegens nalaten bestaat, wordt die in specifieke gevallen wel aangenomen. Vrijwel altijd dient daarbij sprake te zijn van een *pre tort relationship*, een reeds voorafgaand aan de onrechtmatige daad bestaande relatie. Deze verhouding kan onder meer ontstaan door de aanwezigheid van een *duty*, i.c. een '*duty to control others*'. Zo'n verplichting wordt aangenomen bij het bewaken en beschermen van personen tot wie men in een bijzondere relatie staat, zoals een school ten opzichte van een leerling, een ziekenhuis ten opzichte van een patiënt en een ouder ten opzichte van zijn kind. De vraag óf een dergelijke *duty* ook op de toezichthouder waarop dit preadvies ziet rust, is minder relevant

nu er in Engeland voor de professionele toezichhouder een 'immunititeit' geldt (zie hierover hoofdstuk 6, § 6.4).

Hoofdstuk 6 Naar een wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid?

6.1 Inleiding

In Duitsland, Engeland en België heeft men gekozen voor een *wettelijke* uitsluiting van aansprakelijkheid van de (financiële) toezichthouder. In Nederland kennen wij geen algemene immuniteit tegen aansprakelijkheid voor een of meer toezichthouders. In het verleden bestond er wel een vrijwaring van aansprakelijkheid voor de Verzekeringskamer en de Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE). Een vrijwaring betekent niet dat toezichthouders niet aansprakelijk kunnen worden gesteld. Vrijwaring ziet slechts op de vraag wie uiteindelijk de schade moet voldoen.

Na de fusie tussen de PVK en de DNB is de vrijwaring voor de PVK niet meer aan de orde.²¹⁰

In een notitie over de samenhang en de verschillen tussen de financiële toezichtswetten merkt de minister ten aanzien van deze vrijwaring het volgende op:

‘De toezichthouders zijn belast met een publiekrechtelijke taak. Bij de uitoefening van die taak kunnen fouten worden gemaakt die kunnen leiden tot aansprakelijkheid voor daaruit voortvloeiende schade (...). Hierbij moet evenwel rekening worden gehouden met het feit dat aansprakelijkheidsclaims een grote omvang kunnen hebben, zeker in verhouding tot de begroting van de desbetreffende toezichthouder. De beperkte draagkracht van de toezichthouders, resp. de beperkte mogelijkheid voor integrale kostendoorberekening, brengt met zich dat zij slechts tot een zeker maximum in staat zijn de hier bedoelde aansprakelijkheidsrisico's te dragen’.²¹¹

De vraag rijst of wij in Nederland, in navolging van de ons omringende landen moeten komen tot een wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid. Voor een goede beoordeling daarvan is het belangrijk kennis te nemen van de argumenten die in het buitenland vóór een wettelijke uitsluiting worden aangevoerd. Van belang is in ogenschouw te nemen dat het in Engeland, België en Duitsland steeds gaat om een wettelijke

210. Mogelijke civiele procedures tegen de PVK worden verder gevoerd tegen DNB, aldus art. 3 lid 1 Fusiewet De Nederlandsche Bank NV en de Stichting Pensioen & Verzekeringskamer, Wet van 13 oktober 2004, houdende bepalingen in verband met de fusie van De Nederlandsche Bank N.V. en de Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer, Stb 556.

211. Kamerstukken II 1995-1996, 24 843, nr. 1, blz. 12.

uitsluiting van *financiële* toezichthouders. In Duitsland wordt de aansprakelijkheid van de toezichthouder, zoals reeds naar voren gekomen in hoofdstuk 5, § 5.2.4, beperkt via het relativiteitsvereiste. In navolging van Duitsland heeft België hier deels voor gekozen en deels via een zwaardere vorm van verwijtbaarheid (bedrog of zware fout). In Engeland tenslotte geldt een wettelijke immuniteit die alleen kan worden opgeheven in geval van *bad faith* (kwade trouw) of in geval van schending van de Human Rights Act 1998.

6.2 Duitsland

6.2.1 § 4 lid 4 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz

De uitsluiting van aansprakelijkheid van de toezichthouder jegens derden vindt zijn wettelijke grondslag in § 4 lid 4 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz:

‘Die Bundesanstalt nimmt ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr’

Reeds eerder bepaalde onder meer lid 4 van § 6 Kreditwesengesetz dat de toezichthouder het toezicht slechts in het algemeen belang uitoefent. Door deze beperking van aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder vissen individuele derden achter het net. In tegenstelling tot de aansprakelijkheid van toezichthouders in België en Engeland waarbij de aansprakelijkheid wordt beperkt tot alleen de zwaardere vormen van verwijtbaarheid -‘*bad faith*’ in Engeland respectievelijk bedrog of zware fout in België- geldt er in Duitsland een gehele immuniteit van aansprakelijkheid. De vraag of deze immuniteit verenigbaar is met het Europese recht is door het Hof van Justitie in positieve zin beantwoord in de zaak Peter Paul e.a. (zie hoofdstuk 5, § 5.2.4.1). § 6 lid 4 Kreditwesengesetz werd toen verenigbaar geacht met de diverse richtlijnen met betrekking tot kredietinstellingen.

Voor de uitwerking van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder in Duitsland verwijs ik naar hoofdstuk 5, § 5.2.4 waar dit onderwerp uitgebreid aan de orde is gekomen.

6.3 België

6.3.1 Art. 68 Wet Toezicht Financiële Sector

Net als in Nederland is er de laatste jaren in België veel aandacht voor de positie van de toezichthouder. Zo verscheen in het voorjaar van 2004 een special van het Rechtskundig Weekblad over 'Overheid en toezicht'. De bijdrage van L. Wynant gaat in op de aansprakelijkheid van overheidstoezichthouders.²¹² Sinds het *Flandria-arrest* van het Hof van Cassatie²¹³ staat vast dat de regels voor aansprakelijkheid van de overheid dezelfde zijn als die voor andere rechtssubjecten.²¹⁴ Dit houdt in dat ook voor de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders in beginsel de algemene regels inzake overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige daad gelden.²¹⁵

Bij de beoordeling van deze aansprakelijkheid moet rekening worden gehouden met de bijzondere positie van de toezichthouder. Wynant formuleert het aldus²¹⁶:

'De vraag naar de aansprakelijkheid van de overheidstoezichthouder in de financiële sfeer houdt, wegens de bijzondere opdracht van de toezichthouder, doorgaans een delicate afweging van belangen in zich: in geval van moeilijkheden binnen een kredietinstelling kan enerzijds een té streng optreden aan de kredietinstelling zelf schade toebrengen, onder meer door het geven van een verkeerd signaal aan de markt, met gebeurlijk verlies van geloofwaardigheid tot gevolg. Anderzijds kan een te grote terughoudendheid daarentegen de toezichthouder naderhand tegenover derden schadeplichtig maken (zie bijvoorbeeld 'BCCI'-rechtspraak), wanneer zijn passieve houding een accumulatie van verliezen binnen de kredietinstellingen mogelijk heeft gemaakt en derden heeft misleid omtrent de financiële gezondheid van de kredietinstelling'.

Tison schetst in zijn artikel onder het kopje 'rechtspolitieke dimensie

212. L. Wynant, De aansprakelijkheid van overheidstoezichthouders, *Rechtskundig Weekblad* 2003-2004, blz. 1570 e.v.

213. Cass. 5 november 1920, Pas. 1920, I, 193. Zie voorts Cass. 7 maart 1963, Pas. 1963, I, 744.

214. Zie M. Tison, Aansprakelijkheid van de prudentiële toezichthouder: een juridische benadering in vergelijkend en Europees perspectief, in 'Financiële regulering: Op zoek naar nieuwe evenwichten, Volume II, 2003 blz. 400 en L. Wynant, t.a.p. blz. 1568.

215. M. Tison, t.a.p. blz. 394-396.

216. L. Wynant, t.a.p., blz. 1570.

van de aansprakelijkheidsproblematiek' argumenten tegen een vergaande aansprakelijkheid van de toezichthouder.²¹⁷ De toezichthouder in verregaande mate aan aansprakelijkheidsrisico's blootstellen zou, aldus Tison, de facto tot een situatie leiden waarin de overheid in vele gevallen moet instaan voor de schulden van een failliete kredietinstelling of beleggingsonderneming jegens derden. Dit zou indruisen tegen de wezenlijke functie die het prudentieel toezicht in een vrije markt-ordering moet vervullen. Daarbij rust op de toezichthouder geen resultaatsverbintenis om elk faillissement van een kredietinstelling te voorkomen, maar is het toezicht slechts bedoeld als een beperkte externe controle met het oog op een juiste bedrijfsvoering binnen de financiële instelling, die in beginsel de allocatie van risico's bij faillissement van de instelling onverlet laat.

Het hiervoor geschetste uitgangspunt dat ten aanzien van de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders in beginsel de algemene regels inzake aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad gelden, heeft nog niet zo lang geleden een belangrijke wettelijke beperking ondergaan. Met de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (WTFS) is de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder in België aanzienlijk beperkt.²¹⁸ Ingevolge art. 45 van deze wet is de 'Commissie voor het Bank- en Financiewezen (CBF) belast met het toezicht op (o.a.) kredietinstellingen, beleggingsondernemingen, beleggingsadviseurs en instellingen voor collectieve belegging en dient de CBF toe te zien op de naleving van de regels die de bescherming van de belangen van de belegger beogen bij verrichtingen in financiële instrumenten en bij te dragen tot de naleving van regels, bedoeld om de spaarders en de beleggers te beschermen tegen illegale aanbieding op levering van financiële producten of diensten. De Controledienst voor de Verzekeringen (CDV) is volgens art. 81 WTFS belast met het toezicht op het verzekeringswezen.

Relevant is dat de aansprakelijkheid van de toezichthouder door art. 68 WTFS (voor de CBF) en art. 104 WTFS (voor de CDV) niet zoals in het Duitse recht het geval is wordt uitgesloten, maar slechts wordt *beperkt*, namelijk tot gevallen van zware fout en bedrog. Art. 68 van de WTFS luidt als volgt:

217. M. Tison, t.a.p., blz. 393.

218. Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, B.S., 4 september 2002.

‘De CBF voert haar opdrachten uitsluitend in het algemeen belang uit. De CBF, de leden van haar organen en haar personeelsleden zijn niet burgerlijk aansprakelijk voor hun beslissingen, handelingen of gedragingen in de uitoefening van de wettelijke opdrachten van de CBF, behalve in geval van bedrog of zware fouten.’²¹⁹

In de parlementaire geschiedenis²²⁰ bij de wet van 2 augustus 2002 worden de volgende argumenten genoemd voor deze beperking van aansprakelijkheid:

- i) de invoering van deze exoneration sluit aan bij die in andere rechtstelsels (waarbij uitdrukkelijk naar Duitsland wordt verwezen), waarin eveneens de aansprakelijkheid van de toezichthouder is beperkt of uitgesloten;
- ii) de CBF en de CDV oefenen hoofdzakelijk taken uit die van prudentiële aard zijn (in het bijzonder de controle van de banken en van de beleggingsondernemingen). Deze taken beogen de stabiliteit en de integriteit van het financiële stelsel te beschermen. Hiermee onderscheidt de prudentiële controle zich van de andere controles omdat zij in de eerste plaats de solvabiliteit en de liquiditeit van de betrokken ondernemingen betreft; de bijzondere aard van genoemde taken en de ermee gepaard gaande risico's rechtvaardigen een afwijkend aansprakelijkheidsregime. Vermeden moet worden dat het optreden van de toezichthouder verlamd wordt door het risico om bij elke daad ‘die zij stelt’, verantwoordelijk te zijn;
- iii) in Aanbeveling 1 van de ‘*Core Principles for Effective Banking*’ uit 1997 van het *Basil Committee on Banking Supervision* wordt uitsluiting (of althans beperking) van aansprakelijkheid van de toezichthouder noodzakelijk geacht²²¹;
- iv) De verantwoordelijkheid van de toezichthouder kan niet in de plaats treden van die van de onder toezicht staande ondernemingen. De overheid zou anders de verantwoordelijkheid voor fouten,

219. Voor de CDV bevat art. 104 WtFS een gelijklopende bepaling.

220. Memorie van toelichting, parl. ST, Kamer, 2001-2002, doc. 50-1842/1, blz. 95-96. Zie hiervoor ook M. Tison, t.a.p., blz. 396-397.

221. Het Basil Committee on Banking Supervisions is een orgaan waarin de toezichthouders op het bankwezen uit diverse landen verenigd zijn. De Memorie van toelichting verwijst zelfs naar de website: www.bis.org. M. Tison, t.a.p., blz. 397, merkt naar mijn mening in dit verband terecht op dat dit argument van de wetgever niet overtuigend is. Het Basil Committee bestaat immers uit de toezichthouders zelf die er alle belang bij hebben om te pleiten voor beperking of uitsluiting van hun eigen aansprakelijkheid.

begaan door 'private ondernemingen' moeten dragen. Fouten begaan door de onder toezicht staande ondernemingen dienen duidelijk onderscheiden te worden van fouten begaan door de toezichthouder in de uitoefening van zijn functie.

Opvallend is dat de memorie van toelichting als één van de argumenten voor uitsluiting (of althans beperking) van aansprakelijkheid van de toezichthouder noemt dat de toezichthouder slechts taken van 'prudentiële aard' uitoefent, die vooral de solvabiliteit en liquiditeit van de ondernemingen in algemene zin betreffen. Art. 45 par. 3 en 4 van de WTFS vermelden echter dat de CBF mede als opdracht heeft:

'3. toe te zien op de naleving van de regels die de bescherming van de belangen van de belegger (cursivering AvR) bij verrichtingen in financiële instrumenten en toe te zien op de goede werking, de integriteit en de transparantie van de markten voor de financiële instrumenten;

4. bij te dragen tot een naleving van de regels bedoeld om spaarders en de beleggers te beschermen tegen het onwenselijk aanbod of de illegale levering van financiële producten of diensten'.

Hieruit volgt naar mijn mening dat de CBS zijn taken in ieder geval dus mede ter bescherming van de belangen van de belegger uitoefent en niet slechts – zoals dat uitdrukkelijk het geval is in Duitsland – in het algemeen belang.

6.3.2 'Zware fout' van de toezichthouder

De financiële toezichthouder in België is dus pas aansprakelijk als hij zijn taak in het algemeen belang uitoefent en slechts voorzover hem bedrog of een zware fout valt aan te rekenen. In het Belgische recht wordt onder een 'zware fout' verstaan een fout die dermate ernstig is, dat geen enkele redelijke persoon deze zou hebben begaan.²²² Anders dan bij de 'gewone fout' is de maatstaf hier niet de 'redelijke en voorzichtige gelijkaardige persoon', maar 'om het even welke redelijke persoon'. Voor bedrog is verder nog nodig dat er opzet om schade te veroorzaken in het spel moet zijn. Bij de beoordeling of er sprake is van een zware fout kan, aldus onder meer Tison, rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de toezichthouder een 'professio-

222. M. Tison, t.ap., blz. 401-402.

neel' is. Dit brengt evenwel niet mee dat elke professionele fout een zware fout oplevert. Wel zal een fout die dermate flagrant is dat ook een niet-professioneel deze wellicht niet zou hebben begaan, een zware fout opleveren.

Een zware fout kan zowel gelegen zijn in de overtreding van een specifieke wettelijke norm als in de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Een schending van een wettelijke norm levert per definitie een fout op, maar niet zonder meer een zware fout. Tison wijst er naar mijn mening terecht uitdrukkelijk op dat bij de beantwoording van de vraag of een wettelijke norm is overtreden, rekening moet worden gehouden met de beoordelingsvrijheid die de wet aan de toezichthouder laat. De prudentiële toezichthouder heeft doorgaans een ruime beoordelingsvrijheid ten aanzien van de wijze waarop de prudentiële normen (te denken valt in dit verband aan de eisen inzake de interne controle en de administratieve en boekhoudkundige structuur van de financiële instelling) in het concrete geval moeten worden ingevuld. Of de toezichthouder het verwijt van een zware fout kan worden gemaakt hangt samen met deze beoordelingsvrijheid en met de verschillende, soms conflicterende belangen die in het spel zijn bij de concrete invulling van deze normen door de toezichthouder (het bekende toezichthoudersdilemma).

6.4 Engeland

6.4.1 Schedule I section 19 (3) Financial Services and Markets Act 2000

In Engeland is weinig jurisprudentie voorhanden over de vraag wanneer een financiële toezichthouder aansprakelijk kan worden gesteld.²²³ Dit is niet verwonderlijk omdat voor de financiële toezichthouder een wettelijke immuniteit geldt op grond van de Financial Services and Markets Act 2000, Schedule I section 19 (3) behorende bij the Financial Services and Markets Act 2000 luidt als volgt²²⁴:

223. Op dit moment speelt in Engeland de vraag of derden de Financial Services Authority (FSA) kunnen aanspreken wegens falend toezicht op de Equitable Life Assurance Society. Zie hierover bijvoorbeeld de Media Briefing 21 January 2004 over 'Regarding forthcoming publication of Lord Penrose Report'. Onder voorzitterschap van Lord Penrose is een rapport over de neergang van Equitable Life tot stand gekomen. Er zijn zelfs diverse websites waarop minitieuze gang van zaken staat vermeld, zie bijvoorbeeld <http://money.guardian.co.uk/equitablelife>.

224. Aanvankelijk was deze immuniteit neergelegd in de Banking Act 1987, naderhand in section 187 Financial Services Act 1986 en thans in deze Financial Services and Market 2000.

'19. – (1) Neither the Authority nor any person who is, or is acting as, a member, officer or member of staff of the Authority is to be liable in damages for anything done or omitted in the discharge, or purported discharge, of the Authority's functions.

(2) Neither the investigator appointed under paragraph 7 nor a person appointed to conduct an investigation on his behalf under paragraph 8 (8) is to be liable in damages for anything done or omitted in the discharge, or purported discharge, of his function in relation to the investigation of a complaint.

(3) Neither sub-paragraph (1) nor sub-paragraph (2) applies –

- (a) if the act or omission is shown to have been in bad faith; or
- (b) so as to prevent an award of damages made in respect of an act or omission on the ground that the act or omission was unlawful as a result of section 6 (1) of the Human Rights Act 1998'.

Aansprakelijkheid is derhalve alleen nog mogelijk indien 'in bad faith' (te kwader trouw) is gehandeld of wanneer er gehandeld is in strijd met section 6 § 1 van de Human Rights Act 1998. Section 6 § 1 van de Human Rights Act 1998 luidt als volgt:

'It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention (hiermee wordt het EVRM bedoeld, AvR) right'.

Voor de beperking van aansprakelijkheid van de toezichthouder tot gevallen van 'in bath faith' worden de volgende redenen genoemd²²⁵:

- (i) mogelijke beïnvloeding van het gedrag van de toezichthouder door de aansprakelijkheid: het risico bestaat dat de toezichthouder, uit angst voor aansprakelijkheid, bepaalde maatregelen zou nemen of juist achterwege zou laten;
- (ii) hiermee hangt de volgende reden samen: juist wanneer de toezichthouder moeilijke beslissingen moet nemen, omdat hij verschillende (tegenstrijdige) belangen tegen elkaar moet afwegen, mag zijn oordeel niet worden beïnvloed door mogelijke aansprakelijkheid (hetzij jegens de financiële instelling, hetzij jegens derden).

225. Zie H. Mc Lean, *Negligent regulatory authorities and the duty of care*, Oxford Journal of Legal Studies, 1988 vol. 8, nr. 3, blz. 450.

Verder kan nog worden opgemerkt dat in de oudere toezichtswetten (van 1979 en 1987) nog primair werd uitgegaan van de bescherming van de depositohouders van de financiële instellingen als doel van het toezicht. In de Financial Services and Market Act 2000 gaat het daarentegen in de eerste plaats om het zogenaamde prudentieel toezicht, dat primair de bescherming van de stabiliteit en de soliditeit van het financiële stelsel als geheel tot doel heeft.²²⁶

Uit het voorgaande is gebleken dat de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder beperkt is tot gevallen van *bad faith* en strijd met het EVRM. Het is dus niet mogelijk de toezichthouder op grond van *negligence* of *breach of statutory duty*²²⁷ aansprakelijk te stellen. De toezichthouder kan dus slechts aansprakelijk worden gesteld via een tort die opzettelijk handelen sanctioneert.

Voordat ik aan bespreking van de schaarse uitspraken over de aansprakelijkheid van de toezichthouder toe kom, merk ik op dat het op zich opmerkelijk is dat Engeland gekozen heeft voor een *wettelijke* uitsluiting van aansprakelijkheid. Aan de hand van de in hoofdstuk 5 aan de orde gekomen '*tort of negligence*' was het immers al bijna ondoenlijk voor individuele beleggers en crediteuren om schadevergoeding te verkrijgen. Zo was in de zaak *Yuen Kun-yeu v. Attorney General of Hong-Kong*²²⁸, waarbij het ging om een vordering tot schadevergoeding van een inlegger van een gefailleerde bankinstelling jegens de Hong Kong Commissioner of Deposit-taking Companies omdat deze toezichthouder nalatig was geweest door niet (tijdig) de vergunning van de desbetreffende bank in te trekken, immers door de Privy Council²²⁹ reeds overwogen dat voor het bestaan van een *duty* nodig was dat er voldoende *proximity* bestond tussen de toezichthouder en de gedupeerde crediteuren van de gefailleerde bank. De Privy Council besliste dat op de Commissioner bij de uitoefening van de door hem

226. Zie hiervoor M. Andenas and D. Fairgrieve, 'To supervise or to compensate? A comparative study of state liability of negligent banking supervision', in 'Judicial Review in International Perspective', Kluwer Law International 2000, blz. 337-338.

227. Naast *negligence* kan overheidsaansprakelijkheid in het Engelse recht ook gebaseerd worden op de tort *breach of statutory duty*. Hiervan zal niet snel sprake zijn, omdat de rechter in Engeland geneigd is tot een restrictieve interpretatie van de betrokken wetgeving waardoor een civielrechtelijke aansprakelijkheidsclaim al snel wordt uitgesloten. Zie hierover Markesinis and Deakin, a.w., blz. 358 e.v.

228. [1988] AC 175.

229. De Privy Council is weliswaar niet een Engelse rechter, maar de hoogste rechter voor de overzeese gebiedsdelen en (bepaalde landen van) het Gemenebest, maar oordeelt veelal wel volgens de Common Law.

bij wet toegekende bevoegdheden geen *duty of care* jegens de individuele deposanten rustte, maar slechts een *duty* jegens het publiek in het algemeen. Er was dus geen sprake van een voldoende mate van *proximity* tussen de toezichthouder en de benadeelde inlegger. Van belang werd verder geacht dat de toezichthouder niet in de positie verkeerde om controle uit te oefenen over de dagelijkse gang van zaken alsmede het feit dat het toezicht niet werd uitgeoefend met het oog op het geven van individuele garanties over de kredietwaardigheid van een bank.

In gelijke zin werd geoordeeld in de zaak *Davis v. Ratcliffe*, waarbij het een vordering jegens de *Finance Board and Treasurer* van het Isle of Man betrof. In deze uitspraak worden de motieven tegen het aangaan van een dergelijke *duty* uitgebreid uiteengezet. In de eerste plaats wordt vooropgesteld dat het hier om een overheidstaak gaat, uitgeoefend in het algemeen belang ('to be exercised in the general public interest'):

'First, it is evident that the functions of the Finance Board, and indeed of the Treasurer, as established by the Finance Board Act 1961, are typical functions of modern government, to be exercised in the general public interest. These functions are, as already indicated, of the broadest kind, for which parallels can doubtless be drawn from other jurisdictions. The functions vested in the Treasurer, and in the Finance Board, by the Banking Act 1975 must be seen as forming part of those broader functions. No doubt, in establishing a system of licensing for banks, regard was being had (though this is not expressly stated in the long title of the Act) to the fact that the existence of such a licensing system should provide an added degree of security for those dealing with banks carrying on business in the Isle of Man, including in particular those who deposit money with such banks. But it must have been the statutory intention that the licensing system should be operated in the interests of the public as a whole; and when those charged with its operation are faced with making decisions with regard, for example, to refusing to renew licences or to revoking licences, such decisions can well involve the exercise of judgement of a delicate nature affecting the whole future of the relevant bank in the Isle of Man, and the impact of any consequent cessation of the bank's business in the Isle of Man, not merely upon the customers and creditors of the bank, but indeed upon the future of financial services in the island'.

In de tweede plaats gaat het om een vorm van afgeleide aansprakelijkheid die ook nog eens ten opzichte van een ongelimiteerd aantal personen zou gelden ('damage caused to the plaintiffs by the default of a third party' en 'to an unlimited class of persons').

Ten slotte zouden gedaagden geen bevoegdheid hebben gehad om de dagelijkse gang van zaken bij de bank die failliet was gegaan, te controleren:

'A further consideration which militates against the imposition of a duty of care upon persons in the position of the defendants in the present case is that it is being sought to make them liable in negligence for damage caused to the plaintiffs by the default of a third party, S.I.B. In the case of physical damage caused by the deliberate wrongdoing of a third party, such liability will only be imposed in limited classes of case, a matter which was recently explored in the speeches of the House of Lords in *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* [1987] A.C. 241. Here it is suggested that such liability should be imposed for purely financial loss flowing from the negligence of a third party. It must be rare that any such liability will be imposed; but in any event it is difficult to see that, in the present case, the defendants possessed sufficient control over the management of S.I.B. to warrant the imposition of any such liability: *cf. Smith v. Leurs* (1945) 70 C.L.R. 256, 261-262, per Dixon J. Certainly, *Anns v. Merton London Borough Council* [1978] A.C. 728 does not provide an instance of the imposition of such liability, since the damage in that case was treated as falling within the description of physical damage. Yet another consideration militating against the existence of the alleged duty of care in the present case is that it is said to be owed to an unlimited class of persons including not only the depositors of money with S.I.B. but also those considering whether to deposit their money with S.I.B'.²³⁰

Bij deze stand van zaken resteert als vrijwel enige *tort* op basis waarvan de toezichthouder aansprakelijk kan worden geacht de *tort van misfeasance in a public office*: het opzettelijk toebrengen van schade in de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Zou dan wellicht deze *tort* soelaas kunnen bieden? Hierover gaat de bekende uitspraak van the House of Lords in the Three Rivers-zaak.²³¹ Rekeninghouders van the Bank of Credit and Commerce International S.A. (BCCI) stelden de Bank of England aansprakelijk voor schade geleden door falend toezicht op 'hun' bank. Ingevolge de Banking Act was de toezichthouder alleen aansprakelijk indien was gehandeld in 'bad faith' zodat de vordering niet kon worden gebaseerd op *negligence*, maar slechts op *misfeasance in a public office*. In dit kader is relevant dat volgens the House of Lords voor een geslaagd beroep op de *tort*

230. Zie *Davis v. Ratcliffe* [1990] 1 W.L.R. 821, blz. 826-827.

231. *Three Rivers District Council v. Governor Company of the Bank of England* [2000] 3 All ER 1. Zie over deze uitspraak M.H. Wissink, *Staatsaansprakelijkheid voor falend banktoezicht; het oordeel van the House of Lords in de Three Rivers-zaak*, *StEW* 2002-2003, blz. 93-97.

misfeasance in a public office voldaan moet zijn aan het vereiste van *bad faith*. Hieraan zal niet snel voldaan zijn; vereist is immers de wetenschap van bevoegdheidsoverschrijding.²³² Opgemerkt zij overigens wel dat the House of Lords zich slechts in algemene zin heeft uitgesproken over de vereisten van een geslaagd beroep op *misfeasance in a public office* en de zaak vervolgens heeft teruggewezen naar de lagere rechter om te beslissen of in het concrete geval aan de vereisten was voldaan.

6.4.2 Wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid in strijd met art. 6 EVRM?

Ook het Engelse overheidsaansprakelijkheidsrecht is beïnvloed door het Europese recht. Het EVRM en de op grond daarvan totstandgekomen Human Rights Act 1998 zijn er debet aan geweest dat de rechter in Engeland waarschijnlijk sneller tot aansprakelijkheid van de overheid is gaan concluderen dan voorheen het geval was. De Human Rights Act 1998 legt aan de rechter de verplichting op om wetgeving te interpreteren in overeenstemming met de mensenrechten van het EVRM. Een fraai voorbeeld biedt de uitspraak van het EHRM inzake *Osman*.²³³ Deze uitspraak was tevens de aanleiding voor de vraag die in Engeland aan de orde is gekomen of een uitsluiting van aansprakelijkheid, zoals die op grond van de wet geldt voor de financiële toezichthouder, maar ingevolge de Common Law ook geldt voor andere overheidsfuncties²³⁴, in strijd is met het EVRM, in het bijzonder met art. 6 en 13 EVRM. Art. 6 EVRM geeft regels met betrekking tot een eerlijk proces bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgung. Met betrekking tot 'burgerlijke rechten en verplichtingen' is het recht op toegang slechts aanwezig indien en voorzover daarvan sprake is. Gaat het niet om het vaststellen van 'burgerlijke rechten en

232. Zie over de Three-Riverszaak onder meer M. Andenas/D. Fairgrieve, *Misfeasance in public office, Governmental liability and European Influences*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, blz. 757 e.v.; Ch. Proctor, *Regulatory immunity and legal risk*, *Financial Regulator*, 2002, blz. 27 e.v. (m.n. blz. 31-33) en Ch. Proctor, *Financial Regulators-Risks and Liabilities*, part I, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, January 2002, blz. 17. In deze zaak speelden vergelijkbare Europeesrechtelijke problemen als in HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02, AB 2005, 17 (Peter Paul), maar die zijn door the House of Lords zonder verwijzing afgedaan.

233. EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134.

234. Zie hiervoor de noot van E.A. Alkema onder EHRM 28 oktober 1998 in NJ 2000, 134, § 4.

verplichtingen', dan is er ook geen recht op toegang van de rechter. Art. 13 EVRM ligt in het verlengde van art. 6 EVRM. Art. 13 EVRM garandeert een recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie aan een ieder wiens rechten en vrijheden uit het EVRM zijn geschonden.

In de hierna te bespreken uitspraak inzake *Z. e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk* zag the House of Lords geen aanleiding om de aansprakelijkheid uit te breiden tot een nieuw gebied. Eisers vordering tot schadevergoeding werd dan ook niet ontvankelijk geacht. Schending van art. 6 EVRM werd wel aangenomen in de zaak *Osman/Verenigd Koninkrijk*. In deze zaak betrof het de aansprakelijkheid van de politie, die ondanks herhaalde signalen van ernstige bedreigingen tegen Osman niet had ingegrepen, waarna Osman uiteindelijk werd doodgeschoten. De Engelse rechter had – met gebruikmaking van de in het Engelse recht bestaande mogelijkheid tot 'striking out' – de vordering van de nabestaanden tegen de politie afgewezen op de grond dat volgens de uitspraak van the House of Lords in *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*²³⁵, tegen de politie geen vordering uit *negligence* kon worden ingesteld betreffende handelen in het kader van de opsporing van strafbare feiten. Het EHRM oordeelde echter dat het recht van de nabestaanden op toegang tot de rechter was geschonden. Het EHRM overweegt hiertoe:

'The Court would observe that the application of the rule in this manner without further enquiry into the existence of competing public-interest considerations only serves to confer a blanket immunity on the police for their acts and omissions during the investigation and suppression of crime and amounts to an unjustifiable restriction on an applicant's right to have a determination on the merits of his or her claim against the police in deserving cases. In its view, it must be open to a domestic court to have regard to the presence of other public-interest considerations which pull in the opposite direction to the application of the rule. Failing this, there will be no distinction made between degrees of negligence or of harm suffered or any consideration of the justice of a particular case (...) (rov. 151)'.

Het EHRM acht hierbij evenwel van belang dat het in de *Osman*-zaak ging om tekortschieten van de politie aangaande de bescherming van het leven van Osman en dat de politie ernstig nalaten werd verweten:

235. [1989] AC 53.

'Furthermore, the applicants' case involved the alleged failure to protect the life of a child and their view that that failure was the result of a catalogue of acts and omissions which amounted to grave negligence as opposed to minor acts of incompetence. The applicants also claimed that the police had assumed responsibility for their safety. Finally, the harm sustained was of the most serious nature (rov. 151)'.

In de hierbovengenoemde uitspraak inzake *Z. e.a./Verenigd Koninkrijk*²³⁶ heeft het EHRM zijn oordeel in *Osman/Verenigd Koninkrijk* aanzienlijk genuanceerd. Het Hof geeft hierin aan dat de beslissing in *Osman* gebaseerd was op een onjuiste lezing van het Engelse recht en oordeelt dat het ontbreken van aansprakelijkheid op grond van *negligence* i.c. niet berust op een algehele immuniteit van de overheid voor claims, maar op het materiële recht zelf:

'(...) It is not enough to bring Article 6 § 1 into play that the non-existence of a cause of action under domestic law may be described as having the same effect as an immunity, in the sense of not enabling the applicant to sue for a given category of harm (rov. 98)'.

'(...) In the present case, the Court is led to the conclusion that the inability of the applicants to sue the local authority flowed not from an immunity but from the applicable principles governing the substantive right of action in domestic law (...) (rov. 100).'

Het arrest lijkt aldus uit te gaan van een onderscheid tussen enerzijds een uitsluiting van aansprakelijkheid die voortvloeit uit het materiële recht en anderzijds een algehele immuniteit voor (op grond van het materiële recht in beginsel wél bestaande) aansprakelijkheidsclaims. In het eerste geval bestaat er volgens het materiële recht in het geheel geen burgerlijk recht ('*civil right*') en is art. 6 EVRM dan ook niet van toepassing. In het tweede geval kan echter sprake zijn van strijd met art. 6 EVRM, omdat in dat geval een procedurele beperking wordt opgeworpen die in strijd kan zijn met het recht op een eerlijk en openbaar proces. Of dit zo is, hangt af van de vraag of de beperking een legitiem doel dient en proportioneel is.²³⁷

236. EHRM 10 mei 2001 [2001] 2 FLR 612.

237. Zie S.C.J.J. Kortmann e.a., Nogmaals de aansprakelijkheid van de Staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken, in: *Grensverleggend staatsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann 2001*, blz. 218-227, die mijns inziens terecht opmerken of dit onderscheid op de lange duur kan worden gehandhaafd.

In Engeland wordt door sommige auteurs uit de genoemde arresten afgeleid dat een algehele uitsluiting ('blanket immunity') van aansprakelijkheid in strijd kan komen met het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM) maar dat dit niet geldt voor een beslissing in het concrete geval dat een overheidsinstelling voor haar optreden niet aansprakelijk is jegens de gelaedeerde.²³⁸ Anderen daarentegen huldigen de opvatting dat de wettelijke uitsluiting wel degelijk in strijd komt met art. 6 EVRM.²³⁹

6.5 Ook in Nederland?

In de voorgaande paragrafen zijn de rechtsstelsels in Duitsland, België en Engeland onder de loep genomen. De vraag komt op of de argumenten die daar naar voren zijn gekomen om de aansprakelijkheid van de toezichthouder uit te sluiten dan wel te beperken, ook voor Nederland opgeld doen. Daarbij dient voor ogen gehouden te worden dat de grenzen van deze uitsluitingen resp. beperkingen van de aansprakelijkheid van de toezichthouder zullen worden gevonden in met name het Europese recht en de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Een algemene uitsluiting van aansprakelijkheid, een 'blanket immunity' strookt naar mijn oordeel niet met ons Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Een dergelijke uitsluiting past niet in ons rechtsstelsel, te meer daar voor geen enkele instantie een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid geldt. Een beperking van aansprakelijkheid via de proportionele aansprakelijkheid biedt in de toekomst wellicht betere perspectieven. De Hoge Raad heeft in het in § 5.2.2 aan de orde gekomen arrest van 7 mei 2004²⁴⁰ (Duwbak Linda) de aansprakelijkheid van de Staat via het relativiteitsvereiste verregaand beperkt. De lijn kan worden doorgetrokken naar de toezichthouder. Een beperking van aansprakelijkheid van de toezichthouder kan derhalve via het relativiteitsvereiste worden bereikt, zodat een wettelijke uitsluiting van aan-

238. Zie in deze zin Ch. Proctor, *Financial Regulators – Risks and Liabilities*, part 1, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, January 2002, blz. 21 en A. Page, *The Financial Services and Markets Act and the European Convention on Human Rights*, *Journal of International Financial Markets* 2000, blz. 202-203.

239. J. Coffey & T. Pinto, *The compatibility of the Financial Services and Markets Act 2000 with the Human Rights Act 1998*, *International Company and Commercial Law Review* 2001, blz. 56.

240. HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67.

sprakelijkheid niet nodig is. Wel verdient het aanbeveling om in de verschillende wetten op te nemen wat het beschermingsbereik van de norm is. Een belangrijk argument tegen een dergelijke wettelijke uitsluiting is dat zo'n uitsluiting voor alle (financiële) toezichthouders zou moeten gelden. Deze oplossing lijkt mij veel te kort door de bocht; de nuances in beoordeling van aansprakelijkheid zouden nu juist gevonden moeten worden in de weging van de Kelderluik-criteria. Door alle toezichthouders over één kam te scheren schiet men zijn doel voorbij. Gezichtspunten als de aard en het doel van het toezicht kunnen onder omstandigheden in het ene geval wel tot toezichthoudersaansprakelijkheid leiden en in het andere geval juist niet.

Een ander argument tegen een algehele wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid is dat een dergelijke uitsluiting in strijd zou kunnen komen met art. 6 en 13 EVRM. Daar is naar mijn mening minder reden voor indien de aansprakelijkheid in een concreet geval via het relativiteitsvereiste wordt *beperkt*. Uit de uitspraak van het Hof van Justitie inzake Peter Paul²⁴¹ blijkt voorts dat een beperking van aansprakelijkheid van de financiële toezichthouder via het relativiteitsvereiste niet in strijd is met het Europese recht.

Is het een oplossing de aansprakelijkheid van de toezichthouder te beperken tot de zwaardere vormen van verwijtbaarheid? Ik zie daar geen reden voor. Waarom zou de toezichthouder die vanwege de wet taken en bevoegdheden opgelegd heeft gekregen om voor de naleving van de wet zorg te dragen alleen bij bedrog, bewuste roekeloosheid of ernstige verwijtbaarheid aansprakelijk zijn? Iets anders is dat de rechter aan de hand van de normen voor toezicht en de gedragsnorm ter voorkoming van schade (Kelderluik-criteria) in sommige gevallen wel degelijk tot een terughoudende vorm van aansprakelijkheid kan komen. In plaats van aansprakelijkheid te beperken tot de zwaardere vormen van verwijtbaarheid, doet toetsing aan deze normen naar mijn oordeel meer recht aan het concrete geval. Bovendien kan de rechter op die wijze beter rekening houden met allerlei nuances.

241. HvJ EG 12 oktober 2004, C-222/02. AB 2005, 17.

Lijst van geraadpleegde literatuur

Albers (2004)

C.L.G.F.H. Albers, De 'beginselplicht' tot handhaving. Een stoe-
lendans tussen rechter en bestuur?, Gemeentestem 2004, 7206, blz.
233 e.v.

Albers (2004)

C.L.G.F.H. Albers, Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig
toezicht en ontoereikende handhaving, NTB 2004, blz. 201 e.v.

Alkema (2000)

E.A. Alkema, noot onder EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134

Akkermans (1997)

A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker cau-
saal verband: een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijk-
heid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato
van veroorzakingswaarschijnlijkheid, diss. Tilburg 1997

Andenas en Fairgrieve (2000)

M. Andenas and D. Fairgrieve, To supervise or to compensate? A
comperative study of state liability of negligent banking supervi-
sion, in 'Judicial Review in International Perspective', Kluwer
Law International 2000, blz. 333 e.v.

Andenas en Fairgrieve (2002)

M. Andenas and D. Fairgrieve, Misfeasance in public office, Go-
vernmental liability and European Influences, International and
Comparative Law Quaterly, 2002, blz. 757 e.v.

Asser-Hartkamp 4-III (2002)

A.S. Hartkamp, Verbintenis uit de wet, 11e druk, 2002

Bakker en Bastein (2004)

R.C.S. Bakker en B. Bastein, Over beginselplicht en belangen bij
handhaving, NTB 2004, blz. 333 e.v.

Barkhuysen en Van Emmerik (2003)

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, EHRM-uitspraak Öneriyildiz
tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke
situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij

ongelukken en rampen, Overheid & Aansprakelijkheid 2003, blz. 109 e.v.

Barkhuysen en Van Emmerik (2004)

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, Overheidsaansprakelijkheid voor de Enschedese Vuurwerkramp, NJCM-Bulletin, jrg. 29, blz. 698

Van den Berg, Jonk en Moelker (2003)

R.G. van den Berg, A.M. Jonk en L.A.G. Moelker, Naar een wet op het financieel toezicht, Tijdschrift voor Effectenrecht 2003, blz. 192 e.v.

Birks (2000)

P. Birks e.a., English Private Law, Volume II, Oxford University Press 2000

Bolt en Spier

A.T. Bolt en J. Spier, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, NJV preadvies 1996

Van Boom (1997)

W.H. van Boom, Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel, in 'Tussen 'Alles' en 'Niets', Van toedeling naar verdeling van nadeel', 1997, blz. 135 e.v.

Van Boom en Giesen (2001)

W.H. van Boom en I. Giesen, Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen, NJB 2001, blz. 1675 e.v.

Boshuizen (2001)

G.R. Boshuizen, Verzekeringen, overheidstoezicht en privaatrecht, diss. UU 2001

Boxum, De Ridder en Scheltema (1989)

J.L. Boxum, J. de Ridder en M. Scheltema, Zelfstandige bestuursorganen in soorten, verslag van een onderzoek naar de praktijk van zelfstandige bestuursorganen, in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken 1989

Coffey en Pinto (2001)

J. Coffey and T. Pinto, The compatibility of the Financial Services and Markets Act 2000 with the Human Rights Act 1998, *International Company and Commercial Law Review* 2001, blz. 50 e.v.

Craig en Fairgrieve (1999)

P. Craig and D. Fairgrieve, Baret, Negligence and Discretionary Powers, *Public Law* 1999, blz. 626 e.v.

Van Dam (2000)

C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Een grensoverschrijdend handboek 2000

Van Dam (2002)

C.C. van Dam, Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving in: J.M. Barendrecht (e.a.), 'Kring van aansprakelijken bij massaschade', 2002, blz. 37 e.v.

Van Dijk (2003)

Chr.H. van Dijk, Aansprakelijkheid voor falend toezicht op banken en verzekeraars, *NTBR* 2003, blz. 188 e.v.

Drupsteen (2001)

Th.G. Drupsteen, noot onder HR 9 november 2001, AB 2001, 21

Duijkersloot (1996)

A.P.W. Duijkersloot, Europese integratie, verzekeringsbedrijf en systemen van overheidstoezicht: een nationaal- en Europeesrechtelijke studie over achtergronden en resultaten van de confrontatie van uiteenlopende nationale overheidstoezichtsstelsels bij het EG-integratieproces, diss. UvA 1996

Duijkersloot (1998)

A.P.W. Duijkersloot, De introductie van de bestuurlijke boete en de dwangsom in de financiële toezichtswetgeving, *NTB* 1998, blz. 199 e.v.

Van Everdingen (1999)

H.G. van Everdingen, Enige opmerkingen over de structuur van het toezicht op de financiële sector in: 'Aspecten van toezicht: beschouwingen over het toezicht op de financiële sector', preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 1999

Fairgrieve (2002)

D. Fairgrieve, Pushing back the Boundaries of Public Authority Liability: Tort Law Enters the Classroom, Public Law 2002, blz. 288 e.v.

Faure, Hartlief (2000)

M. Faure en T. Hartlief, Proportionele aansprakelijkheid 2000

Giesen (2002)

I. Giesen, Aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht, AV& S 2002, blz. 97 e.v.

Giesen (2004)

I. Giesen, Aansprakelijkheid na een nalaten. Een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid wegens nalaten, in het bijzonder van toezichthouders, Studiekring Offerhaus 2004

Giesen (2004)

I. Giesen, Toezicht en Aansprakelijkheid, serie Recht en Praktijk 2004, nr. 132

Gratias (1999)

M. Gratias, Staatshaftung für fehlerhafte Banken-und Versicherungsaufsicht im Europäischen Binnenmarkt, diss. Baden-Baden 1999

Gratias (2000)

M. Gratias, Bankenaufsicht, Einlegerschutz und Staatshaftung, NJW 2000, blz. 786 e.v.

Haan-Kamminga (2003)

A. Haan-Kamminga, Aansprakelijkheid voor toezicht, in: 'LT. Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmermans ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Handelsrecht en Ondernemingsrecht aan de RUG, 2003, blz. 117 e.v.

Harmse en Wassenaar (2004)

A. Harmse en I. Wassenaar, Aansprakelijkheid van de Autoriteit Financiële Markten in het kader van de Wet toezicht financiële verslaggeving, Markten onder toezicht 2004, blz. 171 e.v.

Hartlief (2003)

T. Hartlief, De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht, in: 'Einde van het aansprakelijkheidsrecht?' 2003, blz. 1 e.v.

Hartlief (2004)

T. Hartlief, Kroniek Aansprakelijkheids-en schadevergoedingsrecht, NTBR 2004, blz. 464

Hartlief (2005)

T. Hartlief, Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden? Diesrede ter gelegenheid van de 29^e Dies Natalis op 14 januari 2005 van de Universiteit Maastricht, blz. 29 e.v.

Heersma (2004)

K.D. Heersma, De zorgautoriteit, in 'Markten onder toezicht' 2004, blz. 373 e.v.

Helm (2004)

J.J. van der Helm, De verwachting van de wegbeheerder, Verkeersrecht 2004, blz. 33 e.v.

Hickl (1971)

M. Hickl, Die Ausweitung der Amtspflichten gegenüber Dritten in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zur Amtshaftung, diss. Frankfurt a/Main 1971

Jans (2002)

J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht 2002

Jansen (1997)

O.J.D.M.L. Jansen, Handhavingstoezicht, in A.J. Bok e.a., Nieuw Bestuursrecht: Derde tranche Algemene Wet Bestuursrecht, blz. 137 e.v.

Jurgens (2000)

G.M.T.J. Jurgens, Overheidsaansprakelijkheid bij gedogen?, NJB 2000, blz. 1281

Junker (2003)

J. Junker, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, diss. Berlin 2003

Kopf en Bäumler (1979)

H.C.H. Kopf, H. Bäumler, Die Neue Rechtssprechung des BGH zur Amthftung im Bereich der Bankenaufsicht, NJW 1979, 1871

Van der Kolk (2004)

D. van der Kolk, De consumenten toezichthouder, in 'Markten onder toezicht' 2004, blz. 381 e.v.

Koning (2000)

P.J.M. Koning, Toezichthouders en het publiek. Zoektocht naar eenheid onder de verscheidenheid, in: H.J. de Ru en J.A.F. Peters (red.), Toezicht en regulering van nieuwe markten, blz. 93 e.v.

Kortmann e.a. (2001)

S.C.J.J. Kortmann e.a., Nogmaals de aansprakelijkheid van de Staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken, in: 'Grensverleggend staatsrecht. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. C.A.J.M. Kortmann' 2001, blz. 207 e.v.

Kreijger (2004)

P.J. Kreijger, Naming and Shaming-paal en perk aan het persbeleid van de Nma?, Markt & Mededinging 2004-3, blz. 112 e.v.

Mc Lean (1988)

H.Mc Lean, Negligent regulatory authorities and the duty of care, Oxford Journal of Legal Studies, 1988 vol. 8, nr. 3, blz. 442 e.v.

Van Maanen (2004)

G.E. van Maanen, bespreking HR 7 mei 2004 in Rechtspraak kort, NTBR 2004, blz. 482

Markesinis en Deakin (2003)

B.S. Markesinis and S.F. Deakin, Tort Law, 5 th ed. 2003

Meijer (2004)

R. Meijer, Communautaire invloeden op het nationale stelsel van overheidsaansprakelijkheidsrecht, NTBR 2004, blz. 524 e.v.

Michiels (2000)

F.C.M.A. Michiels, Belangenafweging bij sanctiebesluiten, Ars Aequi 2000, blz. 111 e.v.

Michiels (2001)

F.C.M.A. Michiels, *Gedogen is doodgewoon*, RM Themis 2001, blz. 251 e.v.

Michiels (2003)

F.C.M.A. Michiels, *de Wet Milieubeheer*, Studiepockets Staats- en bestuursrecht 2003

Moesker (2001)

H.C.W.M. Moesker, *Het bouw-en woningtoezicht*, in: 'Van Wonen naar Bouwen: 100 Jaar Woningwet' (A.G. Bregman en D.A. Lubach red.) 2001, blz. 115 e.v.

Den Ouden en De Die (2000)

W. den Ouden en A.C. de Die, *Van Gezondheidswet als panacee naar titel 5.2 Awb. Ontwikkelingen rond het toezicht op de volksgezondheid*, Tijdschrift voor gezondheidsrecht 2000, blz. 70 e.v.

Page (2000)

A. Page, *The Financial Services and Markets Act and the European Convention on Human Rights*, Journal of International Financial Markets 2000, blz. 199 e.v.

Proctor (2000)

Ch. Proctor, *Regulatory immunity and legal risk*, Financial Regulator, 2002, blz. 27 e.v.

Proctor (2002)

Ch. Proctor, *Financial Regulators – Risks and Liabilities*, part 1, Journal of International Banking and Financial Law, January 2002, blz. 15 ev.

Polak (2002)

J.E.M. Polak, *Kroniek van het algemeen bestuursrecht*, NJB 2002, blz. 475

Van Ravels (2004)

B.P.M. van Ravels, *annotatie bij Hof 's Gravenhage 7 mei 2004*, JOR 2004/206

Rogier/Hartmann/Van der Hulst (2002)

L.J.J. Rogier/A.R. Hartmann/J.W. van der Hulst, Nalevingstoezicht, Monografieën financieel bestuursstrafrecht, 2002

Van Rossum (2001)

A.A. van Rossum, Europees overheidsaansprakelijkheidsrecht: minimumharmonisatie of uniformiteit?, in 'Onze Keus, pirouettes in het gemeenschapsrecht', Rolf de Groot, Elies Steyger, Ronald van den Tweel, (red) 2001, blz. 137 e.v.

Van Rossum (2001)

A.A. van Rossum, Falend toezicht, De aansprakelijkheid van de economische en de financiële toezichthouder, BJU 2001

De Rijke en Berben (2004)

M. de Rijke en T.A.J. Berben, De Nederlandse Emissieautoriteit (Nea), in 'Markten onder toezicht' 2004, blz. 361 e.v.

De Ru en Peters (2000)

H.J. de Ru en J.A.F. Peters (red), Toezicht en regulering van nieuwe markten 2000

Schenke en Ruthig (1994)

W.-R. Schenke/J. Ruthig, Amtshaftungsansprüche von Bankkunden bei der Verletzung Staatlicher Bankenaufsichtspflichten, NJW 1994, blz. 2324 e.v.

Schilder en Nuijts (2004)

A. Schilder en W.H.J.M. Nuijts, Advies in vertrouwen; vertrouwen in advies, preadvies NJV 2004

Sieburgh (2000)

C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad, diss. Groningen 2000

Spier, Hartlief, Van Maanen en Vriesendorp (2003)

Prof. mr. J. Spier, prof. mr. T. Hartlief, prof. mr. G.E. van Maanen en prof. mr. R.D. Vriesendorp, Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding 2003

Von Staudinger-Wurm (2002)

J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Dreizehnte Bearbeitung von Michael Wurm 2002

Surma (2002)

R.-A. Surma, A comparative study of the English and German judicial approach to the liability of public bodies in negligence, blz. 355 e.v.

Tison (2003)

M. Tison, Aansprakelijkheid van de prudentiële toezichthouder: een juridische benadering in vergelijkend en Europees perspectief, in: 'Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten, Volume II, Financiële transacties, Financiële markten, Prudentieel recht, 2003

Tjittes (1993)

R.P.J.L. Tjittes, Gezichtspunten bij de delictuele overheidsaansprakelijkheid, NTBR 1993, blz. 143

Tjittes (1996)

R.P.J.L. Tjittes, Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid, 1996

Ulmer (2004)

P. Ulmer (red), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2004

Vermeer (2001)

F.R. Vermeer, De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen, JB plus 2001, blz. 76 e.v.

Wynant (2003-2004)

L. Wynant, De aansprakelijkheid van overheidstoezichthouders, Rechtskundig Weekblad 2003-2004, blz. 1563 e.v.

Widdershoven (2005)

R.J.G.M. Widdershoven, noot onder HVJ EG 12 oktober 2004, C-222/02 in AB 2005, 17

Wissink (2002)

M.H. Wissink, Staatsaansprakelijkheid voor falend banktoezicht; het oordeel van the House of Lords in de Three Rivers-zaak, SEW 2002-2003, blz. 93 e.v.

Van Zeben (1975)

C.J. van Zeben, Civielrechtelijke aansprakelijkheid van het gemeentelijke bouwtoezicht, Bouwrecht 1975, blz. 410 e.v.

De macht van de marktmeeesters

Markttoezicht in constitutioneel perspectief

Prof. mr. L.F.M. Verhey

Prof. mr. N. Verheij

Inhoud

<i>Hoofdstuk 1 Inleiding</i>	139
1.1 De opkomst van de marktmeeesters	139
1.2 Achtergronden	139
1.2.1 De renaissance van de markt	139
1.2.2 Ministeriële verantwoordelijkheid en zelfstandige bestuursorganen	141
1.2.3 Het bestuur zal handhaven	142
1.3 Probleemstelling en aanpak	143
1.4 Opbouw preadvies	145
 <i>Hoofdstuk 2 Bevoegdheden: toezicht is meer dan toezicht</i>	146
2.1 Wat is markttoezicht?	146
2.2 Dramatis personae	147
2.2.1 Inleiding	147
2.2.2 De Nederlandse mededingingsautoriteit	148
2.2.3 Op Kamers bij de NMa	149
2.2.4 De Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit	150
2.2.5 De financiële toezichthouders	151
2.2.6 Andere marktautoriteiten	153
2.3 Markttoezicht is meer dan toezicht	155
2.3.1 Het wettelijk begrip 'toezicht'	155
2.3.2 Markttoezicht en 'regulation'	157
2.3.3 Bestuursbevoegdheden	158
2.3.4 Regelgevende bevoegdheden	159
2.3.5 Geschilbeslechtende bevoegdheden	160
2.3.6 Overige bevoegdheden	161
2.4 Slot	162

<i>Hoofdstuk 3 Markttoezicht: het constitutionele kader</i>	163
3.1 Inleiding	163
3.2 EG-recht	163
3.2.1 Constitutionalisering	163
3.2.2 Europese 'agencies' en netwerken	164
3.2.3 Onafhankelijke nationale marktautoriteiten?	167
3.2.4 Bevoegdheden	169
3.2.5 Raadpleging en openbaarheid	170
3.3 Nederlandse constitutionele regels	172
3.3.1 De Grondwet	172
3.3.2 Een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen?	173
3.3.3 Aanwijzingen voor de regelgeving	175
3.4 Constitutionele beginselen	175
3.4.1 Inleiding	175
3.4.2 Democratie	176
3.4.3 Wetmatigheid van bestuur	178
3.4.4 Machtscheiding	179
3.4.5 Grondrechten	180
3.4.6 Rechterlijke controle	181
3.4.7 Sociale rechtsstaat	183
3.4.8 Aard en onderlinge verhouding van beginselen	184
3.5 Conclusies	185
 <i>Hoofdstuk 4 Constitutionele inbedding en publieke verantwoording</i>	 187
4.1 Inleiding	187
4.2 Verzelfstandiging van publieke taken	187
4.2.1 Verambtelijking van de publieke ruimte	187
4.2.2 Onvrede over zelfstandige bestuursorganen	188
4.2.3 Ministeriële verantwoordelijkheid	190
4.2.4 Algemene motieven voor verzelfstandiging	192
4.3 Verzelfstandigde marktautoriteiten	193
4.3.1 Motieven voor verzelfstandigd markttoezicht	193
4.3.2 Nadere afweging	195
4.3.3 De praktijk: veelvormigheid en inconsistentie	197
4.3.4 Hybride constructies	199
4.3.5 Afstemming tussen marktautoriteiten	200
4.4 Beleidsvorming door marktautoriteiten	202
4.4.1 Aanwijzingen voor de regelgeving	202
4.4.2 Bestuurlijke vrijheden: algemeen	204
4.4.3 Beoordelingsvrijheid	205
4.4.4 Beleidsvrijheid	206

4.4.5	Regelgeving	209
4.4.6	Algemene aanwijzingen minister	213
4.4.7	Geen bijzondere aanwijzingen	215
4.4.8	Aanwijzingsbevoegdheid verenigbaar met EG-recht?	217
4.4.9	Raadpleging belanghebbenden	220
4.4.10	Tussenconclusie	223
4.5	Ministerieel toezicht	224
4.5.1	Inleiding	224
4.5.2	Systeemverantwoordelijkheid	224
4.5.3	EG-aansprakelijkheid	226
4.5.4	Benoeming en ontslag	227
4.5.5	Inlichtingenrecht minister	229
4.5.6	Financieel toezicht	231
4.5.7	Schorsing en vernietiging	233
4.5.8	Taakverwaarlozing	234
4.5.9	Tussenconclusie	235
4.6	Verbreiding publieke verantwoording	236
4.6.1	Inleiding	236
4.6.2	Openbaarheid van bestuur	237
4.6.3	Rechtstreekse verantwoording aan het parlement	239
4.6.4	Een kort rechtsvergelijkend uitstapje	240
4.6.5	Nadere beschouwing	242
4.6.6	Een nieuw college van toezicht?	244
4.6.7	Raden van toezicht	245
4.6.8	Verantwoording aan belanghebbenden	249
4.6.9	Conclusies	251
<i>Hoofdstuk 5 Handhaving</i>		253
5.1	Inleiding	253
5.2	De opkomst van de bestuursrechtelijke handhaving	254
5.3	Bestuursrechtelijke handhaving door marktautoriteiten	258
5.4	Twee soorten bestuursrechtelijke sancties	261
5.5	De vierde tranche Awb	262
5.6	Toezicht en onderzoek	264
5.6.1	Toezicht op de naleving	264
5.6.2	Onderzoek	271
5.6.3	Bevoegdheden van de marktmeester zelf	273
5.6.4	Tendens tot uitbreiding	273
5.7	De bestuurlijke last onder dwangsom	274
5.7.1	Algemeen	274

De macht van de marktmeesters

5.7.2	De vierde tranche Awb: de invorderingsbeschikking	275
5.7.3	De voorlopige last onder dwangsom	277
5.8	De bestuurlijke boete	278
5.9	Een beginselplicht tot handhaving?	286
5.10	Terug naar het strafrecht?	289

Hoofdstuk 6 Rechtsbescherming 293

6.1	Achtergrond	293
6.2	De rechtsgang in markttoezichtszaken	294
6.2.1	Algemeen	294
6.2.2	Eén of twee instanties?	296
6.2.3	De bezwaarschriftprocedure	298
6.3	Voor beroep vatbaar of niet? Enige knelpunten	301
6.3.1	Algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels	301
6.3.2	Inlichtingenvorderingen	303
6.3.3	Bestuurlijke oordelen	305
6.3.4	Beslissingen omtrent terinzagelegging van stukken	306
6.4	Naar een ruimere toegang tot de bestuursrechter	310
6.5	De intensiteit van de rechterlijke toetsing	312
6.5.1	Algemeen	312
6.5.2	De toetsing van de hoogte van de boete	317

Hoofdstuk 7 Slotbeschouwingen 321

7.1	Inleiding	321
7.2	EG-recht	321
7.3	Grondwet	322
7.4	Beginselen	323
7.4.1	Democratie	323
7.4.2	Wetmatigheid van bestuur	324
7.4.3	Machtenscheiding	325
7.4.4	Grondrechten	327
7.4.5	Rechterlijke controle	327
7.4.6	Sociale rechtsstaat	328
7.5	Kan het ook anders?	328
7.6	Controlitis?	330

Lijst verkort aangehaalde literatuur en wetgeving 331

Hoofdstuk 1 Inleiding¹

1.1 De opkomst van de marktmeesters

In de jaren negentig van de vorige eeuw is Nederland verrijkt met een serie nieuwe bestuursorganen, die tot taak hebben de goede werking van markten te verzekeren. Voorbeelden zijn de NMa, de OPTA, de AFM, DNB² en er zijn er nog meer. Zij worden vaak toezichthouders genoemd. Van der Meulen³, die in dit verband spreekt van een ontluikende nieuwe bestuur(srechtelijke) traditie, heeft er op gewezen dat deze benaming te beperkt is. Deze bestuursorganen doen veel meer dan toezicht houden in de traditionele betekenis van het woord. Zij hebben naast toezichthoudende vaak ook uitvoerende, handhavende en soms ook regelgevende en geschilbeslechtende bevoegdheden. Zij kunnen soms zeer forse sancties opleggen. Van der Meulen kiest daarom voor de benaming marktautoriteiten. Wij sluiten ons daar bij aan, maar gebruiken soms ook wel het oud-Hollandse woord marktmeester.⁴

Het woord marktmeester lijkt ook daarom op zijn plaats, omdat deze autoriteiten door al die bevoegdheden vaak veel macht hebben. De centrale vraag van dit preadvies is hoe dit verschijnsel in constitutionele zin moet worden geduid en vooral hoe het zich verhoudt tot fundamentele staatsrechtelijke noties als machtscheiding en 'checks and balances'. In het belang van de markt hebben de marktmeesters veel macht. Maar wie controleert de marktmeesters?

1.2 Achtergronden

1.2.1 De renaissance van de markt

De jaren tachtig en negentig van de twintigste eeuw brachten een hernieuwd geloof in marktwerking als ordenend principe voor de samen-

1. Met dank aan Sacha Prechal, Deirdre Curtin, Sjoerd Zijlstra en Saskia Lavrijssen voor enkele waardevolle suggesties en aan studentenassistent Camiel Buschgens voor de verzameling van het vele materiaal.
2. Met dien verstande dat de DNB al bestaat sinds 1814. Wel is het takenpakket van de DNB in de loop der jaren aangepast. Zie voor een korte voorgeschiedenis Kamerstukken II 1997-1998, 25 719, nr. 3, blz. 4 e.v. Voorts hierna hoofdstuk 2.
3. Van der Meulen 2003, blz. 25.
4. In navolging van het rapport 'Zicht op toezicht', Kamerstukken II 1997/98, 24 036, nr. 73, alsmede E.E.C. van Damme, Ph. Eijlander, Toezicht op marktwerking: algemeen of specifiek? In: H.J. de Ru e.a. (red.), Toezicht en regulering van nieuwe markten, Den Haag 2000. Van der Meulen 2003, blz. 25 vindt 'marktmeester' te ouderwets, maar dat is kennelijk een kwestie van smaak.

leving. In de Angelsaksische wereld waren de jaren tachtig het decennium van Thatcherism and Reaganomics. Bij ons was de reactie op de 'linkse' jaren zestig en zeventig minder heftig, maar ook hier weten velen de recessie van begin jaren tachtig aan het vastlopen van de verzorgingsstaat. Het waren de jaren waarin de woorden deregulering en privatisering in zwang kwamen. De kabinetten-Lubbers maakten daar een – achteraf gezien – voorzichtig begin mee dat niettemin verzet opriep. Echter na 9 november 1989 – de dag dat De Muur viel – won de markt snel terrein.⁵ Toen een paar jaar later de economie een hoge vlucht nam, leek sprake van een ware cultuuromslag. Beleggen werd een volkssport en het beursnieuws een vast item op het TV-journaal. Privatiseringen werden gerealiseerd met de opsplitsing van het voormalig Staatsbedrijf der PTT in de ondernemingen KPN en TPG als het meest spectaculaire voorbeeld.

Europese ontwikkelingen zijn van grote invloed geweest. Meer marktwerking op een gemeenschappelijke Europese markt ten einde protectionisme op lidstaatniveau tegen te gaan, was al sinds eind jaren vijftig een centrale doelstelling van het EG-Verdrag.⁶ Maar van de Akkoorden van Luxemburg van 1966 tot midden jaren tachtig stagneerde de Europese integratie, althans de harmonisatie van wetgeving. Het Hof van Justitie compenseerde dat soms spectaculair, zoals in *Cassis de Dijon*⁷, maar de politieke wil tot integratie leefde pas midden jaren tachtig weer op. Toen was ook meteen sprake van een stroomversnelling. De Europese Akte (1986) was een eerste voorzichtig stapje, maar toen kwam het plan-Delors voor de voltooiing van de interne markt ('1992') en het Verdrag van Maastricht waarin onder meer tot invoering van de euro werd besloten. Dit laatste is in 2002 gerealiseerd.

Vanuit Europa kwam met name in de jaren negentig ook een nieuw elan voor de liberalisering van markten. Het aloude Nederlandse taboe op commerciële omroep werd doorbroken, de staatsdrukkerij werd een gewone uitgever, de telecommunicatiemarkt ging – geholpen door technologische ontwikkelingen – open en – later en moeizamer – ook de markten voor post en energie. In dezelfde tijd sneuvelde op natio-

5. Zo ook Van der Meulen 2003, blz. 21.

6. Althans voor de meeste sectoren. Landbouw en vervoer waren en zijn de grote uitzonderingen. In Nederland bracht hetzelfde kabinet dat het EEG-Verdrag tekende en liet ratificeren, tevens de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie tot stand. Deze is als bekend slechts tot wasdom gekomen in de landbouwsector, waarin tot dusver geen enkele Europese overheid echte marktwerking heeft aangedurfd.

7. Zaak 120/78, *Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (*Cassis de Dijon*), Jur. 1979, 649.

naal initiatief een ander nationaal instituut: de winkels hoefden niet meer per se om zes uur dicht.

Door dit alles is het belang van marktwerking als model van ordening van de samenleving in de jaren negentig sterk toegenomen. Toen bleek weer eens dat markten niet vanzelf goed werken. Adam Smith's onzichtbare hand blijkt in de praktijk een zeer zichtbare stok achter de deur nodig te hebben. Dat leidde tot een roep om toezicht. In het nationale mededingingsbeleid was er een omslag van een misbruik- naar een verbodsstelsel. De NMa ging op de werking daarvan toezien. Daarbij kwam dat veel recent geliberaliseerde markten door de aanwezigheid van de ex-monopolist nog asymmetrisch zijn. Dit maakt de behoefte aan toezicht alleen maar groter en begrijpelijker. Zo moet de OPTA waarborgen dat nieuwkomers daadwerkelijk gelijke kansen hebben als KPN en TPG en moet straks wellicht de Vervoerkamer van de NMa ten strijde trekken tegen de NS.

1.2.2 Ministeriële verantwoordelijkheid en zelfstandige bestuursorganen

Deze opkomst van de marktmeesters voltrekt zich tegen de achtergrond van twee andere ontwikkelingen die hier alvast kort moeten worden aangestipt. De eerste is wat in de wandeling, maar onnauwkeurig, bekend staat als 'de zbo-discussie'. Sinds eind jaren tachtig is sprake van een herbezinning op de wijze van uitvoering van overheidstaken. Een tijdlang was de trend bij de rijksoverheid om 'kerndepartementen' te vormen, die zich concentreren op het maken van beleid en wetgeving. Uitvoerende en toezichtstaken werden meer en meer 'verzelfstandigd' of 'op afstand geplaatst', in diverse juridische vormen. Vaak werd daarbij gekozen voor de instelling van een 'zelfstandig bestuursorgaan'. Deze ontwikkeling hangt deels samen met de opkomst van het marktdenken: de gedachte was dat zelfstandige diensten meer bedrijfsmatig zouden kunnen werken en dat dat per definitie efficiënter zou zijn. Recent is een zekere omslag in dit denken waar te nemen. In dit verband kan het rapport-Kohnstamm⁸ worden genoemd dat in hoofdstuk 4 nog ter sprake komt.

De trend tot verzelfstandiging heeft er aan bijgedragen dat veel marktmeesters zijn vormgegeven als zelfstandige bestuursorganen. Het is niet de bedoeling van dit preadvies om het debat over zelfstan-

8. Werkgroep Verzelfstandige Organisaties op Rijksniveau (Werkgroep-Kohnstamm). Een herkenbare staat: investeren in de overheid, Den Haag 2004. Overigens bestond er al langer scepsis over zelfstandige bestuursorganen mede onder invloed van rapportages van de Algemene Rekenkamer. Zie verder hoofdstuk 4.

dige bestuursorganen zoals dit al sinds vele jaren wordt gevoerd, nog eens in zijn geheel over te doen. De thematiek is nog betrekkelijk kort geleden, zij het vanuit een iets ander perspectief, ook bij de NJV aan de orde geweest.⁹ Ook overigens is hierover veel literatuur.¹⁰ Toch kunnen we de problematiek moeilijk buiten beschouwing laten. Wel zal onze analyse uiteraard gericht zijn op de specifieke categorie van de marktautoriteiten die mede vanwege hun Europeesrechtelijke achtergrond een aantal specifieke kenmerken bezitten.

In onze beschouwingen zal op verspreide plaatsen aandacht worden besteed aan het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.¹¹ Dit voorstel beoogt de wetgeving inzake zelfstandige bestuursorganen op bepaalde punten te harmoniseren. Op het moment van het schrijven van dit preadvies werd, mede in het licht van de rapportage-Kohnstamm, rekening gehouden met de intrekking van het wetsvoorstel. Toch hebben wij gemeend aan het wetsvoorstel aandacht te besteden, omdat het, als het gaat om algemene zbo-regels, grosso modo de stand van het denken weergeeft en om die reden ook relevant is voor het denken over de constitutionele positie van marktautoriteiten.

1.2.3 Het bestuur zal handhaven

Een tweede ontwikkeling die van belang is voor ons preadvies is dat de aandacht voor de handhaving en in het bijzonder de bestuursrechtelijke handhaving van het recht sinds eind jaren tachtig sterk is toegenomen. Eind jaren tachtig werd 'het handhavingstekort' ontdekt. Dit tekort bestond en bestaat niet alleen in het commune strafrecht, maar ook en misschien wel vooral in de bestuursrechtelijke ordeningswetgeving.

Het bestuursrecht heeft de handhaving lang verwaarloosd. Men placht aan het eind van een bestuursrechtelijke wet een paar strafbepalingen op te nemen, in de veronderstelling dat het met de handhaving dan vanzelf goed kwam. De ervaring heeft inmiddels geleerd dat

9. J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, *De publiekrechtelijke rechtspersoon*, Preadvies NJV 2000, blz. 1 e.v.
10. M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen*, Groningen 1974. Zie verder onder meer uitvoerig S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat*, Den Haag 1997, J.L. Boxum, *Algemene wetgeving voor zelfstandige bestuurslichamen*, Deventer 1997, C.P.J. Goorden, M.M. den Boer, F.K. Buijn, *Zbo's, verzelfstandiging en privatisering*, Preadvies VAR 1997, VAR-geschrift 118, Alphen a/d Rijn 1997.
11. Op het moment van schrijven was het voorstel nog bij de Eerste Kamer aanhangig: Kamerstukken I 2001-2002, 27 426, nr. 276.

het dan niet goed komt. Daarom is in de jaren negentig ook de aandacht voor bestuurlijke handhaving sterk toegenomen. De opkomst van de bestuurlijke boete is daarvan het meest spectaculaire voorbeeld.

Dit begon overigens op een terrein dat traditioneel tot het strafrecht werd gerekend. In de jaren tachtig liep de strafrechtelijke handhaving van het verkeersrecht volstrekt vast. Aan de borreltafel vertelde men elkaar het verhaal dat je bekeuringen gewoon kon weggooiden omdat er dan toch niets gebeurde. Dat verhaal was niet zonder grond. De oplossing voor dit probleem werd niet in het strafrecht maar in het bestuursrecht gevonden. De Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (ook wel bekend als de Wet Mulder) voorzag in bestuursrechtelijke geldboeten. Deze werden niet door de rechter, maar door de politie en het OM opgelegd. Het succes van deze wet smaakte naar meer. Begin 1994 verscheen een advies van de toenmalige Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (CTW), dat adviseerde om veel meer wetten te handhaven door bestuurlijke boeten.¹² Dat advies is ter harte genomen. Tien jaar later zijn er tientallen wetten op grond waarvan bestuursorganen geldboeten kunnen opleggen.

Daaronder zijn bijna alle wetten die marktautoriteiten instellen. Deze toezichthouders beschikken vrijwel allemaal over bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden, met name de bevoegdheden tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een dwangsom. Het strafrecht speelt geen (Mededingingswet) of hooguit een aanvullende (financieel toezicht) rol. De toezichthouder legt dus als hij overtredingen constateert veelal zelf de sancties op.

1.3 Probleemstelling en aanpak

Als gezegd is de centrale vraag van dit preadvies hoe deze nieuwe toezichthouders in ons constitutioneel bestel passen. Sommige zijn wetgever, bestuur én rechter. Bij de handhaving zijn zij soms 'judge, jury and executioner' tegelijk. In hoeverre past dit bij de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat? Meer in het bijzonder stellen wij ons de vraag hoe deze ontwikkeling zich verhoudt tot beginselen van machtscheiding en 'checks and balances'.

Zoals uit de in paragraaf 1.2 geschetste ontwikkelingen blijkt, is deze problematiek niet exclusief Nederlands. Daarom maken wij af en toe opmerkingen van rechtsvergelijkende aard. Niet meer dan dat.

12. CTW, Handhaving door bestuurlijke boeten, CTW 94/1, Den Haag 1994. Voor de duidelijkheid wijzen wij er op dat wij beiden destijds het secretariaat vormden van de werkgroep die dit advies heeft voorbereid.

Een systematische rechtsvergelijkende behandeling zou betekenen dat wij ook een overzicht zouden moeten geven van de rol van markttoezichthouders in andere landen. Voor een dergelijke ingewikkelde exercitie ontbreekt ons zowel de kennis als de ruimte. Daarom volstaan wij met enkele incidentele beschouwingen over ontwikkelingen in onder meer het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten.

Daarnaast besteden wij aandacht aan de Europese dimensie. Een deel van de toezichthouders ontleent zijn bestaan, zijn zelfstandigheid of zijn taken rechtstreeks aan het Europese recht. Bovendien is er op Europees niveau een ontwikkeling gaande die enigszins vergelijkbaar is met die op nationaal niveau: ook de Europese Commissie – zelf ook een voorbeeld van een marktautoriteit – laat steeds meer taken over aan gespecialiseerde ‘agencies’. Deze ‘agencies’ betrekken wij slechts incidenteel in onze beschouwingen. Een grondige behandeling daarvan zou een afzonderlijk preadvies vergen. Wel zullen wij ingaan op de toenemende verwevenheid van nationale en Europese toezichtstructuren en op andere eisen die het EG-recht stelt.

Ten slotte is het niet onze bedoeling om de positie van alle marktautoriteiten ten gronde te behandelen. Evenmin zal in het preadvies worden ingegaan op de finesses van bijzondere rechtsgebieden als het mededingingsrecht of het telecommunicatierecht. Het gaat ons om een algemene schets van de constitutionele problematiek. Bij de keuze van onze voorbeelden hebben we een zekere nadruk gelegd op de NMa¹³, de OPTA en de financiële toezichthouders. Overigens was dat al lastig genoeg. Door de ingewikkelde en onderling vaak uiteenlopende regelgeving is het moeilijk om een accuraat beeld te krijgen van hoe een bepaald aspect precies geregeld is en waarom. Om hierin inzicht te kunnen geven hebben wij soms uitvoerig moeten verwijzen naar parlementaire stukken en rapportages die daaraan ten grondslag hebben gelegen.

Over markttoezicht bestaan veel recente publicaties. In het bijzonder verwijzen we naar de preadviezen van Van der Meulen en Ottow voor de VAR in 2003¹⁴ en de recente bundel Markten onder toezicht.¹⁵ Ook in politiek Den Haag is er veel aandacht voor markttoezicht. De regering bracht in 2004 naar aanleiding van een Kamermotie een nota

13. Wij zijn in onze beschouwingen uitgegaan van de wetgeving zoals die luidt na de verzelfstandiging van de NMa. De daartoe strekkende wet is op 7 december 2004 en zal in de loop van dit jaar in werking treden.

14. B.M.J. van der Meulen, A.T. Ottow, Toezicht op markten, Preadviezen VAR, Den Haag 2003.

15. F.B. Falkena, M.E. Koppenol-Laforce, A.T. Ottow (red.), Markten onder toezicht, Deventer 2004.

uit onder de titel 'Visie op markttoezicht'.¹⁶ en onlangs wijdde de Algemene Rekenkamer een aparte studie aan 'Toezicht op markten'.¹⁷ Uiteraard bouwen wij hierop en op andere publicaties voort. Daarbij moesten wij noodzakelijkerwijs enigszins selectief zijn. In dit preadvies passeren tal van algemene leerstukken van staats- en bestuursrecht de revue, toegespitst op marktautoriteiten. Over elk van die leerstukken bestaat een omvangrijke literatuur; alleen die over de bestuurlijke boete, bijvoorbeeld, is al onafzienbaar. Wij hebben niet gestreefd naar een uitputtende bespreking van die leerstukken, laat staan van de literatuur daarover.

1.4 Opbouw preadvies

Dit preadvies is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 wordt eerst een korte schets gegeven van wat markttoezicht inhoudt. Ingegaan wordt op verschillende vormen van markttoezicht, welke toezichthouders kunnen worden onderscheiden en over welke bevoegdheden zij beschikken. In hoofdstuk 3 schetsen wij het normatieve kader dat voor de constitutionele positie van marktautoriteiten van belang is. Aan bod komen het Europese recht, de Grondwet en algemene constitutionele beginselen.

De hoofdstukken 4, 5 en 6 vormen het hart van het preadvies. Hoofdstuk 4 gaat over de organisatierechtelijke positie van de marktautoriteiten en de wijze waarop zij verantwoording afleggen over hun handelen. Hoofdstuk 5 gaat in op de handhavingsbevoegdheden en hoofdstuk 6 op de rechtsbescherming tegen de uitoefening van de deze bevoegdheden. Hoofdstuk 7 ten slotte bevat de slotbeschouwing en enige conclusies. Uiteraard zal daarin, mede in het licht van het in hoofdstuk 3 geschetste kader, worden teruggegrepen op de centrale probleemstelling van het preadvies.

Het preadvies is afgesloten op 1 februari 2005. Ontwikkelingen van na die datum zijn in beginsel niet meegenomen.

16. Visie op markttoezicht, bijlage bij Kamerstukken II 2003-2004, 29 200 XIII, nr. 50.

17. Kamerstukken II 2004-2005, 29 960, nr. 1-2.

Hoofdstuk 2 Bevoegdheden: toezicht is meer dan toezicht

2.1 Wat is markttoezicht?

In dit hoofdstuk geven wij een kort overzicht van de feitelijke situatie opdat de lezer weet waar het over gaat. De allereerste vraag is: wat is markttoezicht? Markttoezicht is een verzamelbegrip. Het betreft allerlei soorten van overheidsmaatregelen die specifiek tot doel hebben om marktwerking te bewaken en te bevorderen. Onder deze brede paraplu kunnen verschillende vormen van markttoezicht worden onderscheiden¹⁸:

- *Algemeen mededingingstoezicht.* Deze is gericht op de realisering van effectieve concurrentie en het bestrijden van misbruik van economische machtsposities. Het algemeen mededingingstoezicht wordt uitgeoefend door de NMa.
- *Specifiek mededingingstoezicht.* Hieronder vallen marktautoriteiten die (mede) tot taak hebben om de liberalisering van een markt te begeleiden of, anders gezegd, te helpen een markt te creëren waar voorheen monopolies heersten. Nog anders gezegd: autoriteiten die niet alleen ‘ex post’ een goede werking van de markt moeten bewaken, maar ook en vooral ‘ex ante’ de voorwaarden voor marktwerking moeten scheppen. Deze autoriteiten worden ook wel ‘regulators’ genoemd. Verwarrend kan zijn dat het specifiek mededingingstoezicht deels wel is ondergebracht bij de NMa (Dte Vervoerkamer), deels niet (OPTA en toekomstige Zorgautoriteit).
- *Toezicht op gedrag marktpartijen.* Tot het markttoezicht wordt ook gerekend het toezicht op het transactieproces tussen marktpartijen. Het gaat hier vooral ook om het bestrijden van uitwassen van concurrentie ter bescherming van de consument. Deze vorm van toezicht wordt soms gecombineerd met specifiek markttoezicht maar niet altijd (AFM).
- *Toezicht op andere publieke belangen.* Toezicht kan ook gericht zijn op naleving van regels die beogen andere publieke belangen te beschermen, zoals de stabiliteit van financiële instellingen (DNB), uitvoering van milieuregels (de toekomstige Nederlandse

18. Zie Van der Meulen 2003, blz. 34 e.v. en Visie op markttoezicht 2004, blz. 5-6.

emissieautoriteit), de bescherming van de productveiligheid (de Voedsel- en Warenautoriteit) of het waarborgen van een pluriforme informatievoorziening (Commissariaat voor de Media). Deze vorm van toezicht is niet primair gericht op de bevordering van een goede marktwerking, maar oefent daarop wel invloed op.

Hoewel verdedigd kan worden om deze laatste groep geheel buiten beschouwing te laten, hebben wij besloten dat niet te doen omdat de diverse vormen van toezicht nauw met elkaar samenhangen en vaak ook gecombineerd zijn georganiseerd. Wel ligt in onze bespreking en ook in de keuze van onze voorbeelden het accent op de eerste drie categorieën.

2.2 Dramatis personae

2.2.1 Inleiding

In deze paragraaf geven we een impressie van de voornaamste marktmeesters: wie zijn de 'dramatis personae'? Het is uitdrukkelijk niet meer dan een impressie. Een naar volledigheid strevende beschrijving zou de omvang van dit preadvies doen uitdijen tot ver buiten de tolerantiegrenzen van het NJV-bestuur en is ook niet nodig voor de beantwoording van de probleemstelling. Tenslotte zou een dergelijke lijst snel verouderen; dat is bijvoorbeeld nu al het geval met de opsomming die Van der Meulen in zijn VAR-preadvies van 2003 gaf.¹⁹ Wij volstaan dus met een korte schets. Achtereenvolgens komen aan de orde:

- de Nederlandse mededingingsautoriteit (NMa), met inbegrip van de Dte en de Vervoerkamer: zij zijn een onderdeel van de NMa;
- de Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA);
- de toezichthouders voor de financiële markten: de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Nederlandsche Bank NV (DNB).

Daarna besteden we kort aandacht aan een drietal marktautoriteiten waarvan de oprichting aanstaande is (de Nederlandse emissieautoriteit, de Zorgautoriteit en de Consumentenautoriteit), evenals enkele al bestaande toezichthouders.

19. Van der Meulen 2003, blz. 34 e.v. Uitgebreider en recenter is het overzicht opgenomen in Falkena, Koppenol-Laforce, Ottow 2004, blz. 291 e.v. met bijdragen van diverse auteurs.

2.2.2 De Nederlandse mededingingsautoriteit

Hét symbool en paradepaardje van het nieuwe marktdenken is de NMa. In de loop van 2005 wordt de NMa een zelfstandig bestuursorgaan, zij het (nog)²⁰ zonder rechtspersoonlijkheid.²¹ Het wetsvoorstel daartoe heeft een langdurige parlementaire behandeling ondergaan. Verschil van opvatting bestond over de vraag of de NMa kon worden verzelfstandigd voordat de Mededingingswet was geëvalueerd. Voorts was er veel discussie over de relatie tussen het wetsvoorstel en het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en het mogelijk samengaan van NMa en OPTA.

Aanvankelijk heeft de wetgever de verzelfstandiging van de NMa niet aangedurfd. In de nieuwe Mededingingswet die per 1 januari 1998 in werking trad²², heeft de NMa de vorm gekregen van een ambtelijke dienst met aan het hoofd daarvan de directeur-generaal NMa (dg-NMa). Om de politiek toch op enige afstand te plaatsen zijn toen in de wet voorzieningen getroffen om te voorkomen dat de minister al te gemakkelijk zou ingrijpen in individuele gevallen.²³ In de nieuwe situatie zijn bijzondere aanwijzingen van de minister categorisch uitgesloten. Als gevolg van de verzelfstandiging komen de wettelijke bevoegdheden op grond van de Mededingingswet toe aan de Raad van bestuur van de NMa. Dit betekent ook dat de Raad van bestuur, en niet de NMa als zodanig, bestuursorgaan is in de zin van art. 1:1, eerste lid, onderdeel a, van de Awb.

Intussen is ook de taak van de NMa ingrijpend gewijzigd. Dit is het gevolg van Europese wetgeving, nl. Verordening 1/2003.²⁴ In verband daarmee is de Mededingingswet aangepast.²⁵ Deze wijzigingen komen er zeer kort gezegd op neer dat de NMa voortaan niet alleen het Nederlandse maar ook het Europese mededingingsrecht moet toepassen. Art. 3 van Verordening 1/2003²⁶ draagt de mededingingsautori-

20. Toekenning van rechtspersoonlijkheid wordt op termijn wel beoogd. Een wetsvoorstel wordt voorbereid. Zie Kamerstukken I 2003-2004, 27 639, A, blz. 4.

21. Het wetsvoorstel is op 7 december 2004 door de Eerste Kamer aanvaard. Zie Handelingen I 2004-2005, nr. 8-367. De wet zal in de loop van 2005 in werking treden. In dit preadvies is uitgegaan van de wet zoals die luidt na inwerkingtreding.

22. Wet van 22 mei 1997, Stb. 1997, 242.

23. Art. 4, vierde lid, Mw-oud.

24. Verordening (EG) 1/2003, PbEG L2003/1, betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van art. 81 en 82 van het Verdrag. Deze verordening is van toepassing vanaf 1 mei 2004.

25. Wet modernisering EG-mededingingsrecht, Stb. 2004, 345.

26. Misschien zouden we eens moeten proberen de Nederlandse (en Britse en →

teiten van de lidstaten en de nationale rechterlijke instanties op om art. 81 (kartelverbod) en 82 (misbruik van economische machtspositie) van het EG-Verdrag toe te passen. Dit geldt ook voor art. 81, derde lid, EG-Verdrag. Voorheen was dit een exclusief aan de Commissie toekomende bevoegdheid om ontheffing of vrijstelling van het kartelverbod te geven. Art. 1, tweede lid, van Verordening 1/2003 maakt er echter een rechtstreeks werkende uitzondering op het kartelverbod van, die daarom ook door de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechter kan en moet worden toegepast. Art. 88 Mw wijst de Raad van bestuur van de NMa aan als nationale mededingingsautoriteit voor Nederland. Het onvermijdelijke maar toch wel opzienbarende gevolg is dat de NMa zelfs kan optreden tegen door de Nederlandse formele wetgever voorgeschreven gedragingen van ondernemingen, indien deze de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en de mededinging op de gemeenschappelijke markt beperken.²⁷

2.2.3 Op Kamers bij de NMa

De Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet kennen bevoegdheden toe aan de Raad van bestuur van de NMa. Volgens art. 5a, vijfde lid, Mw dient de NMa voor de uitvoering van deze wetten een afzonderlijke organisatorische eenheid. Het betreft hier de Dienst uitvoering en toezicht energie (Dte) die ook al voor de verzelfstandiging als 'kamer' deel uitmaakte van de NMa. Dit zogeheten 'kamermodel' gaat terug op het rapport 'Zicht op toezicht' van de werkgroep-Visser.²⁸ Het is een poging om sectorspecifiek toezicht te combineren met het algemene mededingingstoezicht.

Elektriciteit en gas zijn sectoren waar tot voor kort monopolies heersten. Algemeen mededingingstoezicht is niet voldoende om de beoogde marktwerking te bereiken. Deze moet eerst nog worden gecreëerd. Dit vergt sectorspecifiek toezicht, dat verder gaat dan toezicht op de algemene normen van mededingingsrecht (kartelverbod, verbod van misbruik van economische machtspositie). Daarom heeft de wetgever

→ Duitse) gewoonte om belangrijke regelingen namen te geven in plaats van nummers, in Brussel ingang te doen vinden.

27. Vgl. HvJEG 9 sept. 2003, zaak C-198/01, AB 2003, 387, m.nt. E. Steyger, JB 2004, 113, m.nt. NV (CIF), waar het HvJEG in een Italiaanse zaak (onder het oude regime) inderdaad niet voor deze uitkomst terugschrikt. Wel bepaalde het Hof dat de Italiaanse mededingingsautoriteit pas sancties kon opleggen nadat haar oordeel dat de wet in strijd was met art. 81 EG, onherroepelijk was geworden.

28. Kamerstukken II 1997-1998, 24 036, nr. 73.

in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet bevoegdheden in het leven geroepen die zijn toegesneden op de overgangssituatie waarin de sector zich bevindt. Deze bevoegdheden gaan verder dan die van de NMa op grond van de Mededingingswet, maar hebben ook een mededingingsrechtelijk aspect. Om die reden zijn deze bevoegdheden bij de NMa ondergebracht.²⁹

Daarnaast is de NMa op grond van de Wet personenvervoer 2000, de Spoorwegwet, de Concessiewet personenvervoer per trein en de Wet luchtvaart belast met het sectorspecifieke toezicht in de vervoerssector. Daarvoor is binnen de NMa eveneens een aparte afdeling opgezet, de Vervoerkamer. Deze is echter, anders de Dte, niet in de wet geregeld. De NMa is op grond van de Wet personenvervoer 2000 onder meer belast met het toetsen van de mededingingsrechtelijke aspecten van concessies voor openbaar vervoer. Een concessie kan slechts worden verleend met een verklaring van geen bezwaar van de NMa (art. 56 e.v. Wpv). Daarnaast is hij belast met het toezicht op de naleving van en de handhaving, door middel van een last onder dwangsom, van het in art. 69 Wpv neergelegde verbod voor gemeentelijke vervoerbedrijven op, kort gezegd, commerciële nevenactiviteiten (art. 87, vierde lid, en 94 Wpv).

2.2.4 De Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit

De Onafhankelijke post- en telecommunicatiewet (OPTA) is ingesteld bij de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit.³⁰ De OPTA is een zelfstandig bestuursorgaan met rechtspersoonlijkheid. Zij ontleent haar bevoegdheden vooral aan de Postwet en de Telecommunicatiewet.³¹ Het betreft een groot aantal uitvoerende en toezichthoudende bevoegdheden met een veelal technisch karakter.³² De OPTA ziet, net als de Dte bij de NMa, niet alleen toe op de werking van de post- en telecommunicatiemarkt (algemeen mededingingstoezicht), maar schept ook voorwaarden die tot een betere marktwerking moeten leiden ('ex ante toezicht'). Zo kan de OPTA bijvoorbeeld in bepaalde gevallen voorschriften geven met betrekking tot de wijze waarop marktpartijen moeten onderhandelen.³³ Een aantal bevoegd-

29. Kamerstukken II 1998-1999, 26 303, nr. 3, blz. 10-11 en nr. 7, blz. 20.

30. Wet van 5 juli 1997, Stb. 1997, 320.

31. Via art. 15 Wet OPTA.

32. Een uitgebreide opsomming is te vinden in Nationale en internationale inventarisatie marktautoriteiten en EU-toezichtsbeleid, Amsterdam/Rotterdam 2004, blz. 80 e.v. Dit rapport is onder verantwoordelijkheid van het Ministerie van Economische Zaken uitgebracht.

33. Art. 6.1, derde lid, Tw.

heden is aan de minister voorbehouden, zoals de besluitvorming inzake het gebruik van frequentieruimte en de prioritering van alarmnummers.³⁴

De positie van de OPTA wordt beïnvloed door Europese regelgeving. Als gevolg van EG-richtlijnen heeft de Europese Commissie in de elektronische communicatiesector meer bevoegdheden gekregen om invloed uit te oefenen op maatregelen van nationale toezichthouders zoals de OPTA.³⁵ Conceptmaatregelen moeten in bepaalde gevallen aan de Commissie worden voorgelegd alvorens de OPTA een beslissing kan nemen. De richtlijnen hebben inmiddels geleid tot een omvangrijke wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet OPTA.³⁶

Oorspronkelijk was het de bedoeling om de OPTA als kamer onder te brengen bij de NMa. Het enthousiasme hierover lijkt getemperd. Een samengaan van OPTA en NMa acht de regering op dit moment nog niet opportuun.³⁷ Na de evaluatie van het functioneren van de OPTA, gepland in 2005, zullen de voor- en nadelen van een fusie opnieuw worden gewogen. De OPTA en de NMa werken al wel intensief samen onder meer door gezamenlijk vastgestelde Samenwerkingsprotocollen.

2.2.5 De financiële toezichthouders

Het toezicht op de financiële markten is sterk in beweging. Thans is het nog overwegend sectoraal georganiseerd op basis van een groot aantal bijzondere wetten.³⁸ Mede door ontwikkelingen in de markt heeft deze sectorale benadering echter haar langste tijd gehad. De laatste tien jaar zijn er steeds meer sectoroverschrijdende ondernemingen ontstaan en steeds meer sectoroverschrijdende producten op de markt gekomen. De regering heeft daar aanleiding in gezien om over te stappen van een sectoraal naar een functioneel toezichtsmodel.

In het voorgestelde model wordt onderscheid gemaakt tussen pru-

34. Art. 15.1, eerste lid, Tw.

35. Richtlijn 2002/19-22 en 58/EG, PbEG 2002, L108/7 e.v. Zie voor een bespreking van de richtlijnen C. Woltherink, S. Steinhauser, De Europese Commissie en het nieuwe telecommunicatierecht: procedurele waakhond of embryonale Europese toezichthouder?, Mediaforum 2004, blz. 238 e.v.

36. Wet van 22 april 2004, Stb. 2004, 189.

37. Kamerstukken I 2003-2004, 28 851, C, blz. 32-33.

38. Zie voor een opsomming Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 3, blz. 2-3. Een Wet toezicht accountantsorganisaties is in de maak: Kamerstukken II 2003-2004, 29 658, nr. 1-2.

dentieel toezicht en gedragstoezicht. Prudentieel toezicht is, volgens art. 1:7, eerste lid, van het voorstel Wft³⁹, 'gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector'. Dit wordt voor alle sectoren opgedragen aan De Nederlandsche Bank NV (DNB): een zelfstandig bestuursorgaan met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid.⁴⁰ Dit toezicht strekt zich ook uit tot pensioenfondsen en verzekeraars. De voormalige Pensioen- en Verzekeringskamer is met de DNB gefuseerd.⁴¹ Gedragstoezicht is volgens art. 1:8, eerste lid, van hetzelfde wetsvoorstel 'gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten'. Het gaat dus vooral om de wijze waarop financiële ondernemingen zich jegens hun (potentiële) klanten gedragen, bijvoorbeeld door bij het aanbieden van financiële producten toereikende informatie te verschaffen. De wat dat betreft gestelde regels hebben bijvoorbeeld geresulteerd in het ontstaan van de financiële bijsluiter, alsmede in de bekende bezweringsformule: 'In het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst.' Het onderhavige toezicht is in handen van de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Ook de AFM is een zelfstandig bestuursorgaan met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid (stichting).

Om een en ander te realiseren is een zeer grote wetgevingsoperatie op touw gezet.⁴² Uiteindelijk zullen alle bestaande toezichtswetten opgaan in één grote Wet op het financieel toezicht. Deze zal aanvankelijk bestaan uit een Algemeen Deel, een Deel Prudentieel Toezicht en een Deel Gedragstoezicht. Later zal daaraan nog een deel worden toegevoegd over het toezicht op de infrastructuur van de financiële markten, hetgeen zal worden toevertrouwd aan DNB. Een wetsvoorstel voor het Algemeen Deel van de Wft is bij de Tweede Kamer aanhangig.⁴³ De Delen Prudentieel Toezicht en Gedragstoezicht zullen daaraan worden toegevoegd bij nota's van wijziging, die overigens wel aan de Raad van State zullen worden voorgelegd. Vervolgens kan de wet in werking treden, waarna bij afzonderlijk wetsvoorstel nog het deel toezicht infrastructuur zal worden toegevoegd.

39. Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 2.

40. Zijn positie is geregeld in de Bankwet 1998: Wet van 26 maart 1998. Stb. 1998, 200.

41. Wet van 13 oktober 2004, Stb. 2004, 556.

42. Zie voor een beschrijving de memorie van toelichting bij het eerste deel van de Wft, Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 3, blz. 10-11.

43. Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 1-2.

2.2.6 Andere marktautoriteiten

Ten slotte een korte schets van nieuwe of nog in oprichting zijnde marktautoriteiten in specifieke sectoren.

Op 1 januari 2005 trad grotendeels in werking de Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten.⁴⁴ Zij behelst de uitbreiding van de Wet milieubeheer met een regeling inzake handel in emissierechten, alsmede de instelling van een *Nederlandse emissieautoriteit* (Nea). De Nea wordt een zelfstandig bestuursorgaan.⁴⁵ Zij beslist onder meer over vergunningen voor inrichtingen waarin zich een of meer installaties bevinden die een broeikasgas uitstoten.⁴⁶ De Nea is voorts belast met het verlenen van broeikasgasemissierechten op grond van een door de ministers van VROM en EZ genomen nationaal toewijzingsbesluit.⁴⁷ Deze rechten zijn verhandelbaar. Daartoe beheren de emissieautoriteiten van de lidstaten registers van emissierechten. Overdracht van een emissierecht geschiedt door afschrijving van de rekening van de leverancier en bijschrijving op de rekening van de verkrijger. De Nea kan voorts een last onder dwangsom (art. 18.6a Wm) of een bestuurlijke boete (art. 18.7a Wm) opleggen wegens overtreding van de regels inzake emissies.

In voorbereiding is de oprichting van de *Nederlandse Zorgautoriteit*.⁴⁸ De wetgever werkt aan een ingrijpende herziening van ons stelsel van (financiering van) de gezondheidszorg. Het doel is om ook in de zorg meer marktwerking te introduceren. Daartoe zal onder meer het vertrouwde onderscheid tussen ziekenfonds- en particuliere verzekeringen definitief verdwijnen. Dit stelsel zal worden vormgegeven in een nieuwe Zorgverzekeringswet en een Wet marktordening gezondheidszorg. De laatste zou begin 2005 worden ingediend. Om toe te zien op de marktwerking in de zorgsector zal een toezichthouder, de Nederlandse Zorgautoriteit, worden opgericht. Zij komt onder meer in de plaats van het College toezicht zorgverzekeraars en het College tarieven gezondheidszorg. De Zorgautori-

44. Wet van 30 september 2004, Stb. 2004, 511. Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van Richtlijn 2003/87/EG tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten, PbEG L275.

45. Naar verwachting per 1 januari 2006. Zie Kamerstukken II 2004-2005, 29 766, nr. 12, blz. 2. In dit poadvies wordt verwezen naar de vanaf het moment van verzelfstandiging geldende bepalingen van de Wet milieubeheer.

46. Art. 16.5 Wm. Deze vergunning is nodig naast de 'gewone' Wm-vergunning op grond van art. 8.1 Wm.

47. Art. 16.35 Wm.

48. Kamerstukken II 2003-2004, 29 324, nr. 3.

teit zal sectorspecifiek mededingingstoezicht uitoefenen. Daarnaast zal zij worden belast met gedragstoezicht en toezicht op de publieke randvoorwaarden die aan de zorgverzekeraars worden gesteld, zoals de acceptatieplicht voor de basisverzekering. Het voornemen is om van de Zorgautoriteit een zelfstandig bestuursorgaan te maken. Mogelijkerwijs wordt zij later ondergebracht bij de NMa, maar dat is op dit moment nog niet zeker.⁴⁹

Eveneens in voorbereiding is de oprichting van een *Toezichthouder consumenten zaken*. Zij vloeit rechtstreeks voort uit het EG-recht. Verordening 2006/2004 betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming verplicht de lidstaten tot oprichting van een publiekrechtelijke consumentenautoriteit.⁵⁰ Voor Nederland betekent dit een ingrijpende verandering. Tot dusver geschiedt de handhaving van ons consumentenrecht vrijwel geheel langs privaatrechtelijke weg. De nieuwe toezichthouder zal door middel van bestuursrechtelijke bevoegdheden gaan optreden tegen inbreuken op het consumentenrecht met een collectief karakter, d.w.z. inbreuken waardoor meerdere consumenten gedupeerd worden of kunnen worden. Voorbeelden zijn misleidende reclame en onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden. Voorlopig blijft de nieuwe toezichthouder fungeren onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid.⁵¹ Uiteindelijk echter zou zij 'een onafhankelijke organisatie op afstand' moeten worden⁵² waarmee waarschijnlijk bedoeld wordt op een zelfstandig bestuursorgaan.

De *Voedsel- en Warenautoriteit (VWa)* is in 2002 opgericht, mede naar aanleiding van de diverse dierziekte-crises. Zij is belast met onderzoek, risicobeoordeling en toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften. De VWa is bij ministerieel besluit ingesteld⁵³ en heeft de vorm van een agentschap dat in beheersmatige zin ressorteert onder de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV). Zij omvat, naast stafeenheden, de Keuringsdienst van Waren en de Rijksdienst voor Vee en Vlees. Het bijzondere is dat VWa in mandaat zowel bevoegdheden van de minister van VWS als van de Minister van LNV uitoefent. Het gezag berust dus bij beide ministers. Inmiddels is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend dat de onafhankelijkheid

49. Visie op markttoezicht 2004, blz. 9.

50. Verordening 2006/2004/EG 27 oktober 2004, PbEG L364/1.

51. Kamerstukken II 2003-2004, 27 879, nr. 9, blz. 6.

52. Kamerstukken II 2004-2005, 27 879, nr. 10, blz. 8.

53. Besluit van 8 juli 2002, Stcrt. 2002, 127. Nadien gewijzigd bij Besluit van 11 december 2003, Stcrt. 2003, 247.

van deze dienst beoogt te waarborgen.⁵⁴ Overigens fungeert ook de VWA in sterke mate in een Europese context. Recent is de Europese Autoriteit voor Voedselveiligheid opgericht die op EG-niveau belast is met vergelijkbare taken.⁵⁵

Al ouder is *het Commissariaat voor de Media*. Het Commissariaat is ingesteld op grond van art. 9 Mediawet. Het is een zelfstandig bestuursorgaan met rechtspersoonlijkheid. Het Commissariaat is belast met de uitvoering van en het toezicht op de naleving van de Mediawet. Het is in dat kader onder meer belast met de advisering over het concessiebeleidsplan ten behoeve van de concessieverlening voor de landelijke publieke omroep (art. 30b, eerste lid, Mediawet), het vaststellen van het ledenaantal van omroepverenigingen ten behoeve van hun (voorlopige) erkenning door de minister (art. 31, derde lid, onderdeel b, en 37, derde lid, onderdeel b, Mediawet) en de toewijzing van zendtijd aan lokale en regionale omroepen (art. 42 Mediawet). Ook ziet zij toe op de naleving van reclamevoorschriften.

Naast deze grotendeels nieuwe, deels nog wettelijk te verankeren autoriteiten kan korthedshalve nog verwezen worden naar toezichthouders die niet primair gericht zijn op bevordering van marktwerking maar daarop vanwege de aard van hun werkterrein wel invloed uitoefenen. Wij wezen al eerder op deze categorie. Voorbeelden zijn *het College van bescherming persoonsgegevens*, *het College van toezicht op de kansspelen*, *het College ter beoordeling van geneesmiddelen* en *het College toelating bestrijdingsmiddelen*. Wij laten deze hier buiten beschouwing.

2.3 Marktoezicht is meer dan toezicht

2.3.1 Het wettelijk begrip 'toezicht'

Het begrip toezicht wordt in verschillende betekenissen gebruikt. Alleen al in de Awb heeft het twee specifieke juridische betekenissen. Allereerst kennen wij het toezicht van bestuursorganen op andere bestuursorganen. Daarvan spreken wij als een bestuursorgaan over bevoegdheden beschikt om in te grijpen in de besluitvorming van een ander bestuursorgaan. Enkele belangrijke bevoegdheden inzake toezicht op bestuursorganen, te weten goedkeuring, vernietiging en schorsing, zijn geregeld in titel 10.2 Awb. Onder dit begrip valt wel

54. Kamerstukken II 2004-2005, 29 863, nr. 1-3.

55. Verordening 178/2002, Pb EG 2002, L31/1. Hierover E.L.L. Vos, Naar een Europese FDA? De nieuwe Europese Autoriteit voor Voedselveiligheid, NTER 2003, blz. 177 e.v.

het toezicht dat de minister soms kan uitoefenen op marktautoriteiten als zijnde bestuursorganen, maar niet de activiteiten van de marktautoriteit zelf. Sommige marktmeesters houden zelf weer toezicht op andere bestuursorganen, maar dat is geen toezicht als bedoeld in titel 10.2 Awb. De NMa houdt bijvoorbeeld toezicht op bestuursorganen voorzover deze als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht moeten worden aangemerkt.⁵⁶ Maar in een dergelijk geval betreft het toezicht niet primair de geldigheid van besluiten als bedoeld in de Awb.

In de tweede plaats kent de Awb het begrip toezichthouder. Daaronder wordt verstaan (art. 5:11 Awb): een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Jansen heeft dit ter onderscheiding van het bestuurlijk toezicht 'handhavingstoezicht' genoemd.⁵⁷ Art. 5:15 tot en met 5:19 Awb verlenen een dergelijk persoon een aantal bevoegdheden, waaronder het betreden van plaatsen, het vorderen van inlichtingen en het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden.

Dit handhavingstoezicht verhoudt zich op een ingewikkelde manier tot het begrip markttoezicht. Conceptueel omvat markttoezicht mede het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften door de op de desbetreffende markt actieve ondernemingen. Juridisch is dit echter niet altijd toezicht in de zin van de Afdeling 5.2 Awb. Afdeling 5.2 ziet op gevallen waarin natuurlijke personen, werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, zijn aangewezen als toezichthouder. Diverse wetten kennen aan marktautoriteiten de bevoegdheid toe om dergelijke toezichthouders aan te wijzen.⁵⁸

Daarnaast zijn er echter gevallen waarin bevoegdheden om informatie te verzamelen teneinde te kunnen nagaan of wettelijke voorschriften zijn nageleefd, niet zijn toegekend aan natuurlijke personen, maar aan het bestuursorgaan (de marktautoriteit) zelf.⁵⁹ Ook in dat geval worden de bevoegdheden natuurlijk in mandaat namens de marktautoriteit uitgeoefend door bij de marktautoriteit werkzame natuurlijke personen. Voor die situaties worden soms art. 5:15 e.v. Awb van overeenkomstige toepassing verklaard.

Ook het begrip 'toezichthouder' wordt in verschillende betekenissen gebruikt. Het voorstel Wft gebruikt het woord 'toezichthouder' niet in

56. HvJ 19 februari 2002, AB 2002, 205 m.n. FHvdB.

57. O.D.J.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek*, diss. UvA, Nijmegen 1999.

58. Voorbeelden zijn art. 50, eerste lid, Mw, art. 15.1, eerste lid, Tw en art. 1:56 voorstel Wft.

59. Een voorbeeld is art. 19 (jo. 29) Wet toezicht beleggingsinstellingen.

de betekenis van art. 5:11 Awb, maar om de marktautoriteit zelf (in casu: DNB of de AFM) aan te duiden.⁶⁰ Tenslotte wordt de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen in dat wetsvoorstel zowel aan de toezichthouder-bestuursorgaan als aan toezichthouders in de zin van de Awb toegekend. Erg overzichtelijk is de regeling daarmee niet.

2.3.2 Markttoezicht en 'regulation'

In de literatuur gebruikt men het begrip toezicht ook wel in de veel ruimere betekenis van 'regulering' van markten. Marktautoriteiten worden vaak 'regulators' genoemd. Van der Meulen heeft er al eens op gewezen dat het woord 'regulator' moeilijk te vertalen is.⁶¹ De term 'regulator' is inderdaad verwarrend en wordt ten onrechte vaak vertaald met 'regelgevende instantie' of 'regelgevende autoriteit'.⁶² 'Regulators' hebben doorgaans juist geen bevoegdheden om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. Met 'regulation' wordt een breed scala van activiteiten bedoeld gericht op de bevordering van marktwerking. Regelgeving is als middel daartoe niet principieel uitgesloten maar in de praktijk ligt de nadruk op andere instrumenten.

In dit preadvies spreken we over regulering van markten in de ruime zin van het woord. Dit betekent dat wij het over juridisch gezien zeer verschillende activiteiten hebben. In de praktijk kunnen marktautoriteiten beschikken over:

- bestuursbevoegdheden (waaronder aanwijzingsbevoegdheden);
- regelgevende bevoegdheden;
- geschilbeslechtende bevoegdheden;
- overige bevoegdheden (m.n. advisering, *amicus curiae*).

Een en ander verschilt per toezichthouder.

Hieronder gaan wij kort op elk van die categorieën in. In die bespreking scharen wij onder regelgevende bevoegdheden in dit verband ook de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen.

60. Art. 1:1, sub ggg.

61. Van der Meulen 2003, blz. 26. Zie ook in relatie tot Europese agentschappen de heldere bijdrage van A. Meuwese, Brusselse spraakverwarring: 'regelgevende instanties' zonder regelgevende bevoegdheden, NJB 2004, blz. 1127-1128.

62. Zie bijvoorbeeld Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, PbEG 2002, L108/33. Vervolgens werkt deze terminologie door in de implementatiewetgeving. Zie art. 1.1, onderdeel d, 6b.2 en 12.8 Tw.

2.3.3 Bestuursbevoegdheden

Veel bevoegdheden van marktautoriteiten verschillen niet wezenlijk van bevoegdheden die ook vele andere bestuursorganen hebben. Misschien wel het klassieke voorbeeld van een bestuursrechtelijke bevoegdheid is de bevoegdheid tot het verlenen of weigeren van een vergunning. Ook marktmeesters hebben dergelijke bevoegdheden. Bij de financiële markten is bijvoorbeeld veelal een vergunning van de AFM of van DNB vereist om toegang tot de markt te krijgen. Hetzelfde geldt voor de toelating tot de markt voor loterijen en casino's. De Nederlandse emissieautoriteit beslist over vergunningen voor, kort gezegd, inrichtingen die broeikasgassen uitstoten. De 'toelating' van geneesmiddelen of bestrijdingsmiddelen is in wezen ook een vergunning. Ook het preventieve concentratietoezicht door de NMa heeft kenmerken van vergunningverlening. Er zijn talloze andere voorbeelden van bestuursbevoegdheden die aan marktmeesters zijn toegekend. De NMa kan vrijstellingen of ontheffingen verlenen. DNB en de AFM kunnen op grond van een integriteitstoets bestuurders toelaten of weigeren, enzovoort.

Een bijzondere bestuursbevoegdheid is de aanwijzingsbevoegdheid. De OPTA en de NMa kunnen aan marktpartijen aanwijzingen geven over onder meer tarieven en aansluitingsvoorwaarden. De memorie van toelichting bij het voorstel Wft rekent de bij dat wetsvoorstel aan AFM en DNB toegekende aanwijzingsbevoegdheden tot de sanctiebevoegdheden.⁶³ Hier dient echter te worden onderscheiden. De constatering van de regering is juist als het gaat om de in art. 1:58, eerste lid, toegekende bevoegdheid om een aanwijzing te geven naar aanleiding van een overtreding. Maar een aanwijzing kan soms ook in andere gevallen worden gegeven. Art. 1:58, tweede lid, geeft de toezichthouder (AFM of DNB) immers ook een aanwijzingsbevoegdheid voor het geval deze 'tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit, de liquiditeit of de bedrijfsvoering van die financiële onderneming in gevaar brengen'. Dat is strikt genomen geen sanctiebevoegdheid, omdat die 'tekenen' niet per se een overtreding van enig bij of krachtens de wet gesteld voorschrift behoeven op te leveren. De in art. 1:58, tweede lid, gehanteerde terminologie duidt overigens op een ruime beoordelingsvrijheid.

63. Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 3, blz. 17.

2.3.4 Regelgevende bevoegdheden

Bevoegdheden om *algemeen verbindende voorschriften* vast te stellen komen weinig voor. De financiële toezichthouders vormen hierop een belangrijke uitzondering. Soms worden in de wet zelf regelgevende bevoegdheden toegekend. Zo is DNB bevoegd regels te stellen op grond van bepalingen van de Wet toezicht kredietwezen 1992.⁶⁴ In andere gevallen is sprake van delegatie. Dit is het geval bij de AFM. Op grond van formeelwettelijke bepalingen worden bij algemene maatregel van bestuur bevoegdheden van de minister aan de AFM overgedragen. Daaronder zijn ook regelgevende bevoegdheden.⁶⁵ Soms worden regelgevende bevoegdheden uitdrukkelijk van delegatie uitgesloten.⁶⁶ Indien wel regelgevende bevoegdheden aan de AFM worden gedelegeerd, wordt voorafgaand overleg met de minister voorgeschreven. Ministeriële goedkeuring wordt formeel gezien niet vereist. Het voorstel Wft bouwt hierop voort.⁶⁷ In hoofdstuk 4 komen wij hierop terug.⁶⁸

Voor de praktijk belangrijker zijn de *beleidsregels*. Elk bestuursorgaan kan over de uitoefening van hem toekomende bevoegdheden beleidsregels vaststellen (art. 4:81, eerste lid, Awb). Dit geldt dus ook voor de marktautoriteiten. Deze beleidsregels kunnen betrekking hebben op alle aspecten van de bevoegdheidsuitoefening: de vaststelling van feiten, de afweging van belangen (voorzover de wet het bestuursorgaan daartoe de ruimte laat) en de uitleg van wettelijke voorschriften (art. 1:3, vierde lid, Awb). In de praktijk maken marktautoriteiten veelvuldig gebruik van deze bevoegdheid. Daarvoor gebruiken zij allerlei vormen en benamingen. Bekende voorbeelden zijn de 'richtsnoeren' van de NMa, zoals bijvoorbeeld de 'Richtsnoeren boetetoemeting'.⁶⁹ Een ander voorbeeld is te vinden in art. 18.3, tweede lid, Tw en 150 Postwet. Als gevolg van deze bepalingen moet de OPTA, voorzover zij bij de uitoefening van haar bevoegdheden begrippen uitlegt die ook worden gehanteerd bij de uitleg van art. 24 en 88 Mw (het gaat dan vooral om het begrip misbruik van een economische machtspositie), daarbij 'algemene richtlijnen' in acht nemen. Deze moeten door de

64. Art. 20, eerste lid, 21, eerste lid, en 22, eerste lid.

65. Art. 2 Overdrachtsbesluit toezicht op informatieverstrekking Wck, Wtk, Wtn en Wtv, Stb. 2002, 451. Zie ook art. 3 waarin verplicht overleg wordt voorgeschreven met de minister.

66. Art. 11 Wet melding zeggenschap in ter beurse genoteerde vennootschappen 1996.

67. Art. 1:11, 1:12.

68. Zie par. 4.4.5.

69. Zie www.nmanet.nl.

OPTA worden vastgesteld in overeenstemming met de NMa.⁷⁰ In de praktijk is het niet tot vaststelling van de hier bedoelde algemene richtlijnen gekomen.

Voorts is de vraag welke status aan deze richtlijnen toekomt. Zij moeten naar onze mening niet als algemeen verbindende voorschriften, maar als wetsinterpretierende beleidsregels worden gekwalificeerd. Deze binden naar algemene opvatting wel het bestuur (behoudens bijzondere gevallen), maar niet de rechter. Wat de wetgever dus heeft willen bepalen is dat de OPTA, in afwijking van de hoofdregel, wetsinterpretierende beleidsregels over de uitleg van mededingingsrechtelijke begrippen slechts kan vaststellen in overeenstemming met de NMa. Het was echter duidelijker geweest als de wetgever daarvoor de gangbare Awb-terminologie had gebruikt. Dan was bijvoorbeeld meteen duidelijk geweest dat de OPTA in bijzondere gevallen van dergelijke algemene richtlijnen mag en moet afwijken (art. 4:84 Awb) en dat de rechter er niet aan is gebonden.

2.3.5 Geschilbeslechtende bevoegdheden

Art. 12.2 Tw draagt, kort gezegd, aan de OPTA op om geschillen tussen marktpartijen over de uit de wet of ter uitvoering daarvan gesloten overeenkomsten te beslechten. Art. 12.9 Tw kent de OPTA bovendien de bevoegdheid toe om te beslissen in bepaalde geschillen tussen consumenten en telecom-aanbieders. Beide opdrachten strekken tot uitvoering van Europese richtlijnen. Zij beogen partijen een voorziening te bieden, die laagdrempeliger is dan de gewone rechter. De wetgever heeft deze geschilbeslechtende bevoegdheden in het kader van de Telecommunicatiewet in het systeem van Algemene wet bestuursrecht proberen in te passen. Aangezien de beslissing van OPTA in een geschil partijen bindt (art. 12.6 Tw), is deze beslissing een besluit als bedoeld in art. 1:3, eerste lid, Awb. Derhalve wordt het verzoek van een partij om een geschil te beslechten beschouwd als een aanvraag als bedoeld in art. 1:3, derde lid, Awb.

Ottow heeft de vraag opgeworpen, hoe de geschilbeslechtende bevoegdheden van de OPTA zich verhouden tot de mogelijkheid om de burgerlijke rechter te adiëren.⁷¹ Dat is naar Nederlands recht geen probleem. Een geschil tussen twee private marktpartijen (waaronder berepen consumenten) kan te allen tijde aan de burgerlijke rechter wor-

70. Anders dan Van der Meulen 2003, blz. 97 stelt kunnen deze richtlijnen niet gebaseerd zijn op art. 4:81, tweede lid, Awb. De OPTA moet deze algemene richtlijnen volgens de wettekst zelf vaststellen.

71. Ottow 2003, blz. 227-228.

den voorgelegd. Dit volgt uit art. 112, eerste lid, Grondwet en is bevestigd in het arrest Zegwaard/Knijnenburg.⁷² Een private partij heeft dus de keus om zich tot de OPTA te wenden of tot de burgerlijke rechter. Dat is vermoedelijk ook de bedoeling geweest van de achterliggende Europese richtlijnen. Deze wilden een goedkoop en laagdrempelig alternatief bieden voor de gewone rechter, maar niet diens bevoegdheid uitsluiten.

2.3.6 Overige bevoegdheden

Incidenteel zijn aan marktautoriteiten ook adviesbevoegdheden toegekend. Ingevolge art. 18.3, eerste lid, Tw is de minister van Economische Zaken in bepaalde gevallen verplicht om het advies van de NMa in te winnen. Dit geldt onder meer indien de minister voornemens is een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte te weigeren of in te trekken op de grond dat verlening, respectievelijk instandhouding van de vergunning de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt aanzienlijk zou beperken.⁷³ Soms vloeit een adviserende taak rechtstreeks voort uit Europese regelgeving. Zie bijvoorbeeld Richtlijn 2002/21/EG op grond waarvan de OPTA door telecommtoezichthouders van de andere lidstaten over bepaalde ontwerpmaatregelen moet worden geraadpleegd.⁷⁴

Een andere, voor het Nederlandse recht geheel nieuwe bevoegdheid wordt geïntroduceerd in EG-verordening 1/2003.⁷⁵ Ingevolge art. 15, derde lid, van de Verordening jo. art. 88 Mw, tenuitvoergelegd in art. 89h Mw, kunnen de Europese Commissie en de NMa schriftelijke opmerkingen maken bij iedere nationale rechterlijke instantie waar een zaak speelt met mededingingsrechtelijke aspecten. Met toestemming van de desbetreffende rechterlijke instantie kunnen zij ook mondelinge opmerkingen maken. De NMa heeft inmiddels richtsnoeren gepubliceerd over de gevallen waarin zij deze bevoegdheid zal gebruiken.⁷⁶ Met deze bevoegdheid wordt voor het eerst in Nederland de figuur van de 'amicus curiae' geïntroduceerd.

72. HR 17 september 1982, AB 1982, 573 m.n. JRSt, NJ 1983, 278 m.n. MS.

73. Zie art. 3.6, tweede lid, onderdeel d, en 3.7, tweede lid, onderdeel f. Tw.

74. PbEG L108/41, art. 7, derde lid. Op zijn beurt dient de OPTA in dergelijke gevallen de Commissie en collega-toezichthouders te raadplegen. Zie art. 6b.2 Tw.

75. PbEG 2003, I. 1.

76. Richtlijnen Amicus Curiae dd. 23 september 2004, www.nmanet.nl.

2.4 Slot

Uit dit beknopte overzicht blijkt dat er een sterk groeiend aantal marktautoriteiten bestaat met een uitgebreid en naar zijn aard uiteenlopend bevoegdhedenpakket. Alle met de traditionele 'trias politica' corresponderende bevoegdheden (regelgeving, uitvoering, geschillenbeslechting) komen in meerdere of mindere mate voor. Het EG-recht is daarbij een belangrijke factor. Veel bevoegdheden vloeien direct of indirect uit het EG-recht voort. Wij komen hier in het volgende hoofdstuk nog op terug.

Hoofdstuk 3 Marktoezicht: het constitutionele kader

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een globaal beeld gegeven van het constitutionele kader dat van belang is voor de positie van marktautoriteiten. We beginnen met een korte bespreking van het relevante EG-recht (par. 3.2). Vervolgens gaan we in op grondwettelijke en daarmee samenhangende aspecten (par. 3.3). Ten slotte komt de betekenis van algemene constitutionele beginselen aan de orde (par. 3.4). Het hoofdstuk eindigt met enkele concluderende opmerkingen (par. 3.5).

3.2 EG-recht

3.2.1 Constitutionalisering

Een aantal marktautoriteiten is opgericht mede ter uitvoering van EG-recht. Het EG-recht heeft voorrang boven nationaal recht, zelfs indien het de Grondwet of nationale constitutionele beginselen betreft. Om die reden moet allereerst worden nagegaan of het EG-recht wellicht eisen bevat waaraan de inrichting, samenstelling en bevoegdheden van de betreffende marktautoriteiten behoren te voldoen. Dat laatste is niet eenvoudig. Er is sprake van een groot aantal richtlijnen, verordeningen en andere juridische en quasi-juridische instrumenten waarin relevante aspecten vaak onduidelijk en onderling uiteenlopend worden geregeld. Niettemin zijn wel enkele randvoorwaarden hieruit af te leiden.

De positie van nationale marktautoriteiten dient nadrukkelijk te worden gezien in de bredere context van een ontwikkeling naar een steeds verdergaande constitutionalisering van het Europese openbaar bestuur.⁷⁷ Hoewel nog vaak vaag en onsamenhangend begint zich voor de organen van de EU geleidelijk een stelsel van constitutionele beginselen te ontwikkelen waaraan Europese organen behoren te voldoen. Dit vindt onder meer erkenning in art. 6 EU-verdrag waarin wordt bepaald dat de Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeenschappelijk hebben. Het uitgebreide Europese debat over 'good governance' dat mede naar aanleiding van het in 2001 uitgebrachte Witboek van de Europese Commissie is gevoerd, kan wor-

77. P. Craig, *The constitutionalisation of Community administration*, ELR 2003, blz. 840 e.v.

den beschouwd als een poging om te komen tot een nadere invulling van een aantal van die beginselen.⁷⁸

In het Verdrag tot vaststelling van de Europese Grondwet zijn eveneens sporen van een zekere constitutionalisering van het Europese bestuur terug te vinden. Naast hernieuwde vastlegging van onder meer democratie en rechtsstaat als grondbeginselen van de Europese Unie is meer in concrete zin een recht op behoorlijk bestuur in het Verdrag opgenomen.⁷⁹ Dit recht behelst onder meer het recht van een ieder op een onpartijdige en billijke behandeling door de instellingen, organen en instanties van de EU binnen een redelijke termijn. Voorts zijn algemene bepalingen opgenomen over beginselen van participerende democratie⁸⁰ en openbaarheid van bestuur.⁸¹

3.2.2 Europese 'agencies' en netwerken

Net als eerder in de lidstaten zijn binnen de EU organen de 'agencies' sterk in opkomst.⁸² Zij zijn tot op zekere hoogte vergelijkbaar met onze zelfstandige bestuursorganen. Tot dusverre zijn aan dergelijke organen slechts sporadisch beslissende bevoegdheden toegekend. In de toekomst zal dat mogelijk vaker gaan gebeuren. De Commissie heeft eind 2002 een voorstel⁸³ gedaan voor algemene richtsnoeren

78. Witboek van de Europese Commissie, *European Governance. A White Paper*, COM (2001) 428 final en de vele (vaak kritische) reacties die het Witboek heeft losgemaakt. Zie met name de Jean Monnet Working Papers alsook de reactie van de Nederlandse regering: Kamerstukken II 2001-2002, 22 112, nr. 225. Daarnaast kan onder meer worden verwezen naar C. Joerges, R. Dehousse (eds.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford 2002 en Deirdre M. Curtin, Raimon A. Wessel (eds.), *Good Governance in the European Union. Lessons from National and International Law*, Antwerpen-Groningen 2005.

79. Art. II-101.

80. Art. I-47.

81. Art. I-50.

82. E. Vos, *Agencies and the European Union*, in: T. Zwart, L. Verhey, *Agencies in European and Comparative perspective*, Antwerpen/Oxford/New York 2003, blz. 113 e.v. met vele literatuurverwijzingen. Zie voorts van dezelfde auteur, *Reforming the European Commission: what role to play for EU agencies*, CMLR 2000, blz. 1113 e.v. en D. Curtin, *Delegation to EU Non-Majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability*, in: D. Girardin, N. Petit (eds.), *Regulation through Agencies: A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham (UK) 2005.

83. Mededeling van de Europese Commissie, *Kader voor Europese regelgevende agentschappen*, Brussel 11 december 2002, COM (2002) 718, definitief. Zie het kritische rapport van een werkgroep van de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), Den Haag 6 juli 2004. De kritiek richt zich onder meer op de, in de ogen van de werkgroep, te geringe controlemogelijkheden.

voor autonome Europese 'regulatory agencies'.⁸⁴ Volgens het voorstel kunnen onder bepaalde voorwaarden bevoegdheden aan dergelijke organen worden toegekend om bindende beslissingen te nemen.

Op dit moment is het in de regel de Commissie die op Europees niveau met het toezicht op de naleving van regels is belast. Het is echter niet ondenkbaar dat in de toekomst zelfstandige Europese toezichthouders gevormd worden. Een voorbeeld van een toezichthouder die zich in deze richting zou kunnen ontwikkelen is de recent opgerichte Europese Autoriteit voor Voedselveiligheid.⁸⁵ Mogelijk komen er na de vaststelling van richtsnoeren voor regelgevende agentschappen meer zelfstandige toezichthouders die bevoegdheden van de Commissie zullen gaan overnemen.

Vaak wordt in de rechtspraak van het Hof van Justitie een beperking gezien om bevoegdheden van de in het EG-verdrag verankerde organen te delegeren aan agentschappen. In de *Meroni*-zaak heeft het Hof bepaald dat delegatie van bevoegdheden aan niet in de verdragen geregelde organen alleen onder strikte voorwaarden is toegestaan:

'zodanige overdracht mag echter slechts uitvoerende bevoegdheden tot voorwerp hebben, welke nauwkeurig zijn omschreven en die in haar uitoefening geheel aan de controle van de hoge autoriteit zijn onderworpen'.⁸⁶

Delegatie van ruime discretionaire bevoegdheden is te allen tijde uitgesloten. In de literatuur worden echter vraagtekens geplaatst bij de reikwijdte van dit arrest. Gesteld wordt wel dat toekenning van bevoegdheden aan Europese 'regulatory agencies' mogelijk is, mits de Commissie over voldoende bevoegdheden blijft beschikken om beslissingen van dergelijke organen te corrigeren.⁸⁷ In de toekomst zal door middel van nieuwe rechtspraak moeten blijken waar hier precies de grenzen liggen.

Op dit moment al raken het Europese en het nationale toezicht steeds nauwer met elkaar verweven. Op verschillende terreinen zijn netwerken ontwikkeld of in ontwikkeling waarin de Commissie en nationale toezichthouders samenwerken om de consistente toepassing van het EG-recht te verbeteren. Dit is bijvoorbeeld het geval in de telecommu-

84. Regulatory agencies dienen te worden onderscheiden van 'executive agencies' die louter beheerstaken uitvoeren. Zie Verordening 58/2003, PbEG 2003, L11/1.

85. Verordening 178/2002, PbEG 2002, L31/1.

86. HvJEG 13 juni 1958, Zaak 9/56, *Meroni* tegen Hoge Autoriteit, Jur. 1958, blz. 1.

87. R. Dehousse, *Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance*, in: C. Joerges, R. Dehousse (eds.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford 2002, blz. 220 e.v.

nicatiesector⁸⁸, in de energiesector⁸⁹ en op algemeen mededingingsgebied⁹⁰. Deze voorbeelden kunnen met anderen worden aangevuld. De Commissie kan in het kader van deze netwerken onder omstandigheden dwingend optreden. Zo kan de Commissie in de elektronische telecomnicatiesector aanbevelingen en richtsnoeren uitvaardigen waarmee nationale autoriteiten 'zoveel mogelijk rekening moeten houden' en waarbij zij in geval van afwijking bepaalde procedures moeten volgen. In bijzondere gevallen beschikt de Commissie zelfs over een veto-recht.⁹¹ Daarnaast is denkbaar dat, afhankelijk van de toepasselijke regels, de Commissie via de zogenaamde comitologieprocedure⁹² de adviezen van netwerken overneemt en omzet in richtsnoeren. Lavrijssen wijst op deze mogelijkheid voor de energiesector.⁹³

Het Europese netwerk dat het verst is ontwikkeld functioneert op monetair gebied. Op grond van art. 8 EG-Verdrag is een Europees Stelsel van Centrale Banken (ESCB) opgericht. In dat kader wordt door de Europese Centrale Bank (ECB) in samenspraak met de nationale centrale banken het monetaire beleid vastgesteld en uitgevoerd.⁹⁴ Als gevolg hiervan is het monetaire beleid geheel aan de invloedssfeer

88. Besluit Commissie 2002/627/EG, PbEG 2002, L200, gewijzigd bij Besluit Commissie 2004/3445/EG, PbEG 2004, L293.

89. Besluit Commissie 2003/796/EG, PbEG 2003, L296/34. Zie S.A.C.M. Lavrijssen, *De European Energy Regulators Group: Een panacee voor good governance?* Nederlands Tijdschrift voor Energierecht 2004, blz. 176 e.v.

90. Verordening 1/2003 dd. 16 december 2002, PbEG 2003 L1 (overweging 15 en art. 11 e.v.). Zie verder de Gezamenlijke Verklaring van de Raad en de Commissie betreffende de werking van het netwerk van mededingingsautoriteiten, www.register.consilium.eu.int (nr. 15435/02 ADD 1) en Mededeling Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, PbEG 2004 C101.

91. Art. 15, derde lid, resp. 7, vierde lid, Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten, PbEG 2002, L108/33, gepubliceerd en in werking getreden op 24 april 2002 (hierna: *Kaderrichtlijn*). Zie verder C. Wolberink, S. Steinhäuser, *De Europese Commissie en het nieuwe telecommunicatierecht: procedurele waakhond of embryonale Europese toezichthouder?* Mediaforum 2004, blz. 238 e.v.

92. Comitologie is een besluitvormingsprocedure waarbij vertegenwoordigers van de lidstaten de Commissie bijstaan bij de uitvoering van de Europese regelgeving. Zij kan worden gezien als een mechanisme waarmee de Raad (en dus de lidstaten) de Commissie kan controleren. Zie voor een overzicht S. Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union*, Pearson Education, Harlow 2002, blz. 135 e.v.

93. S.A.C.M. Lavrijssen, a.w. 2004, blz. 180.

94. F. Amlenbrink, *The Democratic Accountability of Central Banks. A comparative study of the European Central Bank*, Oxford/Portland 1999.

van de lidstaten onttrokken. Hoewel het monetaire beleid iets anders is dan markttoezicht is niet ondenkbaar dat op de institutionele structuur zoals deze voor het monetaire beleid in het EG-verdrag is vastgelegd, wordt voortgebouwd bij de verdere ontwikkeling van Europese netwerken op andere beleidsterreinen.

3.2.3 Onafhankelijke nationale marktautoriteiten?

Het EG-recht bevat geen juridisch dwingende verplichting voor de lidstaten om voor het houden van toezicht een zelfstandig bestuursorgaan in te stellen.⁹⁵ Wel zijn er richtlijnen waarin voor bepaalde sectoren een zekere onafhankelijkheid van het toezicht wordt voorgeschreven. We geven hieronder een tweetal voorbeelden.

Het eerste voorbeeld is de Kaderrichtlijn van de EG voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.⁹⁶ De nationale instanties die met het toezicht op de naleving van de betreffende regels worden belast (voor Nederland thans de OPTA en de minister van Economische Zaken) dienen volgens art. 3, tweede lid, 'juridisch gezien onderscheiden te zijn en functioneel onafhankelijk' van alle organisaties die elektronische communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden. Meer in concreto dienen lidstaten te zorgen voor een 'daadwerkelijke structurele scheiding' tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten. De vraag rijst in hoeverre de uitvoering van bepaalde taken door de minister van Economische Zaken (zoals bijvoorbeeld de verlening van frequentievergunningen) zich verdraagt met het aandeelhouderschap van KPN. Ottow heeft zich op goede gronden op het standpunt gesteld dat dit onder de huidige regelgeving, waarin geen expliciete scheiding van activiteiten wordt gewaarborgd, niet het geval is.⁹⁷

Het tweede voorbeeld is de Richtlijn betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit.⁹⁸ Hierin is vastge-

95. Aldus ook het kabinet in Visie op markttoezicht 2004, blz. 3. Zie voorts H.J. de Ru, J.A.F. Peters, Toezicht als nieuwe vorm van overheidsbemoeienis ingekaderd, in: De Ru, Peters 2000, blz. 7.

96. PbEG 2002, L108/33.

97. Ottow 2003, blz. 159.

98. Richtlijn 2003/54 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, PbEG 2004, L016/74 (art. 23, eerste lid). Zie ook de op dit punt identieke Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG, PbEG 2004 L176/57 (art. 25, eerste lid).

legd dat de lidstaten een of meer instanties aanwijzen met de functie van 'regelgevende instantie'. Deze moet 'geheel onafhankelijk' zijn van de belangen van de electriciteitssector. De bewoordingen van deze bepaling wijken nogal af van de hierdoor besproken bepalingen van de Kaderrichtlijn voor elektronische communicatienetwerken, maar niet duidelijk is in hoeverre dit ook een inhoudelijk verschil behelst. Duidelijk is wel dat ook deze bepaling niet dwingend van de lidstaten eist dat de betreffende instantie buiten de ministeriële verantwoordelijkheid wordt geplaatst.

Het laatste wordt nog eens bevestigd in een onder auspiciën van de Commissie uitgebracht memorandum waarin de betekenis van laatstgenoemde richtlijn wordt toegelicht.⁹⁹ Daarin wordt echter de wenselijkheid van een zelfstandig bestuursorgaan wel onderstreept. Gesteld wordt dat de richtlijn:

'does not necessarily require the regulator to be separate from existing government structures, even though a separate regulator is the most common and desirable model'.

Dit standpunt sluit aan bij eerdere pleidooien van de Organisatie Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) om het markttoezicht op afstand te plaatsen van de politiek. In 1999 beval de OESO in een uitgebreide rapportage over markttoezicht in Nederland aan:

'to separate regulatory from policy functions more clearly, while maintaining ministerial responsibility for overall policy and results'.¹⁰⁰

Daarbij wordt er blijkens het citaat kennelijk van uit gegaan dat de 'regulerende' functie niet de beleidsvorming omvat. Uit het vorige hoofdstuk bleek al dat bij een zodanig beperkte uitleg van het begrip 'regulatory' vraagtekens kunnen worden geplaatst.

In hoeverre het EG-recht zich in dit opzicht verder zal ontwikkelen is onzeker. Dat de onafhankelijkheid op Europees niveau juridisch dwingend kan worden voorgeschreven kan opnieuw aan de hand van het monetaire beleid worden geïllustreerd. In art. 108 EG-verdrag is bepaald dat noch de ECB noch de nationale centrale banken instructies

99. The role of the regulatory authorities, Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas, blz. 1 te vinden op www.europa.eu.int.

100. OECD Reviews of Regulatory Reform, Regulatory reform in the Netherlands, Paris 1999, blz. 87. Uitgebreider hierover Van der Meulen 2003, blz. 31 e.v. Zie intussen opnieuw OECD Economic Surveys Netherlands, Volume 2004/9, blz. 19-20.

mogen aanvaarden van enig Europees of nationaal orgaan. Voor markt-
autoriteiten gaat het EG-recht zo ver niet.

3.2.4 Bevoegdheden

De opkomst van de marktautoriteiten is mede geïnspireerd door de Angelsaksische figuur van de 'regulator'. Hiervoor hebben wij al aangegeven dat onder 'regulation' een breed scala van activiteiten kan vallen samenhangend met het begeleiden van het proces van liberalisering van markten of het toezien op het functioneren daarvan. Wat zij in concreto inhouden hangt af van de situatie en met name van de fase waarin het liberaliseringsproces zich bevindt. Naarmate de vrije markt in een bepaalde sector zijn voltooiing nadert, vindt een verschuiving plaats van regulering vooraf naar toezicht achteraf. In de ideale eindsituatie wordt volstaan met het algemene mededingingstoezicht.¹⁰¹

Afgezien wellicht van de handhaving en sanctionering wordt uit het EG-recht niet altijd duidelijk tot hoever lidstaten met de toekenning van bevoegdheden aan marktautoriteiten moeten gaan. Op dit punt laat het EG-recht de lidstaten vaak de nodige vrijheid.¹⁰² Niettemin wordt wel gesteld dat wil een marktautoriteit in overeenstemming met de doelstellingen van het EG-recht effectief kunnen bijdragen aan het ontstaan van concurrerende marktverhoudingen, zij zal moeten beschikken over ruime bevoegdheden met de nodige beleids- en beoordelingsruimte. Volgens Ottow dienen nationale constitutionele beginselen zoals het legaliteitsbeginsel en het democratiebeginsel in dat licht gezien niet te restrictief worden uitgelegd.¹⁰³ Wij menen echter dat dat niet uit het EG-recht voortvloeit. Het EG-recht schrijft niet dwingend voor dat alle bevoegdheden op nationaal niveau in één hand worden gelegd. Lidstaten zijn in beginsel vrij om uit machtscheidingsoverwegingen bevoegdheden te verdelen over verschillende overheidsorganen. Uiteraard geldt de voorwaarde dat het EG-recht correct en tijdig moet worden uitgevoerd, maar op dat punt verschilt markttoezicht niet van andere door het EG-recht vereiste maatregelen.

In specifieke gevallen echter schrijft het EG-recht wel in concrete zin voor welke bevoegdheden aan nationale marktautoriteiten moeten worden toegekend. Een voorbeeld is art. 5 Verordening 1/2003 betreffende de uitvoering van mededingingsregels op grond waarvan natio-

101. Zie verder par. 2.3 waarin wij ook een kort overzicht gaven van de bevoegdheden van marktautoriteiten in algemene zin.

102. Visie op markttoezicht 2004, blz. 3.

103. Ottow 2003, blz. 167.

nale mededingingsautoriteiten bestuursdwang, geldboeten, dwangsommen en andere nationaalrechtelijke sancties moeten kunnen opleggen.¹⁰⁴ Een nog uitgebreidere opsomming is te vinden in de Richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten.¹⁰⁵ Andere richtlijnen zijn op dit punt minder specifiek.

Een atypische bevoegdheid die wij al eerder noemden en die rechtstreeks voortvloeit uit het EG-recht is de geschilbeslechting door de OPTA. Beslissingen die de OPTA in dit kader neemt zijn besluiten in de zin van de Awb. Deze constructie wringt een beetje. Dat uit zich bijvoorbeeld in de verplichte bezwaarschriftprocedure van art. 7:1 Awb. Het ligt niet erg voor de hand om aan een orgaan dat net volgens een min of meer contradictoire procedure een geschil heeft beslecht, te vragen of zich daar nog eens opnieuw over te buigen. Daarom geldt dat in die gevallen de bezwaarschriftprocedure kan worden overgeslagen.¹⁰⁶ Het dieperliggende probleem is echter dat het beslechten van geschillen door bestuursorganen een voor het Nederlands bestuursrecht nieuwe figuur is¹⁰⁷ waarmee de Algemene wet bestuursrecht eigenlijk geen rekening heeft gehouden. Weliswaar komen tal van beslissingen op bezwaar omtrent bouwvergunningen in feite neer op het beslechten van burenruzies, maar de focus blijft ook in die gevallen gericht op iets anders, namelijk de geldigheid van de bouwvergunning. Als het EG-recht op grotere schaal aan marktautoriteiten en wellicht ook aan andere bestuursorganen zou gaan opdragen om geschillen te beslechten, zou het overweging verdienen om daarvoor in de Awb een aparte regeling te treffen.

3.2.5 Raadpleging en openbaarheid

Opvallend is dat het EG-recht soms ook constitutionele waarborgen voorschrijft die bij de voorbereiding en uitvoering van besluiten door nationale toezichthouders moeten worden gerespecteerd. Een voorbeeld is art. 6 Kaderrichtlijn voor elektronische communicatienetwerken en -diensten¹⁰⁸ waarin wordt bepaald dat marktautoriteiten in be-

104. PbEG 2003 I.1.

105. Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende markten voor financiële instrumenten, PbEG 2004, L145/1 (art. 50 e.v.).

106. Art. 17.1 Tw.

107. Tot het Benthem-arrest (EHRM 23 oktober 1985, NJ 1986, 102) kenden wij natuurlijk de figuur van geschilbeslechting door de Kroon. Maar deze figuur is juist onder invloed van Europese ontwikkelingen (het EVRM) afgeschaft. Zie voor een historisch overzicht N. Verheij, De toegang tot de rechter in het bestuursrecht, 50 jaar EVRM, Bijzondere aflevering NJCM-Bull. 2000, blz. 183 e.v.

108. PhEG 2002, L108, 40-41.

ginsel verplicht zijn om belanghebbenden te raadplegen over een voorgenomen maatregel. Krachtens diezelfde richtlijn hebben belanghebbenden het recht om tegen beslissingen beroep in te stellen bij een 'lichaam van beroep dat onafhankelijk is van de partijen, bijvoorbeeld een rechtbank'.¹⁰⁹

Een ander thema dat in het EG-recht veel aandacht krijgt is de bevordering van openbaarheid van bestuur (transparantie). Op diverse plaatsen in het Verdrag tot vaststelling van de Europese Grondwet komt deze notie tot uiting. Bepaald wordt onder meer dat de instellingen een 'open, transparante en regelmatige dialoog' moeten voeren met maatschappelijke organisaties¹¹⁰ en dat burgers in beginsel inzage hebben in Europese documenten.¹¹¹ Deze aandacht wordt ook zichtbaar in het secundaire EG-recht. Om een voorbeeld te geven uit de zojuist al genoemde Kaderrichtlijn: nationale regelgevende instanties zijn verplicht tot openbaarmaking van nationale raadplegingsprocedures en van de resultaten van de raadpleging. Ook hebben zij een algemene verplichting tot publicatie van alle voor burgers relevante informatie.¹¹² Voorts kan gewezen worden op door de Commissie geïnitieerde richtlijnen inzake consultatie door de European Regulators Group for Electricity and Gas.¹¹³

Bij de uitoefening van bevoegdheden tot handhaving en sanctiëring komen toezichthouders soms in het bezit van vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Naar aanleiding van het faillissement van verzekeringsmaatschappij Vie d'Or is een aantal jaren geleden een uitvoerig debat over de geheimhouding van deze gegevens gevoerd. De vraag was met name of de toenmalige Verzekeringskamer op grond van het EG-recht bevoegd zou zijn om dergelijke gegevens aan de Algemene Rekenkamer en de minister van Financiën te verstrekken en in hoeverre de minister deze gegevens aan het parlement zou mogen doorgeleiden. Uiteindelijk was de conclusie van dit debat dat het EG-recht hieraan in de weg stond, omdat verschillende richtlijnen voor nationale toezichthouders een strikte geheimhoudingsplicht voorschrijven.¹¹⁴

109. Art. 4.

110. Art. 1-47, tweede lid.

111. Art. 1-50 en II-102.

112. Art. 6 resp. art. 5, vierde en vijfde lid, Kaderrichtlijn.

113. Public Guidelines on ERGEG's Consultation Practices dd. 10 augustus 2004, www.ergg.nl.

114. Deze conclusie was in belangrijke mate gebaseerd op een advies van de Raad van State: Kamerstukken II 1997-1998, 24 456, C. Zie ook het eerdere advies: Kamerstukken II 1995-1996, 24 456, B. De problematiek komt hier nog aan de orde. Zie par. 4.5.5.

3.3 Nederlandse constitutionele regels

3.3.1 De Grondwet

Zoals al aangegeven zijn marktautoriteiten meestal zelfstandige bestuursorganen. Deze hebben geen grondwettelijke basis. De discussie hierover wordt al lang gevoerd. In 1980 achtte de regering het nog te vroeg voor een grondwettelijke regeling.¹¹⁵ In 1997 ondernam de regering wel een poging, maar deze strandde. Een daartoe strekkend wetsvoorstel¹¹⁶ werd na een kritisch verslag van de Tweede Kamer¹¹⁷, door de regering ingetrokken. De Tweede Kamer had niet alleen inhoudelijke kritiek op het voorstel, maar vond bovendien dat eerst algemene regels inzake zelfstandige bestuursorganen tot stand moesten worden gebracht.¹¹⁸ Dat oordeel nam de regering uiteindelijk over.

Recentelijk kwam de wenselijkheid tot grondwettelijke regeling opnieuw aan de orde in een in 2003 uitgebracht advies van de Raad voor het openbaar bestuur (Rob). De Rob deed een concreet voorstel daartoe.¹¹⁹ De Grondwet zou het voorschrift moeten gaan bevatten dat zelfstandige bestuursorganen op rijksniveau alleen bij of krachtens de wet mogen worden ingesteld. Voorts zou volgens het voorstel de Grondwet de formele wetgever de opdracht moeten geven een beperkt aantal aspecten (inrichting, samenstelling en bevoegdheden van en toezicht op zelfstandige bestuursorganen) te regelen. Dit voorstel heeft geen politieke steun gekregen. Met een wel zeer summiere motivering heeft de regering alle voorstellen van de Rob inzake de herziening van hoofdstuk 7 Grondwet, waaronder het onderhavige, van de hand gewezen.¹²⁰ Het streven naar grondwettelijke verankering van zelfstandige bestuursorganen lijkt daarmee voorlopig van de baan.

Door het uitblijven van een grondwettelijke regeling biedt de huidige Grondwet voor ons thema geen enkele richtsnoer. De Grondwet

115. Kamerstukken II 1980-1981, 16 040 (R1141), nr. 8, blz. 20. De aanleiding vormde een pleidooi van J.M. Polak, Een wettelijke basis voor zelfstandige bestuursorganen, NIB 1980, blz. 298.

116. Kamerstukken II 1997-1998, 25 629, nr. 1-2.

117. Kamerstukken II 1998-1999, 25 629, nr. 6. Zie ook het zeer negatieve advies van de Raad van State: Kamerstukken II 1997-1998, 25 629, B.

118. Zie par. 3.3.2.

119. Raad voor het openbaar bestuur, Andere openbare lichamen in de Grondwet, Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet deel III, Den Haag 2003, blz. 45 e.v., m.n. blz. 50. De Raad stelde onder meer voor een nieuw art. 46a aan de Grondwet toe te voegen. Voor zelfstandige bestuursorganen op decentraal niveau formuleerde de Raad separate voorstellen.

120. Kamerstukken II 2003-2004, 29 200 VII, nr. 62.

verzet zich niet tegen de zelfstandige bestuursorganen zoals deze zich in de praktijk hebben ontwikkeld.¹²¹ De Grondwet staat derhalve niet in de weg aan de instelling van marktautoriteiten noch aan de ruime bevoegdheden die de formele wetgever aan sommigen van hen heeft toegekend.¹²²

Dat laat onverlet dat een grondwettelijke regeling wel gewenst is. De Rob heeft er nog eens terecht op gewezen dat zelfstandige bestuursorganen kwantitatief en kwalitatief een niet meer weg te denken figuur zijn in ons openbaar bestuur.¹²³ Ervan uitgaande dat de Grondwet de hoofdlijnen van ons staatsbestel tot uitdrukking zou moeten brengen, zou een grondwettelijke basis voor zelfstandige bestuursorganen niet misstaan. Daar komt nog bij dat bij zelfstandige bestuursorganen, zeker als het gaat om marktautoriteiten, wordt afgeweken van klassieke patronen van parlementaire controle en machtscheiding.¹²⁴ Het lijkt dan ook ongewenst om nog langer te wachten met een grondwettelijke regeling. Om verdere rechtsontwikkelingen niet te belemmeren zou deze regeling, conform hetgeen door de Rob is voorgesteld, summier van aard moeten zijn.

3.3.2 Een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen?

Afzonderlijke vermelding verdient het streven om te komen tot algemene wettelijke regels voor zelfstandige bestuursorganen. In 2000 is een voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen ingediend.¹²⁵ Met het voorstel streefde de regering vier doelstellingen na¹²⁶:

- Het aanbrengen van ordening in de bestaande situatie waarin voor ieder zelfstandig bestuursorgaan een geheel eigen organisatieregeling geldt;

121. In deze zin ook J.B.J.M. ten Berge. De constitutionele desinteresse voor zelfstandige bestuursorganen, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle 1995, blz. 519 e.v., m.n. blz. 527.

122. Uiteraard bevat de Grondwet wel grondrechtelijke grenzen. Zie art. 1-23 Grw.

123. Rob-advies, a.w., blz. 50. Aldus ook de regering zelf in het eerder genoemde wetsvoorstel. Zie Kamerstukken II 1997-1998, 25 629, B, blz. 2 e.v. Zie voor een nadere argumentatie ook J.B.J.M. ten Berge, a.w., blz. 527 e.v.

124. Zie verder hoofdstuk 4.

125. Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, nr. 1-3. De Tweede Kamer had reeds naar aanleiding van het rapport van de commissie-Scheltema (Kamerstukken II 1992-1993, 21 427, nr. 40-41) aangedrongen op een dergelijk wetsvoorstel. Zie Kamerstukken II 1994-1995, 24 130, nr. 11.

126. Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, nr. 3, blz. 4-5.

- Een heldere regeling van de ministeriële verantwoordelijkheid voor zelfstandige bestuursorganen;
- Een verduidelijking van de financiële controle op zelfstandige bestuursorganen;
- Een vergroting van het publieke inzicht in het bestaan en het functioneren van zelfstandige bestuursorganen.

Het wetsvoorstel bevat algemene bepalingen omtrent de inrichting en samenstelling van zelfstandige bestuursorganen, alsmede het toezicht daarop door de verantwoordelijke minister. Met name het financiële toezicht (begroting, jaarrekening) is in het wetsvoorstel uitgebreid geregeld. Voorzover het gaat om de huidige zelfstandige bestuursorganen zou de wet alleen van toepassing zijn indien dit bij of krachtens de instellingswet zou zijn bepaald (optiestelsel). Dit laatste geldt derhalve ook voor de al bestaande marktautoriteiten.

Op het oorspronkelijke wetsvoorstel is in de rechtswetenschappelijke literatuur veel kritiek geuit.¹²⁷ Volgens de critici betrof het een mager wetsvoorstel waarin veel belangrijke zaken niet waren geregeld.¹²⁸ Ook het optiestelsel werd van verschillende kanten bekritiseerd.¹²⁹ De bezwaren zijn lopende het wetgevingsproces deels weggenomen. De Tweede Kamer heeft het wetsvoorstel ingrijpend geamendeerd. Inmiddels stagneert het wetsvoorstel echter in de Eerste Kamer.¹³⁰ Of het wetsvoorstel de eindstreep zal halen hangt mede af van de kabinetsreactie op het rapport van de commissie-Kohnstamm. Deze commissie beval aan het wetsvoorstel in te trekken en te vervangen door

127. C.A.J.M. Kortmann, Het voorstel van Kaderwet zelfstandige bestuursorganen: weinig kader voor veel diversiteit, *Gemeentestem* 2001, blz. 65 e.v., M. Scheltema, Een goed kader voor zbo's?, *NTB* 2000, blz. 277, J.A.F. Peters, De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen: een eerste kennismaking, *Tijdschrift voor privatisering* 2000, blz. 4 e.v. en uitgebreid H.R.B.M. Kummeling, Een kale Kaderwet. Commentaar op het wetsvoorstel Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (27 426), *Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid*, Den Haag 2001, blz. 27 e.v. Zie ten slotte S.E. Zijlstra, De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Van een algemene wet, houdende regels van bestuursrecht naar een wet, houdende algemene regels van bestuursrecht?, in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Leiden 2002, blz. 191 e.v.
128. Over de vraag wat er zoal in een kaderwet moet worden geregeld, is veel gepubliceerd. Zie J.L. Boxum, *Algemene wetgeving inzake bestuurslichamen*, Deventer 1997, C.P.J. Goorden, *Verzelfstandiging: naar een doorzichtig en geregeld bestuur*, *Preadvies VAR* 1997, blz. 109 e.v. en J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, *De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling*, *Preadvies NJV* 2000, blz. 76 e.v.
129. In het oorspronkelijke wetsvoorstel gold het optiestelsel ook voor na inwerking-treding op te richten zbo's. Zie *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 426, nr. 2 (art. 2).
130. *Kamerstukken I* 2001-2002, 27 426, nr. 276.

een voorstel voor een Wet op de zelfstandige overheidsrechtspersoon.¹³¹ In welke mate dit wetsvoorstel in inhoudelijk opzicht zou moeten verschillen van het aanhangige wetsvoorstel, laat de commissie in het midden. Op het eerste gezicht lijken beide voorstellen qua inhoud en doelstelling sterke overeenkomsten te vertonen.¹³² Wij zien vooralsnog niet in waarom het thans bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel uiteindelijk geen kracht van wet zou moeten krijgen.

3.3.3 Aanwijzingen voor de regelgeving

De balans van deze paragraaf is voor voorstanders van constitutionalisering van zelfstandige bestuursorganen nogal treurig. Pogingen om de positie van zelfstandige bestuursorganen in de Grondwet vast te leggen zijn gestrand. Voorts is van harmonisatie van wetgeving na jarenlange discussies, vele vuistdikke rapporten en een zich lang voort slepend wetgevingsproces nog niets terechtgekomen. Een geschreven constitutioneel kader voor zelfstandige bestuursorganen (en dus voor de meeste marktautoriteiten) ontbreekt derhalve.

Wat rest is de Aanwijzingen voor de regelgeving. Sinds 1996 bevatten deze interne richtlijnen met het oog op wetgeving inzake zelfstandige bestuursorganen.¹³³ Deze hebben onder meer betrekking op de gevallen waarin zelfstandige bestuursorganen mogen worden ingesteld, de bevoegdheden die zij mogen uitoefenen en de wijze waarop zelfstandige bestuursorganen verantwoording moeten afleggen. In een aantal bijzondere wetten wordt de positie van de onderscheidene marktautoriteiten, al dan niet met inachtneming van de Aanwijzingen, nader geregeld. In de navolgende hoofdstukken wordt hier dieper op ingegaan.

3.4 Constitutionele beginselen

3.4.1 Inleiding

Marktautoriteiten dienen zowel op Europees¹³⁴ als op nationaal niveau te functioneren binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat. Om hun positie in constitutionele zin te kunnen duiden is ook de betekenis van de algemene beginselen van de democratische rechtsstaat

131. Werkgroep Verzelfstandige Organisaties op Rijksniveau (Werkgroep-Kohnstamm), Een herkenbare staat: investeren in de overheid, Den Haag 2004, blz. 35.

132. Vgl. S.F. Zijlstra, Weg met de zelfstandige bestuursorganen?, NJB 2004, blz. 1984.

133. Regeling van 5 september 1996, Stcrt. 1996, 177. Zie Ar 124a e.v.

134. Art. 6 EU-verdrag.

van belang. Het is hier niet de plaats om in algemene zin uitvoerig op deze beginselen in te gaan.¹³⁵ Toch staan we er hier kort bij stil omdat zij in het debat een belangrijke rol spelen. Daarbij bouwen we in belangrijke mate voort op het kader zoals Zijlstra dit in zijn proefschrift over zelfstandige bestuursorganen heeft verwoord.¹³⁶

Omdat wij ons betoog toespitsen op de controle van marktautoriteiten lijkt op het eerste gezicht slechts een beperkt deel van de genoemde beginselen van belang, te weten het deel dat betrekking heeft op machtscheiding en 'checks and balances'. Dat is echter een te simpele voorstelling van zaken. De bedoelde beginselen hangen zodanig met elkaar samen dat het machtscheidingselement niet geïsoleerd kan worden behandeld. Zo geldt in ons bestel als uitgangspunt dat de uitvoerende macht wordt gecontroleerd door algemeen vertegenwoordigende organen.¹³⁷ Dit uitgangspunt bevat zowel aspecten van het democratiebeginsel als van machtscheiding in de zin van 'checks and balances'. Ook andere beginselen zoals rechterlijke controle en de grondrechten, hangen nauw met het machtscheidingselement samen.

Ten slotte is ook hier de Europese dimensie van belang. Uit het voorgaande bleek al dat in een aantal sectoren het Europese en het nationale markttoezicht nauw met elkaar verweven zijn geraakt. Dat betekent dat voor het functioneren van marktautoriteiten Europese constitutionele beginselen mede van belang zijn. In abstracto gaat het op beide niveaus om dezelfde beginselen. Niettemin hebben zij in de EU en in de lidstaten een verschillende uitwerking gekregen. Daar waar relevant zal hieronder de EU-component kort worden aangestipt.

3.4.2 Democratie

Het democratiebeginsel is er op gericht burgers zeggenschap te geven over het overheidsbeleid. Overheidsbeslissingen dienen naar gangbare opvattingen in beginsel te worden genomen door organen die de burgers vertegenwoordigen. Dit geldt zeker voor de meest ingrijpende

135. Over de beginselen van democratie en rechtsstaat bestaat uiteraard een overvloed aan literatuur. Een goede inleiding bevat M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Zwolle 2001. Zie voorts Zijlstra 1997, blz. 35 e.v. met vele literatuurverwijzingen. Ten slotte zij verwezen naar J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Groningen 1989 en de recente publicatie van F.J. van Ommeren, S.F. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag 2003.

136. Zijlstra 1997, blz. 51 e.v.

137. Zijlstra 1997, blz. 56.

wettelijke voorschriften. Voorzover overheidsbeslissingen worden overgelaten aan niet rechtstreeks gekozen bestuurders, dienen deze laatste in beginsel te worden aangewezen door een algemeen vertegenwoordigend orgaan en door een zodanig orgaan te worden gecontroleerd.

Het voorgaande impliceert een zekere parlementaire invloed op de personele samenstelling van marktautoriteiten, alsook parlementaire controle op hun functioneren. Zowel op Europees als op nationaal niveau is de parlementaire invloed in beginsel slechts indirect. In Nederland is het doorgaans de verantwoordelijke minister die invloed uitoefent op de samenstelling van en de taakuitoefening door nationale marktautoriteiten. Vervolgens kan het parlement de minister via de ministeriële verantwoordelijkheid aanspreken op het gebruik van zijn wettelijke bevoegdheden. In het vervolg van ons betoog zal nog aan de orde komen dat juist over die ministeriële verantwoordelijkheid verschillend wordt gedacht en dat in verband daarmee verschil van mening mogelijk is over de vraag of marktautoriteiten afbreuk doen aan het democratiebeginsel of de realisering van dat beginsel juist bevorderen. Voorts zal de vraag aan bod moeten komen in hoeverre marktautoriteiten mogen beschikken over regelgevende bevoegdheden, in aanmerking genomen dat voor de meesten van hen geen volledige ministeriële verantwoordelijkheid geldt.

Op Europees niveau heeft het democratiedebat zich toegespitst op het oplossen van het 'democratisch deficit' alsmede op de vraag of de EU zich op termijn al dan niet moet ontwikkelen tot een volwaardig parlementair stelsel.¹³⁸ Met betrekking tot markttoezicht zal met name de vraag zijn op welke wijze de Commissie als Europese toezichthouder verantwoording aflegt en hoe het zit met de controle op Europese netwerken van marktautoriteiten. Ook hier tekent zich een verschil van mening af over de meest wenselijke vorm van democratische controle. Dient het primaat te liggen bij het rechtstreeks gekozen Europees parlement, bij de door de lidstaten beheerste Raad van Ministers of moet de nadruk eerder liggen op andere vormen van publieke verantwoording?¹³⁹

138. Een overzicht geeft M. Sie Dhian Ho, *Democratisering van de EU: permanente evenwichtskunst*, in: E.R. Engelen, M. Sie Dhian Ho (red.), *De staat van de democratie. Democratie voorbij de staat, Verkenningen WRR*, Amsterdam 2004, blz. 151 e.v. Zie verder onder meer P. Craig, *The nature of the community: Integration, Democracy and Legitimacy*, in: P. Craig, G. de Burca, *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, blz. 1 e.v.

139. In algemene zin hierover C. Harlow, *Accountability in the European Union*, Oxford University Press 2002.

Democratie omvat hoe dan ook meer dan parlementaire invloed.¹⁴⁰ Ook andere vormen van zeggenschap dan via vertegenwoordigende organen vallen onder het democratiebeginsel. Dit komt ook tot uitdrukking in het Verdrag tot vaststelling van de Europese Grondwet waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen representatieve en participerende democratie.¹⁴¹ Democratie in laatstgenoemde zin kan ook bijdragen aan controle van markt-autoriteiten. Daarbij kan worden gedacht aan raadpleging van belanghebbenden en waarborging van openbaarheid van bestuur. Hiervoor kwamen deze aspecten al even aan de orde.

3.4.3 Wetmatigheid van bestuur

Het beginsel van de wetmatigheid van bestuur bevat verschillende elementen. Zijlstra¹⁴² ziet hierin allereerst als eis dat de overheid als zodanig kenbaar en herkenbaar moet zijn. De burger moet weten met welk overheidsorgaan hij te maken heeft en welk soort maatregelen hij van dat orgaan heeft te verwachten. Kenbaarheid en doorzichtigheid van het overheidsbestuur brengt met zich dat de hoofdlijnen van de bestuursorganisatie zijn neergelegd in algemene wetten. Daar waar mogelijk dient uniformiteit en harmonisatie van organisatieregels te worden nagestreefd. Dit laatste heeft ook een controledimensie: hoe ondoorzichtiger de bestuursorganisatie, hoe moeilijker het zal zijn om controle daarop uit te oefenen. Als het gaat om marktautoriteiten zal in dit verband met name de gedachte van algemene regels via een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen van belang zijn.¹⁴³ Op Europees niveau kan worden gewezen op het Commissiestreven om algemene richtsnoeren te formuleren voor regelgevende agentschappen.¹⁴⁴

Het beginsel van wetmatigheid van bestuur betekent verder dat burgers vooraf op de hoogte dienen te zijn van hun rechtspositie. Vrijheidsbeprekende overheidsbeslissingen dienen hun grondslag te hebben in een vooraf bekendgemaakt algemeen voorschrift dat met voldoende precisie¹⁴⁵ regelt in welke gevallen en onder welke voorwaarden de

140. Voor een brede benadering de bijdragen van diverse auteurs in E.R. Engelen, M. Sie Dhian Ho a.w. 2004. Zie eerder WRR, Het borgen van publiek belang, Amsterdam 2000, blz. 37.

141. Art. I-46 resp. I-47.

142. Zijlstra 1997, blz. 56 e.v.

143. Zie par. 3.3.2.

144. Zie par. 3.2.2.

145. Het is echter bekend dat in het Nederlandse recht hieraan lang niet altijd wordt voldaan. Zie onder meer N. Verheij, De lijn. Deuken in het ideaal, Over wetmatigheid van bestuur II, Publiek domein 1989, blz. 237 e.v.

burger door de overheid in zijn vrijheid kan worden beperkt (legaliteitsbeginsel).¹⁴⁶ Deze uitgangspunten zijn onder meer van belang in gevallen waarin marktautoriteiten over ingrijpende bevoegdheden beschikken, zoals bijvoorbeeld het opleggen van sancties als de bestuurlijke boete en de dwangsom. Daarvoor geldt dat uit een wettelijk voorschrift zal moeten blijken in welke situaties en onder welke voorwaarden marktautoriteiten dergelijke bevoegdheden mogen uitoefenen.

3.4.4 Machtscheiding

Het beginsel van de machtscheiding wordt van oudsher geassocieerd met de 'trias politica': de scheiding van de wetgevende, de uitvoerende en rechtsprekende macht. Van een strikte scheiding is in ons bestel echter geen sprake. Veeleer is sprake van een machtsverdeling waarbij de staatsmachten elkaar door middel van wettelijke controlemechanismen ('checks and balances') over en weer in evenwicht houden.¹⁴⁷ Dat geldt in het bijzonder voor de relatie tussen de wetgevende en uitvoerende macht; zij zijn in het Nederlandse bestel sterk met elkaar verweven. Ook op Europees niveau bestaat een systeem van 'checks and balances', zij het dat dit met name door de positie van de Raad in niet onbelangrijke mate verschilt van dat van de lidstaten.¹⁴⁸

Het beginsel van machtscheiding verzet zich in algemene zin tegen een te grote concentratie van overheidsmacht bij een en hetzelfde overheidsorgaan. Hier vloeit onder meer uit voort dat algemene regels in beginsel door een ander orgaan moeten worden vastgesteld dan door het orgaan dat de regels uitvoert. Zoals bekend heeft de praktijk zich daarvan steeds verder verwijderd. Bestuursorganen stellen op grote schaal de regels vast die zij zelf moeten uitvoeren.¹⁴⁹ In de huidige tijd

146. Over de precieze reikwijdte en inhoud van het legaliteitsbeginsel wordt verschillend gedacht. Zie hierover onder meer F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, Zwolle 1996. Zijn conclusie is dat niet elk overheidsoptreden een wettelijke grondslag behoeft, doch slechts eenzijdig door de overheid aan burgers opgelegde verplichtingen. Zie voorts de kritische benadering van het legaliteitsbeginsel in S.F. Zijlstra, *Bestaat het legaliteitsbeginsel? De democratische rechtsstaat, de wet en de kwaliteit van het overheidsbestuur*, oratie VU, Amsterdam 2001. Met dank aan de auteur die ons de tekst van de oratie ter hand heeft gesteld.

147. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer 2001, blz. 286 e.v.

148. K. Lenaerts, A. Verhoeven, *Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance*, in: in: C. Joerges, R. Dehousse (eds.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford 2002, blz. 35 e.v.

149. M. Scheltema, *Is het bestuur eigen zaak?*, in: W.F. de Gaay Kortmann (red.), *Problemen van wetgeving*, Deventer 1982, blz. 131 e.v.

is moeilijk aan te geven waar hier precies de rechtsstatelijke grenzen liggen.

Voor de positie van marktautoriteiten is het machtscheidingsprincipe in een aantal opzichten van belang. In de eerste plaats is de vraag in hoeverre de bij sommige marktautoriteiten ontstane cumulatie van bevoegdheden met dit principe verenigbaar is. Daarbij zal in het vervolg van ons betoog bijzondere aandacht uitgaan naar die bevoegdheden die naar hun aard minder goed lijken te passen bij een bestuursorgaan dat primair belast is met toezicht, zoals bijvoorbeeld regelgeving. In de tweede plaats zal aan de orde komen in hoeverre marktautoriteiten, juist in het licht van hun soms ruime bevoegdheden, onderworpen zijn aan 'checks and balances'. De vraag naar 'checks and balances' doet zich ook voor in de relatie tussen de Commissie en de nationale marktautoriteiten en tussen de Commissie en andere Europese organen.

3.4.5 Grondrechten

Grondrechten zijn gericht op het waarborgen van de vrijheid van de burger. Zij creëren een overheidsvrije sfeer, een domein waar de overheid in beginsel niet in mag treden. De overheid mag slechts onder strikte voorwaarden de grondrechten van burgers beperken. Grondrechten spelen een belangrijke rol in ons systeem van 'checks and balances'. Zij kunnen in de gevallen waarin ze via de rechter afdwingbaar zijn, een belangrijke rem zijn op te vergaande overheidsmaatregelen. Beperkingen kunnen voortvloeien uit de Grondwet als ook uit internationale verdragen. Voorts kunnen voorzover het gaat om de uitvoering van het EG-recht de grondrechtenrechtspraak van het Hof van Justitie en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie¹⁵⁰ van betekenis zijn.

Voor het optreden van marktautoriteiten vormen grondrechten, zeker in de gevallen waarin aan hen ruime bevoegdheden zijn toegekend, een belangrijke begrenzing. Dat geldt met name in de sfeer van het toezicht en de handhaving. Bijvoorbeeld bij de boeteoplegging spelen diverse aspecten van het recht op een eerlijk proces een belangrijke rol. De Grondwet heeft hier opnieuw geen betekenis, wel de verdragen. Art. 6, tweede lid, EVRM en art. 14, tweede lid, IVBPR waarbor-

150. Opgenomen in deel II van het Verdrag tot vaststelling van een Europese Grondwet. Op grond van art. II-111 geldt het Handvest niet alleen voor de instellingen en organen van de Unie maar ook voor de lidstaten voor zover zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.

gen het vermoeden van onschuld.¹⁵¹ Beide verdragen waarborgen voorts, in soms iets verschillende bewoordingen, een aantal rechten van de verdediging. Dat zijn, kort samengevat, het recht om onverwijd, in bijzonderheden en in een begrijpelijke taal te worden geïnformeerd over de beschuldiging, het recht op bijstand door een raadsman en zonodig een tolk, voldoende tijd en faciliteiten voor de verdediging en het recht getuigen te ondervragen (zie de derde leden van de beide genoemde verdragsbepalingen). In meer algemene termen wordt het recht op een adequate verdediging en op rechtsbijstand ook erkend in art. II-107 van het Verdrag tot vaststelling van de Europese Grondwet.

Art. 14, derde lid, onderdeel g, IVBPR voegt daar nog aan toe het recht om niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Het EVRM noemt dit recht niet met zoveel woorden, maar het wordt door het EHRM wel erkend als onderdeel van het recht op een eerlijk proces.¹⁵² Tenslotte noemt art. 14 IVBPR in het vijfde lid nog het recht op hoger beroep en in het zevende lid het 'ne bis in idem'-beginsel.

3.4.6 Rechterlijke controle

Rechterlijke controle op het bestuur neemt in onze rechtsstaat een prominente plaats in. Dit geldt in het bijzonder voor markttoezichthouders die op grond van wettelijke bevoegdheden verstreckende besluiten mogen nemen in de sfeer van toezicht en handhaving. Voor de rechtsbescherming tegen besluiten van marktautoriteiten geldt doorgaans een bijzondere rechtsgang met het College van Beroep voor het bedrijfsleven als laatste (en in bepaalde gevallen als enige) instantie. Voor het overige vormt de Awb het kader. Als constitutionele eis is het recht op effectieve rechtsbescherming bij de onafhankelijke rechter als zodanig niet in de Grondwet te vinden. Ook hier moeten we het hebben van andere bronnen: het EVRM, het IVBPR en het EG-recht.

Art. 6, eerste lid, EVRM, geeft recht op toegang binnen een redelijke termijn tot de onafhankelijke rechter 'bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging'. Over de precieze reikwijdte van deze bepaling is veel inkt gevloeid.¹⁵³ Dat hoeven wij hier

151. Zo ook art. 48, eerste lid, van het Handvest voor de grondrechten van de EU en art. II-108 van de Grondwet voor Europa.

152. EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (Funke).

153. Zie het meest uitvoerig M.L.W. M. Viering, *Het toepassingsgebied van art. 6 EVRM*, diss. KUN1994, Zwolle 1994.

niet te herhalen. Bekend is, dat het begrip 'burgerlijke rechten en verplichtingen' door het EHRM zeer ruim wordt uitgelegd. Bij de huidige stand van de Straatsburgse jurisprudentie zijn er nog maar een beperkt aantal bestuurshandelingen die niet strekken tot vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. Dit betreft handelingen in delen van het ambtenarenrecht¹⁵⁴, het vreemdelingenrecht¹⁵⁵ en het belastingrecht¹⁵⁶. Eén van ons heeft eerder betoogd, dat deze beperkingen inmiddels maatschappelijk disfunctioneel zijn geworden.¹⁵⁷ Maar dat is voor dit preadvies eigenlijk niet meer zo interessant. Beslissingen van marktautoriteiten resulteren in overgrote meerderheid in de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. En ook als dat niet zo is, is er altijd toegang tot een rechter, omdat de burgerlijke rechter zijn bevoegdheid zo ruim uitlegt, dat hij eventuele gaten in de toegang tot de bestuursrechter kan opvullen. Daarmee is natuurlijk nog niet gezegd, dat de door die rechter geboden rechtsbescherming ook altijd voldoende effectief is. Daarvoor is in ieder geval vereist, dat de rechter beschikt over 'full jurisdiction' om te oordelen over de feiten en het recht¹⁵⁸, alsmede bij bestraffende sancties ook over de evenredigheid tussen de sanctie en het verwijt dat de overtreder kan worden gemaakt.

Het recht op effectieve rechtsbescherming vloeit ook voort uit het EG-recht. Deo volente staat dat straks in de Grondwet van Europa (art. II-107). Het staat nu al in het Handvest voor de grondrechten (art. 47), maar dat is niet juridisch bindend. Maar het volgt ook nu al naar positief recht uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie.¹⁵⁹ In al die gevallen is het recht op effectieve rechtsbescherming niet beperkt tot de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen of van de gegrondheid van een strafvervolgning. Het is wel beperkt tot de handhaving van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten. Maar ook die beperking mist in de context van marktmeesters praktische betekenis. Het recht dat marktautoriteiten toepassen, en de rechten die belanghebbenden daaraan ontfangen zijn voor een zo groot deel van Europese herkomst, dat het noch voor de wetgever, noch voor de marktautoriteiten zelf, doenlijk is om onderscheid te

154. EHRM 8 december 1999, AB 2000, 195 m.nt. LV (Pellegrin).

155. EHRM 5 oktober 2000, JV 2001/264, NJCM-Bull. 2001, blz. 762 m.nt. M. Kuijer (Maaouia).

156. EHRM 12 juli 2001, nr. 44759/98 (Ferrazzini).

157. N. Verheij in zijn noot onder EHRM 18 juni 2002, NJCM-Bull. 2003, blz. 785.

158. EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere, NJ 1982, 602. Zie A.J. Kuipers, Het recht op full jurisdiction, in R.L. Vucsan e.a. (red.), *De Awb-mens: boeman of underdog?*, Nijmegen 1996, blz. 97-111.

159. Zie J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G. M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen 2002, hoofdstuk 7.

maken tussen gevallen waarin het om gemeenschapsrecht en gevallen waarin het om nationaal recht gaat. In feite dwingt het gemeenschapsrecht dus tot effectieve rechtsbescherming tegen *alle* beslissingen van marktautoriteiten.

3.4.7 Sociale rechtsstaat

De in het voorgaande besproken beginselen vloeien voort uit de klassieke rechtsstaatidee. Later is in aanvulling daarop de gedachte van de sociale rechtsstaat ontwikkeld inhoudende dat de overheid moet bijdragen aan de verwerkelijking van de sociale gerechtigheid. Volgens Zijlstra vloeit hieruit voort dat overheidshandelingen effectief en doelmatig moeten zijn.¹⁶⁰ Naar zijn mening speelt hier ook controle een belangrijke rol.¹⁶¹ Als het gaat om zelfstandige bestuursorganen bevorderen aanwijzingsbevoegdheden van en bestuurlijk toezicht door hogere bestuursorganen de eenheid van bestuur en daarmee de effectiviteit en doelmatigheid.

Men kan aarzelen over het rechtsgehalte van deze beginselen. Gesteld kan worden dat zij meer in het politieke dan in het juridische domein liggen. Soms echter hebben zij een specifieke juridische betekenis. In het EG-recht (en met name in de rechtspraak van het Hof van Justitie) geldt bijvoorbeeld effectiviteit als juridische eis. Maatregelen ter uitvoering van Europese regelgeving moeten effectief zijn in de zin dat zij daadwerkelijk bijdragen aan de realisering van de doelstellingen van het EG-Verdrag. Marktmeesters kunnen in dat proces een belangrijke rol vervullen.

Niet geheel duidelijk is waartoe de hier bedoelde beginselen in concreto leiden. Enerzijds kunnen overwegingen van effectiviteit en doelmatigheid leiden tot afzwakking van andere rechtsstatelijke beginselen, zoals bijvoorbeeld de rechterlijke controle of het legaliteitsbeginsel. Anderzijds kunnen zij andere beginselen juist versterken. Zo kan verhoging van effectiviteit en doelmatigheid door middel van verbetering van controle-instrumenten ook bijdragen aan realisering van het democratiebeginsel. Uit beide voorbeelden blijkt dat overwegingen van effectiviteit en doelmatigheid hoe dan ook van invloed zijn op de interpretatie van en de afweging tussen beginselen.

160. Zijlstra 1997, blz. 67.

161. Zijlstra 1997, blz. 70.

3.4.8 Aard en onderlinge verhouding van beginselen

Wij besluiten deze paragraaf met enkele opmerkingen over de aard van en de onderlinge verhouding tussen de genoemde beginselen. Allereerst is de vraag of zij werkelijk 'rechtsbeginselen' zijn en welke betekenis daaraan moet worden toegekend. Scheltema heeft in een bijdrage over het rechtsstaatsbegrip een onderscheid gemaakt tussen 'principes' en 'eisen'.¹⁶² Bij het eerste gaat het om fundamentele waarden die de rechtsstaat tot uitgangspunt moet nemen, de tweede categorie betreft regels die geschikt zijn om die waarden te verwezenlijken. In die zin is volgens Scheltema bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel een fundamenteel rechtsstatelijk principe en is machtscheiding slechts een middel om ongelijke behandeling tegen te gaan. De verhouding tussen het democratiebeginsel en de ministeriële verantwoordelijkheid zou in de geest van Scheltema's onderscheid op dezelfde wijze kunnen worden gekenschetst.

Aan dit onderscheid zijn rechtsgevolgen verbonden. Anders dan principes zijn eisen veranderlijk. Eisen die wij thans in onze democratische rechtsstaat stellen kunnen worden afgezwakt of zelfs verdwijnen indien de democratische rechtsstaat langs andere wegen kan worden gewaarborgd. Niettemin gaan wij in dit preadvies uit van de beginselen zoals hiervoor besproken. Zoals van Ommeren terecht heeft opgemerkt vloeien zij niet alle dwingend uit de democratische rechtsstaat voort, maar blijken zij tot dusverre wel een min of meer adequate manier om de daarmee verbonden waarden te realiseren.¹⁶³ Om die reden vormen zij een geschikte maatstaf om de constitutionele positie van marktautoriteiten te beoordelen met dien verstande dat steeds de bereidheid zal moeten bestaan om de thans geldende invulling ter discussie te stellen.

Een tweede punt betreft de onderlinge verhouding tussen de onderscheiden beginselen. Uit het voorgaande is al wel duidelijk geworden dat zij nauw met elkaar samenhangen. Soms zijn er spanningen tussen en zelfs binnen die beginselen. In die gevallen is het onmogelijk om aan alle beginselen en alle onderdelen daarvan volledig recht te doen. Daarbij is van belang dat het hier gaat om rechtsbeginselen en niet om rechtsregels die op een 'alles-of-niets-manier' kunnen worden toege-

162. M. Scheltema, De rechtsstaat, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat her gedacht*, Groningen 1989, blz. 52. Zie ook F.J. van Ommeren, *De rechtsstaat als toetsingskader*, in: F.J. van Ommeren, S.F. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag 2003, blz. 7 e.v.; hij maakt een onderscheid tussen 'waarden' en 'instrumenten' (blz. 21).

163. Van Ommeren, a.w. 2003, blz. 21.

past.¹⁶⁴ Afwegingen zullen noodzakelijk zijn.¹⁶⁵ Wel kunnen twee randvoorwaarden worden geformuleerd. In de eerste plaats zal in een democratische rechtsstaat elk beginsel op een bepaald minimumniveau moeten worden gegarandeerd. Daarnaast zal boven dat niveau gestreefd moeten worden naar een optimale verwerkelijking van de beginselen.

Hoe de afweging tussen beginselen uitvalt zal afhangen van het gewicht dat aan elk afzonderlijk beginsel wordt toegekend. De uitkomst van die afweging staat niet voor eens en altijd vast. Daar komt bij dat de beginselen zelf lang niet altijd vastomlijnd zijn. Abstracte noties als democratie en machtscheiding hebben dus niet alleen een beginselkarakter, maar kunnen daarnaast ook op verschillende manieren worden uitgelegd.

3.5 Conclusies

Uit het voorgaande overzicht blijkt dat zowel op Europees als op nationaal niveau een aantal regels en beginselen is te destilleren die van belang zijn voor de beoordeling van de constitutionele positie van de marktautoriteiten. Complicerend is de omstandigheid dat bij de uitoefening van markttoezicht zowel Europese als nationale organen betrokken zijn die in toenemende mate met elkaar samenwerken in zogenaamde netwerken. In constitutioneel opzicht raken Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke aspecten steeds nauwer met elkaar verweven.

Voorts kan uit het voorgaande worden afgeleid dat de toepasselijke regels en beginselen niet altijd parallel zullen lopen en soms zelfs met elkaar in botsing zullen komen. Dat geldt niet alleen voor de soms onderlinge strijdige constitutionele beginselen, maar naar het schijnt ook voor de verhouding tussen het EG-recht en nationale beginselen. Daar waar het EG-recht uit effectiviteitsoverwegingen tendeeft naar de instelling van zelfstandige toezichthouders met ruime bevoegdhe-

164. Soms kan men aarzelen of het gaat om 'beginselen' of 'regels'. Een van ons heeft bijvoorbeeld betoogd dat grondrechten zoals vastgelegd in Grondwet en verdragen, in de eerste plaats rechtsregels zijn en geen rechtsbeginselen. Dat die rechtsregels ruimte laten voor een afweging doet daaraan niet af. Zie L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten*, in het bijzonder van het recht op privacy, Zwolle 1992, blz. 22 e.v. Hierover ook E.M.H. Hirsch Ballin, *Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde*, in: *De plaats van de Hoge Raad in het rechtsbestel*, Zwolle 1988, blz. 232 en M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlandse constitutioneel recht*, Zwolle 1989, blz. 55, 56.

165. Zijlstra 1997, blz. 38 e.v.

den op velerlei gebied, ligt in het nationale recht het accent van oudsher op machtscheiding, het legaliteitsbeginsel en handhaving van de ministeriële verantwoordelijkheid.

Hoofdstuk 4 Constitutionele inbedding en publieke verantwoording

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de plaats van de marktautoriteiten in ons staatsbestel en de wijze waarop zij publieke verantwoording afleggen. Daartoe zal eerst de algemene problematiek van zelfstandige bestuursorganen aan de orde komen (par. 4.2) waarna de bespreking vanuit dit perspectief wordt toegespitst op de positie van de marktautoriteiten (par. 4.3). De beleidsvorming door marktautoriteiten en de invloed die daarop door anderen kan worden uitgeoefend, komt daarna als afzonderlijk thema aan de orde (par. 4.4). Vervolgens verschuift de aandacht zich naar de publieke verantwoording. Eerst komt de controle door de minister aan bod (par. 4.5), daarna andere vormen van publieke verantwoording (par. 4.6).

4.2 Verzelfstandiging van publieke taken

4.2.1 Verambtelijking van de publieke ruimte

Alvorens op de problematiek van de zelfstandige bestuursorganen in te gaan plaatsen we deze eerst in een bredere maatschappelijke context. De sterke groei van het aantal toezichthouders op allerlei terreinen is onderdeel van een algemener verschijnsel dat recentelijk van verschillende kanten is aangeduid als de ontwikkeling van burocratische 'tussenstructuren' die het functioneren van overheid en samenleving steeds meer zijn gaan belemmeren. De vice-president van de Raad van State bracht het onlangs beeldend aldus onder woorden:

'De groei van de ambtelijke organisatie ... werd tegengegaan door niet alleen de uitvoering van publieke taken te verzelfstandigen of onder de werking van de markt plaatsen, maar ook het toezicht daarop 'uit te plaatsen'. Zo raakten overheid en markt, ambtenaren en deskundigen, private en semi-publieke functionarissen via allerlei tussenstructuren oncontroleerbaar met elkaar verstrengeld. Iedere tussenstructuur stelt zijn eigen eisen en heeft zijn eigen controlemechanisme. De professionele uitvoerders (de leraren, de doktoren, de politieagenten) worden niet meer aangesproken op hun eigen professionaliteit en hun gemeenschappelijke verantwoordelijkheid, maar door marktwerking en prestatiecontracten als beroepsgroep

uit elkaar gespeeld en door de (semi-)publieke functionarissen onder het papier bedolven'.¹⁶⁶

Een paradoxaal element daarvan lijkt te zijn dat door de opeenstapeling van controle op controle, de situatie als geheel minder goed controleerbaar wordt. De complexiteit van de overheidsorganisatie is daaraan mede debet: zij is te ingewikkeld, te versplinterd en te ondoorzichtig geworden om een goede controle mogelijk te maken.¹⁶⁷

De sterke toename van het aantal marktautoriteiten past in deze ontwikkeling. De omstandigheid dat het gaat om de bevordering van marktwerking doet daaraan niet af. Marktwerking leidt eerder tot meer dan tot minder overheidsactiviteit. De grote veranderingen hebben vooral betrekking op de aard van de overheidsinbreng. Markttoezicht is een relatief nieuwe overheidstaak die onder invloed van het EG-recht leidt tot combinaties van bevoegdheden die voorheen duidelijker van elkaar werden onderscheiden.

4.2.2 Onvrede over zelfstandige bestuursorganen

De door de Raad van State gesignaleerde ontwikkeling sluit aan bij de bestaande onvrede over het functioneren van zelfstandige bestuursorganen. Hun aantal is de laatste decennia sterk gegroeid. Toch liggen zelfstandige bestuursorganen bij tijd en wijle stevig onder vuur. De belangrijkste kritiek door de jaren heen komt er op neer dat sprake is geweest van een onsystematische wildgroei waarbij onvoldoende aandacht is besteed aan de democratische controle.

Na het kritische rapport van de Algemene Rekenkamer uit 1995¹⁶⁸ zijn pogingen ondernomen om de situatie te verbeteren. Dit is onder meer uitgemond in een aanvulling van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Daarna is het proces van harmonisatie van wetgeving gestagneerd.¹⁶⁹ De verschillen tussen bijzondere wettelijke regelingen inzake zelfstandige bestuursorganen zijn hierdoor nog steeds groot. Ook de klachten over een gebrek aan controle houden aan. Verder worden diverse andere problemen gesignaleerd die het gevolg zouden zijn van

166. Jaarverslag Raad van State 2003, 's-Gravenhage 2004, blz. 22-23. Voorts A.W.H. Docters van Leeuwen, Inzake toezicht, in: De Ru, Peters 2000, blz. 110-111. Zie verder het WRR-rapport, Bewijzen van een goede dienstverlening, Amsterdam 2004.

167. Ook in de bestuurskundige literatuur komt dit aan de orde. Zie P. 't Hart, A. Wille e.a., Politiek-ambtelijke verhoudingen in beweging, Amsterdam 2002, blz. 256 e.v.

168. Kamerstukken II 1994-1995, 24 130, nr. 3.

169. Zie verder par. 3.3.2. Daar is ook aangegeven dat het thans bij de Eerste Kamer aanhangige voorstel Kaderwet zbo's veel kritiek heeft gekregen.

verzelfstandiging, zoals een verminderde aandacht voor publieke belangen, commerciële risico's en hoge coördinatie- en toezichtskosten.¹⁷⁰

Deze onvrede lijkt ook te bestaan in andere landen. Uit een recente OESO-rapportage blijkt dat de groei van verzelfstandigde organisaties in veel landen tot stilstand is gekomen.¹⁷¹ Ook hier wordt een gebrek aan politieke controle gezien als een belangrijke oorzaak van de groeiende scepsis over verzelfstandiging. Met verwijzing naar onder meer ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk¹⁷² en Nederland wordt een groeiende voorkeur gesignaleerd voor de vorming van departementale agentschappen.

Recentelijk is in Nederland een nieuwe fase in het debat aangebroken met het rapport van de werkgroep-Kohnstamm.¹⁷³ De werkgroep pleit voor herstel van het primaat van de ministeriële verantwoordelijkheid. Vanuit dit perspectief beveelt zij aan om alle bestaande zelfstandige bestuursorganen af te schaffen. Het rapport maakt echter een uitzondering voor overheidstaken die 'bij uitstek onafhankelijk van politieke beïnvloeding uitgevoerd moeten worden'. Daarbij gaat het volgens de werkgroep om verschillende submotieven¹⁷⁴:

- Het voorkomen van belangenverstrengeling (Kiesraad);
- Het vermijden van politieke bemoeienis met deskundigheidsoordelen (o.m. RIVM, College Beoordeling Geneesmiddelen);
- Het houden van toezicht waarbij de overheid zelf partij is (OPTA).

170. Zie M. Luursema, *Leren van verzelfstandigingsprocessen* in: R. den Boer e.a. (red.), *Uit de openbare dienst. Juridische schetsen op V&W terrein*, Den Haag 2004, blz. 131 e.v.

171. OECD, *Distributed Public Governance. Agencies, authorities and other government bodies*, Paris 2002, blz. 22-23. De conclusies zijn gebaseerd op rapportages van ontwikkelingen in Canada, Frankrijk, Duitsland, Nederland, Nieuw Zeeland, Spanje, Zweden, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten.

172. Gedoeld wordt op het ontstaan van de 'Next steps agencies' eind jaren tachtig van de vorige eeuw. Hierover in hetzelfde OECD-rapport R. Wall, P. West, blz. 210 e.v., J. de Ridder, *Verzelfstandiging en het primaat van de politiek. De Britse executive agency*, Beleid & Maatschappij 1998, blz. 125 e.v., Michael Allen, Brian Thompson, *Cases & Materials on Constitutional & Administrative Law*, Oxford University Press 2002, blz. 278 e.v.

173. Werkgroep Verzelfstandige Organisaties op Rijksniveau (Werkgroep-Kohnstamm), *Een herkenbare staat: investeren in de overheid*, Den Haag 2004. Zie voor een bespreking S.E. Zijlstra, *Weg met de zelfstandige bestuursorganen?*, NJB 2004, blz. 1980 e.v.

174. Rapport werkgroep-Kohnstamm, a.w., blz. 7. De bij elk motief genoemde voorbeelden zijn overgenomen uit het rapport.

Het feit dat de OPTA uitdrukkelijk wordt genoemd, duidt er op dat als het aan de werkgroep ligt in elk geval een aantal marktautoriteiten zijn zelfstandige status dient te behouden. In die gevallen beveelt de werkgroep aan om hetzij alleen bepaalde taken te verzelfstandigen, hetzij een zelfstandige overheidsrechtspersoon op te richten volgens een wettelijk te regelen standaardmodel.

Er is veel kritiek mogelijk op de onderbouwing van het rapport en de gebrekkige wijze waarop de voorgestelde alternatieven door de werkgroep zijn uitgewerkt. Deze kritiek betreft ook de gevallen waarin de werkgroep wél ruimte ziet voor verzelfstandiging. Met betrekking tot de vraag wanneer precies oprichting van een zelfstandig bestuursorgaan geïndiceerd is en welke redenen daaraan ten grondslag kunnen liggen, bevat het rapport geen uitvoerige beschouwingen. Derhalve is van belang om nu iets preciezer te kijken naar nut en noodzaak van verzelfstandigde marktautoriteiten. Enkele opmerkingen over de ministeriële verantwoordelijkheid gaan daaraan vooraf.

4.2.3 Ministeriële verantwoordelijkheid

In het debat over zelfstandige bestuursorganen speelt de ministeriële verantwoordelijkheid een belangrijke rol.¹⁷⁵ Zij staat, expliciet of impliciet, steeds opnieuw ter discussie. Daarbij gaat het niet zozeer om waarvoor de minister precies verantwoordelijk is¹⁷⁶ maar vooral om de vraag of zij in de huidige praktijk nog functioneert als een toereikend controlemechanisme.

Over het antwoord op die laatste vraag bestaan verschillen van opvatting. Sommigen menen dat zelfstandige bestuursorganen afbreuk doen aan de democratische controle. Dit leidt meestal tot een pleidooi voor herstel van het primaat van de politiek.¹⁷⁷ Dat herstel zou moeten worden gerealiseerd door versterking van ministeriële bevoegdheden of zelfs het geheel terugbrengen van overheidstaken onder de ministeriële verantwoordelijkheid. De voorstellen van de werkgroep-Kohnstamm liggen sterk in deze lijn.

175. Uitgebreider hierover Zijlstra 1997, blz. 100 e.v.

176. Met name het rapport van de externe commissie-Scheltema uit 1993 heeft bijgedragen tot staatsrechtelijke helderheid: commissie-Scheltema (Externe commissie Ministeriële Verantwoordelijkheid), Steekhoudend ministerschap. Betekenis en toepassing van de ministeriële verantwoordelijkheid, Kamerstukken II 1992-1993, 21 427, nr. 40 en 41. Zie voorts J.L.W. Broeksteeg, Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht, Deventer 2004.

177. Zie bijvoorbeeld H.R.B.M. Kummeling, Het primaat van de politiek en bestuur, Preadvises staatsrechtconferentie 1999, Deventer 2000, blz. 25 e.v. Hij stelt nadrukkelijk dat 'er met de ministeriële verantwoordelijkheid niks mis is'.

Daartegenover staan degenen die kritisch zijn over het functioneren van de ministeriële verantwoordelijkheid. De commissie-Scheltema heeft in 1993 betoogd dat verzelfstandiging de democratische controle juist kan versterken. Omdat de minister niet meer het eindstation is voor allerlei detailproblemen zou de politieke sturing beperkt kunnen blijven tot hoofdlijnen. Daardoor zou een beter zicht ontstaan op de politieke keuzes die moeten worden gemaakt en hoe die moeten worden verwezenlijkt.¹⁷⁸ Aldus, zo stelt de commissie-Scheltema, heeft beperking van de ministeriële zeggenschap 'het op het eerste gezicht paradoxale effect dat de politieke sturing van het ambtelijk handelen de facto kan worden versterkt'.

Of de politieke controle ook in de praktijk is verbeterd kan op grond van bestuurskundig onderzoek worden betwijfeld. Bovens constateert dat ondanks de centrale plaats die nog steeds aan de ministeriële verantwoordelijkheid wordt toegedicht, het dagelijks functioneren van zelfstandige bestuursorganen zich meer en meer aan het ministeriële blikveld onttrekt.¹⁷⁹ De politieke controle wordt dus eerder zwakker dan sterker. Deze constatering dient in Bovens' visie overigens niet te leiden tot nieuwe pogingen tot herstel van het 'primaat van de politiek'. Integendeel, naar zijn mening vormt de ministeriële verantwoordelijkheid juist de 'bottleneck' van het publieke verantwoordingsproces. Hij pleit voor een verschuiving naar 'horizontale' vormen van publieke verantwoording.¹⁸⁰

Wij komen op de diverse vormen van publieke verantwoording nog uitvoerig terug. Maar eerst willen we nog wijzen op een aspect dat gemakkelijk over het hoofd wordt gezien. De ministeriële verantwoordelijkheid kan worden getypeerd als een organisatieprincipe. In de kern gaat het, volgens Burkens, om het zodanig organiseren van de overheidsmacht dat deze als bevoegdheid juridisch wordt gestructureerd en aldus beheersbaar wordt gemaakt en vervolgens onder controle van de volksvertegenwoordiging wordt geplaatst:

178. Steekhoudend ministerschap 1993, blz. 46-47. Daarnaast wordt wel gepleit voor beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid uit een oogpunt van machtscheiding. Zie par. 4.3.1.

179. M.A.P. Bovens, *De vierde macht revisited. Over ambtelijke macht en publieke verantwoording*, Utrecht 2000, blz. 10 e.v. met verwijzing naar ander bestuurskundig onderzoek. Zie voorts Jaarverslag Raad van State 2003, 's-Gravenhage 2004, blz. 22.

180. De diverse vormen van publieke verantwoording werkt deze auteur verder uit in M. Bovens, *Public accountability*, in: E. Ferlie, L. Lynne, C. Pollitt (eds.), *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford University Press 2004, ook te vinden op www.usg.uu.nl.

‘Daartoe is het nodig dat de diffuse macht van het overheidsapparaat grijpbaar wordt gemaakt door deze integraal toe te rekenen aan een ambt dat verantwoordelijk kan worden gehouden, t.w. de minister’.¹⁸¹

Dat is in de kern de ratio van het soms verguisde structuurdenken.¹⁸² Een heldere en overzichtelijke verantwoordingsstructuur is nodig om het in potentie zo machtige overheidsapparaat in democratische zin controleerbaar te houden. Dat is ook de achtergrond van de ‘systeemverantwoordelijkheid’ die de wetgever na verzelfstandiging beoogt in stand te laten.¹⁸³

De heersende rechtsovertuiging sluit hierbij aan. Zelfstandige bestuursorganen spelen in ons bestel vooralsnog alleen een aanvullende rol.¹⁸⁴ Dit blijkt ook uit de Aanwijzingen voor de regelgeving. Hierin is als richtlijn vastgelegd dat zelfstandige bestuursorganen slechts in een beperkt aantal gevallen mogen worden ingesteld. In concrete gevallen zal steeds de noodzaak van verzelfstandiging moeten worden aangetoond.

4.2.4 Algemene motieven voor verzelfstandiging

Volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving¹⁸⁵ kan een zelfstandig bestuursorgaan alleen in het leven worden geroepen indien:

- a. er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid;
- b. er sprake is strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen, of
- c. participatie van maatschappelijke organisaties in verband met de aard van de betrokken bestuurszaak bijzonder aangewezen moeten worden geacht.

Bovendien geldt als voorwaarde dat de voordelen van verzelfstandi-

181. M.C. Burkens, in: *Ambtenaar, dienaar van de minister?* Verslag van het symposium over de positie en de macht van de ambtenaar dd. 28 augustus 1986, ter gelegenheid van het vertrek van mr. Gritter als chef van de Stafafdeling Constitutionele Zaken en Wetgevingsaangelegenheden van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, Den Haag 1986, blz. 9. Zie ook Bovens a.w. 2004 (par. 4).

182. Ook in het Verenigd Koninkrijk heeft precies deze overweging geleid tot de opkomst van de ministeriële verantwoordelijkheid. Zie P.P. Craig, *Administrative Law*, London 2003, blz. 52 e.v.

183. Zie verder par. 4.5.2.

184. Zijlstra 1997, blz. 123 e.v.

185. Ar 124c, Den Boer 1997, blz. 196 e.v.

ging moeten opwegen tegen de verminderde mogelijkheden van parlementaire controle.

Bij marktautoriteiten is geen sprake van strikt gebonden uitvoering. Zoals we al zagen beschikken marktautoriteiten meestal over een breed scala aan soms ruim geformuleerde bevoegdheden. Ook gaat het niet om organen waar de verzelfstandiging gericht is op participatie van maatschappelijke organisaties. Indien we het kader van de Aanwijzingen zouden volgen, zou de reden voor verzelfstandiging van het markttoezicht dus alleen gelegen kunnen zijn in de behoefte aan 'onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid' (Ar 124c, onder a). Het kabinet Kok II meende dat het toezicht op de werking van markten inderdaad aan deze voorwaarde voldoet.¹⁸⁶

Het is de vraag of dit criterium wel voldoende accuraat weergeeft waarom verzelfstandiging aangewezen zou zijn. De behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming is lang niet altijd een doorslaggevend motief geweest. Het overheidsbeleid tot dusverre is dat onafhankelijk toezicht ook binnen een departement in voldoende mate kan worden gerealiseerd.¹⁸⁷ Inspecties op belangrijke terreinen als volksgezondheid, onderwijs en arbeidsomstandigheden functioneren onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid. Hetzelfde kan in beginsel worden gezegd van het in Ar 124c genoemde deskundigheidselement.

Het voorgaande illustreert dat de criteria van de Aanwijzingen voor de regelgeving niet erg eenduidig zijn. Zij zijn ook om die reden niet geschikt om in de wet vast te leggen. Voorlopig is anders beslist. De genoemde criteria zijn na amendering door de Tweede Kamer in het voorstel Kaderwet zbo's opgenomen.¹⁸⁸

4.3 Verzelfstandigde marktautoriteiten

4.3.1 Motieven voor verzelfstandigd markttoezicht

Het is van belang om preciezer vast te stellen waarom 'onafhankelijke oordeelsvorming' zou moeten leiden tot verzelfstandigde marktautoriteiten. De aangevoerde redenen daarvoor zijn divers.¹⁸⁹ Als we het goed zien spelen drie hoofdmotieven een rol:

186. Kaderstellende visie op toezicht 2001, blz. 12.

187. Kaderstellende visie op toezicht 2001, blz. 13.

188. Art. 3. Terecht kritisch hierover Den Boer 1997, blz. 200.

189. Van der Meulen 2003, blz. 47 e.v.

- De voorkoming van belangenverstrengeling;
- De scheiding van beleid en toezicht;
- De bescherming van de markt tegen de politieke waan van de dag.

De eerste overweging om marktautoriteiten vorm te geven als zelfstandig bestuursorgaan is de voorkoming van belangenverstrengeling. Het toezicht moet niet worden toevertrouwd aan een minister als diezelfde minister of een van zijn collega's partij is op markt. De onafhankelijkheidseis in een aantal EG-richtlijnen wordt vooral door deze overweging ingegeven.¹⁹⁰ Hoewel het EG-recht in die gevallen niet dwingt tot oprichting van een zelfstandig bestuursorgaan speelt deze overweging in de praktijk vaak wel een rol.¹⁹¹

Het tweede motief is gebaseerd op het beginsel van machtscheiding. Het houdt in dat een beter stelsel van 'checks and balances' kan worden bereikt als uitvoerende en toezichthoudende taken gescheiden worden van de beleidsvorming.¹⁹² Langs deze weg wordt voorkomen dat het bestuur als 'wetgever in eigen zaak' optreedt. Dit verzelfstandigingsmotief wordt niet algemeen aanvaard. Het voorstel van de commissie-Borghouts in 1998 dat in beginsel alle toezichthoudende taken moeten worden verzelfstandigd¹⁹³, is door de toenmalige regering afgewezen.¹⁹⁴ Daarbij speelt een rol dat het beginsel van machtscheiding ook argumenten oplevert die juist tegen verzelfstandiging pleiten. In het algemeen wordt verzelfstandiging onwenselijk geacht wanneer de rechtsnormen waarop toezicht moet worden gehouden, nog onvoldoende zijn uitgekristalliseerd.¹⁹⁵

190. Zie hiervoor par. 3.2.3.

191. Niettemin is deze redenering ook wel bekritiseerd. Zie de Raad van State met betrekking tot de verzelfstandiging van de OPTA: Kamerstukken II 1996-1997, 25 128, A, blz. 2.

192. Steekhoudend ministerschap 1993, blz. 43-44. Zie ook Zijlstra 1997, blz. 156 e.v., Den Boer 1997, blz. 1999 en M. Scheltema, Voldoet de ministeriële verantwoordelijkheid nog bij een professionele overheidsorganisatie?, NJB 2000, blz. 1861 e.v. Zie ook de reactie van A. W. Heringa op laatstgenoemd artikel, NJB 2000, blz. 2129 met naschrift van Scheltema.

193. Vertrouwen in onafhankelijkheid. Eindadvies Ambtelijke Commissie Toezicht, Den Haag 1998, blz. 8. In dezelfde zin WRR, Het borgen van publiek belang, Den Haag 2000, blz. 38-39.

194. Kaderstellende visie op toezicht 2001, blz. 11.

195. Kaderstellende visie op toezicht 2001, blz. 12. Zie ook Ar 124a, onderdeel b, dat bepaalt dat oprichting van een zelfstandig bestuursorgaan alleen mogelijk is in geval van 'strikt regelgebonden uitvoering', alsook Ar 124f dat toekenning van regelgevende bevoegdheden aan een zelfstandig bestuursorgaan slechts onder zeer strikte voorwaarden toestaat.

Bij verzelfstandiging in die situatie komt het er op neer dat beleidsvorming én uitvoering de facto bij het betreffende zelfstandig bestuursorgaan worden geconcentreerd. Vanuit machtscheidspectief is dit bezwaarlijk.¹⁹⁶

Ten slotte wordt verzelfstandiging bepleit vanuit de algemene behoefte om markttoezicht te beschermen tegen politieke beïnvloeding. De achterliggende gedachte is dat het vertrouwen van investeerders in onze economie sterk wordt bevorderd door markttoezicht dat gebaseerd is op een stabiel en consequent toegepast beleid. Politieke interventies zouden aan dat belang schade kunnen toebrengen. Deze gedachte was een belangrijke overweging om de NMa te verzelfstandigen. De NMa moest beschermd worden tegen de 'politieke waan van de dag' en daarmee samenhangend gelobby van belangenorganisaties.¹⁹⁷

4.3.2 Nadere afweging

Naar onze mening zijn de argumenten pro verzelfstandiging van markttoezicht niet erg dwingend. Dat geldt in de eerste plaats voor het machtscheidsargument. Aan het beginsel van machtscheiding kunnen zowel argumenten als argumenten contra verzelfstandiging worden ontleend. Onder deze omstandigheden levert het beginsel van machtscheiding, los van de vraag of de genoemde argumenten op zichzelf erg overtuigend zijn, geen duidelijke indicatie op om tot verzelfstandiging over te gaan.

Het regeringsstandpunt om tot verzelfstandiging van markttoezicht te komen¹⁹⁸, is dan ook met name gebaseerd op het zojuist behandelde eerste (voorkoming van belangenverstrengeling) en derde motief (onwenselijkheid politieke beïnvloeding). In de recente kabinetsnotitie 'Visie op markttoezicht' wordt het derde motief voorop gesteld. Gesteld wordt:

'In Nederland is onomstreden dat bij toezicht op de werking van markten directe politieke bemoeienis bij de behandeling van individuele zaken onwenselijk is. Ook voor de in deze notitie genoemde marktautoriteiten geldt dat onafhankelijk

196. Ook vanuit het democratiebeginsel kunnen bezwaren worden aangevoerd. Zie Zijlstra, 1997, blz. 124-125.

197. Kamerstukken II 2000-2001, 27 639, nr. 5, blz. 29. Ook in veel andere landen is dit een overweging om het mededingstoezicht op afstand van de politiek te plaatsen. Zie M.O. Wise, *Independence of competition authorities: theory and practice*, Van de Gronden, Widdershoven 2002, blz. 71 e.v.

198. Kaderstellende visie op toezicht 2001, blz. 12.

ke, professionele oordeelsvorming uitgangspunt moet zijn. De beslissingen van een marktautoriteit in individuele zaken worden niet door de politiek, maar door de rechter getoetst'.¹⁹⁹

De onderbouwing van dit standpunt kan in deze summiere vorm moeilijk als 'onomstreden' gelden. Met deze argumentatie zou elke politieke controle van overheidsbeslissingen in individuele zaken achterwege moeten blijven. Bovendien suggereert zij dat alleen door vorming van een zelfstandig bestuursorgaan 'onafhankelijke, professionele oordeelsvorming' kan worden gewaarborgd. In een eerder standpunt had de regering nog aangegeven dat onafhankelijke oordeelsvorming bij toezicht ook binnen een ministerie kan worden gerealiseerd.²⁰⁰

In algemene zin achten wij de bescherming tegen politieke interventies geen overtuigend motief. Zolang wij uitgaan van een parlementaire democratie dient politieke bemoeienis in beginsel te worden aanvaard. In zeer uitzonderlijke omstandigheden kan dit echter anders zijn. Scheltema stelde in zijn bekende rede van 1974 dat er bepaalde specifieke bevoegdheden zijn waarvan het onjuist wordt gevonden hen in handen van de regering te leggen, 'omdat de verleiding te groot kan worden juist die bevoegdheden op minder oirbare wijze te gebruiken'.²⁰¹ Hij noemde als voorbeeld het CBS:

'Men moet zeker weten dat b.v. een prijsindexcijfer niet op een ander tijdstip dan normaal wordt gepubliceerd of zelfs anders wordt berekend wanneer dat de regering gunstiger zou uitkomen, zoals bij naderende verkiezingen of loononderhandelingen het geval zou kunnen zijn'.

Langs dezelfde redeneerlijn staat in Nederland niet ter discussie dat het monetair beleid bij DNB op afstand van de politiek is geplaatst.²⁰²

De vraag rijst hoe wij precies de gevallen moeten identificeren waarin het risico van politiek misbruik zodanig bezwaarlijk moet worden geoordeeld dat verzelfstandiging geboden is. Een gemakkelijk toepasbaar criterium is hier niet voorhanden. Toch biedt het voorgaande wel enig aanknopingspunt. In bepaalde gevallen kan politiek ingrijpen zodanige schade toebrengen aan het vertrouwen in onze economie dat

199. Visie op markttoezicht 2004, blz. 15. Het eerste motief (voorkoming van belangenverstrengeling) wordt aldaar aangeduid als 'aanvullende reden'.

200. Kaderstellende visie op toezicht 2001, blz. 13.

201. M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen*, Groningen 1974, blz. 10.

202. Voor meer voorbeelden Zijlstra 1997, blz. 154.

zelfs de geringe kans daarop zoveel mogelijk moet worden uitgesloten. De genoemde voorbeelden van het CBS en DNB liggen in deze sfeer. Verdedigd kan worden dat de meeste marktautoriteiten in een vergelijkbare economische context moeten worden geplaatst.

Pleidooien voor verzelfstandiging winnen verder aan kracht als de verantwoordelijke minister ook nog als direct belanghebbende kan worden aangemerkt. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als de Staat aandeelhouder is bij een betrokken onderneming. De instandhouding van zelfs ook maar de schijn van belangenverstrengeling kan in de zojuist geschetste economische context het vertrouwen in het markttoezicht ernstig ondermijnen. Niet voor niets is dit ook het motief voor onafhankelijkheid dat in het EG-recht het sterkst naar voren komt. Op basis van een combinatie van de hier genoemde argumenten achten wij verzelfstandiging van het markttoezicht in beginsel dan ook aangewezen. In hoeverre deze argumenten ook in concreto het zwaarst moeten wegen, zal van geval tot geval moeten worden bezien.

4.3.3 De praktijk: veelvormigheid en inconsistentie

Gegeven dit kader is er op de huidige praktijk nog wel het nodige aan te merken. In de eerste plaats laat de constitutionele positie van marktautoriteiten op dit moment een grote verscheidenheid zien.²⁰³ Van der Meulen onderscheidt in zijn in 2003 gemaakte overzicht de volgende vormen²⁰⁴:

- Gedeconcentreerd ambt (ambtelijke dienst). Als voorbeeld geldt hier de NMa 'oude stijl';
- Agentschap (bv. VWA);
- Zelfstandig bestuursorgaan zonder rechtspersoonlijkheid (NMa nieuwe stijl. Zie ook het CBP);
- Zelfstandig bestuursorgaan met rechtspersoonlijkheid krachtens publiekrecht (bv. OPTA);
- Zelfstandig bestuursorgaan met rechtspersoonlijkheid krachtens privaatrecht (DNB, AFM).

In de huidige financiële toezichtswetten worden bovendien steeds verschillende manieren gehanteerd voor de aanwijzing van de privaatrechtelijke toezichthouder. Soms wordt in de wet zelf een rechtsper-

203. Kritisch in deze zin de Algemene Rekenkamer. Zie Toezicht op markten, Kamerstukken II 2004-2005, 29 960, nr. 1-2.

204. Van der Meulen 2003, blz. 56 e.v.

soon als toezichthouder aangewezen, soms bepaalt de wet dat de toezichthouder wordt aangewezen bij besluit van de verantwoordelijke minister(s) en ten slotte kan het zo zijn dat de wet de minister als toezichthouder aanwijst gekoppeld aan de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur toezichthoudende bevoegdheden aan een rechtspersoon over te dragen. De wettelijke bevoegdheidsverdeling is hierdoor weinig overzichtelijk.²⁰⁵

Van der Meulen meent terecht dat een sterke vereenvoudiging op zijn plaats is. Naar zijn oordeel zou de wetgever twee hoofdvormen, te weten het gedeconcentreerd ambt tevens agentschap enerzijds en het zelfstandig bestuursorgaan in publiekrechtelijke vorm met rechtspersoonlijkheid anderzijds, moeten uitwerken in een vast model dat vervolgens consequent wordt toegepast.²⁰⁶

Onderscheiding van twee hoofdvormen laat onverlet dat er in elk concreet geval een keuze zal dienen te worden gemaakt tussen een departementale dienst en een zelfstandig bestuursorgaan. In de praktijk schiet de motivering hier soms tekort. Het besluit om een zelfstandige Zorgautoriteit op te richten is tot nog toe uitsluitend gebaseerd op de stelling dat de verantwoordelijke minister:

'zelf te zeer partij (is) in de sturing van de zorg om de zorgautoriteit als dienstonderdeel van het ministerie te kunnen laten functioneren zonder afbreuk te doen aan haar gezag, daadkracht en onafhankelijkheid'.²⁰⁷

Niet duidelijk is waar het nu precies om gaat. Dat de overheid belang heeft bij een goede sturing van de zorg is evident, maar is geen reden voor oprichting van een zelfstandig bestuursorgaan. Anderzijds worden beslissingen om niet te verzelfstandigen evenmin goed gemotiveerd. Waarom de nieuwe consumententoezichthouder volledig onder de ministeriële verantwoordelijkheid zal functioneren, blijft vooralsnog onduidelijk.²⁰⁸

205. Het voorstel Wft brengt hierin sterk verbetering. Zie Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 3, blz. 13.

206. Van der Meulen 2003, blz. 62.

207. Kamerstukken II 2003-2004, 29 324, nr. 3, blz. 20.

208. Kamerstukken II 2003-2004, 27 879, nr. 9, blz. 6. Uiteindelijk wordt voorzien in een 'onafhankelijke organisatie op afstand': Kamerstukken II 2004-2005, 27 879, nr. 10, blz. 8.

4.3.4 Hybride constructies

Een andere variant die soms in de wetgeving kan worden aangetroffen, is dat een heldere keuze simpelweg achterwege wordt gelaten. Dit leidt tot hybride constructies waardoor in het midden blijft of de minister nu wel of niet verantwoordelijk is voor individuele beslissingen.

Een voorbeeld is de Voedsel en Warenautoriteit (VWa). Zoals al vermeld is dit een bij ministerieel besluit ingestelde ambtelijke dienst die ressorteert onder de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV).²⁰⁹ Inmiddels is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend dat de onafhankelijkheid van deze dienst beoogt te waarborgen. Aanwijzingsbevoegdheden van de minister worden procedureel geclausuleerd.²¹⁰ Algemene aanwijzingen van de minister aan de directeur van de binnen de VWa bestaande 'beoordelingseenheid' moeten volgens het wetsvoorstel worden neergelegd in de Staatscourant te publiceren beleidsregels (art. 5, eerste en tweede lid). Bijzondere aanwijzingen mogen enkel schriftelijk worden gegeven. Zij moeten worden toegevoegd aan het dossier van de betreffende zaak en worden gepubliceerd in de Staatscourant (art. 5, derde en vierde lid). Een vergelijkbare constructie geldt voor de NMa 'oude stijl'.²¹¹

De Raad van State heeft terecht de vraag opgeworpen of het wenselijk is om de positie van een bij ministerieel besluit ingestelde ambtelijke dienst wettelijk te regelen. Gesteld kan worden dat dan op zijn minst ook de ambtelijke dienst zelf een wettelijke basis heeft.²¹² De vraag is of formele wetgeving hier überhaupt op zijn plaats is. De ambtelijke organisatie binnen een ministerie is een interne aangelegenheid die doorgaans niet bij wet wordt geregeld. Door dat wel te doen en bovendien in de betreffende wetgeving regels op te nemen die een zekere onafhankelijkheid van departementale ambtenaren beogen te garanderen, ontstaat een vertroebeling van verantwoordelijkheden. Indien men ambtenaren werkelijk op afstand van de politiek wil plaatsen, heeft instelling van een zelfstandig bestuursorgaan de voorkeur.

Een 'overkill' aan wettelijke voorschriften dient overigens om dezelfde reden te worden vermeden als het gaat om de interne organisatie van zelfstandige bestuursorganen. Opmerkelijk in dit verband is dat

209. Besluit van 8 juli 2002, Stcrt. 2002, 127. Nadien gewijzigd bij Besluit van 11 december 2003, Stcrt. 2003, 247.

210. Kamerstukken II 2004-2005, 29 863, nr. 1-3.

211. Wet van 22 mei 1997, Stb. 1997, 242 (art. 4). Zie ook de Wet van 6 juli 2000, Stb. 2000, 314 (art. 16). Laatstgenoemde regeling betreft algemene en bijzondere aanwijzingen van de minister op grond van de Wet personenvervoer 2000.

212. Kamerstukken II 2004-2005, 29 863, nr. 5, blz. 1-2.

de recente wijziging van de Mededingingswet binnen de NMa voorziet in een specifieke organisatorische eenheid met het oog op de uitvoering van de Electriciteitswet 1998 en de Gaswet alsook in een verplicht mandaat op dit terrein.²¹³ Het betreft hier de Dienst uitvoering en toezicht energie (Dte) die al langer als kamer deel uitmaakt van de NMa.²¹⁴ Ook dit schept onhelderheid. Onduidelijk is in hoeverre het mandaat aan de Dte kan worden ingetrokken en wat gelet op de verplichte mandaatregeling de consequentie zou zijn van een eventuele weigering van de Dte om een bijzondere aanwijzing van de raad van bestuur van de NMa ex art. 10:6, eerste lid, Awb op te volgen. Opvallend is voorts dat andere organisatorische eenheden binnen de NMa, zoals de Vervoerkamer, niet in de wet worden geregeld. Mede in dit licht bezien bestaat voor een wettelijke regeling van een specifieke afdeling geen grond.

4.3.5 Afstemming tussen marktautoriteiten

De sterke groei van het aantal marktautoriteiten roept vragen op over hun onderlinge verhoudingen. Er zijn in een aantal gevallen afspraken gemaakt over informatie-uitwisseling en andere vormen van samenwerking. Soms is sprake van mogelijke fusering van toezichthouders. Met name het voornemen om de OPTA onder te brengen bij de NMa heeft tot veel discussie aanleiding gegeven.²¹⁵

Achtergrond van dergelijke discussies is de vrees voor onoverzichtelijkheid. Het toezicht dreigt versnipperd te raken over verschillende toezichthouders die deels op hetzelfde terrein werkzaam zijn. Zonder goede afstemming dreigt het gevaar voor inconsistenties in de toepassing van mededingingsrechtelijke en andere wettelijke voorschriften. Om die reden heeft de regering in 1998 als uitgangspunt genomen dat terughoudendheid moet worden betracht met het creëren van sector-specifieke mededingingsregels. Zelfstandige sectorspecifieke toezichthouders mogen volgens dit beleid slechts onder bepaalde voor-

213. Art. 5a, vierde en vijfde lid, Mw. Deze bepalingen zijn deels het gevolg van amendementen. Zie Kamerstukken II 2001-2002, 27 639, nr. 37 (herdruk).

214. S.A.C.M. Lavrijsen, 'Zicht op toezicht' op de Energiesector, M & M 2000, blz. 18 e.v.

215. Hierover M.S. Mulder, Perspectief van toezicht op telecommunicatiemarkten, Tijdschrift voor Privatisering 2001, blz. 8 e.v., W. Sauter, Van Staat naar markt: toezicht op de ontwikkeling van marktwerving in de telecommunicatiesector, SEW 2001, blz. 86 e.v., H.J. de Ru, De toekomst van het overheids-toezicht op telecommunicatie, Mediaforum 2001, blz. 342 e.v. en E.J. Dommering, N. van Eijk, N. Sitomspoel, Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt, Mediaforum 2001, blz. 186 e.v.

waarden worden opgericht. Dit kan het geval zijn indien sectorspecifieke mededingingsregels onlosmakelijk verbonden zijn met andere in die specifieke sector geldende regels of wanneer tijdelijk een verhoogde staat van toezicht nodig is in verband met de overgang naar een normale marktsituatie.²¹⁶ In andere gevallen zou het toezicht in beginsel bij de NMa moeten worden ondergebracht.

Het bovenstaande standpunt heeft de nodige kritiek gekregen.²¹⁷ Het EG-recht zou met zich brengen dat in vergelijking tot het algemene mededingingstoezicht van de NMa van een sectorspecifieke toezichthouder een andersoortige en intensievere bemoeienis wordt verwacht. De vraag is of de NMa voor al die vormen van toezicht voldoende is uitgerust.²¹⁸ Verder is de vraag gesteld of de NMa wel voldoende onafhankelijk is als de NMa behalve mededingingstoezichthouder ook 'sectorregulator' is. Omdat het laatste veel meer kan inhouden dan mededingingstoezicht zou te veel macht bij de NMa worden geconcentreerd. De vereiste 'checks and balances' zouden dan met name gelegen zijn in het toezicht van de Europese Commissie.²¹⁹

Deze kritiek heeft er wellicht toe bijgedragen dat van het bovengenoemde beleid in de praktijk nog niet veel terecht is gekomen. De integratie van de OPTA in de NMa lijkt voorlopig niet te worden gerealiseerd.²²⁰ Nieuwe toezichthouders worden opgericht als zelfstandige eenheid buiten de NMa. Daarbij is een steeds grotere terughoudendheid te bespeuren om deze op langere termijn bij de NMa onder te brengen. Zo is het oorspronkelijke besluit om de nieuwe Zorgautoriteit in 2008, zoals de regering het uitdrukt, bij de NMa te 'laten invaren', uitgesteld. Tezijnertijd wordt opnieuw gezien of een fusie met de NMa opportuun is.²²¹

Het is vanuit constitutioneel perspectief moeilijk om hier eenduidige conclusies te trekken. Vanuit een oogpunt van democratische controle is er een evident belang om onnodige versplintering van overheidstoezicht te vermijden. Anderzijds is er een risico van een te grote

216. Kamerstukken II 1997-1998, 24 036, nr. 73, blz. 2-3. Het betreft hier de kabinetsreactie op het rapport Zicht op toezicht (werkgroep-Visser), Den Haag 1997.

217. Er is echter ook steun voor deze lijn. Zie bijvoorbeeld M.B.W. Biesheuvel, Toezicht op toezichthouders. NJB 1997, blz. 1804-1805.

218. P.J. Slot, Starwars of zicht op toezicht? Het rapport Visser en de verschillende toezichthouders, M&M 1998, blz. 54 e.v.

219. W. Sauter, ZBO-status en de verhouding tussen OPTA en NMa, in: Van de Gronden, Widdershoven 2002, blz. 56.

220. De regering wenst zich te beraden of 'het samengaan van beide toezichthouders inderdaad een effectiever handhavingssysteem oplevert dan twee afzonderlijke toezichthouders'. Zie Kamerstukken II 2003-2004, 27 639, nr. A, blz. 4.

221. Kamerstukken II 2003-2004, 29 324, nr. 3, blz. 3.

machtsconcentratie bij de NMa. In elke afzonderlijke situatie zal een afweging moeten worden gemaakt. Indien in een bepaalde sector na verloop van tijd een normale marktsituatie is ontstaan en de intensiteit van het markttoezicht dientengevolge afneemt, ligt integratie van het specifieke mededingingstoezicht in de NMa naar onze mening voor de hand. In die situatie vinden wij het gevaar voor een zekere cumulatieve van bevoegdheden bij de NMa in beginsel niet opwegen tegen de nadelen van een verbrokkeld en daardoor ineffectief en moeilijk controleerbaar mededingingstoezicht.

De afweging kan anders uitvallen als de sectorale toezichthouder blijvend is belast met ander toezicht dan alleen mededingingstoezicht en deze andere vorm van toezicht een substantieel deel van het takenpakket vormt. Het is onwenselijk om allerlei verschillende soorten toezicht bij de NMa te concentreren. Indien wordt gekozen voor een sectorspecifieke marktautoriteit los van de NMa zal waarschijnlijk wel in versterkte mate sprake zijn van ingewikkelde afstemmingsproblemen die met informatie-uitwisseling en sluitende samenwerkingsafspraken ondervangen zullen moeten worden. In dergelijke gevallen kunnen overigens ook afstemmingsproblemen met andere toezichthouders opdoemen, zoals met de AFM en DNB.

De situatie wordt nog complexer indien we de Europese dimensie in ogenschouw nemen. Problemen kunnen ontstaan indien nationale regels of gedragslijnen gaan botsen met afspraken tussen de Commissie en nationale toezichthouders. Deze hebben op grond van het beginsel van gemeenschapstrouw voorrang, maar dat lost mogelijke fricties met andere nationale toezichthouders niet op.

4.4 Beleidsvorming door marktautoriteiten

4.4.1 Aanwijzingen voor de regelgeving

Controversieel zijn zelfstandig bestuursorgaan met veel beleidsvrijheid. De reden daarvoor is de gebrekkige democratische legitimatie die aan zelfstandige bestuursorganen wordt toegedicht: niet zij zouden het algemene beleid dienen te bepalen maar het parlement of een orgaan dat door het parlement wordt gecontroleerd.²²²

Voorzover algemeen beleid wordt neergelegd in algemeen verbindende voorschriften klinkt deze notie door in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Ar 124f verbindt de toekenning van regelgevende be-

222. Zijlstra 1997, blz. 124-125 en 128-129.

voegdheden aan zelfstandige bestuursorganen aan strikte voorwaarden. Dit mag alleen:

- a. voorzover het organisatorische of technische onderwerpen betreft, of
- b. in bijzondere gevallen mits voorzien is in de bevoegdheid tot goedkeuring van de regeling door een minister.

In de toelichting op deze aanwijzing wordt vermeld dat aan de motivering van een dergelijke bevoegdheidstoekenning 'vanwege het uitzonderlijke karakter' daarvan zware eisen worden gesteld.

Voor het overige sluiten de Aanwijzingen toekenning van discretionaire bevoegdheden niet uitdrukkelijk uit. Uit Ar 124c zou wellicht eerder het tegendeel kunnen worden afgeleid. Een van de gevallen waarin volgens deze aanwijzing een zelfstandig bestuursorgaan in het leven mag worden geroepen, is het geval waarin sprake is van 'strikt regelgebonden uitvoering'. Dit impliceert dat in de andere gevallen waarin de Aanwijzingen een zelfstandig bestuursorgaan toelaatbaar achten, niet of niet uitsluitend van strikt gebonden bevoegdheden sprake hoeft te zijn. Dit kan zich in het bijzonder ook voordoen wanneer er behoefte bestaat aan 'onafhankelijke oordeelsvorming' (Ar 124c, onder a); de situatie die derhalve die op marktautoriteiten van toepassing wordt geacht.

Niettemin wordt ook bij onafhankelijke toezichthouders aangenomen dat zij niet te veel beslissingsruimte mogen krijgen. Hiervoor is al gerefereerd aan het regeringsstandpunt dat toezichthoudende taken niet verzelfstandigd mogen worden indien geen uitgekristalliseerd normenkader voorhanden is. Beleidskaders en wettelijke normen dienen voldoende te zijn geëxpliciteerd.²²³ Die explicitering is volgens de regering geen taak van de toezichthouder zelf. Dat laat de eventuele aanwezigheid van een beoordelingsruimte voor de toezichthouder onverlet, aldus de regering.

Het laatstgenoemde illustreert dat verschillende situaties worden onderscheiden. Een marktautoriteit kan op basis van algemeen verbindende voorschriften beschikken over²²⁴:

223. Kaderstellende visie op toezicht 2001, blz. 12. Zie hiervoor par. 4.3.2.

224. Vergelijk W. Duk, *De zachte kern van het bestuursrecht*, RM Themis 1978, blz. 564 e.v. Deze onderscheidt naast de beoordelingsvrijheid ook de interpretatievrijheid. Hier maken wij dit onderscheid niet, hoewel wij erkennen dat de beoordelingsvrijheid ook de vaststelling van feiten kan betreffen.

- beoordelingsvrijheid, en
- beleidsvrijheid

Daarnaast kunnen marktautoriteiten soms zelf algemeen verbindende voorschriften vaststellen. Op elk van die situaties gaan wij hierna nader in. Daarbij zij opgemerkt dat niet alle marktautoriteiten over één kam kunnen worden geschoren. De mate waarin zij beschikken over beslissingsruimte, verschilt. De nu volgende beschouwing geeft dan ook geen accuraat overzicht van de beslissingsruimte van elke afzonderlijke marktautoriteit. Wel zal door middel van voorbeelden worden geïllustreerd dat discretionaire vrijheden geen zeldzaam verschijnsel vormen.

4.4.2 Bestuurlijke vrijheden: algemeen

Bij de uitoefening van bestuursbevoegdheden worden beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid onderscheiden. Beoordelingsvrijheid behelst de ruimte van het bestuursorgaan om een algemeen verbindend voorschrift te interpreteren. Hoe meer vage normen de wet bevat, hoe groter de beoordelingsvrijheid. Beleidsvrijheid is aan de orde wanneer een algemeen verbindend voorschrift een bestuursorgaan de bevoegdheid toekent om zelf tot een afweging van belangen te komen en aldus zelf beleid vast te stellen.

Beide soorten vrijheden kunnen het bestuur een aanzienlijke speelruimte verschaffen. In beide gevallen kan deze worden ingevuld door beleidsregels.²²⁵ In het algemeen wordt beoordelingsvrijheid van zelfstandige bestuursorganen echter eerder aanvaardbaar geacht dan beleidsvrijheid. Dat verschil in waardering wordt niet alleen gebaseerd op een verschil in rechterlijke toetsing²²⁶, maar ook op de beginselen van democratie en scheiding der machten.²²⁷ Beleidsvorming wordt beschouwd als het exclusieve domein van de politiek. Beleidsvrijheid van zelfstandige bestuursorganen staat met dat uitgangspunt op gespannen voet. Een dergelijke vrijheid is mogelijk wel weer acceptabel als democratische legitimatie op een andere wijze kan worden gerealiseerd.

225. Zie art. 1:3, vierde lid Awb waarin tot uitdrukking komt dat een beleidsregel betrekking kan hebben op 'de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften'.

226. In hoofdstuk 6 wordt hier dieper op ingegaan.

227. Zijlstra 1997, blz. 124, 131 en 156.

4.4.3 Beoordelingsvrijheid

In diverse wettelijke regelingen dienen marktautoriteiten op grond van hun bevoegdheden vage normen toe te passen. De voorbeelden zijn talrijk.²²⁸ Bekend zijn de algemene, in belangrijke mate Europeesrechtelijk bepaalde begrippen uit de Mededingingswet zoals 'onderneming'²²⁹ en 'economische machtspositie'²³⁰. Ook de uitzonderingen op het kartelverbod impliceren een ruime discretionaire marge.²³¹ Op grond van de Electriciteitswet 1998 heeft de NMa (Ite) een ruime beoordelingsmarge bijvoorbeeld daar waar hij in actie moet komen indien naar zijn oordeel zou blijken dat een netbeheerder 'in onvoldoende mate of op ondoelmatige wijze' kan of zal kunnen voorzien in het door hem te bereiken niveau van de kwaliteit van de aan te bieden diensten (art. 22, eerste lid).

Ook andere toezichthouders dan de NMa hebben te maken met toepassing van vage normen. Zo moet bijvoorbeeld de OPTA in overeenstemming met het Europese mededingingsrecht 'relevante markten' vaststellen, bepalen in hoeverre een markt 'daadwerkelijk concurrerend' is en, indien dat laatste niet het geval is, bepalen welke ondernemingen 'aanmerkelijke marktmacht'²³² bezitten (artt. 6a. 1 en 6a.2 Tw). Een goed voorbeeld op een aanverwant terrein is ook het College bescherming persoonsgegevens (CBP) dat op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens een groot aantal vage begrippen moet uitleggen.²³³ Dit College beschouwt ter uitvoering van de wet de ontwikkeling en

228. Voor een inventarisatie van de positie en bevoegdheden van de diverse marktautoriteiten zij verwezen naar KPMG BEA, Eindrapport Nationale en internationale inventarisatie marktautoriteiten en EU-toezichtsbeleid, Amsterdam/Rotterdam 2004, aangeboden aan de Tweede Kamer per brief van 29 juni 2004 (Kamerstukken II 2003-2004, 29 200 XIII, nr. 50).

229. W.T. Algera, Is de ZBO-status voor de Nma nu al wenselijk? Een institutionele en materiële onderbouwing over 'verborgen kamers' in het mededingingsrecht, in: Van de Gronden, Widdershoven 2002, blz. 93 e.v. Mede op grond van de ruime beoordelingsvrijheid van de NMa bepleit hij de verzelfstandiging van de NMa niet door te zetten. Zie ook de Raad van State: Kamerstukken II 2000-2001, 27 639, B, blz. 2.

230. P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak, M.S. Mulder, Inleiding mededingingsrecht, Den Haag 2003, blz. 108 e.v.

231. Art. 6, derde, lid Mw dat identiek is aan art. 81, derde lid, EG-verdrag. Het door de NMa uit te voeren ontheffingsstelsel, waarin een vergelijkbare discretionaire vrijheid besloten lag, is per 1 augustus 2004 komen te vervallen. Zie de Wet van 30 juni 2004, Stb. 2004, 345.

232. Ter nadere invulling heeft de OPTA beleidsregels opgesteld. Zie Richtsnoeren Aanmerkelijke Marktmacht dd. 16 maart 2000 en Richtsnoeren aanwijzing aanmerkelijke macht op de markt dd. 12 oktober 2001 te vinden op www.opta.nl.

233. Genoemde wet is gebaseerd op Richtlijn 95/46/EG, L281/31.

concretisering van normen tot haar belangrijkste taken.²³⁴ Ten slotte hebben ook financiële toezichthouders te maken met open normen.²³⁵

Deze en andere open normen hebben in de rechtspraak van het Hof van Justitie een nadere invulling gekregen. De mate waarin dat is gebeurd geeft aanleiding tot discussie. Een van de argumenten van de regering om verzelfstandiging van de NMa voor te stellen was dat het Europese mededingingsrecht, anders dan ten tijde van de oprichting van de NMa in 1998, thans 'in veel opzichten is uitgekristalliseerd'.²³⁶ Algera komt na een uitvoerige bespreking van de Europese rechtspraak inzake het ondernemingsbegrip tot een andere conclusie.²³⁷

De genoemde argumentatie van de regering oogt niet erg overtuigend. Zij had er wellicht beter aan gedaan het standpunt in te nemen dat een niet volledig uitgekristalliseerd normenkader niet aan verzelfstandiging in de weg hoeft te staan. Zijlstra heeft er terecht op gewezen dat bij zelfstandige bestuursorganen die worden ingesteld vanwege het feit dat de aard van de bevoegdheden zich niet met de uitoefening door politieke organen verdraagt (Ar 124a, onder a), het juist gaat om het uitleggen van objectieve, veelal vage wettelijke termen, die noodzakelijkerwijs een zekere beoordelingsruimte meebrengen.²³⁸ Hij noemt de Kiesraad als voorbeeld, maar ook veel marktautoriteiten kunnen in deze categorie worden geplaatst.²³⁹ Toekenning van een zekere beoordelingsvrijheid aan de NMa lijkt hoe dan ook onvermijdelijk.

4.4.4 Beleidsvrijheid

Veel marktautoriteiten hebben naast beoordelings- ook beleidsvrijheid. Deze liggen onder meer op het terrein van de handhaving. In bepaalde gevallen wordt beleidsvrijheid ingevuld met beleidsregels. Zo heeft de NMa beleidsregels opgesteld met betrekking tot de wijze waarop bestuurlijke boetes worden opgelegd (Richtsnoeren boetetoelating) en met betrekking tot mogelijkheden om zich met bewijsmateriaal bij de NMa te melden in ruil voor immuniteit of strafvermin-

234. Jaarverslag CBP 2001. Zie ook Uitgangspunten en beleidsregels werkwijze CBP, Stcrt. 2004, nr. 190.

235. Zie hierover in relatie tot de AFM H.V. Oppelaar, De herregulering van de financiële dienstverlening en markten op een tweesprong, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht, Deventer 2004, blz. 133-134.

236. Kamerstukken II 2000-2001, 27 639, nr. 3, blz. 3. Zie uitgebreider D.L. Braal-Verhoog, Over onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid: naar een zelfstandige NMa, in: Van de Gronden, Widdershoven 2002, blz. 25 e.v.

237. Algera, a.w. 2002, blz. 136 e.v.

238. Zijlstra 1997, blz. 235.

239. In deze zin ook het kabinet in Visie op markttoezicht 2004, blz. 16-17.

dering (Richtsnoeren clementietoezegging).²⁴⁰ Sommige beleidsregels zijn gezamenlijk met de OPTA opgesteld in de vorm van samenwerkingsovereenkomsten. Andere beleidsregels zijn te destilleren uit de jaarverslagen van de NMa. Een voorbeeld daarvan is de prioritering bij de handhaving.²⁴¹ Het betreft hier het aanbrengen van een rangorde in de volgorde van de te onderzoeken zaken. Vanuit de Tweede Kamer is aangedrongen op politieke aansturing van deze prioritering.²⁴²

Andere marktautoriteiten hebben ter invulling van hun beleidsvrijheid eveneens beleidsregels opgesteld.²⁴³ De OPTA heeft eind 2004 nieuwe boeteregels gepubliceerd. Buiten het terrein van de handhaving heeft de OPTA richtsnoeren opgesteld met betrekking tot tariefstelling en de uitgifte en overdracht van nummers.²⁴⁴ In de literatuur is wel gesteld dat de telecommunicatiewetgeving onduidelijk is over welke regels de OPTA precies mag opstellen en dat het daarom aanbeveling verdient om de beleidsbevoegdheden van de OPTA uit te breiden.²⁴⁵ Anderen zetten zich daartegen vanuit de gedachte dat beleid en regulering zoveel mogelijk een wettelijke basis dienen te hebben en onder ministeriële verantwoordelijkheid moeten worden vastgesteld.²⁴⁶

De vraag tot hoever een marktautoriteit mag gaan levert soms verwarrende discussies op. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot verzelfstandiging van de NMa stelde de minister van Economische Zaken zich op het standpunt dat de NMa geen beleid maakt en dat dus de regels die de NMa vaststelt ter uitvoering van de Mededingingswet niet als beleidsregels maar als 'uitvoeringsregels' zijn te kenschetsen.²⁴⁷ Deze lijn werd door amendering in het wets-

240. Zie www.nmanet.nl.

241. Jaarverslag NMa en Dte 2003, blz. 11. Vier criteria spelen bij deze prioritering een rol: het belang van de consument, het economisch belang, de ernst van de overtreding en de doelmatigheid en doeltreffendheid van optreden door de NMa. Zie eerder over de prioritering W.T. Algera, a.w. 2002, blz. 121.

242. Kamerstukken II 2001-2002, 27 639, nr. 51. Deze motie is door de Tweede Kamer op 5 februari 2002 aangenomen: Handelingen II 2001-2002, blz. 3337.

243. Hier kan bij wijze van voorbeeld ook nog worden gewezen op de AFM die voor verschillende financiële markten specialistische regels opgesteld. Zie www.autoriteit-fm.nl.

244. Zie www.opta.nl.

245. Ottow 2003, blz. 161-162; E. Dommering, N. van Eijk, N. Sitomspoel, Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt, Mediaforum 2001, blz. 189. Zie ook J.C. Arnbak, M.S. Mulder, Regels en toezicht op telecommunicatiemarkten, in: De Ru, Peters 2000, blz. 113 e.v.

246. H.J. de Ru, Wetgeving en toezicht na de OPTA, Mediaforum 2001, blz. 290. Zie ook de reactie van De Ru op het preadvies van Ottow: H.J. De Ru, Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden, M&M 2003, blz. 178 e.v.

247. Kamerstukken II 2001-2002, 27 639, nr. 33, blz. 18.

voorstel neergelegd.²⁴⁸ In een nieuw ingevoegd art. 51 wordt bepaald dat de Raad van bestuur van de NMa 'uitvoeringsregels' kan vaststellen ter uitvoering van de aan hem opgedragen taken. Afgezien van het feit dat deze regels gewoon onder de definitie van 'beleidsregels' vallen en deze terminologie derhalve niet strookt met art. 1:3, vierde lid, Awb, is duidelijk dat alleen gebruik van een andere terminologie de beleidsruimte van de NMa niet inperkt. Deze is afhankelijk van de wijze waarop in de Mededingingswet bestuursbevoegdheden aan de NMa worden toegekend en de ruimte die in dat kader aan de NMa wordt gelaten voor nadere invulling. Gezien de vaak ruim geformuleerde wettelijke bepalingen is de beleidsvrijheid van de NMa, anders dan de wetgever suggereert, als aanzienlijk te beschouwen.

De beleidsvrijheid van marktautoriteiten wordt soms gebagatelliseerd. In zijn advies over het voorstel van Wet financieel toezicht stelde de Raad van State dat de financiële toezichthouders (AFM en DNB) weliswaar een zekere discretionaire ruimte nodig hebben om hun taak te kunnen vervullen, maar dat de wet omtrent de voorwaarden voor en de grenzen van die taakvervulling, wel voorschriften diende te bevatten.²⁴⁹ De regering volgde dit advies niet op. Ze stelde dat nadere voorschriften niet noodzakelijk zijn, omdat de uitvoerende en toezichthoudende bevoegdheden van de financiële toezichthouders gebonden bevoegdheden zijn of bevoegdheden die door de Awb worden geclausuleerd. De regering wees er verder op dat de toezichthouders te allen tijde gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dat ten aanzien van alle besluiten de toegang tot de rechter is gegarandeerd.²⁵⁰

De reactie van de regering overtuigt niet. Indien we naar de wettekst kijken waar de regering in haar antwoord op doelt, is van een gebonden bevoegdheid vooralsnog geen sprake. Bepaald wordt, kort gezegd, dat de toezichthouder een vergunning verleent indien de aanvrager voldoet aan wat bij of krachtens deze wet is bepaald (art. 1:82, eerste lid). Veel zal dus hangen van wat elders in de Wet financieel toezicht²⁵¹

248. Kamerstukken II 2001-2002, 27 639, nr. 45.

249. Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 4, blz. 6-7.

250. Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 4, blz. 8. De gebonden bevoegdheden waar de regering op doelt, betreft de vergunning- en ontheffingverlening door de AFM. Het algemene kader daarvoor is vastgelegd in art. 1:82 van het wetsvoorstel. Zie Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 2, blz. 18.

251. De inhoud daarvan was ten tijde van het schrijven van dit preadvies nog niet bekend omdat delen van het wetsvoorstel nog niet gereed zijn en pas later bij nota van wijziging aan het wetsvoorstel zullen worden toegevoegd. Ook de vraag om welke vergunningen het precies gaat, is nog onduidelijk. Een definitieve beoordeling →

of in gedelegeerde regelgeving zal worden geregeld. Ook de bevoegdheid om voorschriften en beperkingen aan een vergunning te verbinden, blijft nagenoeg onbegrensd.²⁵² Uiteraard kan dit slechts in beperkte mate worden gecompenseerd door de mogelijkheid van rechterlijke toetsing. Door te suggereren dat dit wel het geval is miskent de regering dat het legaliteitsbeginsel naast de eis van rechtsbescherming zelfstandige betekenis heeft.

Beter dan net te doen alsof sprake is van sterk geclausuleerde bevoegdheden, had de regering gewoon moeten erkennen dat er een aanzienlijke discretionaire ruimte is en dat dat ook wordt beoogd. Elders in de toelichting wordt klip en klaar gesteld dat beoordelingsvrijheid op het terrein van het toezicht en de handhaving, vaak gecombineerd met beleidsvrijheid, 'essentieel is voor een slagvaardig financieel toezicht'.²⁵³ Het stelt de toezichthouders in staat, aldus de regering, 'optimaal rekening te houden met de omstandigheden van het geval, zijn expertise volledig te benutten en in te spelen op nieuwe marktontwikkelingen bij gevallen waarin de regelgeving daarop niet is toegespitst'. Kortom, is het niet met opzet dat de financiële toezichtswetgeving op veel punten open is geformuleerd?

4.4.5 Regelgeving

Nog een staatsrechtelijk stapje verder gaan de gevallen waarin marktautoriteiten algemeen verbindende voorschriften kan vaststellen. Hiervoor hebben wij al aangegeven dat de AFM en DNB regelgevende bevoegdheden hebben.²⁵⁴ Het voorstel Wft gaat er van uit dat de AFM en DNB ook in de toekomst over dergelijke bevoegdheden zal beschikken.²⁵⁵ Wij citeren de memorie van toelichting:

→ is dus niet mogelijk. Voor kritiek op deze aanpak zij verwezen naar het advies van de Raad van State: Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 4, blz. 2.

252. Art. 1:82, derde lid, van het wetsvoorstel bepaalt slechts dat aan een vergunning voorschriften kunnen worden verbonden en beperkingen kunnen worden gesteld 'met het oog op de belangen die deze wet beoogt te beschermen'.

253. Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 3, blz. 18.

254. Zie par. 2.3.4. Volgens Duijkersloot en Michiels betreft deze regelgeving alleen technische en organisatorische onderwerpen waardoor is voldaan aan Ar 124f. Zie A.P.W. Duijkersloot, F.C.M.A. Michiels, Taken en bevoegdheden van onafhankelijke toezichthouders: mogelijkheden en beperkingen, in: De Ru, Peters 2000, blz. 29.

255. Zie art. 1:11 en 1:12. Tot dusverre betreft dit een uitzondering. In de toekomst volgen wellicht meer marktautoriteiten niet algemeen verbindende voorschriften mogen vaststellen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de toekomstige Zorgautoriteit. Zie Kamerstukken II 2003-2004, 29 324, nr. 3, blz. 17.

'Overeenkomstig de Aanwijzingen voor de regelgeving zal de regelgevende bevoegdheid van de toezichthouders die bij algemene maatregel van bestuur aan hen kan worden gedelegeerd, daarbij worden ingekaderd en toegespitst op onderdelen die technisch of organisatorisch van aard zijn of samenhangen met de uitvoering van het toezicht'.²⁵⁶

Voor die gevallen bevat het wetsvoorstel bepalingen die marktautoriteiten verplichten tot het vooraf raadplegen van 'een daarvoor in aanmerking komende representatieve vertegenwoordiging' van ondernemingen (art. 1:11, eerste lid). Voorts heeft de minister de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden de door de toezichthouders vastgestelde regels te vervangen door een ministeriële regeling (art. 1:12).²⁵⁷

Bij deze bepaling zijn de nodige kanttekeningen te plaatsen. In de eerste plaats bieden de Aanwijzingen voor de regelgeving niet zoveel ruimte als de regering suggereert. Het hiervoor al geciteerde Ar 124f²⁵⁸ laat in beginsel toekenning van regelgevende bevoegdheid alleen toe 'voor zover het organisatorische of technische onderwerpen betreft'. Daarnaast kan het volgens de Aanwijzingen alleen in bijzondere gevallen na goedkeuring van de verantwoordelijke minister. Het hierboven weergegeven citaat uit de toelichting is hiermee in strijd door ook regelgeving toe te staan op onderdelen die 'samenhangen met de uitvoering van het toezicht'. In beginsel wordt hiermee zonder noemenswaardige wettelijke beperkingen de deur opengezet voor regelgeving over de volle breedte van het werkterein van de toezichthouders. Van een 'bijzonder geval', de terminologie van de Aanwijzingen, kan hier moeilijk worden gesproken.

Inmiddels lijkt de regering impliciet gas te hebben teruggenomen. Nu zou de regelgeving conform de Aanwijzingen voor de regelgeving slechts betrekking kunnen hebben op 'onderwerpen die technisch of organisatorisch van aard zijn'.²⁵⁹ Hoewel dit niet met zoveel woorden wordt gezegd is deze formulering aanmerkelijk beperkter dan de zojuist geciteerde passage uit de memorie van toelichting. Hoe dan ook zal de vraag in hoeverre men werkelijk binnen de grenzen van de Aanwijzingen voor de regelgeving zal blijven, pas in een later stadium kunnen worden beantwoord. Een en ander zal afhangen van de delegatiebepalingen die bij algemene maatregel van bestuur zullen worden

256. Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 3, blz. 14. Zie ook blz. 30.

257. Uiteindelijk zal een algemene maatregel van bestuur tot stand dienen te komen (art. 1:12, derde lid).

258. Zie par. 4.4.1.

259. Kamerstukken II 2004-2005, 29 708, nr. 7, blz. 20. Zie ook blz. 10.

vastgesteld. Meer zekerheid over conformiteit met de Aanwijzingen zou kunnen worden bereikt door in de wet zelf vast te leggen dat regels van toezichthouders slechts technische of organisatorische onderwerpen kunnen betreffen.²⁶⁰

Een tweede probleem betreft de positie van de minister. In het wetsvoorstel wordt geen goedkeuringsbevoegdheid voorgeschreven.²⁶¹ Zoals gezegd is er wel een mogelijkheid voor de minister om de algemeen verbindende voorschriften van de toezichthouders te 'overrulen' door de eigen regels in de plaats te stellen van die van de toezichthouders. Dit kan op grond van het voorgestelde art. 1:12 echter slechts in twee gevallen, namelijk indien de door de toezichthouder vastgestelde algemeen verbindende voorschriften:

- naar het oordeel van de minister in strijd zijn met de wet, een verdrag of een bindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, of
- een onredelijke belasting voor de financiële markten tot gevolgen hebben.

Het is juridisch gezien een merkwaardige figuur die ergens het midden houdt tussen een 'echte' regelgevende bevoegdheid en een vernietigingsbevoegdheid. Belangrijker is echter de beperkte reikwijdte van de bevoegdheid. De wijze waarop zij geformuleerd is betekent dat de minister niet kan ingrijpen indien hij tegen de regels *beleidsmatige* bezwaren zou hebben, tenzij het door de minister gewenste beleid tevens in wetgeving is vastgelegd.

De vraag is of de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften door marktautoriteiten uit machtscheidingsperspectief categorisch moet worden uitgesloten. Wij menen dat dat niet het geval is. Materieel gezien²⁶² zien wij weinig verschil tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.²⁶³ In beide gevallen bestaat er

260. Een aanmerkelijk ruimere regelgevende bevoegdheid wordt bepleit door H.V. Oppelaar, De herregulering van de financiële dienstverlening en markten op een tweesprong, Praadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht, Deventer 2004, blz. 117 e.v.

261. Kritisch hierover de Raad van State. Zie Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 4, blz. 11-12.

262. Er blijven wel belangrijke juridische verschillen bestaan tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Algemeen verbindende voorschriften hebben externe werking, beleidsregels in beginsel niet. Voor belanghebbenden maakt het in de praktijk echter weinig verschil of een besluit uit een algemeen verbindend voorschrift of uit een beleidsregel voortvloeit.

263. S.E. Zijlstra, Zbo's, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheid, →

wettelijke ruimte om regels te stellen. Zo gezien is het niet erg consequent om enerzijds regelgevende bevoegdheden zonder meer uit te sluiten en anderzijds in de wet ruim geformuleerde bestuursbevoegdheden toe te kennen die de marktautoriteit door middel van beleidsregels moet invullen. Het laatste is niet per definitie beter of minder erg dan het eerste.

De beginselen van democratie, legaliteit en machtscheiding stellen wel bepaalde grenzen. In de eerste plaats zijn er beperkingen met betrekking tot de aard van de te stellen regels. De belangrijkste wettelijke voorschriften dienen door de formele wetgever of met directe betrokkenheid van het parlement te worden vastgesteld. Over wat als 'belangrijkste' heeft te gelden is uiteraard discussie mogelijk.²⁶⁴ Waar het om gaat is dat de wetgever de essentiële beleidskeuzes maakt en daartoe wettelijke normen stelt.²⁶⁵ Er mag niet worden gevluucht in blanco-delegatie of constructies die daarop neerkomen. In gevallen waarin vaststelling van concrete wettelijke normen niet meteen mogelijk blijkt kunnen deze eventueel ook in een later stadium tot stand komen. In die situaties kunnen algemene regels die in eerste instantie door de marktautoriteit zijn vastgesteld, na verloop van tijd door de wetgever worden gecodificeerd. Desgewenst kunnen nadere regels ook worden vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling.

In de tweede plaats dienen er 'checks and balances' te zijn waardoor regels van marktautoriteiten kunnen worden gecorrigeerd. Een algemeen goedkeuringsrecht van de minister zoals bedoeld in de Aanwijzingen voor de regelgeving, is wellicht te omslachtig. Wel moet de minister algemene regels kunnen vernietigen wegens strijd met het recht of het algemeen belang²⁶⁶ en zo nodig zijn eigen regels daarvoor in de plaats kunnen stellen. Het voorstel Wft achten wij in dit licht gezien te beperkt.

→ Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2005, blz. 5. Hij meent echter dat toekenning van regelgevende bevoegdheid een stap te ver is (blz. 6).

264. Van Ommeren meent dat in elk geval 'eenzijdige verplichtingen' een specifieke wettelijke grondslag moeten hebben; F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, Deventer 1996. Zie verder Orde in de regelgeving, Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, Den Haag 1985, blz. 46 c.v.

265. Vgl. Algemene Rekenkamer in 'Toezicht op markten', Kamerstukken II 2004-2005, 29 960, nr. 2, blz. 17.

266. Zie verder par. 4.5.7.

4.4.6 Algemene aanwijzingen minister

Indien marktautoriteiten geen algemeen verbindende voorschriften kunnen vaststellen maar wel beleidsregels, dienen deels andere voorzieningen te worden getroffen. Op grond van een aantal wetten is de minister bevoegd om de beleids- of beoordelingsruimte van marktautoriteiten in te perken door algemene aanwijzingen of beleidsregels²⁶⁷ vast te stellen. De Aanwijzingen voor de regelgeving schrijft een dergelijke bevoegdheid niet algemeen voor. Ar 1241, vijfde lid, bepaalt slechts dat 'afhankelijk van de aard van het zelfstandig bestuursorgaan' aan een minister de bevoegdheid kan worden toegekend om algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels vast te stellen.²⁶⁸

Aanvankelijk leek deze flexibele lijn te worden doorgetrokken in het voorstel Kaderwet zbo's. Op basis van het advies van de Raad van State²⁶⁹ liet de regering een algemene regeling inzake ministeriële beleidsregels in het wetsvoorstel achterwege; zij meende dat:

'bij zelfstandige bestuursorganen die in het leven zijn geroepen vanuit de behoefte aan onafhankelijke en deskundige oordeelsvorming, dit instrument haaks zou staan op deze bestaansgrond'.²⁷⁰

Kummeling heeft er terecht op gewezen dat dit geen reden kan zijn om geen regeling op te nemen. Het wetsvoorstel had kunnen differentiëren in typen zelfstandige bestuursorganen en kunnen bepalen dat de ministeriële bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen alleen niet geldt in het geval de behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming het motief heeft gevormd voor de instelling van het betreffende zelfstandig bestuursorgaan.²⁷¹

267. Wij gebruiken van de begrippen 'beleidsregels' en 'algemene aanwijzingen' hier als synoniemen. Betoogd kan echter worden dat algemene aanwijzingen een iets ruimere categorie vormen dan beleidsregels. Zie Boxum 1997, blz. 102 e.v.

268. De Algemene Rekenkamer bepleitte eerder een minder vrijblijvende regeling. Zie Kamerstukken II 1994-1995, 24 130, nr. 3, blz. 26. Zie ook Steekhoudend ministerschap 1993, blz. 44.

269. Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, A, blz. 5. De bevoegdheid was wel opgenomen in het aan de Raad van State voorgelegde wetsvoorstel.

270. Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, nr. 5, blz. 51. Zie ook Kamerstukken II 2001-2002, 27 426, nr. 9, blz. 21-22 waarin de regering stelde dat de betreffende bevoegdheid 'in strijd is met de gewenste onafhankelijkheid'.

271. Kummeling 2001, blz. 48. Ook voorstander van een algemene regeling is Boxum 1997, blz. 107-108 zij het met de erkenning dat bij bepaalde soorten zelfstandige bestuursorganen deze bevoegdheid niet zou moeten gelden. Zie ook Den Boer 1997, blz. 214.

Uiteindelijk bleek het bezwaar van de regering niet erg principieel van aard en is een regeling in het wetsvoorstel opgenomen die aanmerkelijk verder gaat dan Kummeling voorstelt. De regering stemde opvallend gemakkelijk in met het amendement Scheltema-de Nie waarin werd voorgesteld de betreffende ministeriële bevoegdheid alsnog in het wetsvoorstel op te nemen. De verantwoordelijke minister verklaarde:

'Aan de zelfstandigheid van een bestuursorgaan wordt naar mijn overtuiging geen afbreuk gedaan, doordat het in voorkomende gevallen in algemene termen aanwijzingen krijgt, bijvoorbeeld als er vragen rijzen over de interpretatie van algemene regels of de te hanteren procedures'.²⁷²

Waarna de minister een genuanceerd betoog hield over de gevallen waarin ministeriële beleidsregels wel en niet wenselijk zijn. Het amendement werd vervolgens met algemene stemmen door de Tweede Kamer aanvaard.²⁷³

Bij verzelfstandigd toezicht is de officiële beleidslijn dat de minister bevoegd moet zijn om beleidsregels vast te stellen.²⁷⁴ Uit een oogpunt van democratie en machtscheiding ligt dit inderdaad voor de hand. De mogelijke bezwaren hiertegen wegen naar onze mening minder zwaar. Zolang de ministeriële invloed geen betrekking heeft op individuele gevallen wordt de onafhankelijkheid van de marktautoriteit niet aangetast.²⁷⁵ Daarbij geldt dat marktautoriteiten zo nodig van een door de minister vastgestelde beleidsregel mag (en soms zelfs moet) afwijken. Ook het EG-recht eist geen afwezigheid van ministeriële bemoeienis met de beleidsvorming.

De hier bedoelde bevoegdheid vinden wij niet altijd terug in de bijzondere wetgeving. De verantwoordelijke minister kan beleidsregels vaststellen met betrekking tot de uitoefening van bevoegdheden door de NMa²⁷⁶ en de OPTA²⁷⁷. Het voornemen bestaat dit laatste ook te

272. Handelingen II 2001-2002, nr. 54, blz. 3705. In deze zin ook Zijlstra 1997, blz. 220-221. Terughoudender was een eerdere regeringsreactie op genoemd amendement: Kamerstukken II 2001-2002, 27 426, nr. 57, blz. 4.

273. Handelingen II 2001-2002, nr. 57, blz. 3888. Zie art. 21 van het bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel.

274. Kaderstellende visie op toezicht 2001, blz. 16. In dezelfde lijn Visie op markttoezicht 2004, blz. 17.

275. In gelijke zin voor het Britse recht P.P. Craig, *Administrative Law*, London 2003, blz. 100.

276. Art. 5d Mw. Anders de Raad van State: Kamerstukken II 2000-2001, 27 639, B, blz. 5.

277. Art. 19 Wet OPTA.

laten gelden voor de toekomstige Emissieautoriteit²⁷⁸ en de Zorgautoriteit²⁷⁹. Ministeriële beleidsregels terzake van het College bescherming persoonsgegevens zijn eveneens mogelijk, maar alleen voor het beperkte terrein van de oplegging van boetes.²⁸⁰

Geen ruimte voor ministeriële beleidsregels is er echter ten aanzien van het financieel toezicht door DNB en de AFM.²⁸¹ Voorzover het gaat om monetair beleid wordt de afwezigheid van een instructiebevoegdheid uitdrukkelijk door art. 108 EG-verdrag voorgeschreven, maar dit geldt niet voor de niet-monetaire taken van DNB en ook niet voor de AFM. Volgens de regering is van een aanwijzingsbevoegdheid afgezien mede omdat DNB en de AFM zelfstandige bestuursorganen zijn.²⁸² Voorzover het algemene aanwijzingen betreft is deze stelling onjuist. Zij staat op gespannen voet met het voorstel Kaderwet zbo's en met de lijn die bij andere marktautoriteiten is gekozen.

4.4.7 Geen bijzondere aanwijzingen

Er is algemene overeenstemming over de onwenselijkheid van bijzondere aanwijzingen. Een ongeclausuleerde ministeriële bevoegdheid om bijzondere aanwijzingen te geven is strijdig met het wezen van een 'zelfstandig' bestuursorgaan: ze zou diens zelfstandigheid teniet doen.²⁸³ Ar 124l, zesde lid, bepaalt dan ook dat deze bevoegdheid niet aan de minister mag worden toegekend.

Opmerkelijk is in dit verband dat de regering zich na de totstandkoming van Ar 124l op het standpunt heeft gesteld dat de minister 'in het uiterste geval' de mogelijkheid zou dienen te hebben om in een individueel geval een toezichthouder uit te nodigen een bepaald onderzoek te verrichten.²⁸⁴ Hierdoor zou invulling kunnen worden gegeven aan 'gerechtvaardigde parlementaire en publieke verlangens'. De interventie van de minister zou niet verder kunnen gaan dan de toezegging zijnerzijds te bevorderen dat er een onderzoek wordt verricht en vanwege het zbo-karakter van de toezichthouder geen betrek-

278. Art. 2.13 Wm.

279. Kamerstukken II 2003-2004, 29 324, nr. 3, blz. 16.

280. Art. 74 Wbp.

281. Wel zij gewezen op het eerder besproken voorstel Wft waarin wordt bepaald dat de minister in specifieke omstandigheden zijn eigen regels in de plaats kan stellen van de regels van de DNB en de AFM. Zie art. 1:12.

282. Kamerstukken II 2004-2005, 29 708, nr. 7.

283. Zijlstra 1997, blz. 220.

284. Kamerstukken II 1997-1998, 24 036, nr. 73, blz. 6-7.

king kunnen hebben op de wijze, inhoud of uitkomst van het onderzoek.²⁸⁵ Van een bijzondere aanwijzing in de zin van Ar 1241, zesde lid, zou om die reden dan ook geen sprake zijn.

Deze argumenten achten wij niet sterk. Het gaat niet om een vrijblijvende uitnodiging die de toezichthouder naast zich neer kan leggen. In die zin is wel degelijk sprake van een bindende ministeriële aanwijzing. Zij zal ook een minder beperkte strekking hebben dan wordt gesuggereerd. Het zal immers voor de hand liggen dat parlement en publieke opinie de minister ook zullen aanzetten tot bemoeienis met het onderzoek dat op uitnodiging van de minister plaatsvindt. Om niet het risico te lopen de onafhankelijkheid van de marktautoriteit te ondergraven dient een dergelijke bevoegdheid naar onze mening te worden afgewezen. Aan het genoemde regeringstandpunt is dan ook terecht geen vervolg gegeven. Noch in het Kaderwetvoorstel, noch in de bijzondere wetgeving is een dergelijke bevoegdheid terug te vinden.²⁸⁶

Wel is er nog steeds de mogelijkheid van bemoeienis van de minister bij concentratiebeslissingen. Op grond van art. 47, eerste lid, Mw kan de minister, nadat de NMa een vergunning voor het totstandbrengen van een concentratie heeft geweigerd, alsnog besluiten die vergunning te verlenen 'indien naar zijn oordeel gewichtige redenen van algemeen belang die zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging, daartoe nopen'. De verzelfstandiging van de NMa is geen aanleiding geweest deze bevoegdheid te schrappen, omdat het volgens de regering hier om een veel bredere afweging gaat dan alleen van mededingingsrechtelijke aspecten.²⁸⁷

Naar onze mening kunnen hier de nodige vraagtekens bij worden geplaatst. Het gaat om een bestuursrechtelijk moeilijk te duiden constructie die ergens het midden houdt tussen administratief beroep en spontane vernietiging.²⁸⁸ Bovendien is het feit dat ook andere dan mededingingsrechtelijke belangen een rol kunnen spelen, elders in de Mededingingswet geen doorslaggevend argument geweest om de ministeriële invloed op individuele zaken te handhaven. Bij de vaststelling van de uitzonderingen op het kartelverbod is met het oog op meeweging van andere belangen volstaan met de mogelijkheid van minis-

285. Rapport Zicht op toezicht (werkgroep-Visser), Den Haag 1997, blz. 74.

286. Soms echter worden hybride constructies gehanteerd. Zie hiervoor par. 4.3.4 over de Voedsel- en Warenautoriteit.

287. Kamerstukken II 2000-2001, 27 639, nr. 5, blz. 31.

288. Kritisch hierover S.E. Zijlstra, Moet de NMa een zelfstandig bestuursorgaan worden?, M&M 2000, blz. 156.

teriële beleidsregels.²⁸⁹ Niet in te zien valt waarom niet dezelfde lijn kan worden gevolgd bij concentratiebeslissingen.

4.4.8 Aanwijzingsbevoegdheid verenigbaar met EG-recht?

In het debat over de verzelfstandiging van de NMa is de vraag ge-
rezen in hoeverre ministeriële aanwijzingen, ook als deze slechts
algemeen van aard zijn, wel verenigbaar zijn met het EG-recht.
Vooraf zij opgemerkt dat deze vraag zich niet uitsluitend voordoet
bij de NMa. Eerder zagen wij al dat in toenemende mate het beleid
van nationale toezichthouders op diverse terreinen in samenwerking
met de Europese Commissie wordt gecoördineerd in Europese net-
werken met als doel de consistente toepassing van het EG-recht te
bevorderen.²⁹⁰ Potentieel versmalt dit de marges voor nationale be-
leidsvorming aanzienlijk. Ministeriële beleidsregels die in Europese
netwerken gemaakte afspraken doorkruisen, kunnen worden be-
schouwd als strijdig met het beginsel van gemeenschapstrouw (art.
10 EG-Verdrag).²⁹¹

Het laatste neemt niet weg dat de minister langs verschillende wegen
een zekere invloed kan blijven uitoefenen. In de eerste plaats is het
mogelijk dat de minister voorafgaande aan Europese coördinatie al-
gemene instructies geeft aan de toezichthouder omtrent het standpunt
dat namens Nederland moet worden ingenomen. De regering heeft
uitdrukkelijk aangegeven dergelijke instructies onder omstandighe-
den wenselijk te achten.²⁹² Daarnaast is in bepaalde gevallen denkbaar
dat de minister Europese besluitvorming beïnvloedt in de comitolo-
gieprocedure.²⁹³ Krachtens deze procedure hebben vertegenwoordi-
gers van de regeringen van de lidstaten, afhankelijk van de toepasse-
lijke regels, een zekere zeggenschap over door de Commissie te nemen
besluiten. Voor beide gevallen geldt echter dat de invloed van de mi-
nister beperkt blijft. Soms gaat het alleen om advisering aan de Com-
missie. Bovendien kan in geval van meerderheidsbesluitvorming in
Comités de Nederlandse vertegenwoordiger al snel 'overruled' wor-
den door een meerderheid van vertegenwoordigers van de andere lid-
staten.

289. Art. 5d, tweede lid, Mw. Zie hierna par. 4.4.8.

290. Zie hiervoor par. 3.2.2.

291. Vergelijk W. Sauter, Van Staat naar markt: toezicht op de ontwikkeling van
marktwerking in de telecommunicatiesector. SEW 2001, blz. 97.

292. Visie op markttoezicht 2004, blz. 4.

293. Zie ook par. 3.2.2.

Specifiek voor de Mededingingswet zijn in dit verband twee bepalingen van belang. De eerste is art. 5b dat, kort gezegd, bepaalt dat de minister de NMa werkzaamheden kan opdragen in Europees en internationaal verband en de NMa terzake instructies kan geven. Dit betekent dat de NMa bijvoorbeeld in Europese adviescomités dient te opereren binnen de door de minister vastgestelde beleidskaders.²⁹⁴ De Raad van State bracht deze bepaling in verband met de recent doorgevoerde decentralisatie van de toepassing van de EG-mededingingsregels en plaatste vanuit dat perspectief vraagtekens bij deze bepaling. De Raad stelde:

'In elk geval lijkt de in art. 5b voorziene bevoegdheid om terzake instructies te geven moeilijk verenigbaar met de onafhankelijkheid ten opzichte van de lidstaten waarmee de Europese Commissie haar werk doet op het terrein van het mededingingsrecht'.²⁹⁵

De regering stelde in haar reactie dat art. 5b niet van toepassing is op de decentrale toepassing van het Europese mededingingsrecht, maar daarmee is het door de Raad van State gesignaleerde probleem nog niet van tafel.²⁹⁶ Er werd immers aan toegevoegd dat de minister ook als het gaat om de toepassing van het Europese mededingingsrecht beleidsregels mag stellen, maar dan op basis van de algemene bevoegdheid van art. 5d Mw.

Daarmee is het debat verplaatst naar de grenzen die bij de toepassing van art. 5d Mw in acht moeten worden genomen. Art. 5d, tweede lid, bepaalt ter nadere invulling van het eerste lid uitdrukkelijk dat ministeriële beleidsregels (mede) betrekking kunnen hebben op de wijze waarop de NMa bij de toepassing van art. 6, derde lid, Mw (uitzonderingen kartelverbod)²⁹⁷ 'andere belangen dan economische belangen

294. In dat geval mag een ministeriële instructie geen betrekking hebben op de mededingingsaspecten van een individueel geval. Zie art. 5b, tweede lid, Mw.

295. Kamerstukken II 2000-2001, 27 639, B, blz. 8. Het advies had betrekking op een anders geformuleerde bepaling die in het wetsvoorstel tot verzelfstandiging van de NMa was opgenomen. Deze bepaling heeft echter dezelfde strekking als art. 5b zoals het uiteindelijk als gevolg van de implementatie van Verordening 1/2003 is komen te luiden. Zie art. IV van de Wet van 30 juni 2004, Stb. 2004, 345. De Raad van State heeft zijn kritiek in het advies bij dit wetsvoorstel nog eens herhaald. Zie Kamerstukken II 2003-2004, 29 276, nr. 5, blz. 3 met de reactie van de regering in Kamerstukken II 2003-2004, 29 276, nr. 3, blz. 7.

296. Kamerstukken II 2000-2001, 27 639, B, blz. 8.

297. Gewijzigd bij Wet van 30 juni 2004, Stb. 2004, 345. Zie Kamerstukken II 2003-2004, 29 276, nr. 8 (Nota van wijziging). Art. 6, derde lid, is gebaseerd op art. 81, derde lid, EG-verdrag. Zie verder over de betreffende uitzonderingscriteria in →

in zijn afweging moet betrekken'.^{298, 299} Sauter heeft de vraag gesteld of dit systeem nog 'EG-proof' is in een situatie waarin art. 81, derde lid, EG-verdrag rechtstreekse werking heeft.³⁰⁰ Met andere woorden: is het niet opmerkelijk dat de wetgever art. 5d ongewijzigd heeft gelaten nu het mededingingsrecht sinds de implementatie van Verordening 1/2003 nog nadrukkelijker op Europese leest is geschoeid?

Naar onze mening staat het EG-recht op zichzelf gezien niet aan een bepaling als art. 5d, tweede lid, in de weg. Wel zal de betekenis van deze bevoegdheid misschien geleidelijk gaan afnemen. De speelruimte voor de minister wordt geringer naarmate de Commissie en de nationale autoriteiten in het 'European competition network' (ECN) vaker tot beleidsafspraken zullen komen.³⁰¹ Ondanks de al genoemde mogelijkheden voor de minister om de besluitvorming op dat gebied enigszins te beïnvloeden, is hier de vraag naar het 'democratisch deficit' nadrukkelijk aan de orde. De legitimiteit van Europese netwerken als het ECN lijkt vooralsnog gering.³⁰²

Ministeriële aanwijzingsbevoegdheden zullen pas uit de wetgeving moeten worden verwijderd indien dat dwingend uit het EG-recht voortvloeit. Dat laatste is het geval op monetair gebied. Zoals eerder vermeld verbiedt art. 108 EG-Verdrag nationale regeringen om instructies te geven aan hun nationale centrale banken. Dit vormde de directe aanleiding om de voorheen bestaande aanwijzingsbevoegdheid

→ Europeesrechtelijk perspectief P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak, M.S. Mulder, Inleiding mededingingsrecht, Den Haag 2003, blz. 83 e.v.

298. Bij de totstandkoming van de Mededingingswet is uitvoerig gedebatteerd over de vraag in hoeverre de NMa bij de toelating van uitzonderingen op het kartelverbod ook niet-economische belangen mag meewegen. Voor een helder overzicht zij verwezen naar K.J.M. Mortelmans, Niet-economische belangen en de Mededingingswet, NJB 1999, blz. 1244 e.v.

299. De Tweede Kamer heeft aangegeven dat deze belangenafweging in wetgeving nader moet worden genormoord. Zie Kamerstukken II 2001-2002, 27 639, nr. 54 (motie Bolhuis). Instemmend W.T. Algera, Is de ZBO-status voor de Nma nu al wenselijk? Een institutionele en materiële onderbouwing over 'verborgen kamers' in het mededingingsrecht, in: Van de Gronden, Widdershoven 2002, blz. 120.

300. W. Sauter, ZBO-status en de verhouding tussen OPTA en Nma, in: Van de Gronden, Widdershoven 2002, blz. 54 (noot 41).

301. Zie hierover eerder par. 3.2.2.

302. In deze zin ook K.J.M. Mortelmans, Kroniek van het economisch publiekrecht, NJB 2004, blz. 1643. Zie ook art. 14 Verordening 1/2003. Op grond hiervan dient de Commissie in bepaalde gevallen een adviescomité te raadplegen. Voor zover gesproken wordt over andere kwesties dan individuele zaken kan naast de vertegenwoordiger van de nationale mededingingsautoriteit een extra vertegenwoordiger van de lidstaat worden aangewezen (lid 2).

in de Bankwet 1948 te schrappen.³⁰³ Voor marktautoriteiten geldt een dergelijke verplichting niet.

4.4.9 Raadpleging belanghebbenden

Uit het voorgaande blijkt dat marktautoriteiten in een aantal gevallen over een aanzienlijke beslissingsruimte beschikken. De politiek staat in de praktijk sterk op afstand. Vanuit dit perspectief is van belang om nader te bezien hoe beleidsbesluiten van marktautoriteiten anders dan via de politiek democratisch kunnen worden gelegitimeerd. In het bijzonder kan daarbij worden gedacht aan het rechtstreeks betrekken van belanghebbenden bij de beleidsvorming en bij de totstandkoming van algemeen verbindende voorschriften.

Beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften zijn besluiten in de zin van de Awb. Hieruit volgt dat marktautoriteiten bij de voorbereiding van beleidsregels de algemene beginselen van zorgvuldigheid en belangenafweging zoals geformuleerd in art. 3:2 tot en met 3:4 Awb, in acht behoren te nemen. Hetzelfde geldt voor algemeen verbindende voorschriften voorzover de aard van die voorschriften zich daartegen niet verzet (art. 3:1 Awb). Kort gezegd betekent dit dat de Awb marktautoriteiten in algemene zin verplicht om voorafgaande aan de vaststelling van een beleidsregel of een algemeen verbindend voorschrift, de belangen van groepen belanghebbenden nauwkeurig in kaart te brengen en vervolgens binnen de grenzen van de wet een belangenafweging te verrichten die een toets aan het willekeurverbod, het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel kan doorstaan.³⁰⁴

Deze algemene regels worden tegenwoordig niet altijd meer toereikend geacht. In toenemende mate worden in wetgeving bijzondere voorzieningen getroffen met het oog op de voorbereiding van besluiten van algemene strekking.³⁰⁵ Deze zijn verschillend van aard. Een eerste variant is het van toepassing verklaren van een van de voorbereidingsprocedures van de Awb.³⁰⁶ In art. 89a Mededingingswet wordt

303. Art. 26 Bankwet 1948. Deze bepaling is, met een overgangsbepaling (art. 24), geschrapt bij Wet van 26 maart 1998, Stb. 1998, 200. Zie voor een toelichting Kamerstukken II 1997-1998, 25 719, nr. 3, blz. 4 e.v. Overigens dient te worden vermeld dat deze bevoegdheid in de praktijk nooit is gebruikt.

304. Kamerstukken II 1988-1989, 21 221, nr. 3, blz. 62 e.v.

305. Eerder is opgemerkt dat raadpleging van belanghebbenden soms verplicht door het EG-recht wordt voorgeschreven. Zie par. 3.2.5.

306. De samenvoeging van beide bestaande voorbereidingsprocedures is voorzien per 1 juli 2005. Zie de Wet van 24 januari 2002, Stb. 2002, 54. Een kort overzicht geeft N. Verheij, *De Awb driemaal gewijzigd*, AA 2002, blz. 256 e.v.

afdeling 3.4 Awb van toepassing verklaard op de voorbereiding van het besluit van de NMa tot het buiten toepassing verklaren van een groepsvrijstelling van het kartelverbod. Onder het nieuwe Awb-regime van de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure betekent dit dat het ontwerpbesluit van de NMa ter inzage wordt gelegd, vervolgens belanghebbenden hun zienswijze schriftelijk of mondeling naar voren kunnen brengen en ten slotte de NMa een gemotiveerd besluit neemt waarin de overwegingen omtrent de ingebrachte zienswijzen worden vermeld.³⁰⁷

Naast van toepassing verklaring van de Awb is er de mogelijkheid van specifieke voorzieningen in bijzondere wetten. In dat verband kan worden gewezen op art. 1:11, eerste lid, van het voorstel Wft dat als volgt luidt:

Indien krachtens deze wet aan de toezichthouder de bevoegdheid wordt toegekend om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen, gaat de toezichthouder daartoe niet over dan nadat hij een daarvoor in aanmerking komende representatieve vertegenwoordiging van onder zijn toezicht staande ondernemingen heeft geraadpleegd.

De nadere invulling hiervan wordt aan de toezichthouder (lees DNB en de AFM) overgelaten. Volgens de toelichting bepaalt deze per concreet geval welke ondernemingen en vertegenwoordigers daarvan betrokken zijn en hoe deze worden geraadpleegd.³⁰⁸

Vergelijkbare ontwikkelingen hebben zich elders voorgedaan. In de Verenigde Staten beschikken diverse 'independent regulatory agencies'³⁰⁹ al sinds jaar en dag over ruime, door het Supreme Court gesanctioneerde bevoegdheden tot regelgeving. Op grond van de zogenaamde 'notice-and-comment' procedure uit de Administrative Procedure Act (APA) zijn zij verplicht om de voorgenomen regeling officieel bekend te maken en belanghebbenden in staat te stellen te participeren in het besluitvormingsproces.³¹⁰ De meest relevante passage van art. 553 APA luidt als volgt:

307. Dit laatste volgt uit de algemene plicht tot deugdelijke motivering van besluiten (art. 3:46 Awb). Zie Kamerstukken II 1999-2000, 27 023, nr. 3, blz. 30.

308. Kritisch hierover H.V. Oppelaar, De herregulering van de financiële dienstverlening en markten op een tweesprong, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht, Deventer 2004, blz. 114.

309. Bekende voorbeelden zijn de Federal Trade Commission (FTC), de Federal Communications Commission (FCC) en de Securities and Exchanges Commission (SEC).

310. Een vergelijkbare regeling geldt in het Verenigd Koninkrijk voor regelgeving →

'After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose'.³¹¹

Deze laatste verplichting wordt in de rechtspraak in het algemeen zeer ruim uitgelegd. Agencies zijn gehouden om in de toelichting op het uiteindelijke besluit in te gaan op de gronden waarop het besluit rust. In dat kader dienen zij ook aan te geven welke redenen ten grondslag hebben gelegen aan een eventuele afwijzing van alternatieve voorstellen die tijdens de consultatie zijn ingebracht. De Amerikaanse rechter pleegt op strenge wijze te toetsen of aan deze eisen is voldaan.

Deze procedure functioneert niet tot ieders tevredenheid. Klachten zijn er over de onevenredig zware administratieve lasten die hierdoor worden veroorzaakt. De opvatting wint terrein dat de rechtsbescherming te ver is doorgeschoten. Dit leidt tot pogingen om de wet te omzeilen door regels zoveel mogelijk te gieten in de vorm van 'interpretative rules' of 'general statements of policy'. In deze gevallen behoeft de 'notice-and-comment' procedure niet te worden gevolgd.³¹² Los daarvan wordt wel gepleit voor wijzigingen van de wettelijke procedure. Gedacht wordt onder meer aan het terugsluizen van regelgevende bevoegdheden naar het Congres en aan een grotere nadruk op politieke controle door de executieve. Onder de presidenten Reagan en Clinton is de invloed van de president op de regelgeving van agencies al aanzienlijk uitgebreid. Het presidentiële toezicht heeft met name betrekking op de afweging van kosten en baten en de effectiviteit van de regulerende maatregelen.³¹³

Dit rechtsvergelijkende uitstapje geeft geen reden tot overmatig optimisme over het positieve effect dat van dergelijke procedures zal kunnen uitgaan. Zij kunnen leiden tot vergaande juridisering. Daar-

→ door de Financial Services Authority op grond van de Financial Services and Markets Act 2000. Hierover T. Prosser, *The powers and accountability of agencies and regulators*, in: D. Feldman (ed.), *English Public Law*, Oxford 2004, blz. 320-321, alsmede P.P. Craig, *Administrative Law*, London 2003, blz. 361.

311. 5 USC s. 553, sub c.

312. 5 USC s. 553, sub b.

313. S. Lavrijssen, *An analysis of the constitutional position of the US independent agencies*, in: R. Caranta, M. Andenas, D. Fairgrieve (eds.), *Independent Administrative Authorities*, British Institute of International & Comparative Law London 2005. Zie ook T. Zwart, *Independent regulatory agencies in the US*, in: L. Verhey, T. Zwart (eds.), *Agencies in European and Comparative Perspective*, Antwerpen 2003, blz. 10.

naast is de vraag in hoeverre zij bijdragen aan de oplossing van het legitimatieprobleem. Anders dan belanghebbende bedrijven zullen gewone burgers, mede in verband met het vaak technische en gecompliceerde karakter van de regelgeving, moeilijk in staat zijn om op een volwaardige manier in de procedure te participeren. De behartiging van hun belangen zal vaak afhankelijk zijn van de inbreng van belangengroeperingen. Ook hun inbreng is echter kwestieus; het is niet gezegd dat zij de belangen van 'de' burgers op adequate wijze kunnen vertegenwoordigen.

Naar ons oordeel schiet het voorstel Wft in elk geval tekort. De regering beoogt geheel aan de toezichthouder over te laten welke vertegenwoordiging van bedrijven voor raadpleging 'in aanmerking komt', welke vertegenwoordiging in dit verband als voldoende 'representatief' kan worden aangemerkt en ten slotte hoe in een concreet geval de raadpleging zal moeten plaatsvinden. Gegeven het belang van een democratische totstandkoming van regelgeving dienen deze aspecten, zeker nu het gaat om door zelfstandige bestuursorganen vast te stellen regels, in beginsel door de wetgever zelf te worden geregeld. Bovendien is de raadpleging gezien de formulering van art. 1:11 opmerkelijk eenzijdig: alleen het bedrijfsleven wordt verplicht in het besluitvormingsproces betrokken, niet de daarvoor in aanmerking komende consumentenorganisaties.

4.4.10 Tussenconclusie

Wij maken een tussenbalans op. Uit het voorgaande blijkt dat de beslissingsruimte van marktautoriteiten in een aantal gevallen aanzienlijk is. De wettelijke kaders zijn op belangrijke punten zodanig ruim dat het beleid in de praktijk veelal niet door de politiek, maar door de marktautoriteit zelf wordt bepaald. Het steeds herhaalde uitgangspunt dat het vaststellen van regelgeving en beleidskaders de verantwoordelijkheid is van de wetgever, de Kroon en de minister³¹⁴, wordt niet altijd waargemaakt. Dit leidt tot een aanzienlijke machtsconcentratie bij marktautoriteiten. Het beleid én het toezicht liggen grotendeels in één hand.³¹⁵

Naar onze mening is met het oog op beginselen van democratie, legaliteit en machtscheiding een aantal zaken van belang. In de eerste plaats moet gestreefd blijven worden naar een situatie waarin de politiek de essentiële keuzes maakt. De wetgever moet zijn werk doen,

314. Visie op markttoezicht 2004, blz. 16.

315. Vgl. B.J. Schueter, Marktautoriteiten in een democratische rechtsstaat, in: Falke-na, Koppenol-Laforce, Ottow 2004, blz. 23.

namelijk regels stellen. Niet goed valt in te zien waarom we bij markttoezicht van dit uitgangspunt zouden moeten afwijken. Dat laat onverlet dat er altijd beslissingsruimte zal overblijven die door marktautoriteiten moet worden ingevuld. Het is van belang dat marktautoriteiten dat op een consistente en transparante wijze doen door daar waar mogelijk concrete beleidsregels vast te stellen.³¹⁶

Naarmate om welke reden dan ook het uitgangspunt dat de politiek de belangrijkste beleidskeuzes moet maken, minder goed wordt generaliseerd, is de aanwezigheid van 'checks and balances' belangrijker. Daarin zal de wetgeving dan ook moeten voorzien. Enerzijds zal de minister de beleidsvorming bij marktautoriteiten moeten kunnen beïnvloeden. Anderzijds zullen marktautoriteiten belanghebbenden waar noodzakelijk bij de besluitvorming moeten betrekken. In het algemeen geeft de wetgeving daartoe voldoende mogelijkheden. Het voorstel Wft vormt in bepaalde opzichten daarop een ongunstige uitzondering. Op grond van dit wetsvoorstel kan de minister geen algemene aanwijzingen geven, kan hij algemene besluiten van DNB en de AFM niet vernietigen en heeft hij slechts beperkte mogelijkheden algemeen verbindende voorschriften van de toezichthouders te 'overrulen'. Daarnaast is in het wetsvoorstel sprake van een gebrekkige inspraakprocedure.

4.5 Ministerieel toezicht

4.5.1 Inleiding

Tot dusverre hebben wij gezien hoe besluiten van marktautoriteiten vooraf kunnen worden beïnvloed. Daarnaast is het van belang om te kijken naar de publieke verantwoording achteraf: op welke wijze wordt verantwoording afgelegd over de uitoefening van bevoegdheden door marktautoriteiten en op welke wijze kunnen besluiten van marktautoriteiten achteraf worden gecorrigeerd?

Vanuit dat perspectief wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan de positie van de verantwoordelijke minister. Daarna behandelen wij andere mogelijke vormen van publieke verantwoording (par. 4.6).

4.5.2 Systeemverantwoordelijkheid

Algemeen wordt aangenomen dat de ministeriële verantwoordelijkheid door de oprichting van een zelfstandig bestuursorgaan wordt be-

316. In deze zin ook Algemene Rekenkamer in 'Toezicht op markten', Kamerstukken II 2004-2005, 29 960, nr. 1-2, blz. 20 e.v. De Rekenkamer stelt voor het toezichtbeleid in een jaarplan vast te stellen.

perkt. De achterliggende gedachte daarvan is dat een minister redelijkerwijs niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor hetgeen hij niet kan beïnvloeden. Worden zijn bevoegdheden verminderd door een overdracht van bevoegdheden aan het zelfstandig bestuursorgaan, dan neemt de ministeriële verantwoordelijkheid dienovereenkomstig af: geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid.³¹⁷ Wat nog aan ministeriële verantwoordelijkheid rest wordt bepaald door zijn wettelijke bevoegdheden.

De consequenties daarvan lijken niet altijd van harte te worden aanvaard. Daarbij speelt de 'systeemverantwoordelijkheid' een rol. De minister blijft, zo is de algemene visie, ook na verzelfstandiging verantwoordelijk voor het functioneren van het 'systeem' als geheel. Toespitst op het toezicht heeft de regering het aldus onder woorden gebracht:

'Zelfs wanneer in lijn met het verzelfstandigingsbeleid besloten wordt tot een beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid, resteert altijd een verantwoordelijkheid op systeemniveau. Hierbij gaat het om de instelling en inrichting van het toezicht als zodanig en het functioneren van de toezichthouder. Deze verantwoordelijkheid is onderdeel van de totale verantwoordelijkheid van de minister voor beleid, uitvoering en toezicht'.³¹⁸

Daaraan voegt de regering vervolgens toe dat de minister altijd het initiatief kan nemen tot wetswijziging om zijn bevoegdheden uit te breiden.

In algemene zin kan de minister het inderdaad tot zijn taak rekenen om de ontwikkelingen op de beleidsterreinen die binnen zijn portefeuille vallen, nauwgezet te volgen en bij gebleken ontsporingen initiatieven te nemen. Het is een poging om, na het op afstand plaatsen van de politiek, de ministeriële verantwoordelijkheid als centraal aangrijpingspunt voor democratische controle op een alternatieve wijze gestalte te geven. Dit blijkt in de praktijk niet zonder grond. Als er dingen misgaan in het openbaar bestuur wordt de minister politiek aangesproken, verzelfstandiging of niet. Daarom is het naar onze mening op zichzelf gezien wel juist dat aan het principe van 'systeemverantwoordelijkheid' wordt vastgehouden.

Er is niettemin een zeker risico dat de minister ondanks de eerder

317. Steekhoudend ministerschap 1993, blz. 9. Anders J.A.M. van Angeren, Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?, RM Themis 1996, blz. 367 e.v.. Zie voor kritiek hierop C.A.J.M. Kortmann, Ministeriële verantwoordelijkheid, RM Themis 1996, blz. 243 e.v.

318. Kaderstellende visie op toezicht 2001, blz. 14.

gemaakte keuze tot verzelfstandiging, een volledige verantwoordelijkheid blijft pretenderen. Dat kan verwachtingen wekken die in de praktijk niet kunnen worden waargemaakt. Dat blijkt ook uit het zojuist gegeven citaat. Anders dan daarin wordt gesuggereerd is de minister in zijn relatie tot een verzelfstandigde marktautoriteit, juist niet meer de eerstverantwoordelijke voor het toezicht. De wetgever heeft er immers voor gekozen om die taak in beginsel buiten de ministeriële verantwoordelijkheid te plaatsen. Dit noopt ons inziens tot een terughoudender omschrijving van wat onder 'systeemverantwoordelijkheid' moet worden begrepen.³¹⁹

4.5.3 EG-aansprakelijkheid

De wens tot handhaving van ministeriële invloed vloeit tevens voort uit het feit dat de Staat op grond van het EG-recht aansprakelijk is voor handelingen van alle overheden. Om te voorkomen dat het EG-recht wordt geschonden of om de gevolgen van een eventuele schending te redresseren zou de minister in staat moeten zijn om in te grijpen. Deze gedachte kan ook betekenis hebben voor zelfstandige bestuursorganen.³²⁰ Een bekend voorbeeld waarin deze redenering is toegepast, betreft de ESF-kwestie. De Wet toezicht Europese subsidies die naar aanleiding hiervan is totstandgekomen, bevat enkele nieuwe ministeriële bevoegdheden om niet tot de Staat behorende bestuursorganen te corrigeren in geval van overtreding van de Europese subsidieregels.³²¹

Het EG-recht schrijft niet dwingend voor wie toezicht moet uitoefenen op de naleving van het EG-recht en al evenmin welke ministeriële bevoegdheden daartoe in wetgeving moeten worden vastgelegd.³²² Dat neemt echter niet weg dat het EG-recht en met name de aansprakelijkheid van de lidstaat die daaruit onder omstandigheden voortvloeit, voor de wetgever een argument kan zijn om de minister

319. Vergelijk het rapport van de commissie Holtslag die waarschuwt tegen de dubbelhartigheid van autonomie enerzijds en bovenmatige beklemtoning van het ministeriële toezicht anderzijds: Rapport commissie Holtslag, De ministeriële verantwoordelijkheid ondersteund, Den Haag 1998, blz. 21.

320. Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, nr. 3, blz. 16. Zie ook H.J. de Ru, Zelfstandige bestuursorganen in Europa, in: G.H. Hagelstein e.a., Functioneel bestuur, Publikaties van de Staatsrechtkring nr. 4, Zwolle 1993, blz. 41 e.v. en Rapport ICER, De Europeesrechtelijke dimensie van toezicht, Den Haag 2000, blz. 3.

321. Wet van 17 januari 2002, Stb. 2002, 40. Hierover A. de Moor-van Vugt, ESF: niet meer dan een schoenendoosadministratie, in: Ph. Eijlander e.a. (red.), Dilemma's rond toezicht. Opstellen over de werking van toezichtsarrangementen, 's-Gravenhage 2002, blz. 45 e.v.

322. Den Boer 1997, blz. 214.

met bepaalde bevoegdheden uit te rusten. Welke bevoegdheden dat moeten zijn zal afhangen van de omstandigheden.

Niet geschikt is de bevoegdheid als vastgelegd in art. 4 van de Wet toezicht Europese subsidies. Hierin is, kort gezegd, bepaald dat indien de Staat op grond van het EG-recht aansprakelijk is wegens het verzuim van een niet tot de Staat behorend bestuursorgaan, de minister de daaruit voortvloeiende schade op dat bestuursorgaan kan verhalen. Soms zullen particulieren hiervan de dupe worden omdat toezichthouders in bepaalde gevallen de kosten van het toezicht moeten doorberekenen.³²³ In andere gevallen zal het er toe kunnen leiden dat de toezichthouder wegens een krappere budget zijn taak minder goed zal kunnen uitoefenen. Kortom, de gedachte 'de vervuiler betaalt' lijkt aantrekkelijk, maar is bij nader inzien een onzalig idee.

Toepassing van de taakverwaarlozingsregeling is evenmin een geëigend middel. Gezien het ultimum-remediumkarakter van deze bevoegdheid en de nitleg die in verband daarmee wordt gegeven aan het criterium van de 'ernstige taakverwaarlozing', lijkt uitoefening van deze bevoegdheid in geval van overtreding van het EG-recht slechts in zeer sporadische gevallen in aanmerking te kunnen komen.³²⁴ In de regel zal de minister met minder vergaande middelen kunnen volstaan. Te denken valt aan het geven van een aanwijzing, toepassing van het vernietigingsrecht of, in het uiterste geval, ontslag van een of meer bestuurders.

4.5.4 Benoeming en ontslag

In de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt de wijze van benoeming, herbenoeming, schorsing en ontslag vrijwel volledig aan de instellingswet overgelaten (Ar 124i). Het voorstel Kaderwet zbo's bepaalt echter uitdrukkelijk dat de minister de leden van een zelfstandig bestuursorgaan benoemt, schorst en ontslaat. Het wordt gezien als een belangrijk instrument voor de minister om de kwaliteit van het bestuur van een zelfstandig bestuursorgaan te beïnvloeden.³²⁵

323. Zie bijvoorbeeld art. 1:23 voorstel Wft.

324. Zie in deze zin terzake van decentrale overheden L.F.M. Besselink e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen 2002, blz. 180. Hierover ook J.L.W. Broeksteeg, *Verwaarlozing van Europese taken door decentrale overheden*, in: J.L.W. Broeksteeg e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Deventer 2003, blz. 1 e.v. Ook de Raad van State achtte de taakverwaarlozingsregeling in de Wet OPTA voor dit doel ontoereikend: Kamerstukken II 1996-1997, 25 128, A, blz. 8.

325. Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, nr. 3, blz. 12.

Deze bevoegdheid wordt algemeen geaccepteerd³²⁶ en is vanuit een oogpunt van checks and balances' ook gewenst. Gezien het motief voor verzelfstandiging van het markttoezicht (voorkoming belangenverstrengeling, afstand van de politiek) dienen wel enige randvoorwaarden te gelden. In de eerste plaats dient bij de benoeming van bestuursleden primair gekeken te worden naar expertise en ervaring en niet naar politieke kleur.³²⁷ Een andere benadering zou op gespannen voet staan met de ratio van de verzelfstandiging. Om dezelfde reden dient ook te worden uitgesloten dat aan de minister ondergeschikte ambtenaren als bestuurslid kunnen worden benoemd.³²⁸

In de tweede plaats dienen de ontslaggronden restrictief te worden geformuleerd. In dat kader werpt het voorstel Kaderwet zbo's een drempel op. Hierin wordt bepaald dat schorsing of ontslag slechts plaatsvindt 'wegens ongeschiktheid of onbekwaamheid voor de vervulde functie dan wel wegens andere zwaarwegende in de persoon van de betrokkene gelegen redenen' (art. 7, tweede lid). Aan dit criterium zal niet snel zijn voldaan: er zal sprake moeten zijn van een objectief aantoonbaar disfunctioneren. In dat opzicht biedt de bevoegdheid om een bestuurder niet te herbenoemen meer ruimte, aangezien deze niet aan enige wettelijke normering is gebonden. Zijlstra heeft er terecht op gewezen dat partijpolitieke overwegingen geen reden mogen zijn om van herbenoeming af te zien.³²⁹

De bijzondere wetgeving inzake marktautoriteiten toont terzake van benoeming en ontslag de nodige variatie. De Mededingingswet loopt bijna parallel met het Kaderwetvoorstel, zij het dat niet de minister maar de Kroon de leden van de raad van bestuur benoemt en ontslaat.³³⁰ Benoeming en ontslag van bestuursleden bij andere marktautoriteiten zijn weer anders geformuleerd. Verschillen zijn er onder meer met betrekking tot de ontslaggronden en de wijze van herbenoeming.

Variatie is er ook in de thans nog aanhangige wetsvoorstellen. De in het voorstel Wft opgenomen regeling wijkt op een aantal punten duidelijk af van de regeling in de Mededingingswet. Opvallend aan deze

326. Zij het dat er een zekere voorkeur kan bestaan voor benoeming en ontslag te laten plaatsvinden bij koninklijk besluit. Het materiële verschil met een ministerieel besluit is echter niet groot. Hierover Boxum, 1997, blz. 165 e.v.

327. Den Boer 1997, blz. 210.

328. Ar 124i, tweede lid. In deze zin ook Boxum 1997, blz. 160. Zie ook art. 9 van het voorstel Kaderwet zbo's.

329. Zijlstra 1997, blz. 236. Zie over herbenoeming voorts Boxum 1997, blz. 169 e.v.

330. Dit is het gevolg van het aanvaarde amendement van den Akker/van Walsum inzake benoeming en ontslag van leden van de NMa: Kamerstukken II 2001-2002, 27 639, nr. 34.

regeling is onder meer dat de Raad van toezicht bij de AFM het recht heeft om bij de minister een voordracht voor benoeming van een bestuurslid in te dienen (art. 1:9, eerste lid). Terecht wordt bepaald dat de voordracht niet bindend is. De bevoegdheden van de minister dienen niet afhankelijk te worden gesteld van de interne verhoudingen binnen de marktautoriteit.³³¹

4.5.5 Inlichtingenrecht minister

Om toezicht uit te kunnen oefenen heeft de minister informatie nodig. Meestal wordt in dat verband uitgegaan van een vrijwel onbeperkt inlichtingenrecht van de minister. De Aanwijzingen voor de regelgeving bepalen dat een zelfstandig bestuursorgaan desgevraagd aan de minister de voor de uitoefening van zijn taak benodigde inlichtingen moet verstrekken. Zo nodig kan hij ook inzage vorderen in bescheiden (Ar 124t). Het voorstel Kaderwet zbo's ligt in dezelfde lijn met dien verstande dat het zelfstandig bestuursorgaan waar nodig kan aangeven welke gegevens een vertrouwelijk karakter dragen (art. 20, tweede lid).³³² Voorzover de minister de beschikking krijgt over vertrouwelijke gegevens, is hij verplicht tot geheimhouding.³³³ In hoeverre deze plicht ook jegens het parlement zou dienen te gelden, heeft de regering in het midden gelaten.³³⁴ In de tekst van het genoemde artikel wordt daarover niets uitdrukkelijk bepaald.

De bijzondere wetgeving inzake marktautoriteiten is ook op dit punt steeds verschillend. Grosso modo lijken de diverse regelingen met het Kaderwetvoorstel in lijn te liggen. Krachtens de ongeclausuleerde informatieverplichting ex art. 5e Mw, waarin een bepaling als het zojuist genoemde art. 20, tweede lid van het Kaderwetvoorstel ontbreekt, mag de minister ook beschikken over vertrouwelijke bedrijfsgegevens.³³⁵ Merkwaardig is in dat licht bezien dat terzake van de eveneens ongeclausuleerde inlichtingenverplichting voor de OPTA (art. 18 Wet OPTA) door de regering destijds is opgemerkt dat op grond hiervan

331. Boxum 1997, blz. 140 en 166. Zie verder over de positie van de Raad van toezicht par. 4.6.7.

332. Dit is het gevolg van aanvaarding van het amendement van den Berg: Kamerstukken II 2001-2002, 27 426, nr. 27. Vergelijk Boxum 1997, blz. 116. Zie ook voor de nieuwe emissieautoriteit art. 2.11, tweede lid, Wm.

333. Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, nr. 3, blz. 27.

334. Kummeling 2001, blz. 49.

335. Kamerstukken II 2000-2001, 27 639, nr. 3, blz. 14. Kritisch hierover J. van Leer-dam, Bij verzelfstandiging past rechtspersoonlijkheid voor de NMa, M & M 2001, blz. 217. Hij pleit voor een beperking van de ministeriële inzagebevoegdheid omdat de NMa verplicht zou zijn bedrijfsgegevens geheim te houden.

bedrijfsvertrouwelijke informatie juist niet aan de minister behoeft te worden verstrekt.³³⁶ Hierdoor is onduidelijk hoe deze wettelijke bepalingen precies geïnterpreteerd moeten worden.

Een uitzondering op de inlichtingenplicht bestaat er voor de financiële toezichthouders. Hiervoor is al gememoreerd dat naar aanleiding van de Vie d'Or-affaire is geconcludeerd dat het EG-recht aan verstrekking van vertrouwelijke bedrijfsgegevens aan derden in de weg stond, omdat verschillende richtlijnen voor nationale toezichthouders een strikte geheimhoudingsplicht voorschrijven.³³⁷ Niettemin werd naar aanleiding van de Vie d'Or-affaire besloten om de informatiepositie van de minister van Financiën in bijzondere situaties, bijvoorbeeld in geval van faillissement, te versterken ten einde hem in staat te stellen te (laten) beoordelen of de wet toereikend is en of de toezichthouder de wet op adequate wijze heeft uitgevoerd. Ook in die bijzondere omstandigheden echter heeft de minister een geheimhoudingsplicht, zelfs in zijn relatie tot het parlement.³³⁸ Wel staat de wet de minister uitdrukkelijk toe de aan de vertrouwelijke informatie ontleende bevindingen aan de beide Kamers mede te delen en de algemene conclusies uit het onderzoek openbaar te maken.

Sommigen achten deze versterking onvoldoende omdat de beperking van de inlichtingenplicht te zeer ten koste zou gaan van de informatiepositie van Algemene Rekenkamer, minister en vooral het parlement. Volgens hen zou hierdoor de democratische controle op financiële toezichthouders op onaanvaardbare wijze worden belemmerd.³³⁹ Gezien de inlichtingenplicht van art. 68 Grondwet zou het parlement, desnoods onder de voorwaarde van vertrouwelijkheid, over alle gevraagde inlichtingen moeten kunnen beschikken. Ook op dit punt kwam de wetgever tot andere conclusies. De Raad van State oordeelde zelfs dat structurele vertrouwelijkheid bij de verstrekking van inlichtingen aan het parlement niet passend is in onze staatsrechtelijke verhoudingen en zich om die reden niet verdraagt met de strekking van art. 68 Grondwet.³⁴⁰

336. Kamerstukken II 1996-1997, 25 128, nr. 7, blz. 18-19. In dat kader werd opgemerkt dat de OPTA gehouden is aan naleving van onder meer de Awb. Gedoeld is vermoedelijk op de in art. 2:5 Awb neergelegde geheimhoudingsverplichting.

337. Zie par 3.2.5.

338. Wet van 2 juli 1999, Stb. 1999, 342. Dezelfde regeling is opgenomen in art. 1:25 van het voorstel Wft.

339. J.L. Boxum, *Wie controleert de controleur? Toezicht op de Verzekeringskamer*, TVVS 1996, blz. 277 e.v., H.R.B.M. Kummeling, *Relatieve geheimhoudingsplichten*, Deventer 1997. Deze auteurs betwijfelen ook of de betreffende EG-richtlijnen wel dwingen tot een zodanig strikte uitleg.

340. Kamerstukken II 1997-1998, 24 456, C, blz. 7.

Naar ons oordeel is dit laatste niet juist. Niet valt in te zien waarom het vertrouwelijk informeren van de Tweede Kamer in uitzonderlijke situaties als de onderhavige in strijd zou zijn met art. 68 Grondwet. Ook in andere gevallen wordt de Tweede Kamer over bepaalde aangelegenheden vertrouwelijk ingelicht. Dat neemt niet weg dat wij de onderhavige beperking van de inlichtingenplicht wel gerechtvaardigd achten. Gegeven de uit het EG-recht voortvloeiende geheimhoudingsplicht kan de minister met een beroep op het belang van de staat als bedoeld in art. 68 Grondwet, het geven van de door de Kamer verlangde inlichtingen weigeren. De parlementaire controle zal zich in die uitzonderlijke gevallen moeten richten op de conclusies die de minister in algemene zin op basis van de vertrouwelijke informatie heeft getrokken. Overigens ligt deze bepaling in lijn met andere constitutionele bepalingen; art. 18 van de Wet op de Parlementaire Enquête maakt het onder omstandigheden mogelijk bedrijfsgeheimen aan de enquêtecommissie te onthouden.

4.5.6 Financieel toezicht³⁴¹

Het financiële toezicht op zelfstandige bestuursorganen neemt in veel wettelijke regelingen een belangrijke plaats in. Dat is niet zonder reden. Het gaat om de besteding van soms grote hoeveelheden publiek geld. Daarover moet op een passende wijze verantwoording worden afgelegd. Voorzover zelfstandige bestuursorganen worden gefinancierd uit de Rijksbegroting ligt een substantiële bemoeienis van de betreffende minister voor de hand. Deze zal immers de kosten van het zelfstandig bestuursorgaan in zijn begrotingshoofdstuk moeten opnemen en vervolgens bij de begrotingsbehandeling in Eerste en Tweede Kamer moeten verdedigen. Ook zal hij achteraf moeten verantwoorden hoe het geld door zelfstandige bestuursorganen is besteed.³⁴² Op dit punt is de positie van marktautoriteiten niet anders dan van andere zelfstandige bestuursorganen.

De aard van het financiële toezicht is afhankelijk van de juridische vorm waarin de marktautoriteit is gegoten.³⁴³ Indien de toezichthou-

341. G.M. Kuiper, Financiële controle op zelfstandige bestuursorganen, Deventer 1999.

342. Zie hierover de Algemene Rekenkamer in zijn rapport 'Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak', Kamerstukken II 1999-2000, 26 982, nr. 2, blz. 8. De Algemene Rekenkamer heeft de laatste jaren het toezicht op rechtspersonen met een wettelijke taak (waar veel zelfstandige bestuursorganen onder vallen) sterk geïntensiveerd.

343. Den Boer 1997, blz. 215 e.v., Boxum 1997, blz. 195 e.v.

der een zelfstandig bestuursorgaan zonder rechtspersoonlijkheid is, zoals bijvoorbeeld de NMa, maakt diens begroting onderdeel uit van de departementale begroting en is de zeggenschap en het toezicht van de minister als vanzelf gewaarborgd. De standaardregels van de Comptabiliteitswet zijn in dat geval van toepassing. In het geval een marktautoriteit wel over rechtspersoonlijkheid beschikt zijn extra voorzieningen nodig. Overigens bestaat hier weer een onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen. Voor laatstgenoemde categorie, waartoe bijvoorbeeld de DNB en de AFM behoren, is het financiële verantwoordingsregime van het BW het uitgangspunt.

In de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn enkele richtlijnen voor het financiële toezicht opgenomen. Volgens Ar 124l dient de minister de bevoegdheid te hebben de begroting en de meerjarenraming goed te keuren. Hetzelfde geldt voor de tarieven en heffingen voor het verrichten van de bestuursstaak die eventueel door een zelfstandig bestuursorgaan worden vastgesteld. Voorts bepaalt Ar 124p dat een zelfstandig bestuursorgaan een financieel jaarverslag aan de minister moet uitbrengen, vergezeld van een accountantsverklaring. Het voorstel Kaderwet zbo's bouwt hierop voort. In dit voorstel zijn, uitgesplitst naar publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen, uitvoerige bepalingen opgenomen over de begroting, het beheer en de verantwoording.³⁴⁴

Mede omdat markttoezichthouders niet steeds dezelfde rechtsvorm hebben, is het financiële toezicht in de bijzondere regeling niet steeds op dezelfde wijze geregeld. Voor de NMa³⁴⁵ en de Nederlandse emissieautoriteit³⁴⁶ kon om bovenvermelde reden worden volstaan met een summiere regeling. Het financiële toezicht op de OPTA is conform de in de Aanwijzingen voor de regelgeving voorgeschreven richtlijnen geregeld. Zeer uitgebreid is ten slotte de regeling die is voorzien in het voorstel Wft met het oog op DNB en de AFM.³⁴⁷ Opvallend in deze regeling is vooral dat de toezichthouder wordt verplicht de kosten van het toezicht aan de betreffende ondernemingen door te berekenen (art. 1:23). De tarieven op basis waarvan de kosten worden doorberekend, worden volgens het wetsvoorstel vastgesteld bij ministeriële regeling.

Uit dit overzicht leiden wij af dat enige stroomlijning van het financiële toezicht wel gewenst is. De huidige situatie is onoverzichtelijk

344. Hoofdstuk 4 (art. 24-38).

345. Zie art. 5g en 5i Mw.

346. Art. 2.9 Wm.

347. Zie art. 1:13 voorstel Wft.

en kent onnodige verschillen. Uiteraard hangt dit samen met de eerder bepleite harmonisatie van de mogelijke rechtsvormen.³⁴⁸

4.5.7 Schorsing en vernietiging

Controversieel is de bevoegdheid van de minister om besluiten van marktautoriteiten te schorsen en te vernietigen. In de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt op terughoudende wijze bepaald dat deze bevoegdheid, afhankelijk van de aard van de taak van het zelfstandig bestuursorgaan, aan de minister *kan* worden toegekend (Ar 124I, vijfde lid). In de wetgevingspraktijk wordt deze ruimte verschillend ingevuld.

In het Kaderwetvoorstel is een ongeclausuleerde vernietigingsbevoegdheid opgenomen.³⁴⁹ De Raad van State en de regering waren het op dit punt oneens. De Raad van State oordeelde in zijn advies dat een algemene voorziening niet passend is; zij draagt er toe bij dat een zelfstandig bestuursorgaan 'in hoge mate onder de vleugels van de minister blijft verkeren, en daarmee veeleer een onzelfstandig bestuursorgaan dreigt te worden'.³⁵⁰ De regering handhaafde echter de bevoegdheid, omdat zij dit 'het noodzakelijk sluitstuk' achtte van de ministeriële verantwoordelijkheid voor zelfstandige bestuursorganen. Ook wees zij op het terughoudend gebruik dat van deze bevoegdheid wordt gemaakt.³⁵¹ Geheel overtuigend klonk dit pleidooi niet. In de memorie van toelichting erkende de regering dat vernietiging van bepaalde besluiten van een zelfstandig bestuursorgaan 'hoe dan ook niet wenselijk is, zoals bij onafhankelijke toezichthouders'.³⁵² In die gevallen zou de bijzondere wetgever moeten bepalen dat de Kaderwet op dit punt niet geldt.

In de bijzondere wetgeving is evenmin sprake van een eenduidige benadering. Dit geldt ook voor de regelingen voor de marktautoriteiten. De mogelijkheid van schorsing en vernietiging past volgens de regering niet bij het uitgangspunt van onafhankelijke besluitvorming door de NMa. Van onafhankelijk mededingingstoezicht zou 'niet veel

348. Zie hiervoor par. 4.3.3.

349. Art. 22. Zie verder afdeling 10.2.2 Awb. Op grond van art. 10:35 Awb kan vernietiging alleen geschieden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.

350. Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, A, blz. 5.

351. Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, A, blz. 7, 8. Instemmend Kummeling 2001, blz. 49-50. Hij stelt echter voor de vernietigingsbevoegdheid sterk te clausuleren bij zelfstandige bestuursorganen, zoals de Kiesraad, die hun taak in onafhankelijkheid moeten uitvoeren.

352. Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, nr. 3, blz. 6.

meer overblijven' als een belanghebbende na een besluit van de NMa alsnog de minister kan vragen om het besluit te vernietigen.³⁵³ Om dezelfde reden is afgezien van een vernietigingsbevoegdheid met betrekking tot besluiten van de OPTA.³⁵⁴ Ook voor de financiële toezichthouders geldt geen vernietigingsbevoegdheid. Wel vernietigingsbevoegdheden zijn opgenomen ten aanzien van de Commissariaat van de Media³⁵⁵ en voor de toekomstige Nederlandse emissieautoriteit.³⁵⁶

Een middenweg zal worden bewandeld met de Zorgautoriteit. Hiervoor zal wel een vernietigingsbevoegdheid worden geïntroduceerd, maar deze zal worden beperkt tot besluiten die een algemene strekking hebben.³⁵⁷ Dit komt tegemoet aan het grootste bezwaar tegen de vernietigingsbevoegdheid, te weten de onwenselijkheid van ministerieel ingrijpen in individuele gevallen. Een dergelijke regeling achten wij verenigbaar met het onafhankelijke karakter van de marktautoriteit. Een ongeclausuleerd vernietigingsrecht achten wij echter ongewenst.

4.5.8 Taakverwaarlozing

Net als bij gemeenten en provincies³⁵⁸ voorzien de instellingswetten voor zelfstandige bestuursorganen doorgaans in taakverwaarlozingsregelingen. Dat geldt ook voor bijzondere wetten die de positie van de diverse marktautoriteiten regelt. Indien een marktautoriteit ernstig in gebreke blijft en een ontwrichting van diens taakuitoefening dreigt, kan de minister uiteindelijk ingrijpen.

Het gaat om een ultimatum remedium. Gebruik van de regeling zou alleen aan de orde kunnen komen indien andere, minder vergaande middelen geen soelaas bieden. Dit laatste zou kunnen inhouden dat eerst moet worden gezien of door schorsing of ontslag van een of meer bestuurders de gewenste verbetering van het functioneren kan worden bewerkstelligd.³⁵⁹ Uiteraard zal ook daaraan het nodige vooraf zijn gegaan. Het is evident dat de minister tot het uiterste zal moeten gaan om het zelfstandige bestuursorgaan eerst zelf orde op zaken te laten stellen alvorens tot ingrijpende maatregelen te kunnen overgaan.

353. Kamerstukken II 2000-2001, 27 639, nr. 5, blz. 28 en 42. Zie ook Kamerstukken I 2001-2002, 27 639, nr. 228d, blz. 4-5.

354. Kamerstukken II 1996-1997, 25 128, A, blz. 8.

355. Art. 13 Mediawet.

356. Art. 2.14 Wm.

357. Kamerstukken II 2003-2004, 29 324, nr. 3, blz. 16.

358. Art. 132, vijfde lid Grondwet. Zie voorts art. 120, 121 Pw en 123, 124 Gemeen.

359. Zijlstra 1997, blz. 224. Zie ook Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, nr. 3, blz. 28.

De vraag kan rijzen of een taakverwaarlozingsregeling wel verenigbaar is met zelfstandig markttoezicht. Marktautoriteiten zijn immers ingesteld om een onafhankelijke oordeelsvorming op afstand van de politiek mogelijk te maken. Den Boer stelt om die reden dat in gevallen als deze een taakverwaarlozingsregeling 'in hoge mate onwenselijk' lijkt.³⁶⁰ Wij menen echter dat een dergelijke regeling als laatste redmiddel niet kan worden gemist. In het voorstel voor een Kaderwet zbo's is dienovereenkomstig een algemene regeling opgenomen die voor alle typen zelfstandige bestuursorganen zou moeten gelden.³⁶¹

De thans toepasselijke taakverwaarlozingsregelingen zijn niet steeds gelijklopend. Voor de OPTA geldt dat in geval van ernstige taakverwaarlozing de minister kan bepalen dat de betrokken taken en bevoegdheden op hemzelf overgaan.³⁶² Andere regelingen zijn opener geformuleerd door te bepalen dat de minister de 'noodzakelijke voorzieningen' kan treffen.³⁶³ Deze ruimere formulering verdient de voorkeur omdat vooraf niet goed kan worden voorzien welke maatregelen in de gegeven omstandigheden nodig zijn.³⁶⁴ Zo kan het bijvoorbeeld aangewezen zijn dat niet de minister maar een ander bestuursorgaan of een andere functionaris de taken en bevoegdheden van de marktautoriteit zou overnemen.

4.5.9 Tussenconclusie

Op grond van het voorgaande ontstaat een rommelig beeld. De positie en de bevoegdheden van de minister ten opzichte van de zelfstandigde marktautoriteiten zijn vaak verschillend geregeld. Soms is sprake van inconsistentie. Een voorbeeld daarvan betreft de vernietigingsbevoegdheid van de minister. Soms is deze achterwege gelaten omdat zij onverenigbaar wordt geacht met onafhankelijk toezicht, in andere gevallen is de bevoegdheid wel in de wetgeving opgenomen.

De gesignaleerde verschillen in regelgeving vloeien niet of slechts voor een zeer beperkt deel voort uit materiële verschillen tussen de onderscheidene marktautoriteiten. Hier breekt zich het ontbreken van algemene wettelijke regels. Omdat er geen algemene richtsnoer is aan de hand waarvan kan worden vastgesteld welke bevoegdheden in bij-

360. Den Boer 1997, blz. 214.

361. Art. 23. Zie ook Ar 124m.

362. Art. 23 Wet OPTA.

363. Art. 5f Mw. Zie ook inzake de nieuwe emissieautoriteit art. 2.15 Wm en art. 1:26 van het voorstel Wft. Deze bepalingen liggen in lijn met het Kaderwetvoorstel.

364. In deze zin Boxum 1997, blz. 111.

zondere wetgeving moet worden opgenomen, wordt een en ander ad hoc bepaald. Dat leidt tot ondoordachte en hierdoor vaak ongerechtvaardigde verschillen tussen wettelijke regelingen.

De vraag die steeds kan worden gesteld is of de toekenning van ministeriële toezichtbevoegdheden verenigbaar is met de eis van onafhankelijk toezicht. Met inachtneming van bepaalde randvoorwaarden menen wij dat dit wel het geval is. Onafhankelijk toezicht betekent niet dat 'checks and balances' achterwege kunnen blijven. Integendeel, uit een oogpunt van democratie en machtenscheiding kunnen zij niet worden gemist. Zeker gezien de ruime discretionaire vrijheden van marktautoriteiten ligt het in ons bestel voor de hand om daarbij de nadruk te leggen op ministerieel toezicht. Maar het kan misschien ook anders. Zijn er geen alternatieven die ministerieel toezicht kunnen aanvullen of zelfs kunnen vervangen? Daarover gaat de volgende paragraaf.

4.6 Verbreding publieke verantwoording

4.6.1 Inleiding

Al eerder memoreerden wij de beschouwingen van Bovens die in het openbaar bestuur een verschuiving ziet van 'verticale' naar 'horizontale' publieke verantwoording. Het hiërarchische (verticale) model waarin de ministeriële verantwoordelijkheid centraal staat, heeft in zijn visie aan betekenis ingeboet. Andere, aanvullende vormen van publieke verantwoording zijn nodig 'die recht doen aan de horizontalisering van het openbaar bestuur'.³⁶⁵

Wat zijn nu de nieuwe verantwoordingsvormen die in aanmerking zouden komen? Grofweg komen in het debat dat hierover wordt gevoerd, de volgende opties³⁶⁶ aan bod:

- Rechtstreekse verantwoording aan het parlement. Niet alleen de minister zou aan het parlement verantwoording moeten afleggen, maar ook (en misschien zelfs primair) de marktautoriteiten zelf.

365. M.A.P. Bovens, *De vierde macht revisited. Over ambtelijke macht en publieke verantwoording*, Utrecht 2000, blz. 15. Zie recenter M. Bovens, *Public accountability*, in: E. Ferlie, L. Lynne, C. Pollitt (eds.), *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford University Press 2004, ook te vinden op www.usg.uu.nl. Tenslotte zij verwezen naar het in 2000 door enkele zbo's uitgebrachte *Handvest Publieke Verantwoording*.

366. Controle via de rechter blijft hier buiten beschouwing; zij komt aan de orde in hoofdstuk 6.

- Verantwoording via nieuwe publieke instituties. Gepleit wordt wel voor oprichting van een onafhankelijke toezichthouder voor zelfstandige bestuursorganen die moet toezien op de kwaliteit van de uitvoering.
- Interne controle binnen de organisatie van de toezichthouder zelf. Daarbij wordt vooral gedacht aan een Raad van toezicht die het bestuur of de directie van de marktautoriteit controleert.
- Verantwoording aan belanghebbenden. Daarbij gaat het hoofdzakelijk om het informeren of raadplegen van belanghebbenden via burgerpanels en gebruikers- of cliëntenraden.

Hieronder gaan wij op deze vormen in. Daaraan vooraf gaat een beschouwing over openbaarheid van bestuur.

4.6.2 Openbaarheid van bestuur

Hoewel openbaarheid van bestuur ook in termen van publieke verantwoording een duidelijke keerzijde heeft³⁶⁷, is de eis van openbaarheid bij alle vormen van verantwoording een belangrijke randvoorwaarde. Marktautoriteiten zullen, evenals andere overheidsorganen, voor de buitenwereld duidelijk moeten maken hoe zij hun wettelijke taken uitvoeren en welke motieven en keuzes daaraan ten grondslag liggen. Op dit terrein gebeurt al veel. Veel informatie is beschikbaar via openbare bronnen zoals jaarverslagen, nieuwsbrieven, 'mission statements', evaluaties en uitvoerige websites. Andere informatie is in beginsel op grond van de Wet openbaarheid van bestuur toegankelijk.³⁶⁸

Of de huidige informatievoorziening optimaal is, is de vraag. Een overdaad aan informatie dreigt. Hierdoor ontstaan niet alleen hoge administratieve lasten, maar ook een onoverzichtelijke situatie voor de burger. Het laatste wordt nog versterkt door een verscheidenheid in aanpak bij marktautoriteiten. Duidelijke standaarden ontbreken.³⁶⁹ De Algemene Rekenkamer wijst ten slotte op het belang van de betrouwbaarheid en controleerbaarheid van de gepubliceerde informatie.

367. Wij citeren Harlow: 'Transparency has been taken to extreme lengths, and has become a weapon with which the media presses incursions into private life, hawking for punitive action and seeking exaggerated redress for the simplest of errors'. Zie C. Harlow, *Accountability in the European Union*, Oxford University Press 2002, blz. 189.

368. Art. 1a WOB. Soms is voorzien in (extra) uitzonderingen. Zie art. 1:25, zevende lid, voorstel Wft in verband met de bescherming van bedrijfsgegevens.

369. Van der Meulen 2003, blz. 68-69.

Vooraf bij niet-financiële informatie is dit volgens de Algemene Rekenkamer een zwakke plek.³⁷⁰

Met de Rekenkamer kan worden ingestemd dat het jaarverslag het belangrijkste document blijft waarop de toezichthouder kan worden aangesproken. Het gaat om een regelmatig terugkerend moment waarbij wordt stilgestaan bij het algehele functioneren van het bestuursorgaan. De kwaliteit van het jaarverslag vergt daarom bijzondere aandacht. Desgewenst kunnen over de eisen waaraan het jaarverslag moet voldoen en welke onderwerpen daarin in ieder geval worden behandeld, in de instellingswet nadere regels worden gesteld.³⁷¹

Naast het jaarverslag is openbaarmaking van beleidsbesluiten van groot belang. Voor belanghebbenden moet, mede in het licht van het legaliteitsbeginsel, in redelijke mate voorzienbaar zijn waarop zij door marktautoriteiten kunnen worden aangesproken. Daarom mag van hen worden verwacht dat er beleid wordt gevoerd en dat dit waar mogelijk in deugdelijk te publiceren beleidsregels wordt vastgelegd.³⁷² Voorzover belanghebbenden worden betrokken bij de voorbereiding van dergelijke regels, geldt de eis van deugdelijke openbaarmaking ook voor concepten die onderwerp zijn van consultatie.³⁷³

In de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt bepaald dat de openbaarheid van vergaderingen wordt voorgeschreven volgens in de instellingswet te stellen regels (Ar 124r).³⁷⁴ Zoals blijkt uit de toelichting is deze aanwijzing minder absoluut bedoeld dan de letterlijke tekst suggereert: openbaarheid zou alleen moeten worden voorgeschreven 'waar mogelijk en relevant'.³⁷⁵ Volgens diezelfde toelichting zou de behoefte aan openbaarheid vooral bestaan bij vergaderingen:

'waarin beslissingen van algemene aard worden genomen, zoals over de begroting, de jaarrekening, beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften, of bij beslissingen waarbij tegengestelde belangen of uiteenlopende belangen worden afgewogen zoals in zelfstandige bestuursorganen waarin maatschappelijke organisaties participeren'.

370. Kamerstukken II 2003-2004, 29 450, nr. 1-2, blz. 68. Zie eerder Kamerstukken II 2002-2003, 28 655, nr. 1-2, blz. 63.

371. Ar 124s, tweede lid. Zie ook art. 18 van het voorstel Kaderwet zbo's.

372. Van der Meulen 2003, blz. 67-68. Deze wijst op de in het voorontwerp Awb, derde tranche, opgenomen verplichting tot het stellen van beleidsregels (art. 4.4.2).

373. Zie hiervoor par. 4.4.9.

374. In het voorstel Kaderwet zbo's is geen regeling inzake openbaarheid van vergaderingen opgenomen. Kritisch hierover Kummeling 2001, blz. 46.

375. Kritisch hierover Zijlstra 1997, blz. 216.

Uitgaande van dit criterium komt openbaarheid van vergaderingen van besturen van marktautoriteiten in bepaalde gevallen zeker in aanmerking. Marktautoriteiten zullen in vergelijking tot andere typen zelfstandige bestuursorganen relatief vaak besluiten van algemene aard nemen gezien de relatief grote beslissingsruimte waarover zij in een aantal gevallen beschikken.

In veel instellingswetten is echter geen regeling over openbaarheid van vergaderingen opgenomen. Nog enigszins in lijn met Ar 124r is art. 11 Wet OPTA op grond waarvan de vergaderingen waarin de begroting, de meerjarenraming en het financiële verslag worden vastgesteld, openbaar zijn. De openbaarheid van de vergaderingen van andere toezichthouders, zoals van de NMa of van de financiële toezichthouders, wordt echter niet wettelijk voorgeschreven. Wel is er het voorstel om de verslaglegging van het door DNB en de AFM te organiseren overleg met het bedrijfsleven binnen een redelijke termijn na het overleg openbaar te maken.³⁷⁶

4.6.3 Rechtstreekse verantwoording aan het parlement

Op dit moment zijn in beginsel alleen ministers verplicht om Eerste en Tweede Kamer alle inlichtingen te verschaffen (art. 68 Grondwet). Bestuurders van zelfstandige bestuursorganen zijn dat, behoudens het specifieke geval van de parlementaire enquête³⁷⁷, niet. Dit hangt samen met de wijze waarop wij in ons bestel de parlementaire controle op het openbaar bestuur hebben georganiseerd. Deze loopt via de band van de ministers: zij vormen het 'scharnierpunt'³⁷⁸, het aangrijpingspunt voor parlementaire controle.

Als het gaat om de relatie met het parlement kunnen zelfstandige bestuursorganen niet op één lijn worden geplaatst met departementsambtenaren. Laatstgenoemden zijn ondergeschikt aan de minister en hebben om die reden toestemming van de minister nodig om aan het parlement informatie te verstrekken.³⁷⁹ Voor bestuurders van zelfstandige bestuursorganen geldt dat niet. Zij zijn in beginsel vrij om buiten

376. Art. 1:22, vierde lid.

377. Art. 3 WPE.

378. De terminologie is ontleend aan Steekhoudend ministerschap 1993, blz. 8.

379. Zie art. 42 ROTK en de Aanwijzingen inzake externe contacten van rijksambtenaren (Besluit van de minister-president 19 mei 1998, Stcrt. 1998, 104, met name de Aanwijzingen 3-5). Verder bepaalt art. 69, derde lid, Grondwet dat de minister en staatssecretarissen zich in beide Kamers kunnen doen bijstaan door personen daartoe door hen aangewezen. Met 'personen' worden hoofdzakelijk ambtenaren bedoeld.

de minister om het parlement alle gevraagde inlichtingen te geven. Zoals gezegd zijn zij daartoe echter niet verplicht. Het parlement heeft jegens een zelfstandig bestuursorgaan geen sancties tot zijn beschikking indien dit de gevraagde inlichtingen zou weigeren.³⁸⁰

Ondanks het feit dat zelfstandige bestuursorganen niet kunnen worden vergeleken met gewone departementen worden in de staatsrechtelijke literatuur toch bezwaren geuit tegen rechtstreekse verantwoording aan het parlement. Deze zijn tweërlei. In de eerste plaats wordt gesteld dat zij zal leiden tot een fundamentele, nog onvoldoende doordachte wijziging van ons stelsel.³⁸¹ Regering en parlement komen meer naast elkaar te staan bij de beïnvloeding van het openbaar bestuur. Dat zou de onderlinge verhouding tussen regering en parlement wezenlijk veranderen. De in die verhouding bestaande vertrouwensband krijgt minder nadruk. De betekenis van dit bezwaar is uiteraard afhankelijk van het aandeel dat zelfstandige bestuursorganen hebben in ons openbaar bestuur. Naarmate dat aandeel groter is wint het bezwaar aan kracht.

Het tweede bezwaar is specifiek ook voor marktautoriteiten van belang. Zijlstra betoogt dat een rechtstreekse verantwoordingsplicht zich niet verdraagt met de 'zelfstandigheid' van het zelfstandig bestuursorgaan. De bemoeienis van de politiek met de taakuitoefening is in dat geval weer volledig, zij het dat niet deze nu niet meer primair via de minister verloopt maar rechtstreeks.³⁸² De personele bezetting van zelfstandige bestuursorganen zal mede hierdoor mogelijk sterker partijpolitiek worden bepaald. Dit bezwaar doet zich vooral gelden bij zelfstandige bestuursorganen die, zoals ook het geval is bij marktautoriteiten, zijn opgericht vanuit de behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming (Ar 124c, onder a).³⁸³ Een rechtstreekse verantwoordingsplicht aan het parlement kan in dat licht gezien worden beschouwd als een ondergraving van het instellingsmotief.

4.6.4 Een kort rechtsvergelijkend uitstapje

Wat kunnen wij hier leren van andere rechtssstelsels? Bovenstaande bezwaren in ogenschouw nemend kan een rechtsvergelijking met de Verenigde Staten weinig soelaas bieden. De Verenigde Staten hebben met een rechtstreeks gekozen executieve een andere regeringsvorm en, hiermee samenhangend, een andere relatie tussen executieve en par-

380. Boxum 1997, blz. 233. Eventueel kan een weigering wel budgettaire consequenties, omdat het parlement als medewetgever de Rijksbegroting vaststelt.

381. Boxum 1997, blz. 239. Zie ook Den Boer 1997, blz. 160.

382. Zijlstra 1997, blz. 223.

383. Zie hiervoor par. 4.2.4.

lement. Een rechtstreekse relatie tussen het Congres en 'independent agencies' is om die reden passender dan in een parlementair systeem als het onze.³⁸⁴ Ook een vergelijking met Zweden waar het parlement het hoofd van een zelfstandig bestuursorgaan ter verantwoording kan roepen, eventueel buiten aanwezigheid van regeringsvertegenwoordigers³⁸⁵, ligt voorsnóg minder voor de hand. Zelfstandige bestuursorganen vormen van oudsher een kernonderdeel van het Zweedse staatsbestel. In dat opzicht wijkt Zweden nog steeds sterk af van ons parlementair stelsel.

Beter vergelijkbaar met het Nederlandse parlementair stelsel is het Britse. De ministeriële verantwoordelijkheid speelt in het Verenigd Koninkrijk traditioneel een belangrijke rol. In dat licht bezien is opmerkelijk dat de House of Commons zich zeer actief toont. Dat gebeurt in het kader van het sinds 1979³⁸⁶ bestaande systeem van permanente, grotendeels departementsgewijs ingedeelde³⁸⁷ Select Committees. Deze commissies verrichten (soms uitgebreide) onderzoeken naar de uitvoering van het regeringsbeleid waarbij vaak ministers, ambtenaren en deskundigen worden gehoord. In het algemeen worden de Select Committees, ondanks de dominante positie van de regering in het Verenigd Koninkrijk, als een succes beschouwd.³⁸⁸

De werkzaamheden van de Select Committees omvatten mede de controle van 'Non Departemental Public Bodies' (NDPB's). Zij zijn vergelijkbaar met onze zelfstandige bestuursorganen. Opvallend is dat de regering Blair als oplossing van de alom gesignaleerde verantwoordingslacune heeft aangedrongen op een actievere rol van de Select

384. Hicover T. Zwart, *Independent Regulatory Agencies in the US*, in: L. Verhey, T. Zwart (eds.), *Agencies in European and Comparative Perspective*, Antwerpen/Oxford/New York 2003, blz. 10-11 en S. Lavrijssen, *An analysis of the constitutional position of the US independent agencies*, in: R. Caranta, M. Andenas, D. Fairgrieve (eds.), *Independent Administrative Authorities*, British Institute of International & Comparative Law London 2005.

385. T. Larsson, *Sweden*, in: OECD, *Distributed Public Governance. Agencies, authorities and other government bodies*, Paris 2002, blz. 200. Larsson vermeldt overigens dat de 'Chief of the agency' wel vooraf coordineert met het betrokken departement alvorens hij in het parlement verschijnt.

386. Sinds 1861 echter kent het Verenigd Koninkrijk reeds de op financieel gebied invloedrijke Public Accounts Committee.

387. Dit is een belangrijk verschil met de Nederlandse enquêtecommissies: deze worden slechts in incidentele gevallen ingesteld en functioneren in die gevallen alleen op tijdelijke basis.

388. Zie verder L.F.M. Verhey, *Parlementaire controle en scrutiny of administration: de betekenis van de Britse select committees*, in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren, H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht. Opstellen aangeboden aan C.A.J.M. Kortmann*, Deventer 2001, blz. 299 e.v.

Committees.³⁸⁹ De Select Committee on Public Administration reageerde terughoudend. Het was een illusie om te denken, aldus de Commissie, dat Select Committees regelmatig onderzoek konden doen naar alle NPDB's. Wantrouwend werd opgemerkt dat:

'while it is no doubt convenient for the Government to maintain that the question of quango accountability can be simply answered by the Select Committee system, it is not an answer that is at all practical'.³⁹⁰

Niettemin blijken Select Committees in de praktijk regelmatig onderzoeken te doen waarin het functioneren van NDPB's en in het bijzonder ook van regulators centraal staat. Prosser noemt in zijn recente publicatie diverse voorbeelden van parlementaire onderzoeken van de laatste jaren op het terrein van onder meer omroep, financiële dienstverlening, transport en energie.³⁹¹

4.6.5 Nadere beschouwing

Uit de Britse ervaring blijkt dat het parlementaire stelsel niet in de weg hoeft te staan aan een actieve rol van het parlement. Niets hoeft vaste commissies van de Tweede Kamer dan ook te beletten om in het kader van hun controlerende taak aandacht te besteden aan de werkzaamheden van marktautoriteiten en zich door hen rechtstreeks daarover te laten informeren. Het jaarverslag kan daarvoor een goede aanleiding vormen.³⁹² Het nader informeren van het parlement kan vooral zinvol zijn als marktautoriteiten veel beslissingsruimte hebben en beleidsvorming hierdoor een belangrijk onderdeel vormt van hun taak.

389. Cabinet Office, 'Quangos: Opening the doors' (1998), par. 5-6. Zie ook Cabinet Office, *Non Departmental Public Bodies: A Guide for Departments*, deel c Policy and characteristics (2004), blz. 3 waarin wordt aangegeven dat NDPB's verantwoordelijk zijn aan het parlement.

390. Select Committee on Public Administration, *Quangos, Sixth Report*, 24 November 1999, par. 58. In deze zin ook P.P. Craig, *Administrative Law*, London 2003, blz. 101. Zie verder L.F.M. Verhey, *British Agencies: Surveying the Quango State*, in: L. Verhey, T. Zwart, a.w. (2003), blz. 33-34.

391. T. Prosser, *The powers and accountability of agencies and regulators*, in: D. Feldman (ed.), *English public law*, Oxford 2004, blz. 294.

392. Zie art. 18, tweede lid, van het voorstel Kaderwet zbo's waarin uitdrukkelijk is bepaald dat het jaarverslag aan beide Kamers zal worden gezonden. De bijzondere wetten zijn op dit punt zeer divers. Zie bijvoorbeeld art. 17 Wet OPTA (geen toezending aan parlement), art. 5g Mw (toezending aan parlement via minister), art. 1:19, tweede lid, van het voorstel van Wft (toezending via minister alleen aan de Tweede Kamer).

Wel geldt een aantal beperkingen. In de eerste plaats kan, zoals ook de Britse ervaring laat zien, niet te veel worden verwacht van wat het parlement praktisch gezien aankan. De Tweede Kamer heeft in de huidige situatie niet de capaciteit om systematisch controle uit te oefenen over het gehele werkteerrein van alle marktautoriteiten. Dit argument wint nog aan kracht indien men de recente kritiek op het functioneren van de Kamer in ogenschouw neemt. Gesteld wordt wel dat de Kamer minder moet controleren en meer en beter moet wetgeven.³⁹³ Controle door de Kamer zal in de huidige omstandigheden dan ook alleen een aanvulling kunnen zijn op andere controlemechanismen.

Een tweede beperking houdt verband met de beoogde onafhankelijke positie van de marktautoriteit. Om dezelfde reden als waarom de verantwoordelijke minister geen bijzondere aanwijzingen mag geven, zal de Kamer bemoeienis met individuele zaken dienen te vermijden. Een dergelijke bemoeienis zou in strijd zijn met de ratio van een zelfstandige marktautoriteit.

Ten slotte is van belang dat het parlement over minder sancties beschikt om bij een marktautoriteit een bepaalde gedragslijn af te dwingen dan bij een minister.³⁹⁴ Marktautoriteiten zijn zelfs niet verplicht om de Kamer inlichtingen te verschaffen. Zij hebben dus juridisch gezien geen verantwoordingsplicht jegens de Kamer. Het rechtstreekse contact tussen marktautoriteit en Kamer zal plaatsvinden op basis van vrijwilligheid en vermoedelijk beperkt blijven tot informatie-uitwisseling. Vervolgens zal de Kamer met de minister in debat kunnen gaan over de conclusies die op basis van de verkregen informatie moeten worden getrokken. De minister kan in dat verband worden aangesproken op het gebruik van de eigen bevoegdheden of worden aangespoord om nieuwe wetgeving voor te bereiden. Kortom, de echte verantwoording vindt toch plaats via de minister.

Overwogen kan worden een informatierecht van het parlement wettelijk vast te leggen. Inspiratie kan worden geput uit art. 19 Bankwet 1998. Hierin wordt bepaald dat de president van de Nederlandse Bank door beide Kamers op hun verzoek kan worden gehoord.³⁹⁵ Hoewel

393. P.P.T. Bovend'Eert, *Minder controleren, meer en beter wetgeven*, NJB 2004, blz. 824 e.v.

394. Alleen via de begroting kan het parlement rechtstreeks invloed uitoefenen.

395. Wet van 26 maart 1998, Stb. 1998, 200. De betreffende bepaling is aan het wetsvoorstel toegevoegd bij amendement Hoogervorst e.a. (Kamerstukken II 1997-1998, 25 719, nr. 11) en later gewijzigd bij Wet van 11 november 1999, Stb. 1999, 507. Doel van deze wijziging was onder meer ook de Eerste Kamer een informatierecht toe te kennen. Zie voor de toelichting Kamerstukken II 1998-1999, 26 233, nr. 3, blz. 2.

het horen volgens deze bepaling uitdrukkelijk beperkt wordt tot de taken en werkzaamheden die voortvloeien uit het EU-verdrag (monetair beleid) omdat de ministeriële verantwoordelijkheid daarvoor tot nul is gereduceerd, kan een dergelijke bepaling ook in andere gevallen worden geïntroduceerd. Als gevolg hiervan zouden marktautoriteiten wettelijk verplicht worden om aan een uitnodiging van de Kamer gehoor te geven. Of het daadwerkelijk toegevoegde waarde zal hebben is de vraag. Ook zonder wettelijke verplichting zal een marktautoriteit een verzoek om toelichting van de Kamer vermoedelijk niet snel afwijzen.

4.6.6 Een nieuw college van toezicht?

Van der Meulen meent dat in controle van en verantwoording door marktautoriteiten kan worden voorzien door de instelling van een college van toezicht dat boven de marktautoriteiten staat.³⁹⁶ Burgers zouden bij dit nieuwe onafhankelijke college administratief beroep kunnen instellen. Dit zou niet alleen de rechtsbescherming ten goede komen, maar ook de onderlinge afstemming tussen marktautoriteiten bevorderen. Daarnaast zou dit college, in plaats van de minister, kunnen worden toegerust met het spontane vernietigingsrecht en met de bevoegdheid om in te grijpen bij taakverwaarlozing.

Het voorstel van Van der Meulen roept associaties op met een eerder voorstel van de WRR om voor de gehele ambtelijke dienst te komen tot instelling van een Kwaliteitskamer.³⁹⁷ Dit instituut zou worden belast met de onafhankelijke toetsing van het functioneren van de ambtelijke dienst op basis van vooraf vastgestelde kwaliteitsnormen. Er zijn grote verschillen tussen dit voorstel en dat van Van der Meulen. De toetsing door de Kwaliteitskamer in het WRR-voorstel zou zich niet beperken tot marktautoriteiten en bovendien niet gericht zijn op het bieden van rechtsbescherming of op de toepassing van andere bestuurlijke bevoegdheden. Een belangrijke grondgedachte hebben zij echter gemeenschappelijk: er zou behoefte zijn aan een onafhankelijke bestuurlijke toetsing door een nieuw instituut als alternatief voor of in aanvulling op de ministeriële verantwoordelijkheid.

Hoe aantrekkelijk dergelijke voorstellen uit een oogpunt van 'checks and balances' wellicht ook lijken, zij hebben in elk geval één groot nadeel. Zij leiden tot een verdere complicatie van het openbaar

396. Van der Meulen 2003, blz. 127-128.

397. WRR, Het borgen van publiek belang, Den Haag 2000. Zie ook M. Scheltens, Voldoet de ministeriële verantwoordelijkheid nog bij een professionele overheidsorganisatie?, NJB 2000, blz. 1861 e.v.

bestuur. Nieuwe controlemechanismen worden gestapeld op al bestaande regelingen. Dit roept ongetwijfeld weer nieuwe constitutionele vragen op over bijvoorbeeld samenstelling en bevoegdheden van de nieuwe instelling en over de relaties met al bestaande organen binnen uitvoerende en rechterlijke macht. Een van de belangrijkste vragen betreft wat wij het 'droste-effect' kunnen noemen: wie houdt toezicht op de nieuwe toezichthouder?

Overigens is reeds een onafhankelijk college voorhanden, te weten de Algemene Rekenkamer. Diens taak lijkt op het eerste gezicht beperkt, mede gezien de beperkte formulering van art. 76 Grondwet.³⁹⁸ Op grond van de Comptabiliteitswet beschikt de Rekenkamer echter over ruime bevoegdheden om de rechtmatigheid en doelmatigheid van het overheidsoptreden te onderzoeken. In de praktijk besteedt de Rekenkamer op grond van art. 91, eerste lid, onder d Comptabiliteitswet³⁹⁹ intensief aandacht aan het functioneren van en de controle op 'rechtspersonen met een wettelijke taak'. Hieronder vallen de meeste zelfstandige bestuursorganen.⁴⁰⁰ De invloed van de Rekenkamer in de zbo-discussie is aanzienlijk geweest; mede door diens rapportages is de controle op zelfstandige bestuursorganen al geruime tijd⁴⁰¹ een 'hot issue'.

4.6.7 Raden van toezicht

Een volgende mogelijkheid om het doen en laten van marktautoriteiten te controleren, is de instelling van een Raad van toezicht. In dat geval is de macht van de marktmeester niet geconcentreerd bij een enkel orgaan of college, maar intern verdeeld over enerzijds een Raad van bestuur die leidend is en de besluiten neemt en anderzijds een Raad van toezicht die de Raad van bestuur controleert.

398. Art. 76 Grondwet luidt: De Algemene Rekenkamer is belast met het onderzoek van de ontvangsten en uitgaven van het Rijk.

399. Art. 59 Cw-oud. Zie over de uitleg van deze bepaling onder meer het rapport Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak, deel 2. Kamerstukken II 2000-2001, 27 656, nr. 1-2, blz. 14.

400. Over de verhouding tussen de begrippen 'rechtspersonen met een wettelijke taak' en zelfstandige bestuursorganen H.R.B.M. Kummeling, A.P.W. Duijkersloot, G.D. Minderman, J.A. van Schagen, S.E. Zijlstra, Verkenningen van verantwoordelijkheid. Ministeriële verantwoordelijkheid voor het toezicht op de financiën van zelfstandige instellingen op het terrein van onderwijs en onderzoek, Deventer 1999, blz. 21 e.v.

401. Vooral de rapportage uit 1995 vormde een katalysator: Kamerstukken II 1994-1995, 24 130, nr. 3. Zie recent het rapport 'Toezicht op markten': Kamerstukken II 2004-2005, 29 960, nr. 1-2.

Uit bestuurskundig onderzoek⁴⁰² blijkt dat er bij Raden van toezicht in de publieke sector veel variëteit in verschijningsvormen bestaat. Er is ook de nodige verwarring over hun precieze rol. In de praktijk kunnen grofweg twee modellen worden onderscheiden. In het eerste model wordt de Raad van toezicht beschouwd als een intern orgaan. Haar taak is vooral om toe te zien op de continuïteit van de organisatie waarvan zij deel uitmaakt. In het tweede model is de Raad van toezicht een onderdeel van het toezichtinstrumentarium van de minister. In dat model staat het algemeen maatschappelijk belang voorop en niet het belang van de organisatie. Binnen deze indeling zijn weer allerlei tussenvormen te onderscheiden. De praktijk is ook in juridische zin divers. De benoemingswijze, de bevoegdheid om het bestuur te benoemen en de wijze waarop verantwoording plaatsvindt, zijn vaak verschillend geregeld.

Raden van toezicht komen bij de marktautoriteiten zelden voor. Alleen de AFM heeft een Raad van toezicht. Het laatste wordt in de toekomst gecontinueerd. Volgens het aanhangige voorstel Wft heeft de Raad van toezicht bij de AFM een toezichthoudende en adviserende taak.⁴⁰³ De leden worden door de minister benoemd en ontslagen. Zij kunnen voor de benoeming van zowel de leden van de Raad van toezicht als van de leden van de Raad van bestuur aan de minister een niet-bindende voordracht doen. Voorts blijkt uit de toelichting dat belangrijke bevoegdheden in de, door de minister goed te keuren⁴⁰⁴, statuten van de AFM worden geregeld. De Raad van toezicht zou het bestuur zo nodig algemene aanwijzingen kunnen geven en bevoegd zijn om de begroting en de jaarrekening vast te stellen. Met het toezicht op de taakuitvoering in individuele zaken zou de Raad van toezicht zich volgens de regering niet moeten bezighouden.⁴⁰⁵

In de Wet op het financieel toezicht zal gekozen worden voor het hierboven als eerste genoemde model. De Raad van toezicht is geen verlengstuk van de minister, maar is onderdeel van de AFM zelf. Vanuit dit perspectief is een parallel te trekken met de Raad van commissarissen bij particuliere bedrijven. Geïnspireerd door de regeling in het BW en de recente corporate governance code (Code

402. M.A. Luursema, M.J.W. van Twist, F. Beemer, R.M. Timmerman, F. Gronheid, *Toekomst voor de raden van toezicht? Corporate governance in de publieke sector in vergelijkend perspectief*, Assen 2003, blz. 103 e.v. Zie ook onderzoek door de Algemene Rekenkamer: Kamerstukken II 2002-2003, 28 655, nr. 1-2, blz. 59-60.

403. Art. 1:10.

404. Art. 1:20.

405. Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 3, blz. 30.

Tabaksblat)⁴⁰⁶ is voorgesteld om de positie van de Raad van toezicht bij de AFM te versterken. Deze zou de bevoegdheid moeten krijgen bestuurders te schorsen en bepaalde bestuursbesluiten goed te keuren. In algemene zin zou de Raad van toezicht de bevoegdheid en de plicht dienen te krijgen naar buiten toe verantwoording af te leggen, zowel aan het parlement als aan de sociale partners.⁴⁰⁷

Nadere analyse en onderzoek naar de parallel tussen Raden van toezicht bij zelfstandige bestuursorganen en de figuur van de Raad van commissarissen is zeker op zijn plaats. Een belangrijk uitgangspunt zal echter blijven dat, ondanks alle nuanceringen die kunnen worden aangebracht, een zelfstandig bestuursorgaan een andere positie heeft dan een gewone onderneming. Zelfstandige bestuursorganen zijn overheidsorganisaties: zij worden opgericht om publieke belangen te dienen, niet om een eigen belang na te streven.⁴⁰⁸ Dit heeft gevolgen voor het institutionele kader waarbinnen zelfstandige bestuursorganen functioneren. In de huidige systematiek ligt het voor de hand om een centrale rol te blijven toedichten aan de verantwoording die zelfstandige bestuursorganen aan de minister moeten afleggen.⁴⁰⁹ Een Raad van toezicht vervangt deze wijze van verantwoording niet.⁴¹⁰

Deze argumentatie heeft er mede toe geleid dat van een algemene regeling van de Raad van toezicht is afgezien. De parallel met de Raad van commissarissen ex Boek 2 BW is door de regering afgewezen omdat er tussen de minister en het zbo-bestuur geen tussenschakel behoort te zijn in de vorm van een Raad van toezicht. Voor een effectief toezicht dient er, aldus de regering, een rechtstreekse lijn te bestaan tussen de minister en de operationele leiding en moet een minister onmiddellijk politiek verantwoordelijk zijn voor het toezicht en de sturing van het zelfstandig bestuursorgaan.⁴¹¹ Daarom is het minder

406. Commissie corporate governance, De Nederlandse corporate governance code, Beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen, 9 december 2003, te vinden onder www.commissiecorporategovernance.nl. De regering is van plan deze code aan te wijzen als gedragscode in de zin van art. 2:391 BW. Zie Kamerstukken II 2003-2004, 29 449, nr. 1.

407. I.C. van der Vlies, J.H.P. van Spanje, Checks, balances, public governance en de AFM, NJB 2004, blz. 1340 e.v.

408. Boxum 1997, blz. 137.

409. Daarbij speelt ook een rol dat een Raad van toezicht een orgaan van de zbo is en om die reden geneigd blijft primair het belang van de organisatie te dienen. Zie de rapportage van de Algemene Rekenkamer, Kamerstukken II 2002-2003, 28 655, nr. 1-2, blz. 59.

410. Visie op markttoezicht 2004, blz. 13.

411. Kamerstukken II 2000-2001, 27 426, nr. 3, blz. 19. Zie ook Boxum 1997, blz. 139-140 en M.A. Luursema e.a., a.w. 2003, blz. 135. Een ander belangrijk argument →

gewenst om een eventuele Raad van toezicht, zoals bij de Raad van commissarissen het geval is, bestuurders te laten benoemen en te ontslaan of de Raad aan te wijzen als het orgaan dat extern verantwoording aflegt.

Het voorstel Wft lijkt op het eerste gezicht hiermee in overeenstemming. Uitdrukkelijk wordt in de toelichting aangegeven dat 'de bevoegdheden van de raad van toezicht niet ten koste gaan van de bevoegdheden van de Minister van Financiën jegens de AFM'.⁴¹² In overeenstemming hiermee is ook dat de minister bestuursleden benoemt en ontslaat. De Raad van toezicht draagt alleen voor. Andere aspecten roepen meer vragen op. Ligt het bijvoorbeeld voor de hand om de Raad van toezicht algemene aanwijzingen te laten geven aan het bestuur of zou dit, aangezien het gaat om beleidsvorming, aan de minister moeten worden overgelaten? Waarom zou de positie van de AFM op dit punt moeten verschillen van de NMa en de OPTA die in het geheel niet over een Raad van toezicht beschikken maar wel onderworpen kunnen worden aan beleidsregels van de minister?

Vragen kunnen tenslotte worden gesteld bij de afwijkende regeling voor DNB. Deze beschikt als NV over een Raad van commissarissen. Zijn positie is echter niet hetzelfde als van een Raad van commissarissen bij een gewone NV. Directieleden van DNB worden bijvoorbeeld bij koninklijk besluit benoemd op basis van een gezamenlijk door directie en Raad van commissarissen vastgestelde aanbevelingslijst.⁴¹³ Nu DNB deels zal gaan vallen onder de Wet op het financieel toezicht behoeft de figuur van de Raad van commissarissen nadere overweging. Afgezien van de vraag of een Raad van commissarissen voor een overheidsinstelling als DNB het meest geschikt is, is vooral ook de vraag in hoeverre vanwege de bijzondere aard van DNB zijn taken en bevoegdheden moeten verschillen van die van de Raad van toezicht bij de AFM.

Samenvattend kan een Raad van toezicht bij een marktautoriteit een nuttige rol hebben. Veel marktautoriteiten zijn grote organisaties met ruime bevoegdheden. De behoefte aan interne 'checks and balances' is dan zeker aanwezig. Een Raad van toezicht kan als kritische volger en adviseur van het bestuur een belangrijke functie vervullen. De constitutionele context stelt echter grenzen. Tenzij we de ministeriële verantwoordelijkheid als leidend beginsel zouden loslaten, zullen de toezichthoudende bevoegdheden van een Raad van toezicht slechts be-

→ om af te zien van een algemene regeling was dat Raden van toezicht bij zbo's zelden voorkomen.

412. Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 3, blz. 30.

413. Art. 12 Bankwet 1998.

perkt kunnen zijn. De parallel met de Raad van commissarissen gaat dan ook maar in beperkte mate op.

4.6.8 Verantwoording aan belanghebbenden

Publieke verantwoording in brede zin wordt vaak in verband gebracht met de 'horizontalisering' van het openbaar bestuur. Daar waar het bestuur losser komt te staan van minister en gekozen volksvertegenwoordiging en het toezicht van het 'democratisch complex' ('verticaal toezicht') afneemt, wordt de druk groter om zich rechtstreeks met belanghebbenden te verstaan. De democratische legitimatie kan deels langs deze weg worden gerealiseerd, zo is de gedachte.

In algemene zin treft men deze gedachte ook aan in het Verdrag tot vaststelling van de Europese Grondwet. Daarin wordt naast het beginsel van de representatieve democratie (art. I-46) het beginsel van de participerende democratie uitdrukkelijk erkend. Op grond van de betreffende bepaling (art. I-47) dienen de EU-instellingen de open en rechtstreekse dialoog met burgers en maatschappelijke organisaties te bevorderen. Een afzonderlijke bepaling is gewijd aan de rol van de sociale partners (art. I-48). Deze bepalingen zijn relevant voorzover besluitvorming inzake markttoezicht op Europees niveau plaatsvindt.

In recente wetsvoorstellen zijn bepalingen terug te vinden die beogen aan dit beginsel uitvoering te geven. Om te beginnen is er art. 19, tweede lid, van het voorstel Kaderwet zbo's. Deze bepaling, die inmiddels ook in andere wetsvoorstellen kan worden aangetroffen⁴¹⁴, luidt als volgt:

'Een zelfstandig bestuursorgaan treft voorzieningen, waardoor personen en instellingen, die met hem in aanraking komen, in de gelegenheid zijn voorstellen tot verbetering van werkwijzen en procedures te doen.'

Volgens de toelichting op het amendement als gevolg waarvan deze bepaling aan het wetsvoorstel is toegevoegd, is deze bepaling erop gericht 'klanten' van de zbo enige invloed te geven, 'bijvoorbeeld via inspraak, een klachtenregeling, (burger-)participatie, een gebruikersraad etc.'. ⁴¹⁵ In het jaarverslag dient het zelfstandig bestuursorgaan verslag te doen van wat tot uitvoering van deze bepaling is verricht. Erg concreet is deze bepaling niet. Het betreft een algeme-

414. Zie ook art. 2.10, tweede lid, Wm en art. 1:21, tweede lid, van het voorstel van Wft.

415. Kamerstukken II 2001-2002, 27 426, nr. 33.

ne zorgplicht die niet specificceert welke 'voorzieningen' moeten worden getroffen.

Het voorstel Wft gaat een stap verder door een adviserend panel in te stellen. Volgens het wetsvoorstel dienen de AFM en DNB overleg te organiseren met 'een daarvoor in aanmerking komende representatieve vertegenwoordiging van de onder zijn toezicht staande ondernemingen'.⁴¹⁶ Tevens kunnen zij 'daarvoor in aanmerking komende cliëntenorganisaties' tot het overleg toelaten. Het overleg heeft tweemaal per jaar plaats en heeft onder meer betrekking op de door de toezichthouder verrichte werkzaamheden. In laatstgenoemd element kan een zekere verantwoordingsplicht worden gelezen.

De Algemene Rekenkamer heeft in recente rapportages veel aandacht besteed aan het functioneren van vormen van 'horizontale verantwoording'. De Rekenkamer vindt dat het afleggen van verantwoording aan belanghebbenden verder gestimuleerd dient te worden: zij vormt een extra prikkel om het reilen en zeilen van de organisatie inzichtelijk te maken en besluiten goed te beargumenteren.⁴¹⁷ Op basis van eigen praktijkonderzoek signaleert zij echter wel een aantal beperkingen en knelpunten⁴¹⁸:

- Gebruiksraden en soortgelijke organen kunnen via overleg wel invloed uitoefenen, maar zij zijn vrijwel nooit bevoegd in de organisatie te interveniëren of zelf informatie te verzamelen. Daarom kan moeilijk van 'toezicht' worden gesproken;
- In een aantal onderzochte gevallen was de invloed van de gebruikersraad niet groot door een gebrekkige representativiteit en professionaliteit in verhouding tot de complexiteit van de materie;
- Horizontale verantwoording levert vooralsnog te weinig informatie op die toegankelijk en bruikbaar is voor anderen dan de direct betrokkenen. Voorzover informatie wel beschikbaar is, is deze lastig te interpreteren omdat vaak niet duidelijk is wat de onderliggende criteria zijn.

Tevens waarschuwt de Rekenkamer voor een overdaad aan verantwoording. De verwachte meerwaarde dient per concreet geval te worden afgewogen tegen de te verwachten kosten (ambtelijke on-

416. Art. 1:22. De bepaling vertoont sterke overeenkomsten met de eerder besproken bepaling inzake overleg over door de toezichthouder vast te stellen algemeen verbindende voorschriften (art. 1:11). Zie hiervoor par. 4.4.9.

417. Kamerstukken II 2002-2003, 28 655, nr. 1-2, blz. 63.

418. Kamerstukken II 2002-2003, 28 655, nr. 1-2, blz. 55 e.v.

dersteuning, hogere bestuurslasten, langere besluitvormingsprocedures).⁴¹⁹

Uit de bevindingen van de Rekenkamer blijkt dat als het gaat om de uitwerking van horizontale verantwoordingsmechanismen nog het nodige denkwerk is te verrichten willen zij in de toekomst echt effectief kunnen zijn. Bovendien laat het onderzoek zien dat we duidelijk moeten onderscheiden tussen enerzijds algemene eisen die voortvloeien uit beginselen van behoorlijk bestuur ('good governance') zoals klantvriendelijkheid, goede informatievoorziening en heldere motivering van genomen besluiten en anderzijds het afleggen van 'echte' verantwoording. De getroffen voorzieningen hebben veelal betrekking op het eerste.

Horizontale verantwoording dient niet te leiden tot 'regulatory capture'.⁴²⁰ Marktautoriteiten dienen vanwege hun onafhankelijke positie ook tot het veld voldoende afstand te bewaren. Een instemmingsrecht van een gebruikersraad met betrekking tot bepaalde besluiten is daarom niet goed denkbaar. Om met Docters van Leeuwen te spreken: als cipier kun je het moeilijk met de gevangenen eens worden over de dikte van de tralies.⁴²¹

4.6.9 Conclusies

De verbreding van de publieke verantwoording naast de verantwoording via de ministeriële verantwoordelijkheid krijgt de laatste jaren veel aandacht. Vier vormen kunnen worden onderscheiden: rechtstreekse verantwoording aan het parlement, verantwoording via een nieuwe toezichthoudende instelling, interne controle door een Raad van toezicht en verantwoording aan belanghebbenden. Deze voorzieningen kunnen ieder afzonderlijk een nuttige functie vervullen, maar als middel om publieke verantwoording af te leggen, hebben zij hun waarde nog maar beperkt bewezen. Uit onderzoek van onder meer de Algemene Rekenkamer blijkt dat aan alle vormen de nodige haken en ogen kleven. Duidelijke wettelijke regels ontbreken veelal.

De verschillende opties kunnen aanleiding geven tot verwarring over het concept 'publieke verantwoording'.⁴²² Vaak worden in het

419. Zie ook Kamerstukken II 2003-2004, 29 450, nr. 1-2, blz. 74.

420. Visie op markttoezicht 2004, blz. 12. Hierover ook H.V. Oppelaar. De herregulering van de financiële dienstverlening en markten op een tweesprong, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht, Deventer 2004, blz. 132-133.

421. Seminar Hervorming financiële toezichtswetgeving, Deventer 2004, blz. 27.

422. Hierover is veel internationale literatuur. Zie onder meer M. Bovens, Public accountability, in: E. Ferlie, L. Lynne, C. Pollitt (eds.), *The Oxford Handbook* →

verantwoordingsproces drie fases onderscheiden: de inlichtingenfase, de debatfase en de sanctioneringsfase.⁴²³ Hiermee corresponderen verplichtingen van degene die verantwoording aflegt. Verantwoording afleggen betekent volgens dit schema dus niet alleen inlichtingen verstrekken, maar ook het uitleggen, motiveren en verdedigen van beslissingen (debatfase) en het aanvaarden dat anderen daaraan consequenties kunnen verbinden (sanctioneringsfase).⁴²⁴ Indien we de in deze paragraaf behandelde verantwoordingsvormen hieraan toetsen dan is van echte verantwoording vaak nauwelijks sprake.

Neem 'horizontale' verantwoording als voorbeeld. Zij bevat in de vorm zoals wij die kennen niet alle bovengenoemde kenmerken en kan daarom hooguit als een zwakke variant van publieke verantwoording worden aangemerkt.⁴²⁵ Horizontale verantwoording draagt eerst en vooral bij aan belangrijke waarden als openbaarheid van bestuur, zorgvuldigheid van besluitvorming en klantvriendelijkheid. Voor een volwaardige publieke verantwoording is echter meer nodig.

→ of Public Management, Oxford University Press 2004, ook te vinden op www.usg.uu.nl en C. Harlow, *Accountability in the EU*, Oxford University Press 2002, blz. 6 e.v.

423. Ook in relatie tot de ministeriële verantwoordelijkheid. Zie D.J. Elzinga, *De politieke ministeriële verantwoordelijkheid*, in: D.J. Elzinga (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle 1994, blz. 42 en J.L.W. Brocksteege, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht*, Deventer 2004, blz. 17 e.v.

424. Steekhoudend ministerschap 1993, blz. 8.

425. Zie in deze zin ook B.J. Schucler, *Marktautoriteiten in een democratische rechtsstaat*, in: Falkena, Koppenol-Laforce, Ottow 2004, blz. 27.

Hoofdstuk 5 Handhaving

5.1 Inleiding

Vrijwel alle marktmeesters beschikken over vérgaande bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden. Zij zijn vrijwel allemaal bevoegd om een bestuurlijke last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen. In de praktijk gebruiken zij deze bevoegdheden ook. Dit heeft ertoe geleid, dat de handhaving van ons economisch bestuursrecht vrijwel uitsluitend met bestuursrechtelijke middelen geschiedt. Het strafrecht speelt hooguit een aanvullende rol (bijvoorbeeld bij misbruik van voorwetenschap of valsheid in geschrift), maar die is in de praktijk beperkt. Dit is één van de meest ingrijpende veranderingen in ons recht van de laatste vijftien jaar.

Deze ontwikkeling is een aspect van de spectaculaire groei van het bestuursrecht in de laatste decennia. Het bestuursrecht is, in vergelijking met het privaatrecht en strafrecht, een relatief nieuw rechtsgebied. Het dateert hooguit uit de negentiende eeuw en kwam pas in de twintigste eeuw tot wasdom. Zelfs toen heeft het lang geduurd, voor het belang ervan werd ingezien. Nog in onze studietijd (rond 1980) kon je aan sommige faculteiten afstuderen in het Nederlands recht zonder bestuursrecht op doctoraal niveau te hebben gedaan.

Maar vooral sinds de invoering van de Wet Arob in 1976 heeft het bestuursrecht zich in een enorm hoog tempo ontwikkeld tot het derde grote rechtsgebied naast het privaatrecht en het strafrecht. Daarbij verschuiven ook de grenzen tussen de rechtsgebieden. Steeds meer trekt het bestuursrecht de regulering naar zich toe van rechtsverhoudingen tussen overheid en burger, die voorheen tot het domein van het privaatrecht of strafrecht werden gerekend. In de verhouding tot het privaatrecht is de jurisprudentie over het zogenaamde zuiver schadebesluit, waardoor het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor een deel in het bestuursrecht werd getrokken, het meest spectaculaire voorbeeld.⁴²⁶ Maar ook kan worden gewezen op de regeling van bestuursrechtelijke geldschulden in het wetsvoorstel vierde tranche Awb.⁴²⁷ In de verhouding tot het strafrecht gaat het vooral om

426. Zie daarover A.J.C. de Moor-Van Vugt, J.J., de Wijckerslooth, N. Verheij, Verschuiving van de magische lijn, preadviezen VAR 1999, VAR-geschrift 122, Alphen a/d Rijn 1999; N. Verheij, Overheidsaansprakelijkheid in de Awb; vragen voor de wetgever, Overheid en aansprakelijkheid 2002/4, blz. 117. Voor de meest recente ontwikkelingen zie de halfjaarlijkse kronieken Schadevergoedingsrecht van B.P.M. van Ravels in het NTB.

427. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 1-4.

de sterke opkomst van de bestuursrechtelijke handhaving in het algemeen en de bestuurlijke boete in het bijzonder. Deze laatste ontwikkeling wordt hieronder iets uitvoeriger beschreven.

*5.2 De opkomst van de bestuursrechtelijke handhaving*⁴²⁸

De hedendaagse overheid verbiedt en gebiedt van alles en nog wat. Het aantal gedragsvoorschriften voor burgers (met inbegrip van ondernemingen en instellingen) is gedurende de twintigste eeuw enorm toegenomen. Van deze gedragsvoorschriften staat maar een klein deel in het Wetboek van Strafrecht. Dat Wetboek omvat enkele honderden delictomschrijvingen. De bestuursrechtelijke wetgeving verbiedt veel en veel meer gedragingen. Als u dit niet gelooft, lees dan bijvoorbeeld eens een paar Warenwetbesluiten na.

Wij hebben zoveel gedragsvoorschriften, omdat de samenleving zoveel van de overheid verwacht. De samenleving wil veiligheid én economische groei én een redelijke inkomensverdeling én een schoon milieu én sociale zekerheid én goed onderwijs én goede en betaalbare gezondheidszorg en goede arbeidsomstandigheden en ga zo maar door.⁴²⁹ Adam Smith ten spijt weten mensen, dat hun natuurlijk gedrag niet tot deze door de grote meerderheid gewenste uitkomsten leidt. Kijk naar uw TV. De volksvertegenwoordigers, belangenbehartigers en deskundigen die zich rond de camera verdringen als er iets mis gaat, pleiten altijd voor meer of scherpere regelgeving. Slechts zelden bepleiten zij, dat de overheid zaken meer op hun beloop moet laten. Mensen zijn alleen in abstracto voor minder regels, nooit in concreto. Daarom zal een democratische overheid altijd veel regels blijven stellen. Het voortdurende gemopper over de veelheid van regels is grotendeels borrelpraat. De meeste regels worden gesteld, omdat wij dat willen.

Meer specifiek op het terrein van het markttoezicht is er de paradox dat de trend naar meer marktwerking niet tot minder, maar tot meer regels heeft geleid.⁴³⁰ Een wettelijk monopolie voor een staatsbedrijf

428. Zie uitvoeriger O.J.D.M.L. Jansen, De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht, *Handelingen NJV 2002-I*, blz. 167 e.v..

429. Zie ook de voorzittersrede van F.C.M.A. Michiels voor de jaarvergadering 2003 van de Vereniging voor bestuursrecht VAR: Terugdringing van de bureaucratie: drie keer minder of drie keer niks?, VAR-geschrift 131, Den Haag 2003.

430. In dezelfde zin Th.G. Drupsteen, Marktwerking en juridisering, in N.S.J. Koeman, A. ten Veen, J.R. van Angeren, *Overheid en markt*, bundel aangeboden aan mr. R. Samkalden, Deventer 2004, blz. 11. Zie ook reeds A.H. Korthals, *Juridisering in het openbaar bestuur*, NJB 2000, blz. 209.

is heel overzichtelijk en eenvoudig te regelen. Het scheppen, instandhouden en ordenen van een vrije markt is vele malen ingewikkelder. Maar die trend naar marktwerking zou er niet zijn geweest, als daar in de samenleving geen breed draagvlak voor zou zijn. Ook voor die regels hebben wij zo gezien zelf gekozen.

Dit betekent niet, dat wij alle regels spontaan naleven. Dan zouden de regels echt overbodig zijn. Ons gedrag wordt meer bepaald door micro dan door macro overwegingen. Ook mensen die het belang van maximumsnelheden inzien, rijden wel eens te hard. Dus moeten de regels worden gehandhaafd. Onder handhaving verstaan wij twee soorten activiteiten:⁴³¹

- nagaan in hoeverre de voorschriften worden nagelceefd; dit noemen wij in het bestuursrecht toezicht op de naleving en in het strafrecht opsporing;
- het opleggen van sancties bij niet-naleving.

Zo gezien valt iets op: toen het bestuursrecht in de twintigste eeuw ging uitdijen, werd het bestuur wel vrij ruim bedoeld met toezichtsbevoegdheden, maar veel minder met sanctiebevoegdheden. De bestuursrechtelijke wetgeving wemelde al vroeg van bestuurlijke bevoegdheden om informatie over de naleving van voorschriften te verzamelen. Dit waren deels bevoegdheden voor de overheid om actief informatie te vergaren – toezicht in engere zin –, deels ook verplichtingen voor burgers om informatie te verschaffen. Tal van bestuursorganen hielden er speciale inspectiediensten op na.

Bevoegdheden om sancties op te leggen waren er echter veel minder. Tot ver na de Tweede Wereldoorlog beschikte het bestuur maar over beperkte bevoegdheden tot sanctie-oplegging. De meest voorkomende waren de bevoegdheid tot bestuursdwang en de bevoegdheid tot het intrekken van een vergunning of andere begunstigende beschikking. De bestuurlijke last onder dwangsom is pas een kwarteeuw oud en de bestuurlijke boete kwam voor ongeveer 1990 alleen in het belastingrecht voor.

Dit betekende dat voor de sanctionering van overtredingen van de bestuursrechtelijke wetgeving in hoofdzaak op het strafrecht werd vertrouwd. Dat was ooit een bewuste keuze. Reeds kort na de Tweede Wereldoorlog leefde het gevoel, dat het commune strafrecht niet in alle opzichten voldeed voor de handhaving van wat strafrechtjuristen wel de orderingswetgeving noemen (dat is doorgaans bestuursrechtelijke wetgeving). De commissie die naar goed vaderlands gebruik

431. In dezelfde zin de wetgever in hoofdstuk 5 Awb en in de literatuur bijvoorbeeld A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht*, diss. VU 2000, Den Haag 2000.

werd ingesteld om dat probleem te bestuderen, heeft de mogelijkheid om de handhavingsbevoegdheden van het bestuur uit te breiden, wel onder ogen gezien, maar uitdrukkelijk gekozen voor een andere oplossing, namelijk aanvulling van het strafrecht.⁴³² Dat werd de Wet op de economische delicten van 1950. In de decennia daarna werden steeds meer overtredingen van bestuursrechtelijke wetten onder het regime van die wet gebracht. Veertig jaar lang is zij een belangrijk instrument voor de handhaving van het bestuursrecht geweest en tot op zekere hoogte is zij dat nog steeds.

Maar kennelijk was de WED op den duur niet meer voldoende. Ergens in de jaren tachtig wordt Nederland zich bewust van een 'handhavingstekort'. Dit woord duikt voor het eerst op in de regeringsnota 'Met vaste hand' van 1990.⁴³³ Daar werd reeds geconstateerd dat dit tekort niet alleen in het commune strafrecht bestaat. Ook en juist de handhaving van de ordeningswetgeving schoot en schiet tekort.

In het verkeersrecht had dit tekort al enige jaren eerder de proporties van een crisis aangenomen. In de jaren tachtig van de vorige eeuw blijkt het strafrecht de massale toestroom van verkeersovertredingen niet meer adequaat te kunnen verwerken. Omdat radicale hervorming van het strafrecht dan nog onbespreekbaar is, bedenkt de Commissie-Mulder de grote wisseltruc: het strafrecht wordt hervormd door het bestuursrecht te noemen. Rond 1990 wordt de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersovertredingen ingevoerd. Het wordt een gigantisch succes. De bestuurlijke boete is niet langer een fiscaalrechtelijke eigenaardigheid.⁴³⁴

De bestuurlijke last onder dwangsom komt uit een andere hoek. Nadat in de jaren zestig de milieuproblematiek internationaal op de kaart is gezet⁴³⁵, beleven wij in de jaren zeventig een enorme groei van de milieuwetgeving. Het milieurecht ontstaat als apart rechtsgebied. Daar wordt een nieuwe bestuursrechtelijke sanctie uitgevonden, als alternatief voor bestuursdwang: de bestuurlijke last onder dwangsom. Deze wordt, nadat zij in 1981 in de toenmalige Hinderwet is geïntroduceerd, via eerst de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne en later de Wet milieubeheer al spoedig uitgebreid tot

432. Zie B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem 1995.

433. Kamerstukken II 1990/91, 22 045, nr. 1-2.

434. Dat was het al niet helemaal meer, want iets eerder, in 1988, was een van de eerste marktautoriteiten, het Commissariaat voor de Media, met de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boeten bekleed. Maar dat werd buiten de kring van specialisten door weinigen opgemerkt.

435. Rachel Carson, *Silent Spring*, 1962, geldt als het boek dat de ogen van de wereld opende voor de milieuproblematiek.

het gehele milieurecht. In 1994 wordt zij opgenomen in de nieuwe Provincie-, Gemeente- en Waterschapswet en in 1998 in de Algemene wet bestuursrecht. Daarmee is zij een algemeen bestuursrechtelijk instrument geworden.

Intussen smaakte het succes van de WAHV naar meer. Begin jaren negentig werd op het Ministerie van Justitie duidelijk, dat het strafrechtelijk systeem het handhavingstekort op het gebied van de ordeningswetgeving nooit alleen zou kunnen oplossen. Het bestuur zou zelf ook een bijdrage moeten leveren. Aanvankelijk is nog overwogen het bereik van de WAHV uit te breiden.⁴³⁶ Maar die ontleende zijn succes in belangrijke mate aan twee factoren, die niet zonder meer naar andere terreinen konden worden overgeplant: de kentekenaansprakelijkheid en de invordering door een daarin gespecialiseerde instelling, het CJIB.

Daarom vroeg de Minister van Justitie in 1993 de toenmalige Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten meer in het algemeen om advies over de mogelijkheden om wetten vaker door middel van bestuurlijke boeten te handhaven. Dat advies, voorbereid door een werkgroep onder voorzitterschap van P.J.J. van Buuren, verscheen op 12 januari 1994. Het bepleitte de inzet van de bestuurlijke boete voor een flink aantal bestuursrechtelijke wetten.⁴³⁷ Een half jaar later werd dit advies door het kabinet op hoofdlijnen overgenomen.⁴³⁸ Reeds dit kabinetsstandpunt bevatte het voornemen, om de bestuurlijke boete op termijn in de Algemene wet bestuursrecht te regelen.⁴³⁹

Deze ontwikkeling heeft de nodige weerstand opgeroepen, vooral maar niet uitsluitend in strafrechtelijke kring.⁴⁴⁰ Deze weerstand betreft vooral de opkomst van de bestuurlijke boete, veel minder die van de bestuurlijke dwangsom. De opkomst van de bestuurlijke boete betekent immers een breuk met het uitgangspunt, dat bestraffing is voorbehouden aan de onafhankelijke rechter. Nu is dat uitgangspunt ook in het strafrecht zelf allang niet meer dan dat; wij weten allemaal dat zeer veel strafbare feiten buiten de rechter om worden afgedaan. Maar

436. Zie het in de volgende noot te noemen CTW-advies.

437. Handhaving door bestuurlijke boeten. CTW-advies 1994/I, gedateerd 12 januari 1994. Interne uitgave Ministerie van Justitie.

438. Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48.

439. Zie voor een eerste commentaar op het advies F.C.M.A. Michiels, De boete in opmars, oratie VU 1994, Zwolle 1994. Voorts J.T.K. Bos, De bestuurlijke boete, raakvlakken van bestuurs- en strafrecht en F.C.M.A. Michiels, Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling, preadviezen VAR 1995, VAR-geschrift 114, Alphen a/d Rijn 1995.

440. Zie de Nijmeegse rede van G.J.M. Corstens, Een stille revolutie in het strafrecht, Arnhem 1995 en voor een overzicht van de discussie ook Jansen 2002.

afdoening door een bestuursorgaan is weer een stap verder dan afdoening door of onder toezicht van het openbaar ministerie. Bovendien worden inmiddels in het bestuursrecht veel hogere geldstraffen opgelegd dan in het strafrecht mogelijk is.

Een tweede veelgehoord bezwaar is dat met de introductie van het bestuurlijke boete ook algemene leerstukken van strafrecht en strafprocesrecht opzij worden gezet, die vervolgens in het bestuursrecht opnieuw moeten worden uitgevonden.⁴⁴¹ Niet iedereen is er gerust op dat het bestuursrecht gelijkwaardige waarborgen kan bieden.⁴⁴²

Wij willen deze discussie hier niet overdoen. De bestuurlijke boete is een gegeven en zal voorlopig niet meer uit ons recht verdwijnen. Tot op zekere hoogte is dat ook helemaal niet erg. Het bestuursrecht kan in ieder geval voor lichtere overtredingen wel degelijk voldoende rechtsbescherming bieden. Wat ons zorgen baart is vooral de tendens om steeds hogere boeten mogelijk te maken en steeds zwaardere dwangsmiddelen in te zetten. Wij komen daar aan het slot van dit hoofdstuk op terug.

5.3 Bestuursrechtelijke handhaving door marktautoriteiten

Deze voorgeschiedenis is voor het hedendaagse economisch bestuursrecht van groot belang. Toen midden jaren negentig de wonderbaarlijke vermenigvuldiging van marktautoriteiten begon, was handhaving niet meer vanzelfsprekend een zaak van het strafrecht. Met de bestuurlijke last onder dwangsom en de bestuurlijke boete waren twee sancties beschikbaar gekomen met behulp waarvan de marktautoriteiten zelf de handhaving ter hand konden nemen. De wetgever heeft daar op grote schaal voor gekozen, te beginnen bij de Mededingingswet. Het gevolg is dat het strafrecht bij het toezicht op markten ofwel helemaal geen rol meer speelt, zoals in het mededingingsrecht, ofwel slechts een aanvullende rol, zoals bij het toezicht op de financiële markten. Tien jaar eerder had die keuze veel minder voor de hand gelegen en twintig jaar eerder was zij onmogelijk geweest.

Ook in de jaren negentig was de keuze, wat de bestuurlijke boete betreft, overigens nog wel enigszins opmerkelijk. Het CTW-advies en het kabinetsstandpunt daarover bevatten enkele beleidsmatige criteria

441. Zie onder meer G. Knigge, *De verkalking voorbij*, RM Themis 2000, blz. 83. A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Arnhem 1998.

442. Ook in het bestuursrecht niet: C.I., F.G.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten*, diss. UM 2002, Den Haag 2002.

voor de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving.⁴⁴³ Eén daarvan was dat de normovertreding relatief eenvoudig vast te stellen moest zijn. Dat criterium is in de praktijk eigenlijk al vrij snel verlaten. Wij vinden eenvoud althans niet de meest in het oog springende eigenschap van het mededingingsrecht, de telecommunicatiewetgeving of de financiële toezichtswetgeving.

Een ander criterium uit het CTW-advies was dat alleen normen met een geringe morele lading voor handhaving door bestuurlijke boeten in aanmerking zouden komen. Ook dat criterium is niet strikt aangehouden: inmiddels kan bijvoorbeeld ook misbruik van voorwetenschap met een bestuurlijke boete worden afgedaan, hoewel velen met ons zullen vinden dat in ieder geval opzettelijk misbruik van voorwetenschap wel degelijk ook moreel laakbaar is. Hetzelfde geldt voor het ernstig tekortschieten in de voorlichting van consumenten over financiële producten.

Inmiddels zijn de CTW-criteria dan ook achterhaald. De regering heeft in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel vierde tranche Algemene wet bestuursrecht het beleid in deze opnieuw geformuleerd.⁴⁴⁴ In plaats van harde criteria worden daar voornamelijk indicaties pro of contra bestuursrechtelijke handhaving gegeven. Slechts één criterium is echt hard, omdat het rechtstreeks uit art. 113, derde lid, van de Grondwet voortvloeit: als voor een adequate handhaving vrijheidsstraffen nodig zijn, komt uitsluitend het strafrecht in aanmerking.⁴⁴⁵ Van het criterium van de eenvoud wordt zelfs uitdrukkelijk afscheid genomen:

'g. Voorwaarde voor handhaving door bestuurlijke boeten is dat het bestuursorgaan over voldoende deskundigheid beschikt. Dit betekent niet dat uitsluitend eenvoudige normen voor bestuursrechtelijke handhaving in aanmerking komen. Juist als de handhaving specialistische deskundigheid vergt, kan dit een argument zijn om daarmee een gespecialiseerd bestuursorgaan te belasten ...'⁴⁴⁶

In de praktijk zijn het dan ook andere overwegingen geweest, die de wetgever er toe hebben gebracht om bij de instelling van marktmeesters overwegend voor bestuursrechtelijke handhaving te kiezen. Men

443. Zie daarover o.m. N. Verheij, Het wetgevingsbeleid inzake bestuurlijke boeten, in: H. de Doelder, M.E. de Meijer, D. Otto, De bestuurlijke boete in perspectief, Arnhem 1999, blz. 21 e.v..

444. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 118/119.

445. Zie meer in het algemeen M.J.H.T. Rikmenspoel, De bestuurlijke boete en art. 113 Grondwet: een spanningsveld, G.St. 7023, blz. 7.

446. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 119.

bedenke, dat het in veel gevallen om geheel nieuwe handhavingstaken ging (zoals bij de Mw), dan wel de behoefte bestond om de handhaving van bestaande regelingen te intensiveren (zoals in de financiële sector). Gelet op de ernstige overbelasting van de strafrechtsketen wilde Justitie liever handhavingstaken kwijt dan nieuwe handhavingstaken erbij. Omgekeerd zagen de voor de marktautoriteiten verantwoordelijke vakministers een uitgelezen kans om voor het handhavingsbeleid en de inzet van handhavingscapaciteit niet langer afhankelijk te zijn van Justitie.

In theorie was het natuurlijk mogelijk geweest om van de NMa een bijzondere opsporingsdienst te maken en om het geld dat voor de NMa werd uitgetrokken deels te besteden aan uitbreiding van het OM en de rechterlijke macht. Evenzeer was het in theorie mogelijk geweest om binnen het OM mededingingsrechtelijke deskundigheid op te bouwen, zoals het OM dat in de loop der jaren bijvoorbeeld ook op het gebied van het milieurecht heeft gedaan. Voor de rechterlijke macht, tenslotte, maakt het uiteindelijk niet uit of je bestuursrechters of strafrechters moet aantrekken en opleiden. Maar dan had het mededingingsrecht of het effectenrecht of het bankrecht om de prioriteit en de capaciteit moeten concurreren met andere beleidsterreinen en met het commune strafrecht.

De voor veel juristen misschien harde werkelijkheid is, dat – al werd dat natuurlijk niet hardop gezegd – de vakministeries daar niet zoveel vertrouwen in hadden. De opkomst van de marktmeesters begon in een periode waarin het strafrecht in het algemeen en het OM in het bijzonder een crisis doormaakten en bij de vakministeries helaas geen onverdeeld gunstig imago hadden. De vakministers wilden wel extra geld in markttoezicht steken, maar niet het risico lopen dat dat zou weglekken naar bijvoorbeeld de bestrijding van drugscriminaliteit. Zij wilden de zeggenschap over de handhaving liever in eigen hand houden en Justitie werkte daar aan mee omdat het de handen al meer dan vol had.

Er waren natuurlijk ook wel andere argumenten. Men wilde primair het gedrag van ondernemingen reguleren en slechts secundair dat van bestuurders.⁴⁴⁷ Ondernemingen kun je niet opsluiten, dus men was vooral aangewezen op financiële sancties. Tot voor kort bedroeg de maximale strafrechtelijke geldboete een miljoen gulden, afgerond omgezet in 450.000 euro (art. 23, vierde lid, Sr.). Dat is gewoon niet ge-

447. Art. 56, vierde lid, Mw verbiedt uitdrukkelijk de persoonlijke beboeting van bestuurders van ondernemingen. Inmiddels denkt de regering daar overigens al weer anders over: zie het kabinetsstandpunt over de Evaluatie van de Mededingingswet, Kamerstukken II 2003/04, 29 272, nr. 1, blz. 4 en 25.

noeg. Als wij de financiële markten of de telecommunicatiemarkt of fusies en overnames tussen grote ondernemingen met financiële sancties willen reguleren, zullen wij moeten breken met de gedachte dat een miljoen veel geld is. Dat is het in die wereld niet. Natuurlijk hebben wij ook nog de 'pluk ze'-wetgeving, maar de toepassing daarvan stuit ook op de nodige problemen en is in ieder geval zeer bewerkelijk.⁴⁴⁸

5.4 Twee soorten bestuursrechtelijke sancties

Het bestuursrecht maakt traditioneel onderscheid tussen reparatoire en punitieve sancties. Het wetsvoorstel vierde tranche introduceert daarvoor de alternatieve benamingen 'herstelsancties' en 'bestraffen-de sancties'. Daarmee is geen verandering van betekenis beoogd, maar slechts een vervanging van latinismen door Nederlands.

Herstelsancties zijn het traditionele domein van het bestuur. De twee belangrijkste voorbeelden zijn de bestuursdwang (afdeling 5.3 Awb) en de last onder dwangsom (afdeling 5.4 Awb). Zij zijn niet gericht op het bestraffen van de overtreder, maar op het herstel van de rechtmatige toestand. In het milieurecht bijvoorbeeld, is de eerste zorg van het bestuur niet om de overtreder op de vingers te tikken, maar vooral om de rommel op te ruimen. Meer precies definieert art. 5.0.2 van het wetsvoorstel vierde tranche Awb een herstelsanctie als: de bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.

Bestraffende sancties hebben een meer morele lading. Zij bereiken niet rechtstreeks dat de onrechtmatige situatie ongedaan wordt gemaakt, maar vertellen de overtreder dat hij fout zat door hem bewust leed aan te doen. Tot voor kort waren zij in het bestuursrecht relatief zeldzaam.

Over de precieze grens tussen bestraffende en herstelsancties is veel geschreven.⁴⁴⁹ Van de twee voor marktautoriteiten belangrijkste sanc-

448. J.M. Nelen, V. Sabee, Het vermogen te ontnemen, Den Haag (WODC) 1998.

449. Zie onder veel meer B.J. van de Griend, Het oogmerk als ijkpunt, Bestuurlijke sancties in bestuursrechtspraak en wetgevingsadvisering, uitgave Raad van State, Den Haag 2003; C.L.G.F.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten, diss. UM 2002, Den Haag 2002, blz. 23 e.v.; E.E.V. Lenos, Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid, diss. RUL 1998, Lelystad 1998; L.J.J. Rogier, Strafsancties, administratieve sancties en het *una via*-beginsel, diss. EUR 1992, Arnhem 1992. Maar zie ook reeds P. Nicolai, Het tandvlees van het recht, in: *Recht op scherp* ("Duk-bundel"), Zwolle 1984, blz. 3 e.v.

ties is de last onder dwangsom naar heersende leer⁴⁵⁰ een herstelsanctie en de bestuurlijke boete onbetwist een bestraffende sanctie.

Positiefrechtelijk is het onderscheid vooral van belang in verband met art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR. Een bestuurlijke boete levert een 'criminal charge' in de zin van dat artikel op, maar een last onder dwangsom niet. Dat betekent dat het tweede en derde lid van art. 6 EVRM (het vermoeden van onschuld en de rechten van de verdediging) en de tweede en volgende leden van art. 14 IVBPR niet van toepassing zijn op de last onder dwangsom. Belangrijk is met name, dat voor de oplegging van een herstelsanctie geen verwijtbaarheid vereist is. Maar ook de in de genoemde verdragsartikelen neergelegde rechten van de verdediging gelden in beginsel niet voor de last onder dwangsom.

Naar nationaal Nederlands recht ligt het echter juist voor sommige marktautoriteiten anders. In nogal wat wetten, zoals in de Mw, heeft de wetgever er voor gekozen om voor het opleggen van een bestuurlijke dwangsom dezelfde procedure voor te schrijven als voor het opleggen van een bestuurlijke boete (zie art. 59 e.v. Mw). Dat maakt het voor de marktautoriteit mogelijk om in een concrete zaak de keuze tussen beide sancties uit te stellen. Maar omdat de procedure voor de boete moet voldoen aan de verdragsrechtelijke eisen, gelden een aantal van de in het verdrag gewaarborgde rechten naar nationaal recht ook voor de last onder dwangsom.

5.5 De vierde tranche Awb

Op 22 juli 2004 is ingediend een wetsvoorstel tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht).⁴⁵¹ Dit wetsvoorstel is ook voor marktautoriteiten van groot belang, omdat daarin hoofdstuk 5 Awb, inzake bestuurlijke handhaving, wordt herzien en aangevuld. Thans bevat dit hoofdstuk bepalingen over toezicht op de naleving, over bestuursdwang en over de bestuur-

450. Zie P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens, H.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, 2e druk, Deventer 1999. Enkele auteurs hebben verdedigd dat de *in-niing* van een verbeurde dwangsom een bestraffend karakter heeft, omdat deze op zichzelf niet meer bijdraagt aan het beëindigen of voorkomen van de overtreding. Zie onder meer W.G.A. Hazewindus, De administratieve dwangsom: een situatieve én punitieve sanctie, NJB 1992, blz. 1068 en voor een uitvoerige bespreking van de literatuur J.H. Verweij, De bestuurlijke dwangsom, diss. UU 1997, Zwolle 1997; Wij menen met Verweij dat de *in-niing* niet meer is dan een noodzakelijk sluitstuk van de oplegging en deelt in het niet-bestruffende karakter daarvan.

451. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 1-4. Inmiddels heeft de Tweede Kamer ook een Verslag uitgebracht (stuk nr. 5).

lijke last onder dwangsom. Het wetsvoorstel vierde tranche herzielt de bepalingen over de bestuursdwang en de dwangsom en vult het hoofdstuk aan met algemene bepalingen over handhaving (ontwerp-titel 5.1) en met een regeling over de bestuurlijke boete (ontwerp-titel 5.4).

Deze bepalingen verschillen op onderdelen van de bepalingen in de bestaande toezichtswetten. Het is, net als bij eerdere tranches van de Awb, in beginsel de bedoeling dat de Awb-bepalingen de bepalingen in de bijzondere wetgeving zullen gaan vervangen. Er zal de komende jaren dus weer een omvangrijke aanpassingswetgeving tot stand moeten worden gebracht. Omdat dat deels ook een kwestie is van onderhandelingen tussen enerzijds de Ministeries van Justitie en Binnenlandse Zaken en anderzijds de voor de marktmeesters verantwoordelijke vakdepartementen (die daarbij ongetwijfeld ruggespraak zullen houden met de marktmeesters zelf), is thans niet exact te zeggen welke gevolgen dit voor de toezichtswetgeving zal hebben. De ervaring leert, dat er zo her en der in de bijzondere wetgeving wel cens afwijkingen van de Awb blijven bestaan. Ook de vierde tranche zelf kan gedurende de parlementaire behandeling natuurlijk nog wijzigen, al geeft het onlangs uitgebrachte Verslag van de Tweede Kamer geen aanleiding om substantiële koerswijzigingen van de regering te verwachten. Toch zullen wij hierna waar nodig dit wetsvoorstel in onze beschouwingen betrekken.

Overigens zal de vierde tranche ten opzichte van de geldende wetgeving ook weer geen hele grote veranderingen met zich brengen. Voor de bestuurlijke last onder dwangsom zijn de veranderingen meer systematisch en technisch dan principieel. Voor de bestuurlijke boete geldt, dat in veel bestaande toezichtswetten al min of meer op (eerdere versies van) de vierde tranche is vooruitgelopen. Het wetsvoorstel vierde tranche heeft een lange voorgeschiedenis. Reeds in 1999 verscheen een voorontwerp van de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht (commissie-Scheltema).⁴⁵² Bij het opstellen van de bepalingen over de bestuurlijke boete in de bestaande wetgeving hebben de wetgevingsjuristen van de desbetreffende departementen zich vaak op dat voorontwerp georiënteerd. Zelfs daarvoor al zijn elementen van concepten voor de vierde tranche via het ambtelijk overleg met Justitie in de bestaande wetgeving terechtgekomen. Omgekeerd zijn bij het opstellen van bijzondere wetten gevonden oplossingen via datzelfde overleg soms in het wetsvoorstel vierde tranche

452. De reden waarom het zo lang heeft geduurd voor het voorontwerp een wetsvoorstel werd, is niet zozeer inhoudelijk, maar gewoon dat de beschikbare wetgevingscapaciteit na 1999 een aantal jaren vooral is ingezet voor andere grote projecten.

terechtgekomen. In feite is sprake geweest van een voortschrijdend collectief denkproces.

Men moet dan ook niet teveel zoeken achter bijvoorbeeld verschillen tussen het wetsvoorstel Wet op het financieel toezicht⁴⁵³ en het wetsvoorstel vierde tranche. Eerstgenoemd voorstel bevat bijvoorbeeld nog de 'oude' formulering van het zwijgrecht (art. 1:64), die ook in de geldende financiële toezichtswetten voorkomt en afkomstig is uit het voorontwerp vierde tranche, maar afwijkt van de formulering in het wetsvoorstel vierde tranche (art. 5.0.11; zie inhoudelijk par. 5.8)). Dat is niet het gevolg van een stammenstrijd tussen Justitie en Financiën, noch van een gebrek aan afstemming, maar gewoon van een pragmatische keuze: de Wet op het financieel toezicht zou wel eens eerder in werking kunnen treden dan de vierde tranche Awb en het leek praktischer om de overgang naar de nieuwe formulering pas te maken bij inwerkingtreding van de vierde tranche zelf. Gegeven de veelheid van op elkaar ingrijpende wetgevingsprocessen moeten in de wetgevingspraktijk wel vaker dat soort keuzen worden gemaakt.

5.6 Toezicht en onderzoek

5.6.1 Toezicht op de naleving

Wij gaven al aan, dat het begrip toezicht een bron van terminologische verwarring is. De Algemene wet bestuursrecht bevat in afdeling 5.2 (als het wetsvoorstel vierde tranche in werking treedt: titel 5.2) een regeling voor 'Toezicht op de naleving'. Die regeling is opgehangen aan het begrip toezichthouder. Ook dat is in onze context weer verwarrend, want de Awb gebruikt het woord toezichthouder in een andere betekenis dan in de wereld van het markttoezicht gebruikelijk is. In de wereld van het markttoezicht ziet het begrip markttoezichthouder meestal op een bestuursorgaan, de marktautoriteit. Art. 5:11 Awb definieert 'toezichthouder' echter als 'een *persoon*, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het toezicht op het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.'

Afdeling 5.2 Awb is in werking getreden op 1 januari 1998. Zij is bedoeld als harmonisatie van de voorheen in veel wetten voorkomende bevoegdheden van allerlei inspectiediensten. Men denke bij voorbeeld aan de Algemene Inspectiedienst (AID) van het Ministerie van LNV of aan de Keuringsdienst van Waren. Die wetten plachten bevoegdhe-

453. Zoals bijvoorbeeld A.R. Hartmann en L.J.J. Rogier, Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel vierde tranche Awb, NJB 2004, blz. 1877 wel lijken te doen.

den toe te kennen aan de ambtenaren van die diensten, dan wel aan door een bestuursorgaan aan te wijzen ambtenaren, zoals het Wetboek van Strafvordering bevoegdheden toekent aan opsporingsambtenaren.

Sedert 1998 kan de bijzondere wetgever volstaan met te bepalen 'met het toezicht op de naleving van deze wet zijn belast de ambtenaren van ...' dan wel 'de door bestuursorgaan X aangewezen ambtenaren'. Zie bijvoorbeeld art. 50, eerste lid, Mw en art. 1:56 ontwerp-Wet op het financieel toezicht. Uit de Awb volgt dan, dat de aldus aangewezen toezichthouders (in de betekenis van met toezicht belaste ambtenaren) beschikken over een standaardpakket bevoegdheden:⁴⁵⁴

- de bevoegdheid om plaatsen te betreden, met uitzondering van woningen zonder toestemming van de bewoner (art. 5:15 Awb);
- de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen (art. 5:16);
- sinds 1 januari 2005: de bevoegdheid om van personen inzage te vorderen van een identiteitsbewijs (art. 5:16a);
- de bevoegdheid om inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:17);
- de bevoegdheid om zaken te onderzoeken en monsters te nemen (art. 5:18);
- de bevoegdheid om vervoermiddelen te onderzoeken en daartoe voer- en vaartuigen⁴⁵⁵ te doen stilhouden (art. 5:19).

Strafrechtjuristen zullen in dit lijstje, en als zij de wettekst erbij pakken zelfs in de formuleringen, de bevoegdheden van art. 19 tot en met 23 WED herkennen. Wetgeven is intelligent overschrijven, zei een vroegere baas van ons beiden altijd. Maar wel met de nadruk op het bijwoord.

Het bestuursorgaan dat de toezichthouders aanwijst, kan het standaardpakket beperken, hetzij voor alle onder zijn gezag staande toezichthouders, hetzij voor sommigen van hen. Uiteraard kan ook de bijzondere wetgever het standaardpakket beperken of uitbreiden. Zo bepaalt bijvoorbeeld art. 1:57 ontwerp-Wet op het financieel toezicht, dat de door DNB of de AFM aangewezen toezichthouders niet beschikken over de bevoegdheden om zaken en vervoermiddelen te onderzoeken. Dat laatste zal wel veranderen zodra een financieel ondernemer op het idee komt de laptop met belastende informatie in zijn auto te bewaren.

Genoemd artikel illustreert overigens ook hoe ongelukkig het is dat

454. Het meest uitvoerig over deze bevoegdheden O.D.J.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek*, diss. UvA 1999, Nijmegen 1999.

455. De toelichting meldt droogjes: 'Om voor de hand liggende reden is met betrekking tot het doen stilhouden van vervoermiddelen een uitzondering gemaakt voor luchtvaartuigen.' (PG Awb III, blz. 351).

de Wft het woord toezichthouder in een andere betekenis gebruikt dan de Awb. Want er staat in feite dat de Wft-toezichthouders Awb-toezichthouders kunnen aanwijzen. Het was beter geweest als de Wft-wetgever voor marktautoriteit of desnoods toezichtsautoriteit had gekozen.

Grenzen aan de toezichtsbevoegdheden

Toezichthouders in de zin van de Awb mogen hun bevoegdheden slechts uitoefenen voorzover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is (art. 5:13). Ook die formulering is ontleend aan de WED (zie wederom art. 19-23). Erg scherp is deze begrenzing natuurlijk niet. Dat kan ook niet bij bevoegdheden die in zoveel uiteenlopende situaties mochten worden toegepast. Maar zij geeft in ieder geval een richtsnoer, dat door de rechter verder kan worden ingevuld.

Een mooi voorbeeld van dit laatste is een uitspraak van de (civiele) voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag over het maken van zogenaamde 'forensic images' van een aantal harde schijven van computers.⁴⁵⁶ De achtergrond is de volgende. Op 19 en 20 maart 2003 doet de NMa een inval bij de vestiging Gouda van bouwonderneming HBG en vordert inzage in relevante zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:17 Awb). Die zitten tegenwoordig natuurlijk niet alleen in papieren dossiermappen, maar ook en vooral in digitale bestanden. De NMa vraagt en krijgt dus toegang tot het bedrijfsnetwerk. Omdat men niet ter plekke de in het kader van het onderzoek relevante van de niet-relevante bescheiden kan onderscheiden, kopieert de NMa een aantal complete harde schijven. Sterker nog, men maakt met behulp van speciale software zogenaamde 'forensic images'. Dit komt er op neer, dat de NMa ook verwijderde, maar nog niet overschreven bestanden kan zien.⁴⁵⁷ De NMa verkrijgt dus veel meer gegevens dan redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van haar taak. Zij verkrijgt ook bedrijfs-correspondentie die niets te maken heeft met het kartel waarvan de onderneming wordt verdacht deel uit te maken. Zij verkrijgt zelfs de liefdesbrieven die de secretaresse eventueel in de tijd van de baas heeft

456. Vznr. Rb. Den Haag 9 april 2003, AB 2003, 199 m.nt. OJ.

457. Als u met uw tekstverwerkingsprogramma o.i.d. een bestand verwijdert, verwijdert u niet het bestand zelf, maar alleen de vermelding van de vindplaats in de boekhouding van uw harde schijf. Met andere woorden: de desbetreffende sectoren van uw harde schijf worden aangemerkt als leeg en kunnen dus worden overschreven. Maar zolang dat laatste niet gebeurt, blijft het oude bestand gewoon staan; u kunt het alleen niet meer vinden. En met de gigantische omvang van hedendaagse harde schijven kan het vrij lang duren voordat een verwijderd bestand wordt overschreven.

zitten schrijven of misschien wel de porno die de directeur stiekem heeft zitten downloaden. Bovendien: de NMa verkrijgt meer dan HBG zelf heeft, want HBG beschikt niet over de software die nodig is om een 'forensic image' te maken en reeds verwijderde bestanden te openen.

HBG vindt dit te ver gaan en vordert in civiel kort geding teruggave van alle, subsidiair alle elektronische, kopieën die de NMa heeft gemaakt. Dit leidt tot een fraaie uitspraak van de voorzieningenrechter. Deze acht het in strijd met art. 5:17 Awb dat de NMa over meer informatie beschikt dan HBG zelf. Maar hij heeft er ook begrip voor dat de NMa niet ter plekke kan bepalen welke bestanden voor haar onderzoek relevant zijn. Daarom oordeelt hij dat de NMa op zichzelf wel een 'forensic image' mag maken, maar vervolgens enkele regels in acht moet nemen. De NMa moet HBG de naam van een leverancier van haar software verschaffen, zodat HBG kan nagaan tot welke informatie de NMa toegang heeft. Voorts moet de NMa een vertegenwoordiger van HBG in de gelegenheid stellen bij het doorzoeken van het 'forensic image' aanwezig te zijn, dan wel HBG op de hoogte stellen van de bij het onderzoek gebruikte zoektermen.

Jansen⁴⁵⁸ vindt deze uitspraak nogal ver gaan, omdat zij HBG de mogelijkheid biedt om bij de NMa in de keuken te kijken. Zijn alternatief, dat de NMa de onderneming een gedetailleerde opgave doet van de met de speciale software gevonden bestanden, komt echter op hetzelfde neer, maar dan op een minder praktische wijze (het kan om enorme aantallen bestanden gaan). Bovendien kan de onderneming dan niet controleren of de lijst volledig is. Wij vinden daarom dat de voorzieningenrechter met deze uitspraak juist een mooi evenwicht heeft gevonden tussen de onderzoeksbelangen van de NMa en de belangen van de onderzochte onderneming. Dat is in wezen een toepassing van de redelijkheidsnorm van art. 5:13, al noemt de voorzieningenrechter die in de haast⁴⁵⁹ niet eens. Anders dan Blomberg⁴⁶⁰ achten wij de handelwijze van de NMa dan ook niet in strijd met art. 5:13, al willen wij haar wel toegeven dat de wetgever er goed aan zou doen art. 5:17 (inzage in gegevens en bescheiden), nog eens te overdenken in het licht van de huidige stand der technologie.

458. Noot in AB 2003, 199.

459. De inval was op 19 en 20 maart 2003, de dagvaarding was van 26 maart, de zitting op 3 april en de uitspraak van 9 april.

460. A.B. Blomberg, *Handhaven binnen EVRM-grenzen*, preadvies VAR 2004, VAR-geschrift 132, Den Haag 2004, blz. 149.

Knelpunten bij de rechtsbescherming tegen toezichtshandelen

Er doen zich bij de rechtsbescherming tegen toezichtshandelen echter wel twee knelpunten voor. In de eerste plaats staat tegen toezichtshandelingen als zodanig geen rechtsbescherming bij de bestuursrechter open. Dat was ook de reden waarom HBG zich tot de civiele kort-geding-rechter moest wenden. Als de uitoefening van de toezichtsbevoegdheid tot een sanctiebesluit leidt, kan de rechtmatigheid van het toezicht in dat kader bij de bestuursrechter aan de orde worden gesteld. Maar dat sanctiebesluit komt soms pas na geruime tijd of zelfs helemaal niet. De bestuursrechter heeft dus relatief weinig gelegenheid om de redelijkheidsnorm verder uit te werken. Wij komen hier op in hoofdstuk 6 op terug.

In de tweede plaats betekent onrechtmatig gebruik van toezichtsbevoegdheden niet noodzakelijkerwijs dat een op de aldus verkregen informatie gebaseerd besluit ook onrechtmatig is. Het bestuursrecht kent niet of nauwelijks wettelijk bewijsrecht en ook het ongeschreven bewijsrecht is zwak ontwikkeld.⁴⁶¹ Er is dus ook geen uitgewerkt leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs.⁴⁶² Vaste rechtspraak is, dat het enkele feit dat bewijs onrechtmatig is verkregen, niet zonder meer betekent dat het bestuur het niet mag gebruiken. Dat is slechts anders als het gebruik van de informatie onbehoorlijk bestuur zou opleveren.⁴⁶³

Voor veel bestuursbesluiten is die regel wel begrijpelijk, omdat daarbij het bereiken van een bepaald resultaat voorop staat. Als ergens illegaal gevaarlijk vuurwerk ligt opgeslagen, moet dat weg, ook als het bestuur het op onrechtmatige wijze heeft ontdekt. Een belasting-schuld moet worden betaald, ook al heeft de fiscus bij het opsporen van uw zwarte geld onrechtmatig gehandeld. Als voedsel onveilig is, moet het hoe dan ook de winkels uit, ook al zijn de monsters niet helemaal volgens de regels genomen.⁴⁶⁴ Zo kan men ook verdedigen, dat bijvoorbeeld misbruik van een economische machtspositie moet ophouden, ook al is de NMa niet helemaal zuiver aan het bewijs voor dat misbruik gekomen.

461. Maar zie voor belangrijke aanzetten tot verdere ontwikkeling A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht*, diss. EUR 1998, Arnhem 1998; Y. E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in een bestuursrechtelijke context*, NTB 2004, 1 en dez., *Besluit gevraagd, bewijslast gekregen. De bewijslastverdeling bij het besluit op aanvraag*, JBPlus 2004/3, blz. 213.

462. M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting*, diss. UT, Deventer 2003.

463. HR 1 juli 1992, BNB 1992, 306.

464. Iets anders is, dat het schenden van die regels onder omstandigheden zou kunnen meebrengen dat niet komt vast te staan dat het voedsel onveilig is.

Naar ons oordeel wordt het echter anders, als er bestraffende sancties worden opgelegd. Wij zien, mede in het licht van art. 6 EVRM⁴⁶⁵, niet, waarom dan in het bestuursrecht iets anders zou moeten gelden dan in het strafrecht. De bevoegdheid om te straffen is naar haar aard ingrijpend en dat is zij zeker in het economisch bestuursrecht met zijn soms zeer hoge boeten. De ten behoeve daarvan toegekende toezichtsbevoegdheden kunnen eveneens zeer ingrijpend zijn. Het risico van bewijsuitsluiting is een nuttige prikkel voor toezichthouders om zorgvuldig met hun bevoegdheden om te gaan.

Art. 5:13 Awb vormt niet de enige grens voor de toezichthouder. Uit het arrest-Colas Est van het EHRM⁴⁶⁶ blijkt dat ook art. 8 EVRM grenzen stelt, zij het ruime. Het arrest betrof een grootschalige inval bij een bedrijf door de Franse mededingingsautoriteit. Daarbij werden zeer grote hoeveelheden documenten meegenomen. Het EHRM stelt voorop, dat art. 8 EVRM niet alleen woningen, maar ook bedrijfsruimten een zekere bescherming biedt, waarmee overigens niet is gezegd dat deze bescherming dezelfde omvang heeft als bij woningen. Dit betekent dat zowel de regeling van de toezichtsbevoegdheden in abstracto als de uitoefening daarvan in concreto in overeenstemming moet zijn met de beperkingsclausule van het tweede lid van art. 8 EVRM. In de zaak Colas Est was dat niet het geval. Daarbij speelde een belangrijke rol dat de Franse mededingingsautoriteit destijds nog optrad op grond van een oude wet uit 1946, die aan de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen geen enkele inhoudelijke grens stelde, noch enige procedurele waarborg bood.

In de literatuur is enige discussie geweest over de vraag of het Nederlandse recht op dit punt wel EVRM-proof is.⁴⁶⁷ Daarbij is er op zichzelf terecht op gewezen dat ook het Nederlandse recht geen procedurele waarborgen vooraf biedt. Maar dat stelt het Hof ook niet als absolute eis: het was een van de factoren die bijdroegen aan het oordeel dat art. 8 EVRM in concreto was geschonden. Maar ook het gebrek aan materiële normering speelde een rol, terwijl ook twijfel doorklinkt

465. M. Embregts, De invloed van de Straatsburgse jurisprudentie op de bewijsuitsluitingsregel, NJCM-bulletin 2004/5, blz. 651.

466. EHRM 16 april 2002, NJ 2003, 452 m.nt. P.J.P. Tak en E.J. Dommering; AB 2002, 277 m.nt. OJ.

467. Zie de zojuist aangehaalde noten en onder meer ook G. van der Wal, Het kantoor als woning, NTER 2002, blz. 191; T. Barkhuysen, Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van art. 8 EVRM?, NTB 2002, blz. 236. Zie ook T. Barkhuysen, Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht, preadvies VAR 2004, VAR-geschrift 132, Den Haag 2004, blz. 11 e.v.; A.B. Blomberg, Handhaven binnen EVRM, grenzen, idem blz. 136 e.v.

of de inval in concreto niet disproportioneel was. Het was typisch zo'n arrest over een extreme casus, waaraan niet te snel algemene conclusies kunnen worden verbonden.

Voorts voorziet de Nederlandse wet wel in enige materiële normering, namelijk de evenredigheids eis en is er enige rechtsbescherming, namelijk de mogelijkheid van een civiel kort geding. Het zou ook ondoenlijk zijn als iedere toezichthouder voor iedere routinecontrole een rechterlijke machtiging nodig zou hebben. Met onder meer Blomberg⁴⁶⁸ menen wij dan ook, dat uit het arrest niet de conclusie kan worden getrokken dat de regeling in de Awb in strijd met art. 8 EVRM is. Maar als ons in hoofdstuk 6 te ontwikkelen voorstel voor de verbetering van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming bij toezichtshandelingen zou worden gevolgd, zouden wij wel wat meer aan de veilige kant zitten.

De medewerkingsplicht

Art. 5:20 Awb verplicht een ieder een toezichthouder de medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen. Het niet verlenen van deze medewerking levert het delict van art. 184 WvSr op. De Awb-wetgever vond dat destijds voldoende sanctionering. Diverse markttoezichthouders hebben echter de bevoegdheid gekregen om bij niet-naleving van de medewerkingplicht een bestuurlijke boete op te leggen. Dat geschiedde voor het eerst in art. 69 Mw. De maximale boete is per 1 augustus 2004 enorm verhoogd, van € 4500 naar € 450 000 of 1% van de omzet van de onderneming.⁴⁶⁹ De redenering was dat, nu het strafrecht in de Mw geen enkele rol meer speelt, het onhandig zou zijn als men voor handhaving van de medewerkingplicht wel afhankelijk zou zijn van het strafrecht. Anders gezegd, de NMa wil ook de medewerkingplicht zelf kunnen handhaven. Daar zit wel iets in. Wij achten het ook wel aanvaardbaar, gelet op de door art. 3, tweede lid, Mw (en na inwerkingtreding van de vierde tranche door art. 10:3, vierde lid, Awb) gewaarborgde functiescheiding tussen de toezichthouder die de niet-medewerking constateert en degene die de boete oplegt.

De medewerkingsplicht geldt niet voor degene die uit hoofde van hun ambt, beroep of bedrijf een geheimhoudingsplicht hebben, voor-

468. T.a.p. Ook Rb. Rotterdam 18 juni 2003, LJN-nr. AH9702, acht de Nederlandse regeling niet in strijd met art. 8 EVRM.

469. Dit was al aangekondigd in het kabinetsstandpunt over de Evaluatie van de Mededingingswet, (Kamerstukken II 2003/04, 29 272, blz. 26), maar de Tweede Kamer wilde daar niet op wachten en regelde het bij amendement op de Wet Modernisering EG-mededingingsrecht (Stb. 2004, 345) (amendement-Heemskerk, Kamerstukken II 2003/04, 29 276, nr. 11).

zover medewerking deze geheimhoudingsplicht zou schenden. De advocaat hoeft dus ook de toezichthouder niet te vertellen wat zijn cliënt hem heeft verteld. Art. 51 Mw breidt dit 'legal privilege' uit tot correspondentie tussen de advocaat en de onderneming, die zich bij de onderneming bevindt, maar die de advocaat niet zou hoeven verstrekken. Deze bepaling is ontleend aan het Europese mededingingsrecht. Zij zou naar ons oordeel ook in andere markttoezichtswetten niet misstaan. Dat is ook een vorm van 'checks and balances': in de praktijk heeft een onderneming veelal professionele rechtsbijstand nodig om zich enigszins adequaat tegen de macht van de marktmeester te kunnen verweren.⁴⁷⁰ De advocaat kan die rechtsbijstand niet goed verlenen, als zijn cliënt hem niet in vertrouwen durft te nemen.

5.6.2 Onderzoek

De Mw kent naast het toezicht op de naleving ook het begrip onderzoek (zie art. 52-55 Mw). Dat is destijds bedoeld als een poging om een bestuursrechtelijk equivalent van het begrip opsporing te creëren.⁴⁷¹ Het keert in andere wetten op het gebied van het markttoezicht niet terug en evenmin in andere wetten die een bestuurlijk boete kennen. Ook in de Mw stelt het eigenlijk weinig voor. De paragraaf 'onderzoek' (paragraaf 6.2) van de Mw beslaat maar vier artikelen (52-55). Het eerste bepaalt dat de ambtenaren die met het toezicht zijn belast, ook met het onderzoek zijn belast en bij dit laatste hun toezichtsbevoegdheden mogen gebruiken, zij het onder de in die paragraaf gestelde beperkingen. Maar de desbetreffende paragraaf bevat maar één beperking (art. 53 Mw). Dat is het zwijgrecht van de vermoede overtreder en de daarmee corresponderende cautieplicht van de NMa. Beide zijn naar het voorbeeld van het strafrecht en het Europese mededingingsrecht gekoppeld aan 'een redelijk vermoeden van een overtreding'. Maar daarvoor is het begrip onderzoek niet nodig. Voorzover de bedoeling is om, ter harmonisatie met het gemeenschapsrecht, het beginpunt in de tijd van het zwijgrecht en de cautieplicht op een eerder moment te leggen dan uit art. 6 EVRM volgt (zie par. 5.8) had dat ook zonder het begrip onderzoek gekund.

470. In theorie mag men in het bestuursrecht nog altijd zonder professionele rechtsbijstand procederen. Maar in de wereld van het markttoezicht is dat veelal inderdaad niet meer dan grauwe theorie.

471. Het is afkomstig uit een begin jaren negentig opgesteld, maar nooit ingediend wetsvoorstel bestuurlijke boeten visserij. Daarover H. de Doelder, L.J.J. Rogier, Bestuursboeten in de visserij, in: H. de Doelder, L.J.J. Rogier (red.), Opstellen over bestuursstrafrecht, Arnhem 1994, blz. 141. Zie ook Jansen 1999, blz. 97 e.v.

Daarnaast kent de Mw voor de onderzoeksfase nog een enkele extra bevoegdheid aan de toezichthouders toe. De bedoeling is kennelijk geweest, dat ook die bevoegdheden pas bestaan als er een redelijk vermoeden van een overtreding bestaat, maar dat staat er eigenlijk niet. Voorts zijn extra bevoegdheden waarover de NMA in de onderzoeksfase beschikt nogal beperkt. Art. 54 geeft toezichthouders de bevoegdheid om bedrijfsruimten en voorwerpen tussen 18.00 en 8.00 te verzegelen. Daarbij is kennelijk gedacht aan de situatie, dat een onderzoek meer dan één dag vergt. Naar aanleiding van de evaluatie van de Mw heeft de regering voorgesteld, de beperking in de tijd van deze verzegelingsbevoegdheid te laten vervallen. Dat is bedoeld om te voorkomen dat op de zevende verdieping van een bedrijfspand documenten worden vernietigd, terwijl de NMA op de derde verdieping aan het zoeken is. Wij denken bij nader inzien, dat het beter is om die bevoegdheid in de Awb aan alle toezichthouders toe te kennen.

Art. 55 Mw bepaalt voorts, dat toezichthouders van de NMA in de onderzoeksfase hun bevoegdheid tot het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden zo nodig kunnen uitoefenen met behulp van de sterke arm. Dat wil zeggen: met hulp van de politie, die daarbij zonodig zelf (proportioneel!) geweld mag gebruiken. De toelichting noemt het voorbeeld van het openbreken van laden of kasten.⁴⁷² Dat is een aanvulling op de Awb. De Awb voorziet slechts bij de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen expliciet in hulp van de sterke arm.⁴⁷³ De toezichthouder kan deze hulp inroepen om zich daadwerkelijk toegang tot de plaats te verschaffen (art. 5:15, tweede lid). Dat betekent dat de politie zonodig bijvoorbeeld een deur mag openbreken.

Echter ook voor deze 'extra' bevoegdheid was de introductie van het begrip onderzoek niet nodig. Men had de bevoegdheid ook gewoon rechtstreeks kunnen koppelen aan een redelijk vermoeden van een overtreding. Onze conclusie is dan ook, dat het hele begrip onderzoek kan worden gemist en daarom in andere bestuurlijk boete-wetten terecht niet terugkeert. De verzegelingsbevoegdheid zou aan alle toezichthouders moeten toekomen en het zwijgrecht en eventuele bij-

472. Kamerstukken II 1995/1996, 24 707, nr. 3, blz. 85.

473. Dit betekent niet, dat bij andere toezichtsbevoegdheden geen enkele bijstand van de politie mogelijk is. De Awb-wetgever gaat er namelijk van uit, dat het niet voldoende aan een rechtmatige vordering van een toezichthouder het delict van art. 184 Sr. oplevert. Een toezichthouder zou bij actief verzet dus aan de politie kunnen verzoeken om degenen die zich verzetten aan te houden. In de context van de Mw gaat dit echter niet op, omdat art. 69 Mw art. 184 Sr. buiten toepassing verklaart.

stand van de politie kunnen ook zonder het begrip onderzoek adequaat worden gericgeld.⁴⁷⁴

5.6.3 Bevoegdheden van de marktmeester zelf

Tot zover ging het over bevoegdheden die toekomen aan door de marktmeester aangestelde toezichthouders. Zoals eerder opgemerkt, worden daarnaast vaak bevoegdheden tot informatievergaring toegekend aan de marktmeester zelf. De belangrijkste is vooral de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen. Zie bijvoorbeeld art. 1:71, eerste lid, ontwerp-Wft. Wij menen, dat daar niets tegen is. De bevoegdheid van art. 5:16 Awb bedoelt aan te geven, dat een daartoe aangewezen ambtenaar die ter controle op bezoek is bij een bedrijf, ter plekke vragen moet kunnen stellen, die medewerkers van het bedrijf moeten beantwoorden. Maar zij beoogt natuurlijk niet te verhinderen, dat de marktmeester zelf een brief aan het bedrijf stuurt met een verzoek om inlichtingen. Het is terecht, dat de wetgever beide nodig acht.

Wel een vraagpunt is, of tegen zo'n brief beroep bij de bestuursrechter mogelijk is. Zie daarvoor hoofdstuk 6.

5.6.4 Tendens tot uitbreiding

Sommige markttoezichthouders hebben nog andere bevoegdheden om informatie te vergaren. Zo heeft de NMa inmiddels de bevoegdheid om ten behoeve van de toepassing van het Europese mededingingsrecht woningen te betreden (art. 89c Mw). Deze bevoegdheid vloeit voort uit art. 21, eerste lid, van Verordening 1/2003. Daarvoor is wel een machtiging van de rechter-commissaris in strafzaken van de rechtbank Rotterdam vereist. Naar aanleiding van de evaluatie van de Mw en de bouwfraude heeft de regering het standpunt ingenomen dat deze bevoegdheid ook voor het Nederlandse mededingingsrecht wenselijk is.⁴⁷⁵ Wij kunnen daarvoor op zichzelf begrip hebben, maar de vraag dringt zich wel op, of wij bij de toepassing van dergelijk ingrijpende dwangmiddelen toch niet terug moeten naar de traditionele waarborgen van het strafrecht. Daarover nader in paragraaf 5.10.

474. In dezelfde zin reeds Jansen 1999, blz. 231, aanbeveling h.

475. Kabinetstandpunt Evaluatie mededingingswet, Kamerstukken II 2003/04 29 272, nr. 1, blz. 23.

5.7 De bestuurlijke last onder dwangsom

5.7.1 Algemeen

De bestuurlijke dwangsom deed voor het eerst zijn intrede in ons bestuursrecht in het milieurecht, om precies te zijn in 1981 in de toenmalige Hinderwet.⁴⁷⁶ Zij was aanvankelijk bedoeld als alternatief voor de oudste bestuursrechtelijke sanctie, de bestuursdwang. Bestuursorganen zijn meestal niet dol op bestuursdwang: het is vaak bewerkelijk, het risico bestaat dat de kosten niet kunnen worden verhaald en men is ook bevreesd voor aansprakelijkheid bij onjuiste uitvoering van de bestuursdwang. Daarom is de dwangsom ooit als alternatief bedacht.

Aanvankelijk was de last onder dwangsom tamelijk omstreden: sommigen waren bevreesd dat overtredingen op deze manier zouden kunnen worden afgekocht. Dat is overigens niet waar: als de overtreding na verbeurte van de maximale dwangsom voortduurt, kan er gewoon opnieuw een herstelsanctie worden opgelegd. Hoe dit zij, de wetgever vond het kennelijk een goed instrument, want de dwangsom werd via de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne (de voorloper van de Wet milieubeheer) uitgebreid naar het gehele milieurecht. Vervolgens werd de last onder dwangsom als alternatief voor bestuursdwang op 1 januari 1994 opgenomen in de Provincie-, Gemeente en Waterschapswet. Vier jaar later werd die regeling overgebracht naar hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht.

Ook in de Awb is de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom tot op heden gekoppeld aan de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang (art. 5:32, eerste lid, Awb). Maar op de dag dat hoofdstuk 5 Awb in werking trad, introduceerde de Mw een zelfstandige bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom, die niet gekoppeld is aan een bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang. Daarna zijn vele wetten gevolgd, juist op het gebied van het markttoezicht. Men zie bijvoorbeeld de telecommunicatiewetgeving en de financiële toezichtswetgeving. De Awb-bepalingen over de last onder dwangsom zijn daarop van overeenkomstige toepassing verklaard.⁴⁷⁷ In het wetsvoorstel vierde

476. Zie voor deze voorgeschiedenis J.H. Verweij, *De bestuurlijke dwangsom*, diss. UU 1997, Zwolle 1997.

477. Men kan er over twisten of dat nodig was. Maar omdat er enige twijfel bestond of afdeling 5.4 Awb rechtstreeks van toepassing was op de zelfstandige dwangsom, is er zekerheidshalve voor gekozen om uitdrukkelijk te bepalen dat zij grotendeels van overeenkomstige toepassing was.

tranche wordt de volgende stap gezet: erkend wordt dat er naast van een bestuursdwangbevoegdheid afgeleide ook zelfstandige dwangsombevoegdheden bestaan.⁴⁷⁸

Inmiddels is de toepassing van de bestuurlijke last onder dwangsom in zowel de Mw⁴⁷⁹ als in de financiële toezichtswetgeving⁴⁸⁰ geëvalueerd. Daaruit blijkt dat de last onder dwangsom regelmatig wordt toegepast. DNB, de voormalige Pensioen- en Verzekeringskamer en de AFM doen dat vooral om verplichtingen tot informatieverstrekking af te dwingen. De NMa heeft ook meer materiële inbreuken met een dwangsom gesanctioneerd. In de befaamde 'zaak 1' werden bijvoorbeeld de NOS en HMG verplicht om programmegegevens aan De Telegraaf te verstrekken. Die dwangsom is uiteindelijk in hoger beroep vernietigd, maar dat kwam omdat de rechter oordeelde dat van misbruik van een economische machtspositie geen sprake was.⁴⁸¹

Voor het overige heeft de dwangsom in de sfeer van het markttoezicht nog niet veel jurisprudentie opgeleverd. Ook uit de evaluaties komen geen echte knelpunten naar voren. De enige verandering die voor de Mw wordt voorgesteld is om de schorsende werking van het beroep tegen een last onder dwangsom op te heffen.⁴⁸² Die is er ook min of meer per ongeluk ingekomen, als gevolg van het op één hoop gooien van de dwangsom en de bestuurlijke boete. In het overige bestuursrecht heeft het beroep tegen een last onder dwangsom doorgaans ook geen schorsende werking.

5.7.2 De vierde tranche Awb: de invorderingsbeschikking

De vierde tranche van de Awb herschrijft de bepalingen over de dwangsom, maar zal voor de wereld van het markttoezicht ook geen grote veranderingen meebrengen. Naast de reeds aangestipte erkenning van de zelfstandige dwangsom is de belangrijkste verandering de

478. Zie de memorie van toelichting, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 104.

479. Kabinetsstandpunt evaluatie Mededingingswet, Kamerstukken II 2003/04, 29 272, nr. 1; de achterliggende onderzoeksrapporten zijn te vinden op www.nma-net.nl; bijlage 3 is het eindrapport van het juridisch deelonderzoek, van de hand van P.J. Slot, W.B. van Bockel, J.E.M. Polak, W. den Ouden en K.M. Westra.

480. Kabinetsstandpunt evaluatie van de Wet tot invordering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving, Kamerstukken II 2003/04, 29 370, nr. 1.

481. Zie CBb 15 juli 2004, LJN-nr. AQ1727.

482. Kabinetsstandpunt evaluatie Mededingingswet, Kamerstukken II 2003/04, 29 272, nr. 1, blz. 27.

introductie van de zogenaamde invorderingsbeschikking.⁴⁸³ Het wetsvoorstel vierde tranche bepaalt in art. 5:37, eerste lid, dat een bestuursorgaan pas kan aanmanen tot betaling van een dwangsom, nadat het een beschikking omtrent de invordering heeft gegeven. Het tweede lid bepaalt, dat ook op verzoek van een belanghebbende een beschikking omtrent de invordering moet worden gegeven.

De achtergrond hiervan is de volgende. Dwangsommen worden van rechtswege verbeurd als de last niet of niet tijdig wordt nageleefd. Om die reden wordt een beslissing omtrent het al dan niet invorderen van een dwangsom thans niet als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb aangemerkt. Dit heeft twee nadelen. In de eerste plaats betekent het, dat een eventueel geschil over de vraag of er nu wel een dwangsom is verbeurd of over de hoogte van het verbeurde bedrag niet bij de bestuursrechter terechtkomt, maar bij de civiele rechter via een verzetsprocedure. Dat is systematisch niet juist en ook onhandig, zeker ook in de sfeer van het markttoezicht. Daar is het veelal een gespecialiseerde bestuursrechter – de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven – die desgevraagd moet beoordelen of de last onder dwangsom terecht is opgelegd en dus ook of de daaraan ten grondslag liggende overtreding inderdaad heeft plaatsgevonden. Maar als moet worden beoordeeld of diezelfde overtreding voortduurt of is herhaald, staat die gespecialiseerde bestuursrechter plotseling buitenspel.⁴⁸⁴ De invorderingsbeschikking schept een rechtsingang bij de bestuursrechter. Deze beschikking heeft overigens een declaratoir karakter: de dwangsommen worden nog steeds van rechtswege verbeurd, maar straks wordt bij appellabele beschikking⁴⁸⁵ vastgesteld of en zo ja wanneer dat is gebeurd. De (vermeende) overtreder kan deze beschikking vervolgens desgewenst bij de bestuursrechter aanvechten.

Het tweede nadeel speelt tot dusver vooral in het omgevingsrecht. Daar komt het wel eens voor dat een bestuursorgaan dat zich klem voelt zitten tussen bijvoorbeeld enerzijds de belangen van een bedrijf dat milieuregels overtreedt en anderzijds de omwonenden die daarvan

483. Het wetsvoorstel bouwt hier voort op een onderzoek van A.B. Blomberg, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Handhaving van milieurecht onder de vierde tranche Awb*, Den Haag (Ministerie van VROM), 2001.

484. Op rechtbankniveau is dat desnoods nog met enige kunst en vliegwerk op te lossen: een lid van de Rotterdamse kamer kan desnoods met zijn pct van rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Groningen of Maastricht een invorderingsgeschil behandelen. Maar in hoger beroep werkt zelfs die truc niet meer en handig is het sowieso niet.

485. Het gaat dus in wezen om een beslissing die door wetsduiding tot appellabele beschikking is bestempeld.

hinder ondervinden, probeert de kool en de geit te sparen door wel een dwangsom op te leggen, maar vervolgens geen haast te maken met invorderen, hoewel de overtreding voortduurt of wordt herhaald. Naar huidig recht hebben ook de omwonenden dan geen rechtsingang bij de bestuursrechter. In de toekomst zullen zij een invorderingsbeschikking kunnen uitlokken, die zij dan vervolgens eventueel bij de bestuursrechter kunnen aanvechten.

Tot dusver zijn ons uit de sfeer van het markttoezicht geen voorbeelden van een vergelijkbare problematiek bekend. Maar denkbaar is bijvoorbeeld, dat tussen de NMa en de benadeelde concurrent van een onderneming waaraan een last onder dwangsom is opgelegd, een geschil ontstaat over de vraag of die last correct is uitgevoerd. De regeling van de vierde tranche brengt mee, dat ook zo'n geschil in de toekomst aan de bestuursrechter zal kunnen worden voorgelegd.

Zoals wel vaker in het recht, roept deze oplossing ook weer een probleem op: het zal straks gemakkelijk kunnen voorkomen, dat een invorderingsbeschikking moet worden gegeven, terwijl er nog een procedure tegen de last onder dwangsom zelf aanhangig is. Daarom bepaalt art. 5:39, dat een bezwaar, beroep of hoger beroep tegen een last onder dwangsom geacht wordt zich mede te richten tegen een op die last gebaseerde beschikking die strekt tot invordering, voorzover deze wordt betwist. Dat is met name van belang als de last onder dwangsom in stand blijft, want als deze wordt vernietigd, vervalt de invorderingsbeschikking sowieso (art. 5:38). Maar in het eerste geval kan de rechter desgewenst meteen beoordelen, of inmiddels inderdaad dwangsommen zijn verbeurd. Deze constructie is ontleend aan art. 6:19 Awb, dat in de kern regelt dat een beroep tegen een besluit geacht wordt zich mede te richten tegen een hangende dat beroep plaatsvindende wijziging of intrekking van dit besluit.

5.7.3 De voorlopige last onder dwangsom

De Mw kent in art. 83 nog een figuur die in het algemeen bestuursrecht niet voorkomt en ook niet in andere toezichtswetgeving: de zogenaamde voorlopige last onder dwangsom.⁴⁸⁶ Deze benaming is ongelukkig. De last is niet voorlopig, maar gebaseerd op een voorlopig oordeel van de NMa dat het kartelverbod of het verbod van misbruik van een economische machtspositie is overtreden. Zij kan worden uitgevaardigd als onverwijlde spoed dit eist, gelet op de belangen van de door de

486. Zie daarover P.J.M. Koning, *De voorlopige last onder dwangsom*, M & M 2000, blz. 118.

overtreding getroffen ondernemingen of het belang van instandhouding van daadwerkelijke mededinging.

Het spreekt vanzelf, dat dit een zeer ingrijpende bevoegdheid is: aan een onderneming kan een potentieel vérgaande last worden opgelegd, terwijl het onderzoek naar de beweerde inbreuk op het mededingingsrecht nog niet eens is afgerond. De bevoegdheid zal daarom met grote voorzichtigheid moeten worden gehanteerd. Er zullen toch op zijn minst zeer sterke aanwijzingen voor een inbreuk moeten zijn, alsmede een evidente noodzaak om onmiddellijk in te grijpen, bijvoorbeeld omdat de betrokken onderneming op korte termijn een concurrent van de markt dreigt te drukken. Dat was de situatie die aan de orde was in zaak 3125, NHA v. LOI en in zaak 803 (Audax v. Edipress) waarin de dg-NMa inderdaad een voorlopige last onder dwangsom heeft opgelegd.⁴⁸⁷

Maar ook dan geldt: als een oordeel voorlopig is, valt principieel nooit uit te sluiten dat het definitieve oordeel anders is. Dat laatste betekent dan niet per definitie dat de voorlopige last onrechtmatig was. Het is denkbaar dat de NMa ten tijde van de voorlopige last in redelijkheid tot het oordeel kon komen dat een inbreuk aannemelijk was, terwijl enige tijd later informatie boven tafel komt, waaruit blijkt dat er toch geen inbreuk was. Dan zal van groot belang zijn, aan wie het ligt dat de informatie niet eerder boven tafel is gekomen.

Het lijkt ons dan ook terecht dat, naar uit de evaluatie van de Mededingingswet blijkt dat dg-NMa tot dusver een zeer terughoudend gebruik heeft gemaakt van de voorlopige last onder dwangsom.⁴⁸⁸ De oproep van het kabinet om deze terughoudendheid te laten varen, lijkt ons dan ook niet verstandig.⁴⁸⁹

5.8 De bestuurlijke boete

Hiervoor (par. 5.2 en 5.3) hebben wij reeds kort de opkomst van de bestuurlijke boete in ons recht geschetst. In deze paragraaf behandelen wij enkele specifieke vraagpunten, die (ook) voor het markttoezicht van belang zijn.

487. Besluit van 11 augustus 2003, zaak 3125, en besluit van 12 augustus 1998, zaak 803, te vinden op www.nmanet.nl.

488. De twee genoemde besluiten zijn de enige twee die wij op de website van de NMa hebben kunnen vinden.

489. Kabinetsstandpunt evaluatie Mededingingswet, Kamerstukken II 2003/04, 29 272, nr. 1, blz. 22/23.

De verhouding tot het strafrecht

Het CTW-advies van 1994 onderscheidde twee modellen voor een regeling van de bestuurlijke boete. Twee nu maar even niet nader te noemen ambtenaren hebben daar destijds de buitengewoon fantasievolle namen 'Model A' en 'Model B' voor bedacht. Die modellen verschilden op twee punten:

- In model A waren de bestuurlijk beboetbare feiten niet langer strafbaar, in model B bleef de mogelijkheid van strafrechtelijke afdoening open.
- In model A golden vaste tarieven voor de hoogte van de boete, in model B slechts maxima.

Het eerste model – uitsluiting van het strafrecht en vaste tarieven – was ontleend aan de Wet Mulder. Het tweede model – samenloop met het strafrecht en alleen maxima – was ontleend aan het belastingrecht. In de praktijk komen inmiddels ook mengvormen voor. De Mw sluit toepassing van het strafrecht geheel uit, maar kent geen vaste boetetarieven. Omgekeerd kent de financiële toezichtswetgeving wel vaste boetetarieven, maar zijn sommige bestuurlijk beboetbare gedragingen tevens strafbare feiten gebleven.⁴⁹⁰

Indien een gedraging waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, tevens strafbaar blijft, rijst de vraag naar de verhouding tussen beide stelsels. Bijna alle bestaande bestuurlijke boete-wetten waarin dit speelt en ook de vierde tranche Awb (art. 5.4.1.5) kiezen daarbij voor een *una via*-systeem, dat verder gaat dan de '*ne bis in idem*'-regel. *Una via* wil zeggen dat de keuze van de overheid voor hetzij bestuursrechtelijke, hetzij strafrechtelijke sanctionering op een gegeven moment definitief wordt.⁴⁹¹ Indien de gekozen weg uiteindelijk geen sanctie oplevert, omdat de bestuurlijke boete wordt vernietigd of de strafzaak niet tot een veroordeling leidt, dan mag de overheid het niet nog eens langs de andere weg proberen. Dit betekent dat afstemming nodig is tussen de marktmeester en het openbaar ministerie. De financiële marktautoriteiten werken daartoe met (onder meer) het OM samen in het kader van het Financieel Expertisecentrum.⁴⁹²

Over de kwestie van de vaste tarieven valt ook het een en ander te

490. Zie bijvoorbeeld art. 46 en 46a in verband met art. 48c Wet toezicht effectenverkeer 1995.

491. L.J.J. Rogier, Strafsancties, administratieve sancties en het *una via*-beginsel, diss. EUR 1992, Arnhem 1992.

492. Zie het Convenant herstructurering FEC, Stcrt. 2004, 65.

zeggen, maar dat doen wij in hoofdstuk 6, omdat daar vooral de omvang van de rechterlijke toetsing interessant is.

De vierde tranche: lichte en zware procedure

Voor het vervolg is het van belang om te weten, dat het wetsvoorstel vierde tranche twee procedures voor het opleggen van een bestuurlijke boete kent: een lichtere en een zwaardere. Wetstechnisch zit dit zo in elkaar, dat in afdeling 5.4.2 de lichte procedure wordt geregeld, waaraan vervolgens in art. 5.4.2.6 en art. 10:3, vierde lid, enkele elementen worden toegevoegd die van de lichte een zware procedure maken. Deze elementen zijn de volgende.

In de eerste plaats geldt bij de zware procedure altijd een verplichting om een rapport – het bestuursrechtelijk equivalent van een proces-verbaal, maar dan zonder bijzondere bewijskracht – op te maken (art. 5.4.2.6, tweede lid). In de lichte procedure is dit een facultatieve bevoegdheid.

In de tweede plaats geldt bij de zware procedure altijd de verplichting om de vermeende overtreder te horen over het voornemen om een boete op te leggen. Dat is geformuleerd als een afwijking van afdeling 4.1.2 Awb. Dat is het ook en wel in twee opzichten. Ten eerste bepaalt art. 4:12 Awb, dat voor financiële besluiten waarvan de gevolgen in bezwaar of beroep geheel kunnen worden teruggedraaid, überhaupt geen hoorplicht geldt. Dat is destijds gedaan om de uitvoeringslasten bij massaal genomen besluiten in het belastingrecht en het sociaal zekerheidsrecht te beperken.⁴⁹³ Bij een bestuurlijke boete – die een financiële beschikking in de zin van art. 4:12 is –, vond de wetgever een hoorplicht echter wel wenselijk.

Ten derde geldt bij zware bestuurlijke boeten altijd een hoorplicht (art. 5.4.2.6, derde lid). Ook dat gaat, anders dan vaak wordt gedacht, verder dan in in afdeling 4.1.2 voor beschikkingen in het algemeen is bepaald. Art. 4:8 Awb bevat voor beschikkingen in het algemeen enkele beperkingen op de hoorplicht. Voor zwaardere bestuurlijke boeten gelden deze beperkingen niet. Daarbij moet de overtreder gewoon altijd worden gehoord.

In de vierde plaats geldt bij zwaardere boeten, dat het bestuursorgaan dat de boete oplegt, daartoe geen mandaat mag verlenen aan degene die een rapport omtrent de overtreding heeft opgemaakt (art. 10:3, vierde lid). Dit zorgt voor een zekere functiescheiding tussen degene die de overtreding constateert en degene die beslist omtrent het opleggen van de boete.

493. PG Awb I, blz. 258.

Over de grens tussen de lichte en de zware procedure blijkt nogal eens misverstand te bestaan. Art. 5.4.2.6, eerste lid, bepaalt dat de zware procedure van toepassing is, indien een boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, tenzij bij wettelijke voorschrift anders is bepaald. Dit betekent dus niet, dat de zware procedure altijd geldt als een boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd. Het betekent, dat de bijzondere wetgever de grens kan bepalen. Slechts indien de bijzondere wetgever dat niet doet, geldt de grens van € 340.⁴⁹⁴ In veel gevallen heeft de wetgever de grens dan ook hoger gelegd. In de fiscale wetgeving € 4537 (voorheen f 10 000), in de financiële toezichtswetgeving geldt de lichtere procedure voor de twee laagste tariefgroepen.⁴⁹⁵ Dat is omdat 'licht' en 'zwaar' sterk contextgebonden begrippen zijn. In de context van de sociale zekerheid of de huursubsidie is € 100 voor de burger veel geld. In de context van de financiële toezichtswetgeving is het dat natuurlijk niet.

Zwijgrecht

Over weinig kwesties rond de bestuurlijke boete is zoveel geschreven als over het zwijgrecht van degene aan wie een bestuurlijke boete dreigt te worden opgelegd.⁴⁹⁶ Het is in abstracto ook een heel lastig probleem. Dat komt omdat het in het bestuursrecht wemelt van de verplichtingen van de burger om het bestuur inlichtingen te verschaffen. Art. 5:20 Awb is een belangrijk, maar lang niet het enige voorbeeld. Daardoor is een belangrijke vraag op welk tijdstip of onder welke omstandigheden zo'n inlichtingenplicht omslaat in een zwijgrecht. Dit is de bekende 'sfeerovergang' van toezicht naar de fase van het opleggen van bestraffende sancties.

494. Waarom € 340? Dat is ongeveer het equivalent van 750 gulden, voorheen de maximale boete die op grond van de WAHV kon worden opgelegd. Justitie wilde waarborgen, dat voor de boete op grond van de WAHV geen hoorplicht zou gelden. Het is zo lastig om een flitspaal iemand te laten horen ...

495. Zie art. 67k jo. 67c Algemene wet inzake rijksbelastingen, alsmede de bijlage bij bijvoorbeeld de Wet toezichtkredietwezen 1992.

496. Een greep uit de relevante dissertaties: M. W.C. Feteris, *Fiscale administratieve sancties en het recht op een behoorlijk proces*, diss. UvA, Deventer 1993, 2e druk Deventer 2002; J.F.L. Roording, *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid*, diss. KUN 1994, Nijmegen 1994; L.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid*, diss. RUL 1998, Lelystad 1998; P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht*, Arnhem 1998; A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht*, diss. EUR 1998, Arnhem 1998; C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten*, diss. UM 2002, Den Haag 2002.

Het grappige is echter, dat noch uit de evaluatie van de Mw⁴⁹⁷, noch uit die van de financiële toezichtswetgeving⁴⁹⁸ blijkt dat hier een belangrijk knelpunt ligt, terwijl ook de jurisprudentie betrekkelijk schaars is. Kennelijk weet de praktijk zich dus toch aardig te redden, vermoedelijk door bij het geven van de cautie aan de 'veilige' kant te gaan zitten. Beide omstandigheden – er is al zoveel over geschreven en in de praktijk valt het kennelijk wel mee – geven ons aanleiding de hiernavolgende bespreking tamelijk kort te houden.

Art. 14, derde lid, onderdeel g, IVBPR garandeert degene tegen wie een strafvervolgning is ingesteld het recht om niet gedwongen te worden tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Art. 6 EVRM noemt dit recht niet met zoveel woorden, maar volgens het EHRM maakt het deel uit van de notie van 'een eerlijk proces'.⁴⁹⁹ Het recht wordt trouwens ook erkend door het HvJEG in het kader van het Europese mededingingsrecht.⁵⁰⁰

Iemand heeft het recht om te zwijgen, zodra jegens hem sprake is van een 'criminal charge' in de zin van art. 6 EVRM/14 IVBPR. Wanneer dat precies is, is niet duidelijk. Van zo'n charge is in ieder geval sprake zodra de overheid iemand officieel beschuldigt van een overtreding en aankondigt te overwegen daarvoor een bestraffende sanctie op te leggen. In de context van een bestuurlijke boete is dat ten laatste het tijdstip waarop de vermeende overtreder wordt gehoord over het voornemen om een bestuurlijke boete op te leggen, dan wel, waar geen hoorplicht geldt, het tijdstip van de boetebeschikking zelf. Maar vaak zal het tijdstip eerder liggen, namelijk zodra voor een objectieve waarnemer redelijkerwijs duidelijk is dat de overheid een bestraffende sanctie overweegt.

Het tijdstip waarop sprake is van een 'criminal charge' is ook het beginpunt van de redelijke termijn waarbinnen de berechting ingevolge art. 6 EVRM moet plaatsvinden. In die context heeft de Hoge Raad het ooit omschreven als het tijdstip waarop de betrokkene 'aan handelingen van het bestuur redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem een boete zal worden opgelegd'.⁵⁰¹ Deze formulering is vervolgens in vrijwel alle bestaande boetewetten terecht gekomen. Al-

497. Kabinetsstandpunt evaluatie Mededingingswet, Kamerstukken II 2003/04, 29 272, nr. 1.

498. Kabinetsstandpunt evaluatie van de Wet tot invordering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving, Kamerstukken II 2003/04, 29 370, nr. 1.

499. EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (Funke)).

500. HvJEG 18 oktober 1989, zaak 3374/87, NJ 1991, 687 (Orkem).

501. HR 17 februari 1987, NJ 1987, 951; HR 23 juni 1993, BNB 1993, 271.

leen de Mw hanteert in art. 53 een afwijkende formulering. Daar wordt als aanknopingspunt genomen het tijdstip waarop de toezichthoudende ambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat een overtreding is begaan. De reden daarvoor is dat de wetgever ook op dit punt wilde aansluiten bij het Europese mededingingsrecht. Opvallend is dat daarvoor het zwijgrecht ook geldt als reeds vaststaat dat geen boete, maar slechts een last onder dwangsom wordt overwogen. Dat gaat verder dan het EVRM eist. Zoals wij zullen zien, is dat echter bijna onvermijdelijk.

De vierde tranche Awb kiest voor een andere formulering. Het in dat wetsvoorstel voorgestelde art. 5.0.11, eerste lid, luidt:

'Degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen.'

Een grote verandering betekent dit niet; dat kan gelet op art. 6 EVRM natuurlijk ook niet. Het gaat meer om een verbetering van de formulering. Een verhoor is immers in ieder geval ook een handeling van een bestuursorgaan waaraan degene die wordt verhoord redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat overwogen wordt hem een bestraffende sanctie op te leggen. Omgekeerd is het stellen van vragen omtrent een overtreding waarbij een reële mogelijkheid bestaat dat daarvoor een bestraffende sanctie zal worden opgelegd, al gauw een verhoor. Ook dat begrip moet immers objectief worden uitgelegd; het kan niet afhankelijk zijn van de subjectieve bedoelingen van de ondervrager. Welnu, als iemand aan het stellen van vragen redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat wordt overwogen hem een bestraffende sanctie op te leggen, dan is dat naar objectieve maatstaven een verhoor. Het voordeel van de nieuwe formulering is enerzijds dat zij iets objectiever is en anderzijds dat zij nauwer aansluit bij het strafrecht.

Een ander voordeel van de nieuwe formulering is dat zij nauwkeuriger de omvang van het zwijgrecht aangeeft. Art. 1:64 voorstel Wft zegt nog, dat betrokkene niet verplicht is terzake van de overtreding 'enige inlichting te verstrekken.' Dat suggereert meer dan is bedoeld. De vierde tranche Awb zegt nauwkeuriger, dat betrokkene niet verplicht is om ten behoeve van de oplegging van een bestraffende sanctie verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. In deze formulering liggen tenminste drie beperkingen besloten.

In de eerste plaats hebben zowel het EHRM als de Nederlandse Hoge Raad erkend, dat er geen algemeen recht bestaat om niet aan de

eigen veroodeling mee te werken.⁵⁰² Het gaat veeleer om het recht, zoals dit in art. 14, derde lid, onderdeel g, IVBPR is geformuleerd: het recht niet tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. De vermeende overtreder mag wel worden gedwongen om onafhankelijk van zijn wil bestaand bewijsmateriaal, zoals documenten, over te leggen. Het gaat er om, dat betrokkene niet kan worden gedwongen verklaringen tegen zich zelf af te leggen.

In de tweede plaats betreft het zwijgrecht slechts verklaringen 'omtrent de overtreding'. Verklaringen die op iets anders zien, mogen wel worden afgedwongen. De belastinginspecteur mag u niet vragen: 'heeft u in 2003 inkomen verzwegen?' Maar hij mag u wel vragen: 'wat was uw inkomen in 2003?' In het laatste geval bent u verplicht naar waarheid te antwoorden, ook al weet u dat een waarheidsgetrouw antwoord de inspecteur het bewijs zal leveren dat u op het aangiftebiljet dat de inspecteur voor zich heeft liggen heeft gejoekt. De verplichtingen ten behoeve van de belastingheffing blijven namelijk gewoon in stand. Een andere opvatting zou, zoals Feteris⁵⁰³ heeft opgemerkt, op een gegeven moment tot de ongerijmdheid leiden dat de fraudeur in een gunstiger positie komt dan de brave belastingbetaler.

In de derde plaats mag de betrokkene slechts zwijgen indien hem vragen worden gesteld ten behoeve van het opleggen van een bestraffende sanctie. Nu is het zo, dat in de sfeer van het markttoezicht voor de meeste overtredingen zowel een bestraffende sanctie – een bestuurlijke boete – als een herstelsanctie – een last onder dwangsom – kan worden opgelegd. Voor herstelsancties geldt de waarborg van art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR in beginsel niet.

Niettemin kan het naar ons oordeel niet zo zijn, dat onzekerheid over welk type sanctie zal worden opgelegd, ten laste van de overtreder komt. Daarom bestaat het zwijgrecht naar ons oordeel, zodra een meer dan theoretische kans bestaat dat een bestuurlijke boete zal worden opgelegd. Anders zou het zwijgrecht illusoir worden. Slechts indien, door de wet of door beleidsregels, bij voorbaat uitgesloten is dat een bestraffende sanctie wordt opgelegd, zou men daarover anders kunnen denken.

Dit is volgens ons de kern van het zwijgrecht. Er zijn echter twee arresten van het EHRM, die verdergaande rechten van de 'verdachte' lijken te suggereren. Helemaal duidelijk is dat niet. Het moet ons van ons hart, dat dit een van de vele punten is waarop het EHRM in zijn

502. EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders); IIR 26 oktober 1993, NJ 1994, 629.

503. M.W.C. Feteris, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces*, 2e druk, Deventer 2002, blz. 292.

rechtsvormende taak tekort schiet. De rechtspraak is zo casuïstisch, dat bijvoorbeeld een nationaal wetgevingsjurist daaraan geen duidelijke richtsnoeren kan ontleen.⁵⁰⁴ Toch zal het EHRM het vooral van die rechtsvormende taak moeten hebben. Een poging, om individuele rechtbescherming te bieden in een rechtsgebied dat inmiddels tegen de 800 miljoen mensen omvat, is tot mislukken gedoemd. Zo'n poging heeft ofwel tot gevolg dat het allemaal veel te lang duurt om nog van effectieve rechtbescherming te kunnen spreken, ofwel dat de kwaliteit van de uitspraken sterk achteruit gaat, ofwel een combinatie van beide. Wij zijn bang, dat het laatste zich inmiddels voordoet.

Hoe dit zij, de beide arresten waaraan wij refereerder zijn Saunders en J.B./Zwitserland.⁵⁰⁵ In het eerste arrest stelde het EHRM uitdrukkelijk vast dat bepaalde informatie in de toezichtsfase rechtmatig was verkregen. Maar vervolgens was deze informatie tijdens een Engels 'jury-trial' langdurig voorgelezen om de betrouwbaarheid van Saunders als getuige te ondermijnen. Het arrest J.B./Zwitserland betrof, net als overigens het arrest Funke, een klassieke 'fishing expedition'. De Zwitserse autoriteiten hadden J.B. bij herhaling bestuurlijke boeten opgelegd wegens het niet verstrekken van informatie, die weliswaar, als zij bestond, onafhankelijk van de wil van J.B. bestond, maar waarvan zij onvoldoende aanwijzingen hadden dat deze informatie überhaupt bestond. Sommige auteurs hebben daaruit afgeleid, dat het zwijgrecht, althans de bewijsuitsluiting, ook betrekking kunnen hebben op informatie die voor het bestaan van een 'criminal charge' is verkregen.

Naar ons oordeel is dit niet helemaal de juiste benadering. Saunders was, naar het arrest ook erkent, wel degelijk verplicht de betrokken informatie te verstrekken. Wat wij uit deze arresten kunnen afleiden is dus vooral, dat onder omstandigheden de wijze van verkrijgen van informatie (J.B./Zwitserland) of de wijze waarop deze informatie wordt gebruikt (Saunders), dusdanig onbehoorlijk kunnen zijn, dat zij onrechtmatig wordt. Dat sluit dan weer naadloos aan bij de eerder vermelde jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter over onrechtmatig verkregen bewijs. Het sluit ook aan bij het hiervoor besproken arrest Colas Est. Al deze arresten kunnen zo worden begrepen, dat het probleem in wezen zat in het feit dat het optreden van de overheid disproportioneel was.

504. Zo ook E.J. Koops, L. Stevens, *J.B. versus Saunders*. De groeiende duisternis rond nemo tenetur, DD 2003, blz. 281.

505. EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders); EHRM 3 mei 2001, NJ 2003, 354 m.nt. Sch; AB 2002, 343 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en M.J.P. Luchtmann.

*5.9 Een beginselplicht tot handhaving?*⁵⁰⁶

Bestuursrechtelijke sanctiebevoegdheden zijn bijna altijd discretionaire bevoegdheden, waarbij het bestuur beschikt over een zekere beleidsvrijheid⁵⁰⁷ om al dan niet te handhaven. Althans, zij zijn doorgegens geformuleerd als 'kan-bepalingen': een bestuursorgaan *kan* een sanctie opleggen als het een overtreding constateert.⁵⁰⁸ Als het kan, *moet* het dus niet. Dit betekent dat het bestuursorgaan de belangen die voor handhaving pleiten moet afwegen tegende belangen van de overtreder die daartegen pleiten (art. 3:4 Awb). Zo gezien kent ook het bestuursrecht een opportuniteitsbeginsel.

Zoals zo vaak leert de jurisprudentie echter, dat het ingewikkelder is. Op het gebied van het omgevingsrecht⁵⁰⁹ heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een leerstuk ontwikkeld, dat in de literatuur de 'beginselplicht tot handhaving' is gedoopt.⁵¹⁰ Dit leerstuk betreft tot dusver uitsluitend herstelsancties: de bestuursdwang en de last onder dwangsom. De bestuurlijke boete is nog niet in het omgevingsrecht doorgedrongen.

Over de mate van beleidsvrijheid die bij het opleggen van herstelsancties bestaat, bestond tot voor kort een zeker verschil in jurisprudentie tussen twee kamers van de Afdeling. In bouwzaken oordeelde de Afdeling sedert het midden van de jaren negentig van de vorige eeuw dat het belang van de handhaving voorop stond en slechts in bijzondere gevallen moest wijken voor de belangen van de overtreder. Maar de milieukamer van de Afdeling hield vast aan een meer 'open' belangenafweging, waarbij het bestuur bijvoorbeeld van handhaving

506. Vgl. ook het preadvies van Van Rossum, par. 3.3.1.

507. Zie voor het onderscheid tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid – en onze relativering daarvan – nader par. 4.4 en 6.4.1.

508. Zie voor uitzonderingen de sociale zekerheidswetgeving, bijvoorbeeld art. 27a Werkloosheidswet, volgens welke het bestuur een sanctie moet opleggen en daar slechts om dringende redenen van af kan zien.

509. Dat is de sedert enige jaren ingeburgerde naam voor al het (bestuurs-)recht dat betrekking heeft op de fysieke leefomgeving. Dus niet alleen het milieurecht in engere zin, maar ook het ruimtelijke ordeningsrecht, het natuurbeschermingsrecht, het waterstaatsrecht enzovoort.

510. Zie recent R.C.S. Bakker en B. Bastein, Over beginselplicht en belangen bij handhaving, NTB 2004, 48; F.C.M.A. Michiels in zijn noot onder Vz.ABRS 18 augustus 2004, AB 2004, 424; C.L.F.G.H. Albers in haar noot bij ABRS 30 juni 2004, JB 2004, 293 en dez., De beginselplicht tot handhaving. Een stoelendans tussen rechter en bestuur, G.St. 7206 (2004), nr. 68. Eerder F.R. Vermeer De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen, JBPlus 2001, blz. 76; F.C.M.A. Michiels, Belangenafweging bij sanctiebesluiten, AAe 49 (2000), blz. 114.

kon afzien wegens de geringe ernst van de overtreding. Dit was opmerkelijk, omdat de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang of het opleggen van een last onder dwangsom op beide rechtsgebieden veelal is gebaseerd op dezelfde wetsbepalingen: art. 125 Gemeentewet en art. 122 Provinciewet.

Thans zitten beide kamers echter op één lijn. Sinds enige tijd hanteert de Afdeling een nieuwe standaardoverweging. Deze luidt als volgt:

‘Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal ingeval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuur worden gevergd, dit niet te doen/mag het bestuur weigeren dit te doen.’⁵¹¹ Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie⁵¹² bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.’⁵¹³

Op het eerste gezicht klinkt het mooi, zo’n beginselplicht. Eindelijk eens een einde aan die slappe gedoogcultuur! Of zoals Albers schrijft in haar zojuiste aangehaalde noot in JB 2004, 293: ‘(W)ettelijke regels worden niet voor niets gemaakt.’ Zou deze beginselplicht zich lenen om te worden uitgebreid tot het gehele bestuursrecht, in het bijzonder ook het economisch bestuursrecht?

Wat ons betreft niet, althans niet in deze vorm. Hoewel wij natuurlijk van harte onderschrijven dat wetten niet voor niets worden gemaakt – als (ex-) wetgevingsjuristen vinden wij niet dat wij al die jaren voor niets hebben gewerkt – menen wij met Michiels in zijn eveneens zojuist aangehaalde noot in AB 2004, 424, dat de nieuwe standaardoverweging weinig duidelijkheid schept. Zij begint heel stoer en streng, maar de slotzin verwijst door zijn formulering rechtstreeks naar art. 3:4, tweede lid, Awb en impliceert derhalve, dat het bestuursorgaan ook bij handhavingsbesluiten gewoon alle rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen moet afwegen. Anders dan Albers vinden wij dan

511. De eerste formulering wordt gebruikt als een sanctie is opgelegd en de overtreder in beroep komt, de tweede als het bestuursorgaan heeft geweigerd een sanctie op te leggen en een derde daartegen in beroep komt.

512. In de context van het omgevingsrecht betekent legalisatie het alsnog verlenen van een vergunning voor een activiteit die in strijd met de wet zonder (toereikende) vergunning wordt verricht.

513. ABRS 30 juni 2004, JB 2004, 293 m.nt. C.I.L.F.G.H.A.; VzABRS 18 augustus 2004, AB 2004, 424 m.nt. FM.

ook niet, dat handhavingsbevoegdheden principieel anders zijn dan andere bevoegdheden waarbij het bestuur over beleidsvrijheid beschikt. Veel eerder menen wij met Michiels, dat de Afdeling in feite niet meer heeft gezegd dan dat bij de door art. 3:4, tweede lid, voorgeschreven belangenafweging de door handhaving gediende belangen zwaar moeten wegen. Maar dat had de Afdeling dan beter met die woorden kunnen zeggen. Bovendien zeggen wij dan wederom Michiels na: dat was altijd al zo.

Natuurlijk neemt dit niet weg, dat volgens deze jurisprudentie de ruimte voor bestuursorganen om van handhaving af te zien inderdaad begrensd is en wat ons betreft ook hoort te zijn. Maar van een echte plicht tot handhaving is geen sprake en de standaardoverweging geeft zeker geen uitputtende opsomming van gevallen waarin van handhaving kan worden afgezien. De slotzin lijkt nog steeds ruimte te bieden om van handhaving af te zien op grond van de geringe ernst van de overtreding. Dat moet ook, want hoewel het tegenwoordig in de mode is om te roepen dat gedogen een schande is, zouden wij niet willen leven in een land waarin de overheid op iedere slak zout legt. Soms is gedogen de noodzakelijke smecrolie om de wrijving tussen wet en werkelijkheid dragelijk te maken.

Nog belangrijker is, dat de standaardoverweging de in de praktijk belangrijkste reden om van handhaving af te zien niet noemt. Dat is omdat onderzoek naar de desbetreffende overtreding om beleidsmatige redenen geen prioriteit heeft. De handhavingscapaciteit is beperkt en zal altijd beperkt blijven. Het moet dus altijd mogelijk blijven dat de overheid afziet van handhaving omdat onderzoek naar een bepaald type overtreding geen prioriteit heeft.

Dat neemt niet weg dat de rechter kan toetsen of de overheid in redelijkheid tot een bepaalde prioriteitsstelling heeft kunnen komen. Dat geldt naar ons oordeel reeds naar nationaal recht, maar volgt ook uit het Europese recht. Uit het gemeenschapsrecht – dat in het algemeen meer resultaat-georiënteerd is dan ons nationale recht – volgt dat de autoriteiten van de lidstaten het nodige moeten doen om te verzekeren dat de rechten die burgers aan het gemeenschapsrecht ontlelen niet alleen op papier bestaan, maar zonedig ook daadwerkelijk kunnen worden gehandhaafd.⁵¹⁴ Dit kan ook vergen dat de lidstaten actief optreden tegen particulieren die de uitoefening van de aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten van andere particulieren verhinderen.⁵¹⁵ Maar

514. Zie HvJEG 21 september 1989, zaak 68/88. (Griekse maïs), Jur. 1989, blz. 2965.

515. Zie zaak C-265-95, Spaanse aardbeien, Jur. 1998, I-963, waarin de Franse autoriteiten werden gekapitteld wegens het niet optreden jegens Franse boeren die de invoer van Spaanse landbouwproducten verhinderden.

dat zal niet snel betekenen dat de rechter kan oordelen dat niet-handhaving in een concreet geval onrechtmatig is. Beide zojuist aangehaalde arresten betroffen gevallen waarin de overheid helemaal niets deed. Dan is het gemakkelijk. Als de vraag is of de overheid genoeg deed, moet de rechter noodzakelijkerwijs terughoudender zijn. Hoe zou hij kunnen beoordelen, wat genoeg is? Wij menen dat ook het gemeenschapsrecht niet meer eist dan een redelijk niveau van handhaving. Absolute handhaving zou onrealistisch zijn.

Ook het EVRM stelt grenzen aan de bevoegdheid van de overheid om van handhaving af te zien. Niet optreden kan dan in strijd met het EVRM zijn. Maar ook deze grenzen betreffen extreme gevallen. In de zaak *Öneryildiz/Turkije*⁵¹⁶ ging het om het niet optreden tegen een bij de autoriteiten bekende, acuut levensbedreigende situatie. Het EHRM achtte dat terecht in strijd met art. 2 EVRM (recht op leven). Maar dergelijke extreme situaties zullen zich in de sfeer van het markttoezicht niet snel voordoen.⁵¹⁷ Het zou echter anders worden, als het EHRM zou gaan oordelen – waar wij overigens geen concrete aanwijzingen voor hebben – dat ook inbreuken op het recht van eigendom als bedoeld in art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM tot handhaving zouden kunnen verplichten. Denk aan de situatie, dat de AFM onvoldoende zou optreden tegen een bedrijf, dat misleidende informatie verschaft over de risico's die aan een nieuw beleggingsproduct zijn verbonden, als gevolg waarvan consumenten op grote schaal voor grote bedragen de mist in gaan.

5.10 Terug naar het strafrecht?

De laatste tien jaar is het belang van de bestuurlijke handhaving enorm toegenomen. Wij vinden dit op zichzelf een goede zaak. Het strafrechtelijk apparaat zou in omvang moeten verveelvoudigen en tal van specialistische deskundigheden moeten opbouwen om in een adequaat niveau van handhaving te voorzien. Het is niet realistisch om te verwachten dat dat binnen afzienbare termijn zal of kan gebeuren. Daarom is het goed dat ook bestuursorganen hun deel van de verantwoordelijkheid voor de handhaving nemen.

Intussen zijn er echter ook in het strafrecht belangrijke ontwikkelingen gaande – wellicht mede ingegeven door de 'concurrentie' van het bestuursrecht – die meebrengen dat het strafrecht de komende ja-

516. EHRM 18 juni 2002, NJCM-bull.2003, 54 m.nt. MK.

517. Hoewel bij het toezicht op geneesmiddelen of op de voedselveiligheid levensbedreigende situaties niet zijn uitgesloten.

ren wellicht weer een grotere rol kan gaan spelen bij de handhaving van de bestuursrechtelijke wetgeving. In de eerste plaats kent de WED (art. 37) de mogelijkheid om bij koninklijk besluit aan bestuursorganen de bevoegdheid te verlenen om, onder toezicht van het openbaar ministerie, een strafrechtelijke transactie aan te bieden. Dat is op zichzelf geen nieuwe ontwikkeling, want die bevoegdheid staat al sinds 1950 in de WED. Zij is echter decennialang nauwelijks gebruikt⁵¹⁸, totdat Jurgens en Michiels⁵¹⁹ er in 1997 op wezen dat deze strafrechtelijke transactie in handen van het bestuur mogelijk een alternatief voor de bestuurlijke boete zou kunnen zijn. Dat heeft geleid tot een inmiddels enige malen verlengd experiment op het terrein van het milieurecht.⁵²⁰ Uit een eerste evaluatie⁵²¹ blijkt, dat de betrokken bestuursorganen de transactiebevoegdheid eigenlijk nog te weinig gebruiken om van een succes te kunnen spreken, maar het experiment wordt voortgezet. Een voordeel zou kunnen zijn, dat in deze constructie het materiële strafrecht van toepassing blijft, zodat het bestuursrecht minder wielen opnieuw hoeft uit te vinden.

Als dit experiment in de toekomst wordt uitgebreid, zal dit overigens in een iets andere vorm gebeuren. Want het ziet er naar uit, dat de strafrechtelijke transactie zijn langste tijd heeft gehad. Volgens het in oktober vorig jaar ingediende wetsvoorstel 'OM-afdoening'⁵²² zal zij worden vervangen door een door de officier van justitie – of in bepaalde gevallen door een opsporingsambtenaar – uit te vaardigen strafbeschikking. Het grote verschil met de huidige transactie is dat de strafbeschikking onherroepelijk en uitvoerbaar wordt als de verdachte niet binnen twee weken verzet doet bij de strafrechter. Het procesinitiatief zal dus niet langer bij het OM, maar, net als in het bestuursrecht, bij de verdachte liggen. Deze strafbeschikking kan worden uitgevaardigd

518. Toen een van ons eind jaren negentig op zoek ging naar voorbeelden van toepassing van dat artikel, was het enige nog in de Algemene databank wetgeving te vinden voorbeeld een KB uit 1951 (Stcrt. 90; zie voor de laatste wijziging Stb. 2001, 415) waarbij aan De Nederlandsche Bank en de directeurs van 's rijks belastingen de bevoegdheid werd verleend om transacties aan te bieden bij overtredingen van het Deviezenbesluit 1945.

519. G.T.J.M. Jurgens, F.C.M.A. Michiels, Bestuurlijke boeten in het milieurecht, Publicatiereeks milieubeheer 1997/5, Den Haag (Ministerie van VROM) 1997.

520. Zie het Transactiebesluit milieudelicten, Stb. 2000, 320, laatstelijk verlengd bij KB van 11 december 2003, Stb. 2003, 515.

521. A.B. Blomberg, S. Verberk, F.C.M.A. Michiels, Een gunstig aanbod: een onderzoek naar de werking van het Transactiebesluit milieudelicten, Utrecht 2002.

522. Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 1-5. Uit het inmiddels verschenen Verslag (stuk nr. 6) blijkt dat dit voorstel in de Tweede Kamer op een meerderheid kan rekenen.

bij alle overtredingen en bij misdrijven waarop ten hoogste zes jaar gevangenisstraf staat. Naast een geldboete kan bij strafbeschikking ook een taakstraf worden opgelegd.

Het wetsvoorstel voorziet voorts in een wijziging van art. 37 WED, die er op neerkomt dat in de toekomst bij algemene maatregel van bestuur ook aan bestuursorganen de bevoegdheid kan worden verleend om – onder toezicht van en met inachtneming van richtlijnen van het college van procureurs-generaal – een strafbeschikking uit te vaardigen. Dat zou in de toekomst een goed alternatief voor de bestuurlijke boete kunnen worden. Immers, bestuursorganen kunnen dan zelf capaciteit inzetten, prioriteiten bepalen en specialistische deskundigheid inbrengen. Bovendien geldt een enigszins bestuursrechtelijk getinte procedure, die aansluit bij datgene waarmee bestuursorganen vanouds vertrouwd zijn. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan de belangrijkste redenen om naar het bestuursrecht uit te wijken, terwijl tegelijk het materiële strafrecht van toepassing blijft. Ook kan het OM een zekere regie over de handhaving behouden, al is dat voor sommige marktautoriteiten misschien juist een argument tegen dit alternatief.

Wij vragen ons af, of niet nog een volgende stap terug in de richting van het strafrecht zou moeten worden gezet. Wij menen namelijk dat juist in de sfeer van het markttoezicht de grenzen van de buitengerechtelijke afdoening van overtredingen zo langzamerhand wel zijn bereikt. Er worden zeer hoge geldboeten opgelegd in soms zeer complexe zaken. Bovendien is er het begin van een tendens naar de inzet van steeds zwaardere dwangmiddelen. Wij hebben gezien dat de NMa inmiddels beschikt over een bevoegdheid tot huiszoeking ten behoeve van de handhaving van het Europese mededingingsrecht en dat het voornemen bestaat om deze bevoegdheid uit te breiden tot de handhaving van het nationale mededingingsrecht. Wij vrezen dat het slechts een kwestie van tijd is voor ook de OPTA en de AFM en wellicht andere toezichthouders op een dergelijke bevoegdheid gaan aandringen. En vervolgens komt er dan misschien iemand op het idee dat het voor de opsporing van kartels ook wel handig is als je telefoongesprekken zou kunnen af luisteren.

Misschien hebben sommige marktautoriteiten voor sommige gevallen ook wel echt behoefte aan de inzet van dergelijke zware dwangmiddelen. Maar dan moet wel worden voorzien in een afdoende, ook preventieve, toetsing door de onafhankelijke rechter. Hoge tot zeer hoge geldboeten zijn in de sfeer van het markttoezicht in ieder geval nodig, maar wij zouden uit een oogpunt van 'checks and balances' willen bepleiten om het opleggen daarvan weer aan de onafhankelijke rechter voor te behouden.

In theorie zou dat allemaal in het bestuursrecht te regelen zijn. Zo eist art. 89c Mw voor een doorzoeking al een machtiging van de rechter-commissaris. Zo zouden wij ook andere noodzakelijke waarborgen in het bestuursrecht kunnen regelen. Maar dat is een beetje omslachtig, want die waarborgen zijn al geregeld. In het strafrecht, namelijk. Wij zouden dan ook voor overtredingen waarbij zware geldstraffen en/of zware dwangmiddelen nodig zijn, een terugkeer naar het strafrecht willen bepleiten.

Dit voorstel is echter bij voorbaat kansloos als het zou betekenen dat marktautoriteiten voor hun handhavingsbeleid weer volledig afhankelijk zouden worden van het openbaar ministerie. Maar misschien hoeft dat niet. Bestuursorganen kunnen nu al buitengewone opsporingsambtenaren aanstellen. In de toekomst zullen sommige bestuursorganen wellicht ook de bevoegdheid krijgen om strafbeschikkingen uit te vaardigen. Zouden wij niet nog één stap verder kunnen gaan door marktautoriteiten de bevoegdheid te geven om zelf zaken aan de strafrechter voor te leggen? Dat zou kunnen door officieren van justitie, althans personen die aan gelijkwaardige opleidings- en bekwaamheidseisen voldoen, bij marktautoriteiten te detacheren of zelfs aan te stellen. Wij geven toe, het is even wennen, een officier van justitie die niet bij het OM werkt. Wij geven ook toe dat dit voorstel nadere uitwerking behoeft. Maar het zou een manier zijn om te voorkomen dat hetzij aan marktautoriteiten steeds zwaardere bevoegdheden worden toegekend, tot de grenzen van het rechtsstatelijk aanvaardbare worden overschreden, hetzij de Algemene wet bestuursrecht moet worden opgetuigd met een kopie van het Wetboek van Strafvordering.

Hoofdstuk 6 Rechtsbescherming

6.1 Achtergrond

In Nederland is het debat over het bestuursrecht heel lang gedomineerd door 'het vraagstuk der administratieve rechtspraak',⁵²³ Dat vraagstuk betrof niet alleen de inrichting van de bestuursrechtspraak. Het ging ook over de vraag of er überhaupt bestuursrechtspraak moest zijn. Het ging zelfs over de vraag of de rechtmatigheid van het bestuurshandelen überhaupt door de onafhankelijke rechter moest kunnen worden beoordeeld. Wij zijn het al weer bijna vergeten, maar tot ver in de twintigste eeuw was er in Nederland een belangrijke stroming die dat niet per se nodig vond.

Wij vieren dit jaar het eeuwfeest van de ontwerpen-Loeff. Daarin werd voorgesteld om tegen alle besluiten en handelingen van het bestuur beroep open te stellen bij bestuursrechtelijke kamers van de gewone rechter. Die ontwerpen zijn nooit wet geworden. Zij zijn in 1910 de grond in geschreven door Struycken, die betoogde dat burger beter af was met administratief beroep. Als gevolg daarvan kon tot eind 1985 een belangrijk deel van het optreden van de Nederlandse overheid niet door een onafhankelijke rechter worden beoordeeld. In grote delen van het bestuursrecht – het hele milieurecht, grote delen van het ruimtelijk bestuursrecht, het onderwijsrecht en nog veel meer – stond immers slechts Kroonberoep open. Dit blokkeerde ook de weg naar de burgerlijke rechter, omdat het door de Hoge Raad als een met voldoende waarborgen omklede administratieve rechtsgang werd aangemerkt. Dat is nog maar twintig jaar geleden.

Als bekend oordeelde het EHRM eind 1985, dat dit Kroonberoep niet voldeed aan de eisen van art. 6, eerste lid, EVRM.⁵²⁴ Een jaar eerder had een Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie voorstellen gedaan, die voor de bestuursrechtspraak op hetzelfde neerkwamen als de ontwerpen-Loeff. Het arrest-Bentham was voor de regering één van de aanleidingen om aan deze voorstellen een begin van

523. Zie voor de geschiedenis van dat vraagstuk sinds 1815 M. Schreuder-Vlasblom, *De macht der kritiek*, diss. UU 1987, Deventer 1987. Dat het vraagstuk nog ouder is blijkt uit J.V. Rijpperda Wierdsma, *Justitie en politie*, diss. RUI. 1937, Zwolle 1937. Zie voor iets over de geschiedenis in de ons omringende landen ook N. Verheij, *Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 1994, Deventer 1994.

524. EHRM 23 oktober 1985, Ser. A, Vol. 97; AB 1986, I m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin; NJ 1986, 102 m.nt. EAA; NJCM-bull. 1985, blz. 669 m.nt. T. Zwart en A.W. Heringa. Ook in R.A. Lawson, F. Myjer (red.), *50 jaar EVRM*, Leiden 2000, blz. 183 met noot N. Verheij.

uitvoering te geven. In 1989 werd een herziening van de rechterlijke organisatie aangekondigd, die in drie fasen zou verlopen. De eerste fase, die vooral zag op de bestuursrechtspraak in eerste aanleg, werd ingevoerd op 1 januari 1994, tegelijk met de inwerkingtreding van de Awb. De tweede fase betrof de kantongerechten en kreeg uiteindelijk haar beslag in het kader van de op 1 januari 2002 ingevoerde modernisering van de rechterlijke organisatie. De derde fase, die een definitieve regeling van de bestuursrechtspraak zou behelzen, is door de paarse kabinetten vooruitgeschoven en vorig jaar door het huidige kabinet afgeblazen.⁵²⁵

Het huidige stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is dus in essentie het stelsel dat op 1 januari 1994 is ingevoerd. Het is door de tweede ondergetekende ooit samengevat in vijf hoofdregels:⁵²⁶

- beroep bij de bestuursrechter staat open tegen besluiten in de zin van art. 1:3 Awb;
- beroep bij de bestuursrechter staat pas open nadat een bezwaarschriftprocedure is doorlopen, tenzij de wet anders bepaalt (art. 7:1 Awb)
- de bevoegde bestuursrechter is de rechtbank, tenzij de wet een andere rechter aanwijst (art. 8:1, eerste lid, jo. 8:6, eerste lid, Awb);
- tegen de uitspraak van de rechtbank staat hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, tenzij de wet een andere appelrechter aanwijst (art. 37 Wet RvS);
- het beroep staat open voor belanghebbenden in de zin van art. 1:2 Awb.

6.2 De rechtsgang in markttoezichtszaken

6.2.1 Algemeen

De derde en de vierde hoofdregel gaan echter maar voor een enkele marktautoriteit op; vooral voor de relatief oudere, zoals het Commissariaat voor de Media. De Mw introduceerde in 1998 een andere rechtsgang, die sedertdien in vrijwel alle wetten op het gebied van het markttoezicht is gevolgd. Deze introductie verliep in twee fasen. Reeds in het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de Mw zoals dat door de regering was ingediend, was gekozen voor beroep in twee instanties.⁵²⁷ Dat had te maken met de introductie van de bestuurlijke boete (zie hierna).

525. Kamerstukken II 2003/04, 25 425, nr. 7.

526. N. Verheij, *Het systeem van de Algemene wet bestuursrecht*, Nijmegen 1995.

527. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 1-3.

Eveneens reeds in het wetsvoorstel was het beroep in eerste aanleg niet bij alle negentien rechtbanken ondergebracht, maar geconcentreerd bij de rechtbank Rotterdam. De motivering daarvoor was dat het mededingingsrecht een complex en nogal specialistisch rechtsgebied was, waarop bovendien slechts een betrekkelijk gering aantal zaken per jaar werden verwacht. Het was dus niet realistisch om te verwachten dat alle negentien rechtbanken de vereiste deskundigheid zouden kunnen opbouwen.

In dat wetsvoorstel was echter nog wel gekozen voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als appèlrechter. Dat was omdat de regering er toen – omstreeks 1995 – nog van uit ging dat er op korte termijn een derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie zou komen, waarbij het CBb zou verdwijnen. Vanuit de Tweede Kamer kwam op deze keuze echter veel kritiek. De Tweede Kamer hechtte sterk aan een deskundige en dus voldoende gespecialiseerde rechter. Men wilde dus liever het CBb als appèlrechter. Justitie ging daarmee akkoord, omdat ook daar inmiddels duidelijk was geworden, dat de derde fase nog wel even op zich zou laten wachten.

Als gezegd is sedertdien in bijna alle wetten op het gebied van het markttoezicht in beginsel gekozen voor dezelfde rechtsgang: rechtbank Rotterdam – CBb. Er zijn overigens wel uitzonderingen. In de nieuwe Zorgverzekeringswet⁵²⁸ wordt de Centrale Raad van Beroep bevoegd te oordelen over de bestuurlijke boeten die aan de verzekerden kunnen worden opgelegd, maar oordeelt het CBb over de bestuurlijke boeten en lasten onder dwangsom die aan verzekeraars kunnen worden opgelegd. Bij de instelling van de Nederlandse emissie-autoriteit is, omdat het weliswaar om een vorm van markttoezicht, maar ook om milieurecht gaat, gekozen voor de Afdeling bestuursrechtspraak en, om minder duidelijke reden, voor de rechtbank Den Haag in plaats van Rotterdam.⁵²⁹

Maar belangrijker nog is dat de discussie in de jaren negentig nog slechts ging over de vraag bij welke rechter beroep moest ontstaan. Dat er toegang tot de onafhankelijke rechter moest zijn, was sinds het arrest-Bentham buiten discussie. Dat was, zoals reeds het CTW-advies in 1994 constateerde, een belangrijke reden waarom de bestuurlijke boete in de jaren negentig rechtsstatelijk aanvaardbaar was, waar zij dat tien jaar eerder niet zou zijn geweest.

528. Kamerstukken I 2004/05, 29 763, A.

529. Art. 20.1, zevende lid, Wet milieubeheer.

6.2.2 Eén of twee instanties?

Op het punt van het aantal rechterlijke instanties is de bestuursrecht-spraak nog altijd een beetje een rommeltje. In het belastingrecht kennen wij sinds 1 januari 2005 rechtspraak in drie rechterlijke instanties, in de rest van het bestuursrecht zijn er soms twee instanties en soms maar één. Daar zit niet veel lijn in. Wetstechnisch gezien is rechtspraak in twee instanties de hoofdregel (art. 8:1 jo. 8:6 Awb en art. 37 Wet RvS), maar er zijn vele uitzonderingen: onder meer vrijwel het gehele milieurecht en een flink deel van het economisch bestuursrecht.⁵³⁰

Ten tijde van de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie vond de regering nog, dat voor het bestuursrecht rechtspraak in twee instanties ook inhoudelijk gezien de hoofdregel moest zijn. Slechts op praktische gronden werd die regel in 1994 nog niet volledig doorgevoerd.⁵³¹ Een decennium later denkt de regering daar echter anders over. Dit blijkt uit een brief van de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 28 april 2004 over onder meer de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie.⁵³² Daarin wordt deze derde fase in feite afgeblazen. Ook op het punt van de rechtspraak in twee instanties wil de regering zoveel mogelijk pas op de plaats maken. Waar nu nog sprake is van rechtspraak in eerste en enige aanleg, wil men dat zo laten, tenzij er een juridische noodzaak bestaat om een tweede instantie in te voeren, dan wel het zaaksaanbod daartoe dwingt. Wij betreuren dat. Gegeven de complexiteit van grote delen van het hedendaagse bestuursrecht achten wij een herkansingsmogelijkheid in beginsel wenselijk. Bovendien is een kans gemist om het op dit punt tamelijk willekeurig huidige stelsel logischer en consistentier te maken.

Eén van de terreinen waarop in 1994 nog geen rechtspraak in twee instanties werd ingevoerd, was het economisch bestuursrecht. Daar sprak het CBB vanouds recht in eerste en enige aanleg. Bij de invoering van de Mw, vier jaar later, werd het CBB echter alsnog (tevens) appel-rechter. Dit had te maken met de invoering van de bestuurlijke boete, waarvoor art. 14, vijfde lid, IVBPR een rechtsgang in twee instanties voorschrijft. Om precies te zijn luidt art. 14, vijfde lid, in de authentieke Engelse tekst:

530. Zie voor een overzicht, naast de handboeken, de discussienota 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak' van 2001, (te vinden via www.justitie.nl onder Thema's/Wetgeving/Dossiers/Awb/Nota's) die voor het grootste deel nog actueel is.

531. Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, blz. 24.

532. Kamerstukken II 2003/04, 25 425, nr. 7.

'Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.'

Het begrip 'crime' moet, net als het begrip 'criminal charge' autonoom and ruim worden uitgelegd. Onomstreden is dat in ieder geval het opleggen van een zware bestuurlijke boete er onder valt.⁵³³ Om die reden is bij invoering van de bestuurlijke boete in de markttoezichtswetgeving steeds gekozen voor rechtspraak in twee instanties. Veelal heeft dat er toe geleid, dat ook tegen andere besluiten op grond van de betrokken wetten beroep in twee instanties is opengesteld. Dit wordt ook voorgeschreven door Aanwijzing 150, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving: zoveel mogelijk dezelfde rechtsgang voor alle besluiten op grond van dezelfde wet.

Op dit principe worden in de praktijk echter wel de nodige uitzonderingen gemaakt. Men zie bijvoorbeeld art. 17.1, eerste lid, Telecommunicatiewet: tegen besluiten op grond van een aantal hoofdstukken van de wet staat slechts beroep in één instantie open. Bij de handhavingsbesluiten leidt dat er toe dat tegen een bestuurlijke boete beroep in twee instanties openstaat, maar tegen een last onder dwangsom slechts in één instantie. Dat lijkt ons minder gelukkig. Zaken waarin een last onder dwangsom wordt opgelegd net zo complex kunnen zijn als zaken waarin een boete wordt opgelegd. Sterker nog, het komt voor dat naar aanleiding van hetzelfde feitencomplex zowel een boete wordt opgelegd voor overtredingen die reeds hebben plaatsgevonden, als een last onder dwangsom om herhaling te voorkomen.⁵³⁴ Het is dan wel heel ongelukkig dat voor beide besluiten verschillende rechtsgangen openstaan.

Dat neemt natuurlijk niet weg dat er in sommige gevallen wel goede redenen kunnen bestaan om een uitzondering te maken op het beginsel van rechtspraak in twee instanties. Een voorbeeld zijn de zogenaamde geschilbeslechtende besluiten van de OPTA.⁵³⁵ Daar speelt de OPTA – door Europese regelgeving gedwongen – zelf al voor rechtertje. Zij beslecht in een contradictoire procedure geschillen tussen telecom-

533. Zie M.W.C. Feteris, *Fiscale bestuurlijke boeten en het recht op een behoorlijk proces*, 2e druk, Deventer 2002, blz. 414 e.v.; C.L.F.G.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten*, diss. UM 2002, Den Haag 2002. Ook de wetgever gaat hier blijkens de memorie van toelichting bij onder meer het wetsvoorstel vierde tranche van uit: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 123.

534. Zie voor een voorbeeld Rb. Rotterdam 15 juli 2002, JB 2002, 289 m.nt. C.I.L.G.F.H.A.

535. Zie art. 12.2 Tw.

aanbieders. Dan is er iets voor te zeggen om daarna één echte rechterlijke instantie voldoende te vinden.

Een ander argument dat vaak wordt gebruikt is de behoefte aan een snelle definitieve beslissing.⁵³⁶ Dat argument overtuigt in het algemeen niet. Iedereen heeft altijd behoefte aan een snelle definitieve beslissing. Wil men om die reden volstaan met één instantie, dan zal op zijn minst moeten worden aangetoond dat die behoefte in het concrete geval groter is dan gemiddeld. Dat kan zich natuurlijk voordoen in een markt waarin een ex-monopolist er belang bij heeft om de status quo zo lang mogelijk te handhaven. Maar dat moet dan wel worden aangetoond.

Bovendien is er ook een pragmatische reden om terughoudend te zijn met het kiezen voor rechtspraak in één instantie: het leidt alleen tot versnelling als je het selectief doet. Anders lijkt het namelijk tot overbelasting van de hoogste rechter en juist tot vertraging. Dit wordt bevestigd door de ervaringen met de voormalige Arob-rechtspraak: een procedure over bijvoorbeeld een bouwvergunning duurt thans gemiddeld aanzienlijk korter dan aan de vooravond van de invoering van de Awb, hoewel die procedure nu verloopt in twee instanties (rechtbank en Afdeling bestuursrechtspraak) en destijds in één instantie (Afdeling rechtspraak). Dat komt door de 'zeefwerking' van de eerste instantie. Wij erkennen dat dit effect in de sfeer van het markttoezicht minder sterk zou kunnen zijn, omdat zich daar relatief veel zaken voordoen waarin de belangen zo groot zijn dat sowieso tot in hoogste instantie wordt doorgeprocedeerd, maar deze ervaring maant wel tot voorzichtigheid.

6.2.3 De bezwaarschriftprocedure

Een hoofdregel van ons bestuursrecht is, als gezegd, dat de toegang tot de bestuursrechter in beginsel pas openstaat nadat een bezwaarschriftprocedure is doorlopen. In de wereld van het bestuursrecht wordt deze regel breed gedragen. Maar in de wereld van het mededingingsrecht zorgde zij voor veel opwinding, toen het mededingingsrecht in 1998 opeens bestuursrecht werd. De filippica die Biesheuvel in het NJB tegen de bezwaarschriftprocedure afstak, is in die wereld inmiddels klassiek.⁵³⁷ Het was ook een mooi geschreven stukje.

536. A.T. Ottow, Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt, preadvies VAR 2003, VAR-geschrift 130, Den Haag 2003 legt de nadruk op de behoefte die marktdeelnemers zouden hebben aan snelle procedures.

537. M.B.W. Biesheuvel, Weg met de bezwaarschriftprocedure, NJB 1996, blz. 930.

Maar het was ook een beetje eenzijdig stukje. Het valt op dat Biesheuvel zijn betoog geheel beperkt tot het economisch bestuursrecht. Hij gaat voorbij aan decennia van discussie over de voordelen van harmonisatie van bestuursrecht en hij gaat voorbij aan de literatuur waarin ook op voordelen van de bezwaarschriftprocedure wordt gewezen. Nu erkennen wij dat sommige van die voordelen in de wereld van het markttoezicht, althans in het mededingingsrecht, minder sterk opgaan dan in andere delen van het bestuursrecht. De bezwaarschriftprocedure was ooit bedoeld als een snel, goedkoop en informeel alternatief voor een procedure bij de rechter. Erkend moet worden dat de bezwaarschriftprocedure bij de NMa meestal noch snel, noch informeel, noch goedkoop is. Niet goedkoop omdat voor de betrokken ondernemingen de in theorie bestaande mogelijkheid om de procedure zonder professionele rechtsbijstand te voeren, veelal inderdaad niet meer is dan grauwe theorie. Daar is het gewoon veel te ingewikkeld voor.⁵³⁸ Daardoor is de procedure in de praktijk ook niet informeel, maar sterk gejuridiseerd en daardoor is zij in de praktijk ook niet snel.

Het belangrijkste argument voor de bezwaarschriftprocedure is de 'zeefwerking' daarvan. Daarmee wordt bedoeld dat de bezwaarschriftprocedure de werklast van de rechterlijke macht beperkt. Dat doet zij op twee manieren. In de eerste plaats gaat, over het gehele bestuursrecht bezien, maar een fractie van de belanghebbenden die tegen een besluit bezwaar maken, ook in beroep tegen de beslissing op bezwaar⁵³⁹, hetzij omdat zij in bezwaar alsnog in het gelijk zijn gesteld, hetzij omdat zij zich neerleggen bij een tweede negatieve beslissing. Onderzoek wijst uit, dat deze zeefwerking op sommige deel-terreinen van het bestuursrecht, zoals het belastingrecht en het sociaal zekerheidsrecht, meer dan 90 % is.⁵⁴⁰ Voor het markttoezicht beschikken wij niet over cijfers, maar het is aannemelijk, dat deze vorm van zeefwerking althans bij sommige marktautoriteiten veel geringer is.

538. De forfaitaire proceskostenvergoeding op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht staat in ieder geval in de sfeer van het markttoezicht in geen verhouding tot de werkelijke kosten van rechtsbijstand.

539. In bestuursrechtelijk jargon ook wel de 'b.o.b.' genoemd. De eerste beslissing is dan de primaire beslissing of de beslissing in primo (h.i.p.). Mocht u op enig moment de indruk willen wekken tot de bestuursrechtelijke incrowd te behoren, dan moet u het achteloos over de bip en de bob hebben. Maar dan moet u ook weten wat de IPPC-richtlijn, een 6:18-besluit, de Medemblik-jurisprudentie, de (inmiddels verlaten) Amicitia-lijn, een argumentatieve fuik en een mer is. En u moet weten wat het juridische verband is tussen kippepoten en pannekoeken. Eén van de problemen bij de communicatie tussen het bestuursrecht en andere rechtsgebieden is, dat wij ons te vaak van ondoorgrondelijk jargon bedienen.

540. M.S. Beerten e.a., *Aspecten van financiële beschikkingverlening*, Deventer 1996.

Als de NMa een sanctie in bezwaar handhaaft, zijn voor de betrokken onderneming veelal de belangen zo groot, dat men al snel zal doorprocederen. Bij de veel lagere boeten op grond van de Warenwet ligt dat echter al weer anders.

Er is echter een tweede vorm van zeefwerking, die zich ook in het markttoezichtsrecht voordoet. In de bezwaarfase zal het geschil veelal beter worden afgebakend. Soms wordt een deel van de geschilpunten opgelost of in ieder geval verduidelijkt. Ook dat kan de werklust van de rechter enigszins verminderen.

Schueler⁵⁴¹ heeft er voorts op gewezen, dat de bezwaarschriftprocedure, mede door de inschakeling van een externe adviescommissie als bedoeld in art. 7:13 Awb, kan fungeren als intern correctiemechanisme voor individuele besluiten, dat juist vanwege het ontbreken van politieke controle op die besluiten heel nuttig kan zijn. Maar hij zegt er terecht meteen bij dat die adviescommissies zich dan niet moeten beperken tot louter rechtmatigheidstoetsing.

Tenslotte pleit het belang van harmonisatie van bestuursrecht voor de bezwaarschriftprocedure.⁵⁴² De komst van de Awb heeft het bestuursrecht een stuk inzichtelijker en overzichtelijker gemaakt. Iedere afwijking van de Awb doet in beginsel afbreuk aan die inzichtelijkheid. Wij beseffen dat dit argument – wij zouden bijna zeggen: naar zijn aard – de specialisten niet aanspreekt. Maar het recht is er niet alleen voor de specialisten.

Anderzijds erkennen ook wij natuurlijk, dat harmonisatie niet tot elke prijs moet worden nagestreefd. Er kan een moment komen waarop de nadelen de voordelen overtreffen. Zo vinden wij het terecht, dat recent de bezwaarschriftprocedure is afgeschaft voor de geschilbeslechtende besluiten van de OPTA (art. 17.1, derde lid, Telecommunicatiewet). Als een bestuursorgaan na een contradictoire procedure een besluit neemt omtrent een geschil, is het raar om dat bestuursorgaan vervolgens te vragen om er nog eens over na te denken. Dat is een type besluiten, waaraan bij het opstellen van de Awb evident niet is gedacht.

Voor het mededingingsrecht zijn wij er nog niet uit. Als de NMa er in zou slagen om bezwaarprocedures binnen een redelijke tijd af te handelen, zouden wij voor handhaving daarvan zijn. Maar hoe langer blijkt dat dat niet lukt, hoe meer gelijk Biesheuvel krijgt.

541. B.J. Schueler, Marktautoriteiten in een democratische rechtsstaat, in: Falkena, Koppenol-Laforce, Otow 2004, blz. 13.

542. Daarover recent J.F.M. Polak, W. den Ouden. Harmonisatie van bestuursrecht, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2004, Deventer 2004.

In dit verband is ook van belang, dat sinds 1 september vorig jaar de mogelijkheid bestaat om de bezwaarschriftprocedure over te slaan, als het bestuursorgaan en alle belanghebbenden daarmee instemmen (art. 7:1a Awb). Die wet heeft een merkwaardige parlementaire geschiedenis.⁵⁴³ De Raad van State en in het voetspoor daarvan de Tweede Kamer waren aanvankelijk zeer kritisch; zij vreesden vooral overbelasting van de rechterlijke macht. Ook in de Eerste Kamer leefde die vrees sterk. Maar in dezelfde periode dat dit wetsvoorstel werd behandeld, nam de Tweede Kamer bij de behandeling van het wetsvoorstel dat van de NMa een zbo wil maken, een aantal amendementen aan dat voor de Gaswet, de Elektriciteitswet en de Mw een vorm van rechtsreeks beroep mogelijk maakte. Die amendementen hanteerden echter niet een ander systeem dan het gelijktijdig aanhangige voorstel tot wijziging van de Awb – met name was niet de instemming van de NMa nodig om de bezwaarfase over te slaan – en verschilden ook onderling.⁵⁴⁴ Verkoking is niet alleen een probleem van de ministeries, maar ook van de volksvertegenwoordiging. Inmiddels heeft de regering overigens weer het voornemen geuit om deze amendementen ongedaan te maken ten faveure van de Awb-regeling.⁵⁴⁵

6.3 Voor beroep vatbaar of niet? Enige knelpunten

6.3.1 Algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels

In hoofdstuk 4 hebben wij aangegeven dat het volgens ons te verdedigen is dat marktautoriteiten soms algemeen verbindende voorschriften vaststellen. Sowieso kunnen zij beleidsregels vaststellen, die vaak belangrijk zullen zijn, omdat marktautoriteiten vaak over een ruime mate van beleids- of beoordelingsvrijheid beschikken. Als een marktautoriteit een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel vaststelt, is dat een besluit. Maar naar geldend recht staat tegen zo'n besluit geen beroep bij de bestuursrechter open (art. 8:2 Awb). Dat is niet overal zo. In bijvoorbeeld Frankrijk staat tegen regelgevende besluiten van bestuursorganen wel beroep open. In Nederland is dat slechts incidenteel het geval: het bekendste voorbeeld zijn bestemmingsplannen. Wel bestaat uiteraard altijd de mogelijkheid van een actie bij de burgerlijke rechter.

De uitzondering van art. 8:2 is omstreden. In de literatuur is er vele

543. Zie Kamerstukken 27 563.

544. Zie over deze amendementen B.m.J. van der Meulen, Onoverkomelijk bezwaar.

Drie soorten prorogatie: maatwerk of wetgevingsvandalisme, NTB 2002, blz. 87.

545. Kamerstukken II 2003/04, 29 272, nr.1, blz. 28/29.

malen voor gepleit om wel rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter tegen algemeen verbindende voorschriften mogelijk te maken.⁵⁴⁶ Bijna was het ook zover geweest. Bij de parlementaire behandeling van hoofdstuk 8 Awb werd een amendement-Jurgens aanvaard, waardoor art. 8:2 Awb na vijf jaar zou vervallen. Kort voor het verstrijken van die termijn is echter een wet tot stand gekomen, die deze uitzondering voor onbepaalde tijd verlengde.⁵⁴⁷ Recent heeft de regering in een kabinetsstandpunt over de tweede evaluatie van de Awb nog uitgesproken, geen voorstander van beroep tegen algemene regels te zijn.⁵⁴⁸

Wij zijn van oordeel, dat dit standpunt in ieder geval voor marktautoriteiten heroverweging behoeft. Het traditionele argument tegen beroep bij de rechter tegen algemene regels is altijd geweest, dat wetgeven een zaak voor de democratisch gelegitimeerde organen is. Ook de regering beroept zich in het zojuist aangehaalde kabinetsstandpunt weer op dat argument. Wat er in zijn algemeenheid van dit argument zij: het gaat in ieder geval niet of althans in mindere mate op voor zelfstandige bestuursorganen. Juist bij die organen zou een rechtstreekse controle op de rechtmatigheid van hun voorschriften een zekere compensatie kunnen bieden voor het ontbreken van rechtstreekse democratische controle.

Bovendien is het staatsrechtelijke argument in zoverre zwak, dat een rechtstreekse actie tegen een algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel ook nu al mogelijk is, namelijk bij de burgerlijke rechter. Systematisch hoort een dergelijke actie echter bij de bestuursrechter thuis, omdat het inhoudelijk om bestuursrechtelijke vragen gaat. Dat klemmt nog meer op een terrein waar een gespecialiseerde bestuursrechter bestaat, zoals bij het markttoezicht meestal het geval is.

Naar ons oordeel behoeft ook niet te worden gevreesd dat het openstellen van beroep bij de bestuursrechter tot een grote stroom beroepen zal leiden. Zoveel algemene regels worden er door marktautoriteiten nu ook weer niet vastgesteld. Bovendien kancan rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van een algemene regel als zodanig juist ook voorkomen dat (op dat punt) in beroep wordt gegaan tegen individuele besluiten waarbij de regel is toegepast.

546. Zie voor een overzicht de dissertatie van J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter*, diss. UvA 1999, Deventer 1999, hoofdstuk II.

547. Zie stb. 1998, 738.

548. Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 16, blz. 12/13.

6.3.2 Inlichtingenvorderingen

Tegen de meeste beslissingen van marktautoriteiten staat beroep bij de bestuursrechter open, omdat deze beslissingen besluiten in de zin van art. 1:3 Awb zijn. Bij bijvoorbeeld het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom, dan wel bij het verlenen of weigeren van een vergunning of het geven van een aanwijzing, bestaat daarover geen twijfel. Maar er zijn een paar gevallen, waarover wel discussie is.

Dit betreft in de eerste plaats het vorderen van inlichtingen. Daarbij is van belang of dit schriftelijk of mondeling geschiedt, omdat volgens art. 1:3, eerste lid, Awb, slechts een schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandeling een besluit is en over het algemeen slechts besluiten appellabel zijn. Als dus een toezichthouder in de zin van art. 5:11 Awb bij een bezoek aan een bedrijf ter plekke mondeling inlichtingen vraagt, is dat geen besluit en staat geen rechtsbescherming bij de bestuursrechter open. Dat is naar positief recht onomstreden. Maar hoe zit dat als een toezichthouder namens de marktautoriteit of de marktautoriteit zelf schriftelijk om inlichtingen vraagt?

Die casus was aan de orde in de zaak *Bosque Teca Verde*.⁵⁴⁹ DNB had de vennootschap van die naam op grond van art. 19 Wet toezicht beleggingsinstellingen om inlichtingen gevraagd. De vennootschap ontkende echter een beleggingsinstelling in de zin van de wet te zijn, weigerde de gevraagde inlichtingen te geven en kwam tegen de vordering daarvan in bezwaar en beroep. Het CBb oordeelde dat het verzoek om inlichtingen geen besluit was, omdat de verplichting om inlichtingen te verstrekken rechtstreeks uit de wet volgt, zodat het verzoek geen nieuwe rechtsgevolgen in het leven zou roepen. Het CBb beroept zich daarbij ook op de wetsgeschiedenis van art. 5:16 Awb, zodat zijn oordeel kennelijk ook voor een op dat artikel gebaseerde inlichtingenvordering geldt.

Wij vinden dit oordeel niet overtuigend. Om te beginnen is, zoals ook Michiels in zijn zojuist aangehaalde annotatie aangeeft, de wetsgeschiedenis minder eenduidig dan het CBb suggereert; de regering heeft aangegeven dat toezichtshandelingen meestal feitelijke handelingen zijn, maar niet ontkend dat dat onder omstandigheden anders kan zijn. Voorts wordt een concretisering door het bestuur van een algemene wettelijke verplichting elders in het bestuursrecht vaak wel

549. CBb 21 juli 1998, AB 1998, 437 m.nt. JHvdV. Ook in P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak, R.J.G.M. Widdershoven, AB Klassiek, 5e druk, Deventer 2003, blz. 432 m.nt. F.C.M.A. Michiels.

als een besluit aangemerkt. Onze verplichting om inkomstenbelasting te betalen vloeit ook rechtstreeks uit de wet voort, maar tegen de concretisering daarvan in een aanslag staat wel bezwaar en beroep open.

Belangrijker nog is, dat er wel behoefte bestaat aan rechtsbescherming tegen dergelijke inlichtingenvorderingen. Zo'n verzoek kan voor een onderneming zeer ingrijpend zijn. Ook de Raad van State vond in zijn advies over het ontwerp-Wft, dat het wenselijk is om een schriftelijke inlichtingenvordering als een besluit aan te merken.⁵⁵⁰ Eén van de argumenten om dat niet te doen is traditioneel de vrees voor opeenstapeling van procedures. De rechtmatigheid van de inlichtingenvordering kan worden bestreden bij het beroep tegen het besluit, zo is de gedachte; dat hoeft niet ook nog eens apart te kunnen. Dit argument gaat echter minder op naarmate het uiteindelijke besluit in de tijd verder van de inlichtingenvordering afligt.

Nu staat er tegen inlichtingenvorderingen ook wel rechtsbescherming open: een onderneming kan zich altijd tot de civiele (kort geding-) rechter wenden. Dat gebeurt soms ook: men zie bijvoorbeeld de zaak van de 'forensic images' van harde schijven die wij in paragraaf 5.6.1 al tegenkwamen.⁵⁵¹ Maar die zaak illustreert ook wat daarmee het probleem is: de voorzieningenrechter overweegt in die uitspraak dat hij toezichtshandelingen terughoudend moet toetsen, omdat de rechtmatigheid daarvan ook aan de orde kan komen bij de toetsing van een op de verkregen informatie gebaseerd besluit, welke toetsing aan de bestuursrechter is voorbehouden. Met andere woorden: de civiele rechter wil de bestuursrechter niet te veel voor de voeten lopen. Dat is bij de huidige stand van het recht wel begrijpelijk, maar geeft tegelijk aan dat het niet alleen systematisch, maar ook praktisch beter zou zijn als de bestuursrechter zelf bevoegd zou zijn om ook los van een eventueel⁵⁵² besluit over de inlichtingenvordering te oordelen.

Wat voor inlichtingenvorderingen geldt, geldt *mutatis mutandis* ook voor andere toezichtshandelingen. Onzes inziens dient daartegen dan ook bestuursrechtelijke rechtsbescherming te worden opengesteld.⁵⁵³

550. Kamerstukken II, 2003/04, 29 708, nr. 4, blz. 18.

551. Vzngt. Rb. Den Haag 9 april 2003, AB 2003, 199 m.nt. OJ.

552. Het kan immers ook nog voorkomen, dat er wel heel veel informatie wordt gevraagd, maar uiteindelijk geen sanctiebesluit volgt.

553. Zie ook E.J. Daalder, Een bestuursrechtelijk exequatur, NTB 2002, blz. 242, die voorstelt bepaalde toezichtshandeling afhankelijk te maken van voorafgaand rechterlijk verlof. Maar dat zou, als wij het goed zien, nog meer belasting van de rechterlijke macht opleveren dan ons voorstel.

Het is alleen de vraag, of dit per se via het besluitmodel moet. Zie daarover nader par. 6.4.

Ook hier zou weer de tegenwerping kunnen zijn, dat ons voorstel tot een te grote belasting van de bestuursrechter zou leiden. Wij kunnen dat moeilijk overzien, maar hebben niet de indruk dat bedrijven nu massaal naar de kort geding rechter lopen. Hoe dan ook, de belangen die voor de betrokken ondernemingen op het spel zijn, kunnen onder omstandigheden zo groot zijn, dat dit tegenargument naar ons oordeel onvoldoende gewicht in de schaal legt.

6.3.3 Bestuurlijke oordelen

Aan de inlichtingenvordering in de zaak Bosque Teca Verde lag ten grondslag het oordeel van DNB dat Bosque een beleggingsinstelling was. DNB had dit oordeel in 1998 bij brief aan Bosque medegedeeld. Bosque meende zelf geen beleggingsinstelling te zijn en ging tegen deze brief in beroep bij het CBb. Het CBb verklaarde dit beroep niet-ontvankelijk omdat de brief geen besluit zou zijn.

Daarmee zijn wij bij de problematiek van wat in de bestuursrechtelijke literatuur en jurisprudentie bekend staat als 'bestuurlijke rechtsoordelen'. Michiels heeft dit begrip omschreven als 'een zelfstandig en als definitief bedoeld oordeel van een bestuursorgaan omtrent de toepasselijkheid van een wettelijk voorschrift aangaande de toepassing waarvan dat orgaan bevoegdheden heeft'.⁵⁵⁴

De vraag of een dergelijk bestuurlijk rechtsoordeel een besluit is, heeft vooral in de sfeer van het omgevingsrecht de nodige jurisprudentie opgeleverd, maar ook in de sfeer van het markttoezicht worden af en toe van dergelijke oordelen gegeven.⁵⁵⁵ Hoewel de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak de laatste tien jaar een beetje heeft gezwabberd, lijken zowel de Afdeling als het CBb nu op de lijn te zitten dat een bestuurlijk rechtsoordeel geen besluit is. In beginsel moet een belanghebbende die zo'n oordeel wil aanvechten, maar wachten tot er een 'echt' besluit afkomt dat op dit rechtsoordeel berust. Dat kan betekenen dat de belanghebbende een vergunning moet aanvragen die hij zelf meent niet nodig te hebben, dan wel een sanctiebesluit moet riskeren. Beide rechters maken echter een uitzondering voor het geval het voor de belanghebbende onredelijk bezwarend is dat an-

554. F.C.M.A. Michiels, noot in P.J.J. van Buuren, J.F.M. Polak, R.J.G.M. Widdershoven, *AB Klassiek*, 5e druk, Deventer 2003, blz. 432 m.nt. F.C.M.A. Michiels.

555. Zie voor jurisprudentie M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedures*, Deventer 2003, blz. 60 e.v.

dere besluit af te wachten. Wanneer dit laatste het geval is, is niet helemaal duidelijk: in de regel kan van de belanghebbende niet worden gevegd dat hij een sanctiebesluit riskeert, maar wel dat hij een – soms kostbare – aanvraag indient voor een vergunning die hij wellicht helemaal niet nodig heeft.

Dogmatisch is er voor het standpunt dat een bestuurlijk rechtsoordeel geen besluit is, nog wel iets te zeggen: het roept immers op zichzelf geen nieuwe rechtsgevolgen in het leven – al is zeker in twijfelgevallen de grens tussen interpreteren en het creëren van nieuwe rechtsgevolgen natuurlijk niet haarscherp. Dogmatisch gezien is echter niet te begrijpen, dat iets een besluit kan worden doordat het onredelijk bezwarend is om een ander besluit af te wachten. Dat is dan ook een voorbeeld van het 'strategisch besluitbegrip': iets wordt tot besluit bestempeld omdat de bestuursrechter van oordeel is dat hij daartegen rechtsbescherming moet kunnen bieden.

Er bestaat ook zeker een maatschappelijk behoefte aan rechtsbescherming tegen bestuurlijke rechtsoordelen, misschien zelfs wel in meer gevallen dan de rechtspraak nu erkent. De zaak *Bosque Teca Verde* illustreert dit: zij had er evident een groot belang bij zekerheid over het antwoord op de vraag of zij als beleggingsinstelling moest worden aangemerkt. Pas dan wist zij of zij een vergunning moest aanvragen en aan welke regels zij zich moest houden. Wat zou er nu eigenlijk tegen zijn geweest, als het CBB over deze voorvraag gewoon een afzonderlijk oordeel had gegeven? Alweer: wellicht dat het tot een groter beroep op de bestuursrechter zou kunnen leiden. Maar dat is maar de vraag: vaak zal het beroep tegen het rechtsoordeel een beroep tegen een later besluit overbodig maken.

Wij menen dus dat degene die daarbij een redelijk belang heeft, een bestuurlijk rechtsoordeel ter toetsing aan de bestuursrechter zou moeten kunnen voorleggen. Maar het zou beter zijn als wij daartoe het besluitbegrip niet op een dogmatisch gewrongen manier zouden hoeven op te rekken. De wetgever zou bestuurlijke rechtsoordelen voor de toepassing van voorschriften omtrent bezwaar en beroep met een besluit kunnen gelijkstellen, of, nog beter, zichzelf kunnen ontslaan van het keurslijf van het besluitmodel en via een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure een rechtsingang kunnen creëren.

6.3.4 Beslissingen omtrent terinzagelegging van stukken

Een andere categorie beslissingen die naar geldend recht waarschijnlijk geen besluiten zijn, maar waarbij wel behoefte bestaat aan rechtsbescherming, betreft beslissingen omtrent het al dan niet ter inzage

geven van stukken.⁵⁵⁶ Als tegen een besluit bezwaar wordt gemaakt, moet het bestuursorgaan 'de op de zaak betrekking hebbende stukken' voor alle belanghebbenden ter inzage leggen (art. 7:4, tweede lid, Awb). Hetzelfde geldt als een besluit wordt voorbereid met toepassing van de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb (art. 3:11 Awb). Het bestuursorgaan mag echter stukken buiten het ter inzage gelegde dossier houden, indien daarvoor gewichtige redenen zijn (art. 7:4, zesde lid). Die zijn er in ieder geval niet als het stuk ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur aan een ieder zou moeten worden verstrekt (art. 7:4, zevende lid en 3:11, tweede lid).

Nu bevatten dossiers van marktautoriteiten uit de aard der zaak nogal eens vertrouwelijke bedrijfsgegevens, waarvan de betrokken onderneming liever niet heeft dat andere belanghebbenden die kunnen inzien, zeker niet als een of meer van die andere belanghebbenden concurrenten zijn. Daarbij hebben ondernemingen begrijpelijkerwijs een zekere neiging om het begrip vertrouwelijke bedrijfsgegevens ruimer uit te leggen dan de marktautoriteit. Daar ontstaan soms geschillen over.

In enkele gevallen is geregeld dat een dergelijk geschil bij de gespecialiseerde bestuursrechter terecht komt, doordat de beslissing om door een onderneming als vertrouwelijk aangemerkte gegevens ter inzage te leggen door de wet als een voor beroep vatbare beschikking is aangemerkt (zie bijvoorbeeld art. 18, derde lid, Mw). Maar dat is niet in alle gevallen gebeurd, met name ook niet in de bezwaarfase. In die gevallen lijkt de rechtspraak een beslissing tot ter inzage legging als een feitelijke handeling aan te merken, met als gevolg dat eventuele geschillen daarover bij de civiele rechter terechtkomen.⁵⁵⁷ Dat is niet echt logisch als de hoofdzaak bij de gespecialiseerde bestuursrechter terechtkomt. Pietermaat⁵⁵⁸ heeft daarom terecht voorgesteld hiervoor een rechtsingang bij de bestuursrechter te creëren. Volgens ons zou dat weer het beste kunnen via een bestuursrechtelijke verzoekschriftpro-

556. Zie over het navolgende uitvoeriger E.C. Pietermaat, *Processuele openbaarheid*, preadvies Jonge VAR 2003, Jonge VAR-reeks nr. 2, Den Haag 2003. Zie ook A.T. Ottow, *Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt*, preadvies VAR 2003, VAR-geschrift 130, Den Haag 2003, blz. 208.

557. Vzngr. Rb. Rotterdam 24 december 2002, LJN-nr AF 2989. In de literatuur wordt overigens wel verdedigd dat de beslissing om gegevens *niet* ter inzage te leggen een appellabel besluit zou zijn: J.E.M. Polak, J.R. van Angeren, *Awb-kernbegrippen en Mededingingswet: een moeizame relatie in nationaal mededingingsland*, M & M 2000, blz. 141. Het rechtsgevolg zou dan zijn dat wordt beslist tot welke gegevens belanghebbenden rechte toegang hebben.

558. A.w., blz. 22.

cedure, waarin gewoon een verbod om bepaalde gegevens ter inzage te leggen kan worden gevorderd.

Uiteraard moet dan wel worden geregeld dat gedurende dit incident de beslistermijnen worden opgeschort en daarom ook dat voor de indiening en behandeling van het verzoek korte termijnen gelden. Dan nog heeft het vaker mogelijk maken van zo'n incident natuurlijk het nadeel dat de procedure langer gaat duren en nog meer wordt geformaliseerd. En natuurlijk kan de mogelijkheid van zo'n verzoek worden misbruikt als vertragingstactiek. Maar daar valt naar ons oordeel niet goed aan te ontkomen. Er kunnen voor de betrokken onderneming onder omstandigheden grote belangen op het spel staan. Zo groot, dat men zich soms toch tot de civiele kort geding rechter zal wenden. Dan is er ook een incident en ook vertraging.

Maar er is nog een ander probleem, dat aanzienlijk ingewikkelder is. Art. 7:4 Awb kent niet de mogelijkheid om bij beslissingen omtrent terinzagelegging onderscheid te maken tussen belanghebbenden: een stuk wordt of voor alle belanghebbenden ter inzage gelegd of voor geen van hen. Dat geeft met name problemen bij bestraffende sancties. Dat bleek uit de bekende zaak Norsk Hydro.⁵⁵⁹ Norsk Hydro had geklaagd dat SEP, door te weigeren met haar een overeenkomst te sluiten voor het transport van elektriciteit, misbruik had gemaakt van een economische machtspositie in de zin van art. 24 Mw. Naar aanleiding van deze klacht heeft de d-g NMa aan SEP een boete van f 14 miljoen opgelegd. SEP komt daartegen in bezwaar en beroep.

Norsk Hydro wil vervolgens als partij aan het geding deelnemen, omdat zij de boete te laag vindt. Dat kan als zij moet worden aangemerkt als (derde-) belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb (art. 8:26 Awb). De rechtbank beslist dat Norsk Hydro inderdaad belanghebbende is. Dat betekent dat er ook bij bestuurlijke boeten derden-belanghebbenden kunnen zijn.⁵⁶⁰ Dat is wel opvallend, want dat betekent dat een onderneming die het 'slachtoffer' is van een bestuurlijk beboetbare overtreding processueel een aanzienlijke sterkere positie heeft dan het slachtoffer in het strafproces heeft: zij kan als volwaardige partij aan het proces deelnemen. Dat geeft, zoals uit deze zaak blijkt, wel enkele problemen.

Intussen heeft de d-g NMa een beroep gedaan op art. 8:29 Awb. Dat bepaalt dat een partij die stukken moet overleggen de rechtbank om gewichtige redenen kan verzoeken om te bepalen dat alleen de rechtbank van die gedingstukken zal kennisnemen. Voorzover de rechtbank

559. Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003, 385 m.nt. OJ.

560. Het voorontwerp vierde tranche Awb dacht daar nog anders over. Het wetsvoorstel is naar aanleiding van de hier besproken zaak genuanceerder.

een dergelijke beperking van de kennisname gerechtvaardigd acht, kan zij de desbetreffende stukken slechts met toestemming van partij-een bij haar oordeel betrekken.

Naar aanleiding hiervan oordeelt de rechtbank, dat de door art. 6, derde lid, EVRM gewaarborgde rechten van de verdediging zich er tegen verzetten, dat een bestuursorgaan in een procedure tot oplegging van een bestuurlijke boete jegens de (vermoedelijke) overtreder een beroep doet op art. 8:29 of 7:4, zesde lid, Awb. De beschuldigde moet in alle fasen van de procedure toegang hebben tot alle stukken die relevant zijn voor de 'bewezenverklaring' en de 'strafmaat'. Maar omdat art. 7:4 en 8:29 niet de mogelijkheid bieden om onderscheid te maken tussen de ene en de andere belanghebbende, betekent dit dat ook de derde-belanghebbende toegang kan krijgen tot vertrouwelijke gegevens. Pietermaat⁵⁶¹ heeft er op gewezen, dat dat kan meebrengen dat een onderneming 'dubbel gestraft' wordt: zij krijgt een boete en haar vertrouwelijke informatie ligt bij de concurrent. Zij stelt daarom voor om art. 7:4 en 8:29 Awb zo te wijzigen, dat wel onderscheid kan worden gemaakt.

Ons inziens is daartoe inderdaad aanleiding, maar slechts voor bepaalde gevallen. Als het gaat om vertrouwelijke gegevens van de beboete onderneming zelf, is de uitspraak van de rechtbank volgens ons te absoluut geformuleerd. In dat geval wordt de beboete onderneming door een beperking van de kennisneming immers niet in haar verdediging geschaad, want haar eigen stukken kent zij al. Dan is er naar ons oordeel ook geen strijd met art. 6 EVRM.

Het wordt anders als een boete mede steunt op vertrouwelijke gegevens van een andere onderneming. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als een aantal ondernemingen wordt beboet wegens overtreding van het kartelverbod. Naar verluidt gaat de NMa er dan van uit dat de betrokken ondernemingen, juist omdat zij een kartel vormen, elkaars gegevens al kennen zodat er geen aanleiding is voor geheimhouding. Maar daar kunnen de betrokken ondernemingen natuurlijk anders over denken. Bovendien kunnen wij niet overzien of er niet ook nog andere gevallen zijn waarin een boete mede steunt op gegevens van een andere dan de beboete onderneming.

Hoe dat zij, in dat geval zal de vertrouwelijkheid van de bedrijfsgegevens inderdaad moeten wijken voor de rechten van de verdediging. Maar dan moet wel gezorgd worden dat de inbreuk op de vertrouwelijkheid niet groter is dan noodzakelijk. Onder omstandigheden kan

een mogelijkheid van selectieve geheimhouding, zoals voorgesteld door Pietermaat, daaraan wellicht bijdragen.

Pietermaat⁵⁶² heeft voorts gewezen op het geval, dat een onderneming waaraan een boete is opgelegd, tijdens de procedure nadere vertrouwelijke gegevens wil inbrengen die in haar voordeel pleiten. Als er dan een derde-belanghebbende met tegengestelde belangen – bijvoorbeeld de concurrent die heeft geklaagd – in het geding betrokken is, kan toepassing van het huidige art. 8:29 Awb tot merkwaardige resultaten leiden. Als de beboete onderneming om beperking van de kennisneming vraagt en de rechter deze beperking gerechtvaardigd acht, kan de rechter slechts met toestemming van alle belanghebbenden – dus ook van de derde-belanghebbende – de vertrouwelijke gegevens bij zijn oordeel betrekken. Met andere woorden: de klagende concurrent kan verhinderen dat de beboete onderneming profiteert van voor haar ontlastende informatie, tenzij de beboete onderneming die informatie ook aan de concurrent geeft. Dat lijkt ons geen redelijke uitkomst. Met Pietermaat menen wij daarom, dat in die situatie niet alleen selectieve geheimhouding mogelijk zou moeten zijn, maar ook een uitzondering op het toestemmingsvereiste zou moeten worden gemaakt.

Tegen deze voorstellen kan natuurlijk worden ingebracht, dat zij het gevaar oproepen van schending van art. 6 EVRM op een ander punt, namelijk de 'equality of arms' en het verdedigingsbeginsel. Zij brengen immers mee dat niet altijd alle partijen over alle relevante informatie beschikken. Wij erkennen dat dit problematisch is, maar bovenstaand voorstel geeft in ieder geval de rechter de mogelijkheid om in concreto het belang van de bescherming van vertrouwelijkheid van bedrijfsgegevens en de belangen van andere partijen tegen elkaar af te wegen. Het alternatief is dat eerstgenoemd belang per definitie het onderspit delft en dat lijkt ons ook niet redelijk. De enige uitweg uit dit dilemma is een zodanig enge uitleg van het belanghebbende-begrip, dat zich bij bestuurlijke boeten geen meerpartijengeschillen meer kunnen voordoen.

6.4 Naar een ruimere toegang tot de bestuursrechter

Hiervoor hebben wij op een aantal punten gepleit voor een ruimere toegang tot de bestuursrechter. Voor algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels zou dat kunnen door de uitzondering van art. 8:2 Awb gedeeltelijk ongedaan te maken, hetzij in de bijzondere

562. A.w., blz. 43.

wetten, hetzij in de door ons bepleitte Kaderwet zbo's. Voor bestuurlijke oordelen en voor beslissingen omtrent terinzagelegging zou het op verschillende manieren kunnen. In de eerste plaats zou de wetgever dergelijke beslissingen voor de mogelijkheid van bezwaar en beroep met een besluit kunnen gelijkstellen. Maar dat is eigenlijk een node-loze omweg en roept ook weer allerlei vragen op, zoals bijvoorbeeld de vraag of een bestuurlijk oordeel formele rechtskracht kan krijgen.

Er is een beter alternatief. 'Het besluitmodel' komt de laatste jaren in de bestuursrechtelijke literatuur steeds meer onder vuur te liggen. Steeds meer schrijvers en onlangs ook de Commissie rechtsbescherming van de Vereniging voor bestuursrecht VAR⁵⁶³ pleiten voor een ruimere toegang tot de bestuursrechter, bijvoorbeeld gekoppeld aan het begrip bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Deze discussie is vooral aangewakkerd door de ontwikkeling in het aansprakelijkheidsrecht, waar velen de constructie van het zogenaamde zuiver schadebesluit onbevredigend vinden.

In het kader van die discussie is er al herhaaldelijk op gewezen dat uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter ook aanpassing van het procesrecht vergt en wel door invoering van een soort verzoekschriftprocedure waarin ook andere vorderingen mogelijk zijn dan alleen de vernietiging van een rechtshandeling. Zoals één van ons al eens eerder heeft bepleit⁵⁶⁴, zou dat ook voor de rechtsbescherming tegen toezichtshandelingen een veel natuurlijker oplossing zijn dan de constructie van een besluit. In zo'n procedure zou men gewoon een oordeel van de rechter moeten kunnen vragen of bepaalde inlichtingen of documenten al dan niet moeten worden verstrekt, of een gebod om bepaalde documenten terug te geven. Evenzo zou men een verbod moeten kunnen vorderen om bepaalde gegevens ter inzage te leggen, of een declaratoire uitspraak dat een onderneming wel of niet een beleggingsinstelling in de zin van de wet is. In al die gevallen is het niet nodig het besluitbegrip 'strategisch' op te rekken om een rechtsingang bij de bestuursrechter te creëren. De wetgever zou gewoon kunnen

563. Zie onder meer R.J.N. Schlössels, Het besluitbegrip en de draad van Ariadne, oratie KUN 2003, Den Haag 2003, met een overzicht van de omvangrijke literatuur. Zie ook S. Pront- Van Bommel, Bestuursrechtspraak, diss. UvA 2002, Den Haag 2002; J.F.M. Polak, Burgerlijke rechter of bestuursrechter, diss. UvA 1999, Deventer 1999. Commissie Rechtsbescherming VAR, De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting, Den Haag 2004, blz. 71 e.v.

564. N. Verheij, Een eigen recht(er), preadvies VAR 1999, VAR-geschrift 122, Alphen a/d Rijn 1999, blz. 70.

bepalen dat de rechter op verzoek van een belanghebbende uitspraken als hier bedoeld kan doen.

6.5 De intensiteit van de rechterlijke toetsing

6.5.1 Algemeen

Voorzover marktmeesters zelfstandige bestuursorganen zijn, bestaat er per definitie geen rechtstreeks politieke controle op individuele besluiten. Voorzover zij dat niet zijn, bestaat die controle in de praktijk ook niet of nauwelijks. Daar staat tegenover, dat tegen deze besluiten in de regel wel beroep bij de bestuursrechter open staat. Vanuit de gedachte van 'checks and balances' die als een rode draad door dit preadvies loopt, rijst dan de vraag of deze rechterlijke controle een voldoende effectieve 'check' op de macht van de marktmeesters vormt om het gebrek aan politieke controle enigszins te compenseren. Het antwoord op deze vraag hangt mede af van de intensiteit van de rechterlijke toetsing van besluiten van marktmeesters: toetst de rechter indringend, terughoudend of zelfs slechts marginaal?

Volgens de heersende bestuursrechtelijke leer wordt de intensiteit van de rechterlijke toetsing in de eerste plaats bepaald door aard en omvang van de beslissingsruimte die de wet het bestuur laat.⁵⁶⁵ De rechter toetst in de eerste plaats aan de wet, dus hoe meer de wet de inhoud van het besluit dicteert, hoe meer de rechter kan toetsen. Wij zien dan ook dat de rechter bijvoorbeeld in het belastingrecht en het sociaal zekerheidsrecht, waar veel 'gebonden' besluiten voorkomen, in het algemeen indringender toetst dan bijvoorbeeld in het omgevingsrecht, waar juist veel 'vrije' besluiten voorkomen.

Vervolgens onderscheidt de heersende leer twee vormen van beslissingsruimte die de wet aan het bestuur kan laten: beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid. Dit onderscheid gaat, wat de Nederlandse literatuur betreft, terug op Duk.⁵⁶⁶ Het komt overeen met het onderscheid tussen 'onbestimmte Rechtsbegriffe' en 'freies Ermessen', dat een belangrijke rol speelt in de Duitse doctrine. Kort gezegd is er sprake van beleidsvrijheid⁵⁶⁷ voorzover de koppeling tussen rechtsfeit en rechtsgevolg voor het bestuur facultatief is. Of, in de woorden van Duk, als

565. Zie ook paragraaf 4.4.

566. W. Duk, *Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid*, RM Themis 1988, blz. 156; eerder W. Duk, *De zachte kern van het bestuursrecht*, RM Themis 1978, blz. 564. Zie voor een recente weergave van de heersende leer H.D. van Wijk/W.Konijnenbelt, R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 12e druk, Den Haag 2002, blz. 137.

567. Men spreekt bij beleidsvrijheid ook wel van een 'discretionaire' bevoegdheid.

het bestuur, indien de toepasselijkheidscondities van een bevoegdheidsnorm zijn vervuld, kan kiezen of het een bepaald rechtsgevolg in het leven roept. Het klassieke voorbeeld zijn wettelijke bepalingen die zeggen dat het bestuur in een bepaald geval iets 'kan' – dus niet moet – doen. Vrijwel alle sanctiebevoegdheden van marktmeesters behoren tot deze categorie.

Van beoordelingsruimte is volgens de klassieke leer sprake voorzover de wet bij de omschrijving van rechtsfeiten of rechtsgevolgen zodanig vage termen gebruikt dat het bestuur deze redelijkerwijs op verschillende manieren kan uitleggen of invullen. Men denke aan frasen als 'gevaar voor de openbare orde', 'een redelijke termijn' en dergelijke.

De klassieke leer is nu, dat de rechter de uitleg van vage wettelijke termen 'vol' moet toetsen, maar het gebruik van een beleidsvrije (discretionaire) bevoegdheid slechts 'marginaal' mag toetsen. Het eerste zou zo zijn omdat de uitleg van de wet, al is die nog zo vaag, bij uitstek de taak is van de rechter, die daarover het laatste woord behoort te hebben. Wel wordt daarbij vaak de nuancering aangebracht, dat de wetgever de rechter tot een marginale toetsing van de uitleg van een vage term kan dwingen door te bepalen dat een bevoegdheid bestaat als een bepaald rechtsfeit zich 'naar het oordeel van' het bestuursorgaan voordoet. Het tweede zou zo zijn, omdat de wetgever die het bestuur beleidsvrijheid toekent, daarmee de belangenafweging die aan de uitoefening van de beleidsvrije bevoegdheid ten grondslag behoort te liggen (art. 3:4, eerste lid, Awb) opdraagt aan het bestuur en niet aan de rechter. 'De rechter mag niet op de stoel van het bestuur gaan zitten,' luidt het meest versleten cliché van het bestuursrecht. De achterliggende gedachte is, dat zo'n belangenafweging beleidsmatige en dus politieke keuzen vergt, die door een democratisch gelegitimeerd orgaan moeten worden gemaakt. Dat deze belangenafweging door de rechter 'marginaal' moet worden getoetst, is naar heersende leer min of meer neergelegd in art. 3:4, tweede lid. Daar staat dat de gevolgen van een besluit voor belanghebbenden 'niet onevenredig' mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Deze dubbele ontkenning impliceert naar gangbare opvatting een marginale toetsing.

Bij dit alles moet dan ook nog worden bedacht, dat één wettelijke bevoegdheidsomschrijving zowel 'beleidsvrije' als 'beoordelingsvrije' als 'gebonden' elementen kan bevatten. Neem art. 56, eerste lid, jo. art. 24, eerste lid, Mw: de Raad van Bestuur van de NMa kan een bestuurlijke boete opleggen wegens misbruik van een economische machtspositie. 'Economische machtspositie' en 'misbruik' zijn vage termen die een zekere beoordelingsvrijheid impliceren. Als sprake is van zodanig misbruik, 'kan' de NMa een boete opleggen. Dat impli-

ceert beleidsvrijheid. De omschrijving van het bevoegde orgaan is weer een gebonden element van de bevoegdheid: alleen de Raad van Bestuur van de NMa of iemand die daartoe door hem rechtsgeldig is gemandateerd, kan een boete opleggen. Als iemand anders het zou proberen, past de rechter geen enkele terughoudendheid, maar slechts een uitspraak die strekt tot vernietiging. Tenslotte moet behalve met de wettelijke bevoegdheidsomschrijving ook nog rekening worden gehouden met andere, soms ongeschreven, regels. Zo is (zie nader hierna) algemeen geaccepteerd dat de rechter de hoogte van de boete 'vol' moet toetsen, ook al laat de letter van de Mw die onder het wettelijk maximum aan de NMa over.

Dit is allemaal al ingewikkeld genoeg. Wij vrezen echter – bij nader inzien – ⁵⁶⁸ dat de werkelijkheid nog aanzienlijk ingewikkelder is dan dit klassieke model suggereert. Wij hebben eerder gezien dat marktmeesters vaak veel beslissingsruimte hebben. Daarbij gaat het zowel om bevoegdheden met beleidsvrijheid als over bevoegdheden met beoordelingsvrijheid. Zoals wij zojuist hebben gezien, is bij sommige bevoegdheden zelfs sprake van beide. Lavrijssen⁵⁶⁹ heeft in een fraai overzichtsartikel over de rechterlijke toetsing van besluiten van drie mededingingstoezichthouders – NMa, DTe en OPTA – laten zien, dat het klassieke model ontoereikend is om te verklaren wat de rechter in de praktijk doet.

In de eerste plaats is geen sprake van een simpele tweedeling tussen 'volle' en 'marginale' toetsing, maar zijn er gradaties van indringendheid en terughoudendheid. Daarover is natuurlijk wel discussie mogelijk. De intensiteit van de rechterlijke toetsing is geen meetbare of kwantificeerbare grootheid, dus een oordeel over wat de rechter in een bepaalde uitspraak doet, is altijd enigermate subjectief. Niettemin is onmiskenbaar dat er gevallen zijn, waarin de rechter de marktautoriteit wel enige keuzevrijheid gunt, maar niet kan worden gezegd dat de rechter slechts marginaal toetst in de zin dat hij slechts nagaat of de marktautoriteit in redelijkheid tot zijn oordeel kon komen. Een mooi voorbeeld is de zaak-Wegener, waar in eerste instantie de rechtbank Rotterdam het besluit van de NMa vrij indringend toetst, maar het CBb in hoger beroep iets meer afstand neemt- en tot een andere uitkomst komt.⁵⁷⁰

568. In N. Verheij/H.G. Lubberdink, *Algemene wet bestuursrecht*, derde tranche, Zwolle 1996 werd het klassieke model nog wel verdedigd.

569. S.A.C.M. Lavrijssen, *De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging*, SEW 2004, 03.

570. Rb. Rotterdam 20 september 2000, AB 2001, 93 m.nt. M.H. Boogers en CBb 5 december 2001, SEW 2002, blz. 422 m.nt. M.R. Mok.

Dit houdt verband met gegeven, dat ook het onderscheid tussen be-
leidsvrijheid en beoordelingsvrijheid niet zo zwart-wit is als hierbo-
ven is geschetst. Het is niet zo dat alleen het gebruik van het werk-
woord 'kunnen' of de uitdrukking 'naar het oordeel van' de rechter tot
terughoudendheid kan nopen. Argumenten voor enige terughoudend-
heid kunnen ook zijn gelegen in de aard van de norm en in de prakti-
sche mogelijkheden van de rechter. Begrippen als 'economische
machtspositie' of 'aanmerkelijke marktmacht' vergen soms complexe
economische beoordelingen.⁵⁷¹ Dat is geen exacte wetenschap. Er is
altijd een grijs gebied waar afwegingen en inschattingen moeten wor-
den gemaakt. Aan afwegingen en inschattingen is eigen, dat zij ook
een beetje anders hadden kunnen uitvallen. Nogmaals: het is geen
exacte wetenschap waarin slecht één antwoord goed is.

Maar het enkele feit dat de afweging of inschatting ook anders had
kunnen uitvallen, is niet voldoende om te zeggen dat de beslissing van
de marktautoriteit onrechtmatig is. Als verschillende inschattingen
verdedigbaar zijn, is de rechter niet altijd in staat om te zeggen welke
de beste is. Ook zijn er besluiten van marktautoriteiten die een hoog
technisch gehalte hebben, bijvoorbeeld bij de OPTA of de DTe. Ook
dan is de rechter niet altijd geëquipeerd om het beter te weten dan de
gespecialiseerde marktautoriteit. Maar het is ook weer niet zo, dat de
rechter marginaal moet toetsen in de zin dat hij pas kan ingrijpen bij
willekeur. Dat wil zeggen: als de marktautoriteit en beslissing neemt
die geen redelijk mens kan verdedigen. Het criterium is in de praktijk
veeleer, of het besluit voldoende verdedigbaar is.⁵⁷² Wij beseffen, dat
dit tot op zekere hoogte een woordenspel is, omdat de indringendheid
of terughoudendheid van de rechterlijke toetsing niet kwantificeerbaar
is. Maar bij lezing van de rechtspraak valt niet te ontkomen aan de
conclusie, dat de rechter soms iets doet wat tussen volle en marginale
toetsing inzit.⁵⁷³

571. Vgl. Rb. Rotterdam 21 juni 2001, AB 2001, 331 m.nt. M.H. Boogers, waar de
rechtbank overweegt dat de rechter terughoudender moet zijn naarmate de com-
plexiteit van de economische beoordeling toeneemt. Maar zie de in de volgende
noot aangehaalde uitspraak van het CBb.

572. Zie CBb 27 september 2002, Essent, Actualiteiten mededingingsrecht 2002, blz.
171, waar het CBb enerzijds aangeeft dat de NMa een zekere beoordelingsvrijheid
heeft bij het waarderen van economische feiten en omstandigheden, maar ander-
zijds aangeeft dat het niet 'marginaal' zal toetsen. In de woorden van het CBb
moet de NMa 'aannemelijk maken' dat de gestelde feiten en omstandigheden een
'economische machtspositie' in de zin der wet opleverden.

573. Soortgelijk E.J. Dommering, N.A.N.M van Eijk, A.T. Ottow, O.L. van Daalen,
Zes jaar bestuur en rechtspraak in de telecommunicatiemarkt, uitgave UvA 2003,
blz. 62.

Aan de andere kant is er bij besluiten waarbij volgens de wet beleidsvrijheid bestaat, ook niet altijd reden om terughoudend te toetsen.⁵⁷⁴ Dat is allereerst zo omdat deze beleidsvrijheid in een concreet geval verregaand kan zijn beperkt door beleidsregels, waaraan de rechter gewoon vol kan toetsen. Bovendien gaat het klassieke staatsrechtelijke argument voor terughoudende toetsing van beleidsvrije besluiten bij marktautoriteiten maar in beperkte mate op. Dit klassieke argument is dat bij de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid belangenafwegingen en dus beleidsmatige keuzen moeten worden gemaakt, die een democratische legitimatie behoeven.

Dit argument is echter ongeschikt om een scherp onderscheid te maken tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid. Ook de uitleg van vage wettelijke normen berust in de praktijk op een belangenafweging in het licht van de doelstelling van de wettelijke regeling. Bij de uitleg van een vage wettelijke term als 'economische machtspositie' worden door de NMa wel degelijk belangen afgewogen en keuzen gemaakt.

Bovendien is, zoals wij hebben gezien, de beslissing van een marktautoriteit in een individueel geval vaak helemaal niet democratisch gelegitimeerd, omdat die marktautoriteit een zelfstandig bestuursorgaan is, hetgeen impliceert dat op de individuele beslissingen van de marktautoriteiten geen politieke controle mogelijk is. De democratische legitimatie van de NMa kan dus niet het argument zijn om terughoudend te toetsen. Integendeel, uit een oogpunt van 'checks and balances' is de gebrekkige democratische legitimatie van individuele beslissingen van veel marktautoriteiten juist een argument om indringend te toetsen. Rechterlijke controle en politieke controle zijn weliswaar twee verschillende dingen, maar toch kan een intensieve rechterlijke controle een zekere compensatie bieden voor het ontbreken van politieke controle.

Daarbij past wel meteen de kanttkening, dat de rechter sommige beleidskeuzen van marktautoriteiten niettemin slechts marginaal zal kunnen toetsen, eenvoudig omdat het hem aan inhoudelijke maatstaven ontbreekt. Als een marktautoriteit naar aanleiding van een verzoek van een derde weigert een sanctie op te leggen, op de grond dat onderzoek naar het desbetreffende type overtreding in het handhavingsbeleid geen prioriteit heeft, zal de rechter niet snel kunnen zeggen dat die prioriteitsstelling onrechtmatig is, omdat er nu eenmaal weinig rechtsregels bestaan die iets over die prioriteitsstelling zeggen.

Het klassieke onderscheid tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid is dus ontoereikend om de intensiteit van de rechterlijke toet-

574. In dezelfde zin Ottow, a.w., blz. 207.

sing te verklaren. Lavrijssen⁵⁷⁵ wijst er op dat er nog een reden is om dat onderscheid niet star te hanteren: juist bij besluiten van marktautoriteiten moeten Nederlandse bestuursrechters zich vaak oriënteren op de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg, die evenmin een rigide onderscheid tussen beide vormen van keuzevrijheid hanteren.

De rechtspraak laat dan ook een gevarieerd beeld zien; veel hangt af van het type besluit. Zo is de rechter bij ontheffingen van het kartelverbod (art. 17 Mw) veel terughoudender dan bij sanctiebesluiten en zien wij bij de toetsing van aanwijzingen van de OPTA een tussenform. Dat zijn allemaal besluiten waarbij zowel beleids- als beoordelingsvrijheid bestaat. Als gezegd zijn wij van oordeel dat de rechter waar mogelijk indringend moet toetsen, omdat daartegen bij marktautoriteiten geen staatsrechtelijke bezwaren bestaan en daar uit een oogpunt van 'checks and balances' juist behoefte aan is.

6.5.2 De toetsing van de hoogte van de boete

Aparte aandacht verdient de rechterlijke toetsing van besluiten waarbij een bestuurlijke boete is opgelegd. Art. 6 EVRM eist dan, naar algemeen is aanvaard, dat de rechter volledig moet kunnen toetsen of de hoogte van de boete evenredig is in verhouding tot de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Vervolgens moet onderscheid moeten worden gemaakt tussen de situatie waarin de wet voor een bepaalde overtreding slechts het maximum van de boete bepaalt – zoals in het strafrecht gebruikelijk; dit is bijvoorbeeld het geval in de Mw – en de situatie waarin de wet per overtreding een vast tarief voor de boete bepaalt. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval bij de financiële toezichtswetgeving en de Warenwet.

Over de eerste situatie bestaat in jurisprudentie en literatuur geen verschil van mening. De bestuursrechter moet zich dan een zelfstandig oordeel vormen over wat in het voorliggende geval een gepaste boete is.⁵⁷⁶ Indien hij van oordeel is dat de door het bestuur opgelegde boete te hoog is, moet hij de boetebeschikking vernietigen. Hij hoeft daar echter niet mee te volstaan; hij kan vervolgens, met gebruikmaking van zijn bevoegdheid om 'zelf in de zaak te voorzien' (art. 8:72, vierde

575. A.w. blz. 26.

576. Zie bijvoorbeeld Rb.Rotterdam 18 juni 2003, LJN-nr. AH9702, waarin de rechtbank een krachtens de Mw aan Bredase notarissen opgelegde boete tot een symbolisch bedrag verlaagde. Zie ook O.J.D.M.L. Jansen, *Punitief en evenredig?*, JBplus 2000, blz. 38.

lid), zelf een lagere boete vaststellen en bepalen dat zijn uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de boetebeschikking. In het wetsvoorstel vierde tranche Awb wordt zelfs voorgesteld om de rechter daartoe te verplichten indien hij van oordeel is dat wel een boete moet worden opgelegd; hij mag de zaak dan niet meer terugwijzen naar het bestuur.⁵⁷⁷

Tot zover is de positie van de bestuursrechter dus vergelijkbaar met die van de strafrechter. Er is echter een belangrijk verschil: de bestuursrechter kan geen hogere boete opleggen dan het bestuur heeft gedaan. Dit volgt uit het voor de bestuursrechter geldende verbod van 'reformatio in peius', dat geacht wordt besloten te liggen in art. 8:69, eerste lid, Awb. Dit verbod houdt in, dat degene die beroep instelt tegen een besluit er niet als gevolg van zijn eigen beroep op achteruit mag gaan, in die zin dat zijn rechtspositie slechter wordt dan zij zou zijn geweest als hij geen beroep had ingesteld. Let wel: dit verbod geldt slechts in verhouding tot het bestreden besluit. Het geldt niet in de verhouding tussen de appèlrechter en de eerste rechter. Als dus de rechtbank de boete heeft verlaagd, maar vervolgens de appèlrechter naar aanleiding van een hoger beroep van het bestuur meent dat de rechtbank dit ten onrechte heeft gedaan, kan de appèlrechter de boete weer vaststellen op het door het bestuur vastgestelde bedrag, of op een bedrag dat tussen het bedrag van de rechtbank en dat van het bestuur inzit.

In dit verband rijzen twee interessante vragen, die voorzover wij weten nog niet door de jurisprudentie zijn beantwoord. De eerste is: mag de rechter de boete hoger vaststellen dan het bestuur heeft gedaan, als een derde in beroep gaat op de grond dat hij de boete te laag vindt? Naar de huidige stand van het algemeen bestuursrecht zou het antwoord bevestigend zijn. Als tegen een milieuvergunning zowel beroep wordt aangetekend door de aanvrager, die de aan de vergunning verbonden voorschriften te streng vindt, als door een milieugroep die tegen de verlening is, verzet het verbod van reformatio in peius zich niet tegen vernietiging van de gehele vergunning. Anders zou het beroepsrecht van de derde immers zinloos zijn. Het is de vraag of deze jurisprudentie zonder meer kan worden overgeplant naaar het markttoezichtsrecht. Zelfs als men vindt dat de benadeelde derde als belanghebbende moet worden erkend, zou men zich kunnen voorstellen, dat hij slechts mag bepleiten dat de beboete onderneming inderdaad onrechtmatig heeft gehandeld, maar zich niet mag bemoeien met

577. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, art. I, onderdeel N, waar een nieuw art. 8:72a wordt voorgesteld.

de hoogte van de boete. Als, zoals in de zaak *Norsk Hydro*⁵⁷⁸ het belang van de derde daarin is gelegen dat in rechte wordt vastgesteld dat de beboete onderneming inderdaad onrechtmatig heeft gehandeld, maakt het voor dat belang immers niet uit hoe hoog de boete is.

De tweede vraag betreft het geval dat de rechtbank de boete verlaagt en vervolgens alleen de beboete onderneming in beroep gaat op de grond, dat zij de boete nog steeds te hoog vindt. Daarmee maakt de hoogte van de boete deel uit van het geschil in hoger beroep. Mag de appèlrechter ook dan de boete hoger vaststellen dan de rechtbank heeft gedaan? Wij menen, dat de geest van het verbod van *reformatio in peius* zich daartegen verzet.

Dan de situatie, waarin de wet voor iedere overtreding het tarief van de boete bepaalt. Op zichzelf is onomstreden, dat ook dan geldt dat de rechter moet kunnen toetsen of de hoogte van de boete evenredig is aan de ernst van de overtreding en de mate waarin zij aan de overtreder kan worden verweten. Met het oog daarop heeft de wetgever, geïnspireerd door art. 9, tweede lid, onderdeel b, van de WAHV, in vrijwel alle bestuurlijke-boete-wetten een matigingsbevoegdheid voor bestuur en rechter opgenomen. Deze is ook gecodificeerd in het wetsvoorstel vierde tranche Awb (art. 5.4.1.7, derde lid). Deze draagt het bestuursorgaan op om een lagere dan de door de wet voorgeschreven boete op te leggen, indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is.

Sommige schrijvers, alsmede de Raad van State in zijn advies over het wetsvoorstel vierde tranche, achten dit in het licht van art. 6 EVRM onvoldoende. Daarbij worden soms opvattingen verdedigd, die er op neerkomen dat de rechter zich op dit punt niets van de wet behoeft aan te trekken.⁵⁷⁹ Voor een zo vergaande opvatting kunnen wij in de rechtspraak van het EHRM geen aanknopingspunten vinden.⁵⁸⁰ In het arrest-Göktan⁵⁸¹ overweegt het EHRM expliciet dat wettelijk gefixeerde sancties niet in strijd zijn met het EVRM. Diverse lidstaten van de Raad van Europa kennen ook in hun strafrecht verplichte minimumstraffen. Het EHRM heeft in het arrest-Malige⁵⁸² geoordeeld dat dit

578. Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003, 385 m.nt. OJ.

579. Bijvoorbeeld C.L.G.F. H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten*, diss. UM 2002, den Haag 2002.

580. Aldus ook T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, preadvies VAR 2004. VAR-geschrift 132, Den Haag 2004, blz. 64.

581. EHRM 2 juli 2002, EHRC 2002, 72.

582. EHRM 23 september 1998, NJCM-bull. 2000, blz. 873 e.v.

aanvaardbaar is, mits de straffen op zichzelf evenredig zijn en de rechter de bevoegdheid heeft om er in bijzondere gevallen van af te wijken. In die bevoegdheid voorziet ons recht dus. In CBb 29 april 2004, AB 2004, 317 m.nt. ICvdV acht het CBb de matigingsclausule ook toereikend om de door het EVRM vereiste evenredigheidstoetsing te verrichten, al ging de toelichting daarop van een te beperkte opvatting uit.

Ook is er kritiek geweest op het feit dat art. 5.4.1.7, derde lid, ontwerp-vierde tranche de bewijslast van bijzondere omstandigheden die een lagere boete rechtvaardigen, geheel bij de overtreder lijkt te leggen.⁵⁸³ Terecht is opgemerkt dat het bestuursorgaan natuurlijk ook rekening moet houden met bijzondere omstandigheden die hem anderszins zijn gebleken. Dat spoort ook met de memorie van toelichting, die vooral benadrukt dat niet van het bestuursorgaan kan worden verwacht dat het bij ieder boetebesluit ambtshalve op zoek gaat naar bijzondere omstandigheden.⁵⁸⁴ In die zin verstaan wij ook CBb 29 april 2004, AB 2004, 317 m.nt. ICvdV.

583. Vgl. Albers, a.w.

584. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 143.

Hoofdstuk 7 Slotbeschouwingen

7.1 Inleiding

Wij zijn thans toe aan onze slotbeschouwing. Daarbij grijpen wij terug op het normatieve kader dat wij in hoofdstuk 3 hebben beschreven en op bevindingen die wij in de daarop volgende hoofdstukken hebben weergegeven. Op basis daarvan proberen wij op hoofdlijnen te komen tot een beantwoording van de centrale vraag van dit preadvies: hoe dient de positie van de marktmeesters vanuit constitutioneel perspectief te worden beoordeeld?

7.2 EG-recht

Uit ons preadvies blijkt dat de invloed van het EG-recht zich niet beperkt tot het materiële recht. Ook in constitutioneel opzicht laat de EU zich steeds sterker gelden.⁵⁸⁵ Door toedoen van de EU hebben in het Nederlandse staatsbestel de marktmeesters hun plaats veroverd. Zij onderscheiden zich in een aantal opzichten van andere zelfstandige bestuursorganen. Zij hebben uiteenlopende bevoegdheden die vaak gekenmerkt worden door een relatief grote beslissingsruimte. Soms hebben zij bevoegdheden die op het eerste gezicht weinig met toezicht van doen hebben, zoals regelgeving of geschilbeslechting. Ten slotte is kenmerkend dat veel marktmeesters als gevolg van het ontstaan van Europese netwerken geleidelijk uit de nationale institutionele structuur worden weggezogen. Hoewel de marktmeesters formeel gezien in het nationale staatsbestel zijn ingebed, kunnen zij zich steeds gemakkelijker aan de in dat bestel geldende democratische waarborgen onttrekken.

Het Europese constitutionele bestel kent in de onderhavige context ten minste twee problemen. Het eerste probleem is de gebrekkige kwaliteit van de Europese regelgeving. Het EU-recht bevat veel vage, onderling uiteenlopende regels over onder meer de onafhankelijkheid van nationale toezichthoudende instanties, bevoegdheden, raadplegingsprocedures en openbaarheid van bestuur. Bovendien is de status van de regels soms onduidelijk. Naast verordeningen en richtlijnen duiken andere figuren (verklaringen, mededelingen etc.) op die weliswaar juridisch niet bindend zijn maar de facto wel. Zij binden indirect via de uitleg van het beginsel van gemeenschapstrouw (art. 10 EG-Verdrag).

Het tweede probleem is de afwezigheid van heldere verantwoordingsstructuren. In de praktijk wordt veel overgelaten aan de Commis-

585. Zie par. 3.2.

sie die door middel van Europese netwerken aan nationale toezichthouders in belangrijke mate hun wil kan opleggen. Deze bijzondere wijze van besluitvorming die in modern spraakgebruik ook wel als 'multi-level governance' wordt aangemerkt, onttrekt zich grotendeels aan de publieke waarneming, terwijl een adequate verantwoording ontbreekt. De democratische controle lijkt in dit systeem grotendeels zoekgeraakt.

Het voert te ver om in dit preadvies op deze problemen, die veel verder strekken dan alleen het markttoezicht, dieper in te gaan. Wij volstaan hier met het onderstrepen van de noodzaak om te komen tot een systematische constitutionalisering. Er is in het EU-recht dringend behoefte aan de ontwikkeling en toepassing van heldere constitutionele concepten en structuren die het democratische en rechtsstatelijke gehalte van de Europese rechtsorde op een hoger peil kunnen brengen. De vraag of dat een realistische doelstelling is en in hoeverre het Verdrag tot vaststelling van de Europese Grondwet die doelstelling dichterbij brengt, laten wij hier verder rusten.

7.3 Grondwet

Het geschreven constitutionele recht biedt voor de marktmeesters geen houvast van enige betekenis. De Grondwet biedt geen enkele richtsnoer. Van grondwettelijke verankering van de zelfstandige bestuursorganen is recent opnieuw afgezien. Ook van algemene wettelijke regels voor zelfstandige bestuursorganen is nog niets terecht gekomen. Het voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen is na een zich jaren voortslepende voorbereiding, in de Eerste Kamer blijven steken. Wel zijn er de Aanwijzingen voor de regelgeving, maar dit zijn slechts interne richtlijnen.⁵⁸⁶

De Grondwet leidt in Nederland een moeizaam bestaan. In maatschappelijke debatten over democratie en rechtsstaat speelt zij vaak geen rol van betekenis. De essentialia van ons staatsbestel komen er slechts mondjesmaat in tot uitdrukking. Veel bepalingen zoals bijvoorbeeld belangrijke delen van hoofdstuk 6 (rechtspraak) en 7 (lagere overheden), zijn achterhaald.

Meer in concreto zijn wij in de context van dit preadvies op twee belangrijke lacunes gestuit. In de eerste plaats is niet in de Grondwet geregeld dat een ieder recht heeft op een eerlijk proces bij een onafhankelijke en onpartijdige rechter binnen een redelijke termijn. Dit betekent dat wezenlijke aspecten betreffende onafhankelijke rechtspraak en behoorlijke procesvoering hoofdzakelijk door het Europese recht, in

586. Zie par. 3.3.

het bijzonder art. 6 EVRM, worden bepaald. Bij de rechtsvorming op dit terrein blijft de Grondwet derhalve nagenoeg buiten schot. In de tweede plaats is de Grondwet als het gaat om zelfstandige bestuursorganen, niet op de hoogte van de tijd. Hoewel zij kwantitatief en kwalitatief een niet meer weg te denken verschijnsel vormen in ons openbaar bestuur, is er niets over in de Grondwet terug te vinden. Dit achten wij ongewenst te meer omdat bij bepaalde zelfstandige bestuursorganen en in het bijzonder ook bij sommige marktmeesters, wordt afgeweken van klassieke patronen van parlementaire controle en machtscheiding.

7.4 Beginselen

7.4.1 Democratie

Uit ons preadvies blijkt dat de democratische zeggenschap over de macht van de marktmeesters een belangrijk discussiepunt is. Zeggenschap kan er zijn in de wetgevende of beleidsvormende fase als het gaat om de vaststelling van de relevante juridische normen. De zeggenschap kan ook betrekking hebben op de wijze waarop wetgeving of beleid is uitgevoerd, de verantwoording achteraf derhalve. Op elk van deze fasen gaan wij hieronder in.

Marktmeesters hebben in een aantal gevallen veel beslissingsruimte die slechts op een basaal niveau door de wetgever is genormeerd. Dat betreft lang niet altijd detailkwesties maar vaak ook essentiële wettelijke begrippen en belangrijke bestuursbevoegdheden, onder meer op het terrein van de handhaving. Het is moeilijk om hier precies de grenzen vast te stellen. In het algemeen gesproken is een te grote beslissingsruimte ongewenst. Bezien vanuit het democratiebeginsel zijn marktautoriteiten immers zwak gelegitimeerd om de algemene normatieve kaders te bepalen.

In ons stelsel wordt de formele wetgever nog steeds beschouwd als het orgaan dat de belangrijkste algemene regels moet vaststellen. Wij zien geen reden om bij markttoezicht van dit uitgangspunt af te wijken. Dit betekent dat de formele wetgever de basisnormen vaststelt en zich niet bedient van blanco-delegatie of equivalente constructies. Wettelijke verankering kan desnoods achteraf plaatsvinden door codificatie van in de praktijk ontwikkelde regels.⁵⁸⁷ Voorzover toekenning van substantiële beslissingsruimte onvermijdelijk is, dient sprake te zijn van toereikende 'checks and balances' die minister en parlement in staat stellen sturend op te treden. Wij komen hier nog op terug.

587. Zie verder par. 4.4.

Als het gaat om democratische controle zien wij geen reden om de verantwoording aan de minister niet langer voorop te stellen. De ministeriële verantwoordelijkheid heeft het voordeel van de eenvoud; het zorgt voor een overzichtelijke verantwoordingsstructuur die de potentieel machtige overheid controleerbaar kan houden. De ontwikkeling van zelfstandige bestuursorganen, waartoe ook de meeste marktmeesters behoren, herbergt in dat opzicht een niet onaanzienlijk risico. Zij gaan al snel fungeren als bureaucratische 'tussenstructuren' die zowel voor het parlement als voor burgers moeilijk controleerbaar zijn.⁵⁸⁸

Alternatieve vormen van publieke verantwoording, zoals via een Raad van toezicht en via 'horizontale' verantwoording aan belanghebbenden, kunnen een nuttige functie vervullen. In werkelijkheid gaat het daarbij vaak meer om waarborging van algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan om volwaardige publieke verantwoording. Een verantwoordingsmechanisme kan pas daadwerkelijk effectief zijn als in laatste instantie door degene aan wie verantwoording wordt afgelegd, kan worden ingegrepen. Daarvan is bij de recent ontwikkelde vormen van publieke verantwoording geen sprake. In die zin vormen zij in ons systeem alleen een aanvulling.⁵⁸⁹

In de wetgeving lijkt soms sprake van ambivalentie. Enerzijds wordt vastgehouden aan de systeemverantwoordelijkheid van de minister, anderzijds wint de 'horizontale' verantwoording terrein. Van het laatste is het voorstel Wft het meest vergaande voorbeeld. Beide verantwoordingsstructuren kunnen echter niet onbepikt naast elkaar bestaan. Als het er op aankomt zullen wij hier een duidelijke keuze moeten maken. Wij komen daar nog op terug.

7.4.2 Wetmatigheid van bestuur

Zoals wij eerder zagen ziet het beginsel van wetmatigheid van bestuur op verschillende elementen. Kort gezegd gaat het om de kenbaarheid, voorspelbaarheid en doorzichtigheid van het overheidsbestuur. De burger moet weten met welk overheidsorgaan hij te maken heeft en welke maatregelen hij van dat orgaan heeft te verwachten.

Als het gaat om markttoezicht is de overheid niet erg herkenbaar. Er heeft zich in snel tempo een onoverzichtelijk labirint van toezichthouders ontwikkeld. Hun onderlinge verhouding is niet altijd duidelijk. Hun rechtspositie is of wordt onderling verschillend geregeld. Algemene regels ontbreken. Soms is sprake van hybride constructies waar-

588. Zie par. 4.2.1.

589. Zie par. 4.6.

in verantwoordelijkheden vertroebeld dreigen te raken. Deze onoverzichtelijke situatie heeft nadelige invloed op de realisering van het beginsel van wetmatigheid en het democratiebeginsel. De organisatie van het markttoezicht dreigt te ingewikkeld, te versnipperd en te ondoorzichtig te worden om een goede democratische controle mogelijk te maken.⁵⁹⁰

Naar onze mening is er behoefte aan harmonisatie van regelgeving door middel van een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Dit preadvies geeft geen aanleiding om de doelstellingen die met het bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel werden nagestreefd, in twijfel te trekken. Integendeel, uit onze analyse blijkt dat de verschillende regelingen die betrekking hebben op de marktmeesters, veel onnodige en ongerechtvaardigde verschillen bevatten. Anderen hebben in algemene zin al vaker op dit probleem gewezen, maar dat maakt het oplossen daarvan niet minder urgent. Het doet afbreuk aan onze rechtsstaat om het huidige onoverzichtelijke en inconsistente stelsel van regels nog langer in stand te laten. Om te rigide regelgeving te voorkomen zal onderzocht moeten worden in hoeverre een kaderwet moet differentiëren naar type zelfstandig bestuursorgaan. Daarnaast moet versnippering van het markttoezicht waar mogelijk worden tegengegaan. Nieuwe zelfstandige toezichthouders dienen niet te worden gecreëerd dan in uiterste noodzaak. Specifiek mededingingstoezicht dient in beginsel bij de NMa te worden ondergebracht.

Het beginsel van wetmatigheid van bestuur heeft niet alleen betrekking op de overheidsorganisatie maar ook op de maatregelen die door die organisatie worden genomen. Burgers dienen vooraf op de hoogte te zijn van hun rechtspositie. Ook vanuit deze optiek is vaststelling van de basisnormen door de wetgever gewenst. In de gevallen waarin concrete regels van de wetgever niet voorhanden zijn, dienen marktmeesters hun beslissingsruimte te normeren door de vaststelling van beleidsregels die duidelijk zijn geformuleerd en deugdelijk bekend worden gemaakt. Andere aspecten van behoorlijk bestuur zoals een zorgvuldige voorbereiding en motivering van besluiten, openbaarheid van bestuur en klantvriendelijkheid zijn hier eveneens van belang.

7.4.3 Machtenscheiding

Machtenscheiding betekent in ons stelsel geen strikte scheiding van wetgevende en uitvoerende overheidsfuncties. Toekenning van een zekere regelgevende bevoegdheid aan marktautoriteiten behoeft daarom

590. Zie par. 4.3.

niet om principiële redenen te worden uitgesloten. In de praktijk maakt het weinig verschil of beslissingsruimte door algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels of anderszins wordt ingevuld. Waar het om gaat is hoe groot de beslissingsruimte is die aan marktautoriteiten wordt toegekend en welke 'checks and balances' daarop kunnen worden toegepast.

Ook vanuit het machtscheidingsperspectief is van belang dat beslissingsruimte van marktautoriteiten daar waar redelijkerwijs mogelijk door de wetgever wordt genormeerd. Voorkomen dient te worden dat naast de kerntaken uitvoering en toezicht marktautoriteiten te veel macht krijgen door grotendeels ook nog het beleid en de daarmee samenhangende regels te mogen bepalen. Dit is te meer een bezwaar nu, zoals hiervoor al opgemerkt, marktautoriteiten een zwakke democratische legitimatie hebben om de algemene normatieve kaders vast te stellen. Voorzover toekenning van substantiële beslissingsruimte onvermijdelijk is, dienen er 'checks and balances' te zijn door middel waarvan de wijze waarop die ruimte wordt gebruikt, kan worden gecorrigeerd. In de wet dient met het oog op de beeldvorming een ministeriële aanwijzings- en vernietigingsbevoegdheid te zijn vastgelegd. Daarnaast dienen andere 'checks and balances' in het systeem te zijn ingebouwd, zoals een benoemings- en ontslagrecht, deugdelijk financieel toezicht en een taakverwaarlozingsregeling.

Het is moeilijk om vanuit deze algemene gezichtspunten een oordeel uit te spreken over de verschillende wettelijke regels die in dit preadvies aan de orde zijn geweest. In bepaalde gevallen blijkt uit de parlementaire stukken dat wettelijke normen opzettelijk in het vage zijn gelaten om marktautoriteiten veel speelruimte te geven. Soms lijkt de wetgever daarin te ver te zijn doorgeschoten. Daar staat tegenover dat de meeste wetten de nodige 'checks and balances' bevatten. Deze stellen de verantwoordelijke minister in het algemeen voldoende in staat om bij te sturen. Het voorstel Wft vormt in bepaalde opzichten daarop een ongunstige uitzondering. Op grond van dit wetsvoorstel kan de minister geen algemene aanwijzingen geven, kan hij algemene besluiten van DNB en de AFM niet vernietigen en heeft hij slechts beperkte mogelijkheden algemeen verbindende voorschriften van de toezichthouders te 'overrulen'.⁵⁹¹

Ten slotte dient er vanuit machtscheidingsperspectief aandacht te zijn voor de toetsing door de onafhankelijke rechter. Wij besteden aan dit beginsel hierna afzonderlijk aandacht.

591. Zie par. 4.4.10.

7.4.4 Grondrechten

Marktautoriteiten beschikken over ingrijpende handhavingsbevoegdheden. Daarbij gaat het niet alleen om de bevoegdheid om een bestuurlijke last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen; ook de toepassing van de toezichtsbevoegdheden van afdeling 5.2 Awb kan onder omstandigheden zeer ingrijpend zijn. Wij menen daarom dat de rechtsbescherming bij toezichtshandelingen verbetering behoeft, door daartegen een rechtsgang bij de bestuursrechter open te stellen.

Hoewel wij geen principiële tegenstanders van de figuur van de bestuurlijke boete zijn, maken wij ons wel zorgen over de tendens om marktautoriteiten steeds hogere boeten te laten opleggen, alsook over de beginnende trend om bestuursorganen ook de bevoegdheid te geven om zeer ingrijpende dwangmiddelen, zoals het doorzoeken van plaatsen en zelfs woningen, toe te passen. Uit oogpunt van 'checks and balances' zou het opleggen van boeten die in de miljoenen euro's lopen, aan de rechter moeten zijn voorbehouden. Ingrijpende dwangmiddelen zijn misschien voor bepaalde gevallen nodig, maar dan moet wel worden voorzien in adequate rechterlijke controle. Dat zou allemaal in het bestuursrecht kunnen worden geregeld, maar in het strafrecht is het al geregeld. Daarom bepleiten wij voor in ieder geval die overtredingen waarvoor zeer hoge boeten kunnen worden opgelegd en/of zware dwangmiddelen noodzakelijk blijken, een terugkeer naar het strafrecht. Aan de wens van marktautoriteiten om een eigen handhavingsbeleid te kunnen voeren, kan worden tegemoetgekomen door de marktautoriteiten de bevoegdheid te verlenen om zelf zaken aan de strafrechter voor te leggen.

7.4.5 Rechterlijke controle

Omdat de meeste marktautoriteiten zelfstandige bestuursorganen zijn, bestaat er per definitie geen politieke controle op individuele besluiten. Daarmee vervalt ook een klassiek staatsrechtelijk argument voor een terughoudende rechterlijke toetsing. Wij menen dat de rechter, om het gebrek aan politieke controle enigermate te compenseren, zo indringend mogelijk zou moeten toetsen. Het klassieke onderscheid tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid achten wij daarbij niet van doorslaggevend belang; dat is in de praktijk maar één van de factoren die de intensiteit van de toetsing bepalen.

Ook de politieke controle op het beleid van marktautoriteiten is in de praktijk vaak gering. Daarom moet ook op dat beleid een adequate rechterlijke controle mogelijk zijn. In dat verband pleiten wij er voor

om tegen door marktautoriteiten vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter open te stellen. De traditionele staatsrechtelijke bezwaren daartegen gaan in ieder geval bij marktautoriteiten niet op. Bovendien is het zowel systematisch als praktisch beter dat acties tegen algemene regels bij de gespecialiseerde bestuursrechter terecht komen dan bij de burgerlijke rechter.

7.4.6 Sociale rechtsstaat

Het beginsel van de sociale rechtsstaat houdt in dat de overheid moet bijdragen aan de sociale gerechtigheid. Hieruit zou onder meer voortvloeien dat overheidshandelingen effectief en doelmatig moeten zijn. Deze eisen bieden voor ons thema geen eenduidige richtsnoer. Enerzijds wordt wel gepleit voor inperking van democratische en rechtsstatelijke beginselen om de effectiviteit van het markttoezicht te vergroten. Zeker als de marktwerking nog niet optimaal is zou de marktautoriteit, zo wordt wel gesteld, maximale speelruimte moeten hebben om dat doel dichterbij te brengen. Anderzijds kan worden verdedigd dat datzelfde doel juist positief door beginselen van democratie en rechtsstaat kan worden beïnvloed. Heldere wettelijke regels en eenduidig ministerieel toezicht bevorderen de eenheid van bestuur en daarmee de effectiviteit van het toezicht.

Overwegingen van effectiviteit en doelmatigheid spelen een legitieme rol in de afweging tussen beginselen van democratie en rechtsstaat. Niet valt echter in te zien dat dergelijke overwegingen bij markttoezicht meer gewicht in de schaal zouden moeten leggen dan bij de uitvoering van andere overheidstaken. Ook het EG-recht verplicht niet of althans niet zonder meer tot de verlening van voorrang aan overwegingen van doelmatigheid. Niet aannemelijk is dat het EG-recht zo ver zou gaan dat het de lidstaten zou dwingen om op bepaalde terreinen aan beginselen van democratie en rechtsstaat minder gewicht toe te kennen dan gebruikelijk. Laatstgenoemde beginselen liggen volgens het EG-Verdrag ook aan de Europese rechtsorde ten grondslag. Zij dienen daarom ook bij de implementatie van Europese regels die gericht zijn op bevordering van marktwerking, nadrukkelijk in acht te worden genomen.

7.5 Kan het ook anders?

Bovenstaande conclusies gaan grotendeels uit van de wijze waarop wij in ons huidige bestel de beginselen van de democratische rechts-

staat hebben ingevuld. Eerder hebben wij echter met betrekking tot de democratische rechtsstaat een onderscheid gemaakt tussen 'principes' en 'eisen'. Anders dan principes zijn eisen veranderlijk. Eisen die wij in ons huidige rechtssysteem stellen kunnen worden afgezwakt of zelfs verdwijnen indien de beginselen van democratie en rechtsstaat op een andere wijze kunnen worden gewaarborgd. In die zin vloeien onze conclusies niet dwingend uit die beginselen voort.

Wij kunnen dit illustreren aan de hand van het democratiebeginsel. Brede consensus bestaat over het beginsel als zodanig. Een marktautoriteit is geen particulier bedrijf maar een overheidsorganisatie die met publiek geld publieke belangen behartigt. Dat rechtvaardigt dat de werking van het democratiebeginsel zich ook uitstrekt tot het markttoezicht. Over de wijze waarop dit concreet moet worden ingevuld, bestaat echter veel minder overeenstemming. De kernvraag die tot discussie aanleiding geeft is of wij in essentie moeten vasthouden aan parlementaire zeggenschap of dat wij het democratiebeginsel vooral moeten realiseren door voorzieningen die samenhangen met de marktautoriteit zelf. Dit laatste kan door burgers en belangenorganisaties directer in de besluitvorming door marktautoriteiten te laten participeren.

Wij moeten hier een duidelijke keuze maken en de consequenties van die keuze aanvaarden. Dit betekent dat indien wij zouden kiezen voor democratisering binnen de marktautoriteiten zelf, deze lijn veel sterker moet worden doorgetrokken dan bijvoorbeeld in het aanhangige voorstel Wft. Alleen een adviserende Raad van toezicht en overleg met representatieve belangenorganisaties zijn niet voldoende. Het democratiebeginsel vergt in die variant een wettelijk verplichte, democratisch samen te stellen Raad van toezicht met sterke bevoegdheden. Bij dat laatste valt te denken aan benoeming en ontslag van de leden van de Raad van bestuur, goedkeuring van bepaalde besluiten en een aanwijzingsbevoegdheid. Uitoefening van deze bevoegdheden dient in volledige openbaarheid plaats te vinden.

Naar onze mening zijn wij niet toe aan een stelselwijziging in deze zin. Door voor elke marktautoriteit afzonderlijk de zeggenschap van de samenleving te organiseren ontstaat een versnipperde en ondoorzichtige structuur die de realisering van het democratiebeginsel waarschijnlijk niet dichterbij brengt. Onduidelijk is vooral hoe de verschillende maatschappelijke belangen in die structuur op een evenwichtige wijze moeten worden vertegenwoordigd. De eenzijdige regeling in het voorstel Wft bevestigt het vermoeden dat bedrijven daarin hun weg wel zullen weten te vinden. Voor individuele burgers geldt dat vermoedelijk niet of in veel mindere mate.

Op dit moment zien wij geen aanleiding om voor het markttoezicht te breken met het huidige op het parlement georiënteerde stelsel. Dit stelsel biedt het grote voordeel van de eenvoud: een overzichtelijke structuur die de in potentie machtige marktautoriteiten controleerbaar kan houden. Uiteraard toont ook dit systeem in de praktijk soms niet onaanzienlijke gebreken, maar er is ons inziens geen uitzicht op een beter alternatief.

Rechterlijke controle is als sluitstuk in welk systeem dan ook wezenlijk. Voorzover marktautoriteiten beschikken over veel beslissingsruimte hebben wij gepleit voor een indringende rechterlijke toetsing daar waar mogelijk. Zij kan een zeker tegenwicht bieden tegen de macht van de markmeesters. De polsstok van de rechter is echter beperkt. Politieke zeggenschap over het doen en laten van de markmeesters blijft in ons stelsel van 'checks and balances' een essentieel vereiste.

7.6 Controlitis?

Ten slotte komen wij terug op een probleem dat wij eerder signaleerden.⁵⁹² Dit preadvies kent 'toezicht' als centraal thema. Het is een onderwerp dat niet alleen bij de NJV aan de orde komt maar zich ook overigens op een grote maatschappelijke belangstelling mag verheugen. Het past in een bredere tendens waarin wij steeds sterker geneigd zijn om controle op controle te stapelen en, als uitvloeisel daarvan, de samenleving met een overweldigende hoeveelheid regels en bureaucratische rompslomp op te zadelen. Ook het markttoezicht past in die tendens.

Naar onze mening doet een 'overkill' aan controle onze democratische rechtsstaat geen goed. Een democratie kan alleen functioneren indien een bepaald minimum aan vertrouwen aanwezig is. Het lijkt soms wel alsof wij in de huidige samenleving door steeds weer nieuwe controle-instanties en verantwoordingsprocessen in het leven te roepen, beneden dat minimum zijn aangeland. Daar komt bij dat het een illusie is te menen dat daardoor de controle daadwerkelijk wordt verbeterd. Eerder dreigt het gevaar dat door een overdaad aan controle de samenleving onoverzichtelijker wordt en daardoor juist minder controleerbaar. Hoewel dit probleem juridisch gezien moeilijk grijpbaar is, is het naar onze mening belangrijk genoeg om aan het slot van dit preadvies daarop de aandacht te vestigen.

⁵⁹². Zie par. 4.2.1.

Lijst verkort aangehaalde literatuur en wetgeving

- M.M. den Boer, Zelfstandige bestuursorganen uit de zelfkant van de democratie?, Preadvies VAR 1997, blz. 196 e.v. (Den Boer 1997).
- J.L. Boxum, Algemene wetgeving inzake bestuurslichamen, Deventer 1997 (Boxum 1997).
- F.B. Falkena, M.E. Koppenol-Laforce, A.T. Ottow (red.), Markten onder toezicht, Deventer 2004 (Falkena, Koppenol-Laforce, Ottow 2004).
- J.W. van de Gronden, R.J.G.M. Widdershoven (red.), Mededingingsautoriteiten als zelfstandig bestuursorgaan: onafhankelijk toezicht?, Deventer 2002 (Van der Gronden, Widdershoven 2002).
- O.D.J.M.L. Jansen, Het handhavingsonderzoek, diss. UvA, Nijmegen 1999 (Jansen 1999).
- O.J.D.M.L. Jansen, De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht, Handelingen NJV 2002-I (Jansen 2002).
- Kaderstellende visie op toezicht, Kamerstukken II 2000-2001, 27 831, nr. 1 (Kaderstellende visie op toezicht 2001).
- H.R.B.M. Kummeling, Een kale Kaderwet. Commentaar op het wetsvoorstel Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (27 426), Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Den Haag 2001 (Kummeling 2001).
- B.M.J. van der Meulen, Marktautoriteiten. Aanzet tot interne rechtsvergelijking, Preadvies VAR 2003 (Van der Meulen 2003).
- A.T. Ottow, Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt, Preadvies VAR 2003 (Ottow 2003).
- H.J. de Ru, J.A.F. Peters (red.), Toezicht en regulering van nieuwe markten. Opstellen over de juridische aspecten van regulering, Den Haag 2000 (De Ru, Peters 2000).

Steekhoudend ministerschap. Betekenis en toepassing van de ministeriële verantwoordelijkheid (rapport commissie-Scheltema), Kamerstukken II 1992-1993, 21 427, nr. 40 en 41 (Steekhoudend ministerschap 1993).

Visie op markttoezicht, bijlage bij Kamerstukken II 2003-2004, 29 200 XIII, nr. 50 (Visie op markttoezicht 2004).

Voorstel voor een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, Kamerstukken I 2001-2002, 27 426, nr. 276 (voorstel Kaderwet zbo's).

Voorstel van Wet op het financieel toezicht, Kamerstukken II 2003-2004, 29 708, nr. 2 (voorstel Wft).