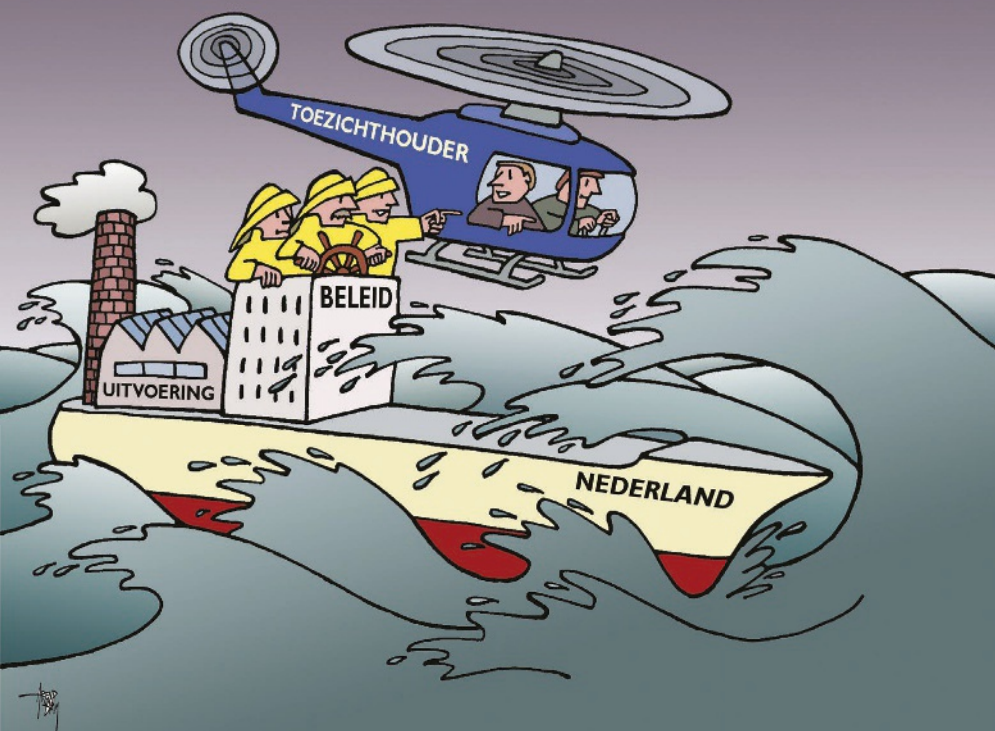




Lijdelijk toezien?

Onafhankelijk toezicht
in de democratische rechtsstaat

Lijdelijk toezien?

Lijdelijk toezien?

Onafhankelijk toezicht in de democratische rechtsstaat

Redactie: Caelesta Braun, Aalt Willem Heringa en Jan Schinkelshoek

Met bijdragen van: Paul Bovend'Eert, Caelesta Braun, Hansko Broeksteeg,
Paul Frissen, Aalt Willem Heringa, Ellen Mastenbroek, Henk den Uijl,
Esther Versluis, Femke de Vries en Jan Schinkelshoek

Deel 18 van de Montesquieu Reeks

Boom juridisch
Den Haag
2021

Het Montesquieu Instituut is een multifunctioneel onderzoeks- en onderwijsinstituut voor vergelijkende parlementaire geschiedenis en constitutionele ontwikkeling in Europa. Het werkt samen met andere wetenschappelijke instellingen in Nederland en in Europa. Het streeft ernaar om de beschikbare kennis op dit terrein via een elektronisch kennisuitwisselingsnetwerk – waar nodig – tijdig en hanteerbaar onder handbereik van ambtenaren, bestuurders, journalisten, politici, wetenschappers én belangstellende burgers te brengen. Het Montesquieu Instituut heeft een actuele website met informatie over constitutionele en politieke ontwikkelingen; daarop staan ook actuele blogs en andere bijdragen. Verder publiceert het Montesquieu Instituut een maandelijks elektronische nieuwsbrief, *de Hofvijver*, alsmede policy papers en de Montesquieu Reeks. Zie: www.montesquieu-instituut.nl.

Partners van het Montesquieu Instituut zijn:

- Faculty of Governance and Global Affairs, Universiteit Leiden
- Het Montesquieu Instituut Maastricht: de sectie staatsrecht van de Universiteit Maastricht
- Het Centrum voor Parlementaire Geschiedenis van de Radboud Universiteit Nijmegen
- Het Documentatiecentrum Nederlandse Politieke Partijen van de Rijksuniversiteit Groningen
- Het Parlementair Documentatiecentrum van de Universiteit Leiden

Montesquieu Instituut

Lange Voorhout 86-32

2514 EJ Den Haag

070-3630105

info@montesquieu-instituut.nl

www.montesquieu-instituut.nl

Illustratie omslag: Arend van Dam (www.arendvandam.com)

© 2021 Montesquieu Instituut, Den Haag | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de repressie-regeling van Stichting Reprecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uv.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-960-1

ISBN 978-90-8974-588-0 (e-book)

NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

Voorwoord: Meer dan een afvalputje?	7
<i>Jan Schinkelshoek</i>	
Over de onafhankelijkheid van toezicht	13
<i>Henk den Uijl en Paul Frissen</i>	
Parlementaire controle en onafhankelijkheid van toezichthouders	25
<i>Paul Bovend'Eert en Hansko Broeksteeg</i>	
Onafhankelijk toezicht is een kwestie van kunnen én willen	37
<i>Femke de Vries</i>	
Onafhankelijkheid van nationale toezichthouders in een internationale context	51
<i>Ellen Mastenbroek en Esther Versluis</i>	
(On)gewogen belangen: onafhankelijk toezicht en de samenleving	63
<i>Caelesta Braun</i>	
Slotbeschouwing	75
<i>Caelesta Braun, Aalt Willem Heringa en Jan Schinkelshoek</i>	
Personalia	87
Montesquieu Reeks	89

Voorwoord: Meer dan een afvalputje?

Jan Schinkelshoek

Het is veelbetekenend. Toen de Belastingdienst eind vorig jaar helemaal vastzat, was een van de eerste suggesties om een inspectie in het leven te roepen, een onafhankelijke vorm van toezicht om te waarborgen dat het niet meer zo uit de hand zou kunnen lopen als met kindertoeslagen. Zo'n nieuwe inspectiedienst – een kwartiermaker is begin dit jaar aan de slag gegaan om de Inspectie Belastingen binnen twee jaar van de grond te tillen – is geen panacee voor alle kwalen, een 'duizendddingendoekje', haastte het ministerie van Financiën uit te leggen. Maar ze zou wel 'behulpzaam', zelfs 'instrumenteel' kunnen zijn.

Het is de definitieve erkenning van het inspectiewerk. Ietsje scherper: het is de afronding van de emancipatie van het toezicht binnen de rijkdienst.

Jarenlang hingen inspectie, toezicht en handhaving er zo'n beetje bij.

Het was niet in tel in 'Den Haag'.

De ongekroonde koning binnen de rijksdienst was *Beleid*, met hoofdletter geschreven. Daar draaide het om: hoe zetten we plannen, ideeën en voorstellen om in wetten en regels? Binnen het (voormalige) ministerie van Verkeer & Waterstaat liep een directeur-generaal rond die om de haverklap riep: 'Daar moet beleid voor komen...'. Nog steeds gelden de beleidsafdelingen van de departementen als het neusje van de zalm.

Op de tweede plaats staat *uitvoering*, zonder hoofdletter geschreven. Dat was de uithoek van het ministerie waarvoor de ambtelijke en de politieke top nauwelijks belangstelling hadden – en hebben. Dat was iets voor technuten, daar was geen eer aan te behalen. Het was iets waarvan je als

minister of topambtenaar alleen maar last had. Het was/is zo veel aardiger om bezig te zijn met te bedenken met wat moet – in plaats van wat gebeurt.

Onder datzelfde euvel leed de derde loot aan de stam: het *toezicht*, de verzamelnaam voor alle vormen van inspectie binnen het publieke domein, het deel van de Haagse machinerie dat naging of het wel ging zoals afgesproken of bedoeld was. Of wetten werden nageleefd, of het onderwijs aan de maat was, of de gezondheidszorg voldeed.

Dat toezicht is aarzelend op gang gekomen.

Zeker, de allereerste vorm van toezicht – het Staatstoezicht op de Mijnen – dateert van 1810, maar dat was jarenlang niet meer veel meer dan een inspecteur die jaarlijks vanuit Limburg een rapport schreef. Het toezicht op de volksgezondheid en de arbeidsomstandigheden – ondergebracht bij wat jarenlang de Inspectie voor de Gezondheidszorg en de Arbeidsinspectie heette – zijn negentiende-eeuwse ‘uitvindingen’ die de groeiende overheidsbemoeienis, vaak tegen wil en dank, demonstreerden. De Onderwijsinspectie (1920) was een grote stap voorwaarts. Dat markeerde hoe ‘Den Haag’ in de gaten wilde houden dat de onderwijspacificatie niet ten koste van de kwaliteit van het onderwijs ging.

Aan het einde van de eeuw kwam er een nieuwe impuls, een bijproduct van de ingezette trend naar deregulering en marktwerking. Omdat de overheid een stap terug deed en de zogenoemde markt meer armslag kreeg, nam het toezicht andere vormen aan. Markttoezichthouders – de naam zegt het al – deden hun intrede. Het waren colleges, vaak gepresenteerd als ‘Autoriteit’, die geacht werden als scheidsrechter de spelregels op de markt van vraag en aanbod te controleren en te handhaven. Er is stap voor stap een heel rijtje gevormd: de Autoriteit Financiële Markten (AFM), de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA), de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), de Autoriteit Consument & Markt (ACM), de Kansspelautoriteit en de Autoriteit Volkshuisvesting.

Maar het bleef, met alle respect, marginaal.

Zo voelde het toezicht ook. ‘Wij zijn het nationale afvalputje’, klaagde een inspecteur-generaal nog niet zo lang geleden. En een markttoezicht-houder mopperde luidruchtig over ‘Haagse arrogantie’. ‘We worden erop uitgestuurd als de rattenvangers van Hamelen.’

Voor de politiek – steeds meer bevangen door ‘scoringsdrift’, hoe kan het anders en beter? – was toezicht nooit veel meer dan noodzakelijk kwaad. ‘t Is dat je niet zonder kon.

Wie debatten in de Tweede Kamer rond de eeuwwisseling een tijdje gevolgd heeft, stuit op een merkwaardig probleem, bijna een paradox. Het is nooit goed genoeg of het deugt niet. Als het goed gaat, klaagt iedereen, de Kamer voorop, over de overmaat aan regels, voorschriften en inspecties. Als het misgaat, is de eerste vraag waarom het toezicht gefaald heeft.

Dat nam soms schrille, pijnlijke vormen aan. Eind 2005 kwam uit de Tweede Kamer, in een opwelling van liberalisering en deregulering, een motie op om de ‘toezichtlastendruk’ – een toen nieuwe variant van misprezen administratieve lastendruk – fors te verminderen, een motie die resulteerde in forse bezuinigingen op inspecties als de Voedsel- en Warenautoriteit. Een paar jaar later, na de kredietcrisis (2008/2009), berispte diezelfde Kamer De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten dat het toezicht op de banken zo tekort was geschoten. Dat Nederlandse spaarders massaal al te lichtvaardig hun geld naar IJsland brachten, woog minder zwaar dan dat de centrale bank het had laten gebeuren. Toen ABN Amro omviel, ging het er in Den Haag minder om of Rijkman Groenink zich misschien te inhalig was geweest dan waar DNB was. Was Wellink wel alert genoeg geweest?

Die dubbelzinnigheid was schering en inslag. Of het nou over paarden-vlees, eieren met fipronil, aardbevingen in Groningen, een woningcorporatie als Vestia of in het water gevallen schoolexamens ging: het toezicht raakte in het verdomhoekje – en kwam er steeds beschadigd uit. Vraag het aan de NVWA, vraag het aan het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting, vraag het aan het Staatstoezicht op de Mijnen, vraag het aan de Onderwijsinspectie.

Die affaires, schandalen en incidenten luidden een kentering in. Omdat het zo veel rumoer (ongemakkelijke publiciteit en lastige Kamervragen) veroorzaakte, kwam er stapje voor stapje een herwaardering voor het toezicht binnen het overheidsapparaat. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid plaveide in 2013 de weg voor ‘herijkt toezicht’. Het moest robuuster, een nieuw modewoord. Meer vanuit publieke belangen, tweede verruiming.

Gevolgen: de bezuinigingsdruk werd minder, inspecties kregen ruimte om te investeren, er werden nieuwe, innovatieve methoden beproefd, de actieradius werd vergroot. Naarmate de nadelen van het ‘neoliberalisme’ breder werden uitgemeten, kregen markttoezichthouders meer armslag, meer ademruimte. En beten ze af en toe door. Rijksinspecties reorganiserden, sommige probeerden zich opnieuw uit te vinden, andere timmerden meer aan de weg. Er kwam, in één woord, meer oog voor de waarde van ook interne controlemechanismes, *checks and balances*.

De bezegeling van die ontwikkeling waren de zogenoemde Aanwijzingen van de Minister-President (2016), een serie interne voorschriften die inspecties binnen het geheel van de rijksdienst een steviger, eigenstandige positie verschafften. Parallel eraan zochten markttoezichthouders elkaar meer op – en vormden het Markttoezichthoudersberaad.

Het is niet het einde van het verhaal. Ook omdat het niet stil werd rondom het toezicht. Nog steeds flakkeren van tijd tot tijd de discussies over het ‘falend toezicht’ hoog op. Nog steeds is een van de eerste vragen die bij een incident-of-erger weerklinkt: waar was het toezicht? Nog steeds komt de publieke toezichthouder eerder in beeld dan private partijen. Nog steeds kijken burgers, bedrijven en instellingen als eerste naar de overheid, vertegenwoordigd door het toezicht.

Maar het zit dieper.

Sinds een jaar of wat – zeker sinds het veelvuldig aangekondigde einde van het zogenoemde neoliberalisme – zijn ‘we’ minder overtuigd van de zegeningen van de markt. Of het nou over banken of internetbedrijven gaat, er is een grote, groeiende roep om meer bescherming, meer veiligheid, meer zekerheid. Waar kan dat anders vandaan komen dan van de overheid, al dan niet nationaal georganiseerd? Maar dat roept nieuwe problemen op.

Terwijl er van de overheid meer wordt verwacht – lees er de verkiezingsprogramma's maar op na – laat diezelfde overheid het maar al te vaak lelijk afweten. En niet alleen bij de Belastingdienst. Waarom is niet eerder ingrepen bij slachterijen? Er is zonder probleem een droefgeestig rijtje samen te stellen.

Het toezicht komt veel scherper in beeld.

Is het een onderdeel van het probleem of een bijdrage aan de oplossing? Kunnen rijksinspecties misslagen voorkomen? Moeten markttoezichthouders meer op hun poot spelen? Kan, scherper geformuleerd, het toezicht wellicht een rol spelen bij het herstel van het vertrouwen in de overheid?

Hoe kan dat het beste?

Hoe kunnen markttoezichthouders zelfstandiger en vooral zelfbewuster opereren in een complexe Europese omgeving, desnoods tegen 'Den Haag' in? Hoe moeten inspectiediensten in datzelfde 'Den Haag' opereren? Moeten ze wel onderdeel van de besluitvormingsmachine blijven? Moeten ze op afstand worden gezet, uit de ministeriële verantwoordelijkheid worden losgeweekt – om van buitenaf toezicht, onafhankelijk toezicht te houden? Of kan toezicht, opgetuigd toezicht, van binnenuit veel meer bewerkstelligen – in het belang van de burger?

Dit alles is voor het Montesquieu Instituut reden om het publieke toezicht tegen het licht te houden. Dat past in de traditie van het MI, een samenwerkingsverband van de universiteiten van Leiden, Maastricht, Nijmegen en Groningen en het Parlementair Documentatiecentrum dat ontwikkelingen op het snijvlak van politiek, bestuur en parlement analyseert. Wetenschappers – binnen en buiten eigen kring – belichten inspecties en andere toezichthouders vanuit verschillende invalshoeken. Hoe opereert het toezicht binnen de politiek-bestuurlijke context? Hoe onafhankelijk is het? Zijn de bevoegdheden toereikend? Hoeveel armslag heeft het? Hoe verhoudt het zich tot de eigen minister, het parlement, de samenleving en het eigen domein? Hoe wint het aan gezag, aan autoriteit?

Het toezicht staat te trappelen. De Inspectieraad, het overlegorgaan van rijksinspecties, dringt aan op een speciale wet om de onafhankelijkheid van inspecties te verankeren, in combinatie met financiële autonomie. Markttoezichthouders zijn vastbesloten meer van zich te laten horen en vooral meer van zich af te bijten.

Slaagt het toezicht er inderdaad in zich op te werken tot een volwaardige, geëmancipeerde tak binnen het geheel van het overheidsbestuur? Wordt het meer dan lijdelijk toezien?

De nieuwe Inspectie voor de Belastingdienst belooft een meer dan interessante *testcase* te worden.

Den Haag, april 2021

Over de onafhankelijkheid van toezicht

Henk den Uijl en Paul Frissen

De algemene strekking van dit essay

Toeziht, als staatsinstututie, is onafhankelijk als het waardenneutraal is ten opzichte van de samenleving én zelfstandig ten opzichte van politiek en beleid. In modern bestuur is dit ingewikkeld omdat toezicht zelf als beleids-instrument van risicobeheersing en preventie wordt gezien. Toeziht gaat echter niet allereerst over effectiviteit (in termen van naleving), maar over machsevenwicht (*checks and balances*).

Over toezicht als institutie van de staat

Toeziht, van een rijksinspectie of een markttoezichthouder, is belast met de taak te controleren of de wetten die de politiek maakt en die vorm krijgen in beleid, worden nageleefd in de samenleving, door burgers en allerhande organisaties. Hoewel dat toezicht onder ministeriële verantwoordelijkheid valt, is het geen verlengstuk van beleid en zeker niet van politiek. We onderzoeken eerst hoe staat, politiek en samenleving van elkaar te onderscheiden zijn.

Politiek, in een politieke democratie, gaat over de wijze waarop besluiten en wetgeving tot stand komen, hoe actoren gelegitimeerd zijn om tijdelijk en voorlopig macht uit te oefenen. Voor het uitoefenen van deze macht is geen absoluut fundament beschikbaar: politiek gaat nu juist over het (potentiële) conflict over de vraag hoe de samenleving en op basis van welke waarden dient te worden ingericht.¹ Dit potentiële conflict, gebaseerd op pluraliteit die een permanent en alledaags schuren veronderstelt in onze pogingen fatsoenlijk met elkaar samen te leven, is de aard van wat we 'het politieke' noemen. De politiek moet enerzijds voor zijn legitimiteit grond

¹ Lefort, C. (2016), *Wat is politiek?*, Amsterdam: Boom, p. 95-97; Weber, M. (2012), *Politiek als beroep voorafgegaan door Wetenschap als beroep*, Nijmegen: Van Tilt, p. 44-45.

vinden in het politieke, maar omdat deze grond altijd een *afgrond* zal blijken door waardenpluraliteit moet politiek anderzijds zelf de grenzen markeren van dat wat als politiek beschouwd dient te worden.² De samenleving (zoals gezin, buurt, school, vereniging, bedrijf) valt dus allerm minst samen met politiek, en de kloof tussen samenleving en politiek – zo vaak verfoeid – moet juist in stand gehouden worden, zo niet verdiept. De politiek heeft als taak de samenleving te *verbeelden*, terwijl dit tegelijkertijd noodzakelijkerwijs tekortschiet.³

De staat valt niet samen met politiek. De staat is het geheel van instituties, van machten en tegenmachten, van weerwerk en tegenspraak, dat moet garanderen dat de macht van de politiek tegelijkertijd mogelijk én beperkt is en blijft – in inzet en in tijd. Omdat de politiek gebaseerd is op meerderheden – hoewel via de noodzakelijkheid van een compromis wegens (partijen)pluraliteit – is er altijd het risico dat democratie zichzelf van binnenuit opheft.⁴ De macht van de politiek wordt beperkt door de rechterlijke macht te scheiden van de wetgevende en uitvoerende macht, en de ministeriële verantwoordelijkheid moet ertoe leiden dat de wetgevende en uitvoerende macht gecontroleerd kunnen worden. In en bovenop deze scheiding der machten valt een heel spinnenweb aan instituties (rekenkamers, adviesraden, inspecties, agentschappen, autoriteiten, planbureaus, ambtelijke adviezen, procedures) te ontwaren die elkaar op de een of andere manier in balans moeten houden om de democratie, de vrijheid van burgers en in het bijzonder minderheden te beschermen voor een al te gulzige, willekeurige of zelfs gewelddadige overheid. Institutionele tegenmacht komt overigens niet alleen van de staat, maar ook van de samenleving (bijvoorbeeld door burgerinitiatieven, collectieve actie, demonstratie, journalistiek, wetenschap, *civil society* en sociale partners). Geen van die institutionele machten mag de overhand op de ander krijgen. De staat ontleent zijn macht – om wetgeving te maken die algemeen geldig

- 2 Marchart, O. (2013), *Das unmögliche Objekt. Eine postfundamentalistische Theorie der Gesellschaft* (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft), Berlin: Suhrkamp Verlag, p. 430.
- 3 Arendt, H. (1982), *Lectures on Kant's Political Philosophy*, Chicago: University of Chicago Press, p. 71.
- 4 Lefort 2016, p. 61.

is en de naleving daarvan af te dwingen – uiteindelijk aan het monopolie op geweld.⁵

De scheiding der machten, zoals Montesquieu deze aanduidde,⁶ en voor hem ook Machiavelli,⁷ heeft tot doel dat de machten elkaar in balans houden, en dat geen enkele macht de overhand krijgt. Vanuit die optiek moet toezicht worden gezien als een van de elementen die bijdragen aan de scheiding der machten. Toezicht is onderdeel van het systeem van *checks and balances*. Het gaat dus niet allereerst of alleen om naleving en handhaving van wetgeving. Het verlengstuk daarvan is dat toezicht niet alleen gaat over de vraag of het toezicht dat wordt uitgeoefend effectief en daarmee instrumenteel is, maar ook, of vooral, dat toezicht zijn symbolische, en daarmee zijn institutionele, karakter in stand weet te houden. Symbolisch wil zeggen: het is geladen met waarden voorbij de louter instrumentele waarde.⁸ In dit geval is de symbolische waarde van toezicht de aanwezigheid van *checks and balances* die het onderscheid en de grenzen tussen staat, politiek en samenleving in stand moeten houden. Dat is de mogelijkheid én beperking van macht, en daarmee is niet alleen naleving, doorzettingsmacht of handhaving relevant, maar ook de bescherming van vrijheden van burgers of andere publieke belangen die niet te reduceren zijn tot politiek.

Over de onafhankelijkheid

De symbolische orde waarin grenzen worden getrokken tussen de domeinen van staat, politiek en samenleving veronderstelt distantie van de toezichthouder ten opzichte van zowel samenleving als politiek. De aard van die distantie zijn we onafhankelijkheid gaan noemen. Onafhankelijkheid van toezicht, in al zijn gedaantes, wordt doorgaans beschouwd als iets vanzelfsprekends, althans in normatieve zin.

5 Weber 2012.

6 Montesquieu, Ch. de (2008), *Over de geest van de wetten*, Amsterdam: Boom.

7 Machiavelli, N. (2019), *Discorsi. Gedachten over staat en politiek*, Leiden: Primavera Pers, hfdst II.

8 Scott, W.R. (2008), *Institutions and Organizations: Ideas and Interests*, Los Angeles: Sage, p. 48-49.

Onafhankelijkheid is niet hetzelfde als neutraliteit, hoewel het twee kanten van dezelfde medaille zijn. Neutraliteit hoort bij het Weberiaanse ideaal van de bureaucratie: *sine ira et studio* (zonder woede en passie).⁹ Neutraliteit, of onpartijdigheid, kent alleen een procedurele en geen inhoudelijke logica. In die zin is deze *objectief*, niet in epistemologische zin, maar in de zin dat ze van buitenaf (of bovenaf) oordelen vormt. Bij onafhankelijkheid kan wel degelijk sprake zijn van een inhoudelijke betrokkenheid, terwijl de oordeelsvorming niet gevangen is door een of andere positie, belang of inhoudelijke opvatting. Tegelijkertijd wordt bij onafhankelijkheid, in tegenstelling tot bij neutraliteit, erkend dat de ‘onafhankelijke geest’ niet losstaat van de praktijk die beoordeeld wordt, maar daar onvermijdelijk – soms tegen wil en dank – onderdeel van uitmaakt. In onafhankelijkheid is het buitenstaandersperspectief niet verondersteld. Aangezien iedere wet moet worden toegepast of getoetst in een concrete situatie, maar er voor die toepassing zelf geen wet is, ontstaat er ruimte voor discretie.¹⁰ Dat onafhankelijkheid en neutraliteit hierin twee zijden van dezelfde medaille zijn, is daarbij van belang: enerzijds is er de noodzaak onafhankelijk maar inhoudelijk te oordelen, terwijl men daar anderzijds zeer voorzichtig mee moet zijn wegens de eis van neutraliteit. Voor nu spreken we over onafhankelijkheid, in het bewustzijn dat deze spanning daar een cruciaal onderdeel van uitmaakt.

Dat er juist de afgelopen jaren veel discussie is geweest over de onafhankelijkheid van toezicht markeert zowel het ideaal als het daarbij horend tekort. Wat onafhankelijk precies is, blijft bovendien vaak onduidelijk. Zo is staatstoezicht juridisch en economisch afhankelijk van een betreffend ministerie (beleid) wegens de ministeriële verantwoordelijkheid. Voor informatie over organisaties in het veld is het toezicht vaak afhankelijk van de informatie die deze organisaties zelf verstrekken, zeker als het toezicht zo is vormgegeven dat organisaties verantwoording afleggen op basis van hun eigen kwaliteitssystemen (zoals bijvoorbeeld in de zorgsector

9 Weber, M. (1985), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen: J.C.B. Mohr, p. 129.

10 Wittgenstein, L. (2009), *Philosophische Untersuchungen*, Oxford: Blackwell Publishers, prop. 292.

het geval is). Het dilemma van afstand en nabijheid, die beide noodzakelijk zijn voor goed toezicht, legt dan ook altijd druk op de vraag naar onafhankelijkheid. Nabijheid, bijvoorbeeld in de gedaante van vertrouwelijkheid, kan immers de onafhankelijkheid *vergroten* doordat de organisatie of ondertoezichtgestelde bereid is meer informatie te delen. Tegelijkertijd kan deze vertrouwelijkheid onafhankelijkheid onder druk zetten, als bijvoorbeeld het toezicht te veel (sociaal) verweven raakt met de ondertoezichtgestelde (wat in de literatuur ook wel *capture* wordt genoemd). Andersom geldt uiteraard hetzelfde voor afstand.

Onafhankelijkheid is daarom behalve noodzakelijk evenzeer onmogelijk, omdat verschillende vormen van onafhankelijkheid elkaar kunnen bijten (bijvoorbeeld organisatorische en informatie-onafhankelijkheid). Het ideaal van onafhankelijkheid moet daarom niet louter gedacht worden in effectieve zin (of je daadwerkelijk onafhankelijk bent van alles en iedereen en op basis daarvan effectief of objectief toezicht houdt of handhaaft) maar ook in symbolische zin: een neutrale macht die zich mag en moet beroepen op rechtsstatelijkheid en de bescherming van publieke belangen. Dat is nodig, omdat de overheid (politiek) zelf vaak partij is of strijdige belangen en waarden dient, en omdat publieke belangen nu eenmaal meervoudig en omstreden zijn.¹¹ In deze zin geldt daarom wederom: toezicht moet niet allereerst worden opgevat als een systeem waarin handhaving wordt gerealiseerd, maar als een systeem van *checks and balances*, weerwerk en tegenspraak, zowel ten opzichte van politiek als van de samenleving. Dit maakt de positie van het toezicht in termen van effectiviteit ook nederig en bescheiden: het draait er niet om dat toezicht allerlei ambities (of illusies) van perfectie in beleid en samenleving kan garanderen, maar toezicht blijkt slechts een van de vele schakels te zijn waarin we trachten, zo goed en zo kwaad als dat gaat, een en ander in evenwicht te houden.¹²

11 Frissen, P. en P. Ophoff (2019), 'De inspectie stelt een onderzoek in... Toezicht en de symbolische orde van het politieke', in: *In het publiek belang. Maatschappelijk toezicht*, Den Haag: Inspectieraad, p. 45-75.

12 Putten, R. van (2020), *De ban van beheersing. Naar een reflexieve bestuurskunst*, Den Haag: Boom bestuurskunde.

Over waardenneutraliteit ten opzichte van de samenleving

Omdat dat wat als waardevol wordt geacht voor en in de samenleving noodzakelijk omstreden is in diezelfde samenleving, door waardenpluraliteit, bestaat er politiek die deze verschillen tijdelijk kan verzoenen in een compromis zodat er besluiten mogelijk zijn. Toezicht, uit hoofde van de staat, bestaat om te controleren of deze besluiten, gestold in wetgeving, worden nageleefd in de samenleving. Dat stelt toezicht voor een meervoudige opdracht. Besluiten zijn genomen op basis van waarden die in de samenleving (potentieel) conflicteren. Toezicht moet daarom zowel de vrijheden van burgers beschermen als wetgeving handhaven. Soms valt dit ook samen omdat wetten immers ook de vrijheid, in negatieve of positieve zin, van burgers zouden moeten bewerkstelligen. Zo is er grond om bijvoorbeeld wetten te stellen, zoals een mededingingswet, voor private (markt)partijen terwijl tegelijkertijd diezelfde marktpartijen uitdrukking zijn van ondernemerschap – een vrijheid die eveneens beschermd moet worden.

Deze meervoudige opdracht is wat we bedoelen als we spreken over het dienen van publieke belangen. Toezicht bestaat niet om de wereld te verbeteren noch is het een verlengstuk van de effectiviteit van beleid. Publieke belangen of waarden, vanuit rechtsstatelijk perspectief, gaan juist niet over de inhoudelijke verschillen die er in de samenleving zijn over wat goed samenleven is (of meer specifiek: wat goede zorg, goed onderwijs of een goede markt is), maar over de noodzaak dat deze verschillen tot uitdrukking *kunnen* en *mogen* komen terwijl er ook getoetst moet worden aan de wet. Publieke belangen, in deze zin, zijn *meta-ethisch* van aard. Pluraliteit is een van de belangrijkste publieke belangen.

Onze opvatting is dat de democratische rechtsstaat juist neutraal moet zijn tegenover de morele verdeeldheid van de wereld. De normen van wet en regel moeten deze verdeeldheid vreedzaam houden en moeten de minderheid beschermen tegenover de meerderheid. Dat vraagt van de toezichthouder een ethiek van verantwoording, eerder dan een ethiek van beginselen.¹³ De *ethiek van beginselen* gaat uit van een *eenheid*, als zou de kosmos een rationeel-ethisch principe kennen. Het draait erom waarden

13 Frissen en Ophoff 2019; Weber 2012, p. 94-96.

te verwerklijken die in deze orde verondersteld zijn. Het kan gaan om een religieus principe, maar ook om een maatschappelijk ideaal. De *ethiek van verantwoording* is te begrijpen als een *pluralistische* arena van onverenigbare waarden en ratio's. Er is geen overkoepelende hiërarchie voorhanden om te bepalen welke waarden voorrang moeten krijgen. Het conflict over deze waarden, en de vreedzame hantering daarvan, wordt zelf het ethische principe.¹⁴ In die zin heeft Rorty gelijk als hij stelt dat er minimaal een universele waarde van geweldloosheid is: het vermijden van wreedheid, in zijn woorden.¹⁵ Dit betekent dat iemand die werkt met de ethiek van verantwoordelijkheid begrijpt dat ieder besluit moreel van aard is, maar tot stand komt binnen een onherleikbaar conflict tussen waarden. Dit besluit veronderstelt dus wel degelijk een bepaalde *afweging van waarden en gevolgen* in een bepaalde situatie. Juist daarom moet deze zichzelf tot verantwoording (laten) roepen, en erkennen dat het besluit invloed heeft op de verschillende sferen waarop het besluit betrekking heeft, en dat deze sferen daarom terug mogen en moeten kunnen praten. Daarom ook is de belangrijkste waarde van tegenspraak *tegenspraak* zelf. *Checks and balances* hebben een intrinsieke betekenis: ze zijn uitdrukking van de gebrokenheid van de wereld en beschermen deze zodanig dat het conflict voort kan blijven bestaan, zonder gewelddadig te worden.

Over zelfstandigheid ten opzichte van politiek en beleid

Ten aanzien van de overheid (politiek) dient toezicht een zelfstandige rol in te nemen. Ja, natuurlijk moeten toezichthouders het beleid dat politiek tot stand komt controleren op naleving, maar niet zonder meer. Er kunnen allerlei redenen zijn waarom het toezicht *niet* handhaaft of terugpraat tegen overheid en politiek maar de grond ervan is in ieder geval dat toezicht er even zo goed voor handhaving als voor de bescherming van vrijheden van burgers is (die elkaar niet noodzakelijk uitsluiten). Toezicht dient het *meta-ethische* publieke belang, en niet het *ethische* deelbelang van

14 Starr, B.E. (1999), 'The Structure of Max Weber's Ethic of Responsibility', *Journal of Religious Ethics*, 27 (3), p. 407-434.

15 Rorty, R. (1989), *Contingency, Irony and Solidarity*, New York: Cambridge University Press.

de dan toevallig aanwezige meerderheid in de politiek. Zo moet toezicht in staat kunnen zijn om ongemakkelijke waarheden over de uitwerking van wetgeving of beleid in de samenleving terug te geven aan politiek en beleid. In die zin zit hier een crux voor de ratio van de onafhankelijkheid van toezicht. Hoewel toezicht onder de ministeriële verantwoordelijkheid valt en ook gefinancierd wordt vanuit een betreffend departement,¹⁶ moet toezicht toch zelfstandig opereren ten aanzien van datzelfde departement.¹⁷ Zelfstandig wil zeggen: toezicht formuleert zelf beleid, stelt op eigen initiatief onderzoek in en wordt niet ‘aangestuurd’ door het ministerie. Het moge duidelijk zijn dat deze schoen gemakkelijk kan wringen. We noemen een paar wringende aspecten.

Dat toezicht bij uitvoeringsproblemen van de overheid te onzichtbaar is

Al te gemakkelijk wordt vaak geconcludeerd dat toezicht tekort heeft geschooten bij problemen in de uitvoering van beleid. Te vaak ook is uitbreiding of een verandering van de strategie van het toezicht dan de panacee die uitvoeringskwalen kan voorkomen. Te weinig wordt dan aandacht geschonken aan de meer fundamentele vraag naar de rechtsstatelijke grondslagen die in het geding zijn. Daarover wordt in het rapport over de toeslagenaffaire wel gesproken: de ‘beginselen van behoorlijk bestuur’ zijn weggeredeneerd en alle staatsmachten valt te verwijten dat de ‘(rechts)bescherming van individuele burgers veronachtzaamd’ is.¹⁸ De toeslagen staan echter niet op zichzelf. Zij zijn een voorbeeld van een lange periode van verstatelijking van verzorgingsarrangementen, waardoor solidariteit minder substantieel is geworden en minder berust op maatschappelijke lotsverbondenheid, die uiteraard meervoudig is. In het moderniseringsproces wordt functionele rationaliteit dominant. Daar komt nog bij dat statelijk functioneren steeds meer in de greep is geraakt van de bedrijfsmatige ideologie van New Public

16 Er is een aantal uitzonderingen op deze regel waarbij toezichthouders (voor een deel) gefinancierd worden door de sector.

17 Montesquieu Instituut (2020), *Tegen de verrommeling. Ongevraagde reacties op een ongevraagd advies van de Raad van State over ministeriële verantwoordelijkheid*, Montesquieu Policy Papers, nr. 10.

18 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (2020), *Ongekend onrecht*, Den Haag: Tweede Kamer der Staten-Generaal, p. 7-8.

Management en efficiëntie de dominante waarde wordt in de ijzeren kooi van de bureaucratie. Als toezicht zich dan eenzijdig richt op naleving raakt rechtsstatelijkheid onvermijdelijk uit het zicht. Toezicht is dan niet langer een tegenmacht maar een instrumentele schakel in het beleidsproces. De toelagenaffaire is daarom ook geen stapeling van gevoelloze en ‘schurkachtige’ uitvoering van nodeloos complexe wetgeving waarin de bewijslast is omgekeerd, maar de radicale consequentie van verstatelijking in de moderniteit. Daaraan zal uitbreiding van het toezicht niets verhelpen, net zomin als de roep om meer en een sterkere overheid in alle verkiezingsprogramma’s op dit punt veel goeds belooft. Een herbezinning op verstatelijking lijkt ons eerder geboden evenals een versterking van de rechtstatelijke *checks and balances* – met toezicht dat eerst en vooral ook tegenmacht is, tegen machtsmisbruik van samenleving én staat.

Dat toezicht de grens tussen staat en samenleving eerder moet stollen dan vloeibaar moet maken

In het toezicht, en in het openbaar bestuur in het algemeen, is er een trend waarneembaar dat de grens tussen staat (toezicht) en samenleving vloeibaar wordt. Nu was dat in zekere zin in ons land altijd al wel het geval (schikken en plooiën, pacterende elites), maar altijd kwam in dit compromis een maatschappelijke vrede tot stand vanuit *verschil* en daarmee vanuit het idee dat minderheden bescherming nodig hebben.¹⁹ Bovendien was er voorheen een sterker besef voor wat in protestantse kringen *soevereiniteit in eigen kring*, en in katholieke sferen *subsidiariteit* heette. Hoewel deze begrippen niet hetzelfde veronderstellen, gaan beide ervan uit dat de staat niet zomaar in mag grijpen in de samenleving. Sterker nog, als een van de belangrijkste taken van een rechtsstaat de bescherming van verschil en ruimte laten en scheppen voor maatschappelijke pluraliteit is, dan moet een staat niet partijdig zijn en geen uitgesproken opvattingen over het goede leven propageren. Dat wat Berlin negatieve vrijheid noemt (het recht op staatsonthouding

19 Frissen, P. (2020), ‘De volle plek van de macht. Hoe in een netwerk de pluraliteit verdwijnt’, in: M. Ferwerda, P. Frissen, M. Schulz en M. van Twist, *30 Jaar NSOB. De politiek, netwerken en het politieke*, Den Haag: NSOB, p. 109-118.

en afwijzing van bemoeienis), beschermt dan de positieve vrijheid van de burger om zelf opvattingen over het goede leven, en praktijken die daarbij horen, na te streven en te verwerkelijken.²⁰ In het bestendigen van positieve vrijheid is er bijvoorbeeld een grond om burgers te beschermen tegen private (markt)partijen. Toezicht dient daarop toe te zien en is een vorm van grensbewaking. De kloof tussen politiek en burger verdient eerder verdieping, juist omdat de politiek veel te diep en te indringend in de samenleving is ingedaald. Toezicht dient te waken voor en te waarschuwen tegen beleidsambities die de staat ‘achter de voordeur, onder het bed en tussen de oren’ willen laten interveniëren.

Dat veldnormen dikwijls geen recht doen aan pluraliteit in het veld

Wat we steeds meer zien is dat deze vervloeiing tussen staat en samenleving doordringt tot in de *governance* van maatschappelijke domeinen. Een verbijs-terend voorbeeld daarvan is de Zorgbrede Governancecode, afgesloten en onderhouden door alle brancheorganisaties in de zorg gezamenlijk. In de eerste plaats is het opmerkelijk dat de grote variëteit in de zorg, naar sectoren, professies, waarden, paradigma's kennelijk geen enkele consequentie heeft voor besturing en toezicht. Dat leidt er vervolgens toe dat toezicht door het rijk deze code als uitgangspunt neemt en deze van harte ondersteunt, ja zelfs laat evalueren. En dan kunnen verenigingen van toezichthouders en bestuurders programma's voor professionalisering, accreditatie en certificering bij die code laten aansluiten. Dan kunnen vervolgens verzekeraars en financiers de code en de accreditaties en certificering als voorwaarde gaan stellen.

Het systeem is daarmee rond en gesloten. Hoewel dergelijke processen van homogenisering eigen zijn aan institutionalisering,²¹ is dit zelfdisciplinerend die pluraliteit niet alleen miskent, maar die dwars staat op elk gevoel voor *checks and balances*. De toezichthouder hoeft slechts de vinkjes te zetten bij de eisen die de centraal overeengekomen regulering aan de uitvoering van

20 Berlin, I. (1969), *Four essays on liberty*, Londen: Oxford University Press.

21 Powell, P.J. en W.W. DiMaggio (1983), 'The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields', *American Sociological Review*, 48, p. 147-160.

beleid stelt. Maatschappelijke organisaties en hun professionals zijn uitvoerders van rijksbeleid en toezichthouders op decentraal niveau lopen in de pas met wat de centrale toezichthouder vraagt.

Vaak is dan sprake van ‘veldnormen’ die de autonome professionaliteit van het veld zouden representeren. Wat met veldnormen echter wordt vastgelegd is een collectieve consensus over te hanteren normen die juist voorbijgaan aan pluraliteit. Ze zijn een gemiddelde maat en drukken daarmee in zekere zin de middelmaat uit. Als ze door toezichthouders worden gehanteerd versterken ze als het ware de collectieve normconformiteit, waarmee conformisme op de loer ligt. Als regulering, beleid en toezicht deze veldnormen tot uitgangspunt nemen, is er opnieuw sprake van een gesloten systeem van verstatelijke aard.

Dat toezicht de minister niet uit de wind moet houden

Medialogica heeft eraan bijgedragen dat ambtelijke loyaliteit aan de bewindspersoon is gaan prevaleren boven loyaliteit aan de publieke dienst. De drager van het ambt van bewindspersoon moet ‘uit de wind worden gehouden’ waarbij het institutionele belang van het ambt wordt verwaarloosd. De toezichthouder met zijn bevindingen en kritische rapportages is dan al snel een potentieel risico voor de continuïteit van de machtspositie. Daarmee wordt het filosofisch idee dat machtsuitoefening in de democratie fundamenteel voorlopig is en moet worden gehouden ondermijnd. De ‘lege plek van de macht’ waarvan Claude Lefort spreekt,²² moet door de toezichthouder ook leeg worden gehouden, dat wil zeggen dat toezicht moet voorkomen dat de plek permanent wordt bezet en dat de machthebber zich als eigenaar van de plek beschouwt. Legitimiteit en gezag van de toezichthouder zijn afhankelijk van de mate waarin de toezichthouder niet fungeert als *his master’s voice* maar de macht met zijn specifieke waarheden tegenspreekt.

22 Lefort 2016, p. 95.

Waarom bij toezicht de nadruk moet liggen op machtsevenwicht in plaats van op effectiviteit

Natuurlijk is toezicht ook handhaving en soms opsporing; natuurlijk speelt toezicht een rol in regulering en beleid; natuurlijk legt de bewindspersoon aan de Kamer verantwoording af over de toezichthouders onder zijn gezag. Maar terughoudendheid is geboden. Toezicht is niet *het* instrument van handhaving, maar *een* instrument van handhaving. Toezicht speelt zijn rol in een stelsel van macht en tegenmacht, van *checks and balances*. Die rol maakt dat handhaving vooral de legitimiteit van het gehandhaafde moet versterken en tegelijkertijd bij deze legitimiteit vraagtekens moet plaatsen als de handhaving gericht is op de uitvoering van onuitvoerbaar beleid of van beleid dat de burger al te zeer aantast in zijn vrijheid of integriteit – zeker waar het de groepen burgers betreft die moeite hebben de eindjes, in allerlei opzichten, aan elkaar te knopen.²³ De toeslagenaffaire laat dat pijnlijk zien. Een bijzondere sensitiviteit voor maatschappelijke verschillen en voor minderheden is daarbij van groot gewicht. Het zijn precies deze publieke belangen van pluraliteit en de bescherming van de minderheid en de zwakkeren die toezicht ertoe dwingen om zeer regelmatig beleidsuitvoering en regulering te corrigeren en om daarmee politiek tegen te spreken. En daarbij geldt dat tegenspraak niet als belangrijkste doel heeft het beleid en de regulering te verbeteren, maar dat het belangrijkste doel van tegenspraak tegenspraak zelf is. Tegenmacht en hindermacht moeten beleid en regulering ook kunnen stoppen of voorkomen. De spanning die inherent is aan toezicht, moet weer terugkomen: toezicht is niet alleen handhaving, maar ook bescherming van burgers; toezicht moet gevreesd zijn, maar ook geliefd bij de burger of de organisatie, die altijd de zwakkere partij kan zijn. De zwaarte van de zwaarmacht is cruciaal voor de symbolische orde van het politieke en die gaat aan effectiviteit en efficiëntie voorbij. Van die symbolische orde maakt toezicht deel uit: met vasthoudende terughoudendheid die ook wordt voorgehouden aan de politiek.

23 Lorey, I. (2015), *State of insecurity: government of the precarious*, Londen: Verso.

Parlementaire controle en onafhankelijkheid van toezichthouders

Paul Bovend'Eert en Hansko Broeksteeg

De reikwijdte van de parlementaire controle

Controle van de regering en (mede)wetgeving vormen in de Europese parlementaire democratieën de twee hoofdfuncties van het parlement. In de Nederlandse verhoudingen ligt het voor de hand die controlefunctie van het parlement vooral te plaatsen in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid. Het parlement heeft weliswaar ruime onderzoeksbevoegdheden om in de context van een parlementaire enquête of parlementaire ondervraging buiten de regering om een controlerende taak te vervullen ten aanzien van publieke en private organisaties, maar deze controletaak is in de praktijk beperkt en bescheiden.¹ Daarnaast is het (in theorie) denkbaar dat bij wet controlerende bevoegdheden van het parlement jegens deze organisaties in het leven geroepen worden. Maar in hoofdzaak krijgt de controlefunctie gestalte via de ministeriële verantwoordelijkheid.

Het uitgangspunt daarvan is verankerd in artikel 42, tweede lid, Grondwet (Gw): 'De Koning is onschendbaar; de ministers zijn verantwoordelijk.' In de tegenwoordige tijd is de betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid in relatie tot de onschendbare koning in de praktijk slechts zijdelings van belang. Zij beperkt zich hoofdzakelijk tot incidenten in het handelen van de koning.² De essentie van de ministeriële verantwoordelijkheid is veeleer dat zij het fundament vormt voor de verwezenlijking van het beginsel van de democratische controle op het openbaar bestuur in het centrale overheidsverband van de staat. Op grond van de ministeriële

- 1 Vergelijk in dit verband Loeffen, S.C. (2013), *Parlementair onderzoek. Een studie van het onderzoeksrecht in Nederland, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten*, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- 2 Denk aan de geruchtmakende 'Griekenlandreis' van Willem-Alexander in het najaar van 2020.

verantwoordelijkheid wordt alle bestuurshandelen van zowel de regering als haar bestuursapparaat aan de controle van de volksvertegenwoordiging onderworpen.³ Daarmee wordt een van de belangrijkste constitutionele uitgangspunten in de parlementaire democratie gediend dat geen bestuursbevoegdheid uitgeoefend wordt zonder controle door het parlement. Uitoefening van overheidsmacht behoeft per definitie controle door het parlement.⁴

Uit de Grondwet is niet alleen af te leiden dat parlementaire controle gestalte krijgt via de ministeriële verantwoordelijkheid maar ook hoe deze controle vorm krijgt. Artikel 68 Gw bepaalt dat ministers een algemene inlichtingenplicht jegens het parlement hebben, tenzij het belang van de staat het verstrekken van inlichtingen onmogelijk maakt. Ministers behoren gevraagd maar ook ongevraagd verantwoording af te leggen aan de beide kamers der Staten-Generaal. De Reglementen van Orde van de kamers werken deze inlichtingenplicht nader uit en verschaffen het parlement een ruim arsenaal van controle-instrumenten, uiteenlopend van het wekelijkse mondelinge vragenuur tot het dertigledendebat. Op deze wijze kan het parlement het handelen en nalaten van de regeringsinstellingen controleren, zich een oordeel daarover vormen en zo nodig via de werking van de vertrouwensregel consequenties verbinden aan tekortschietend overheids-handelen, en ministers dan wel het gehele kabinet tot heengaan dwingen.

De reikwijdte van de inlichtingen- en verantwoordingsplicht van ministers jegens het parlement is, zoals het afgelopen jaar weer eens heel nadrukkelijk bleek, geen rustig bezit. De informatiepositie van het parlement kwam de laatste jaren vooral in het gedrang omdat bewindslieden zich in verschillende dossiers terughoudend en soms weigerachtig toonden om door Kamerleden gevraagde inlichtingen te verstrekken aan het parlement. Te denken valt aan gevraagde inlichtingen omtrent het bombardement

- 3 Zie commissie-Scheltema (1993), *Steekhoudend ministerschap. Rapport van de externe commissie Ministeriële verantwoordelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers; *Kamerstukken II 1992/93*, 21427, nrs. 40 en 41; Broeksteeg, J.L.W. (2004), *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht*, Deventer: Kluwer, p. 17-21.
- 4 De rechtspraakfunctie van de rechterlijke macht is vanwege het vereiste van rechterlijke onafhankelijkheid als enige overheidsfunctie hiervan uitgezonderd. Zie art. 6 EVRM en art. 116 en 117 Gw.

op Hawija (Irak) en omtrent de vervolging van Wilders. In beide gevallen kwam de gevraagde informatie versnipperd. Pas na aandringen van de Tweede Kamer werden meer inlichtingen verschaft, waarbij de Kamer in het ongewisse bleef of de regering daadwerkelijk alle informatie had verstrekt. In het bijzonder had deze ministeriële terughoudendheid betrekking op ambtelijke documenten en de daarin voorkomende persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren, inmiddels ook wel bekend als de ‘Rutte-doctrine’. Bij deze terughoudendheid om ambtelijke documenten en persoonlijke beleidsopvattingen te openbaren, beriep de regering zich op de weigeringsgronden van de Wob, waarmee zij rechtstreeks inging tegen een eerder door haar zelf geformuleerde beleidslijn om ook dergelijke documenten in beginsel aan het parlement te verstrekken.⁵ De controverse explodeerde, zoals bekend, in de kinderopvangtoeslagaffaire, waarin de Kamer meerdere keren onvoldoende informatie bleek te hebben gekregen en die leidde tot de val van het kabinet-Rutte III.⁶

De reikwijdte van de inlichtingenplicht met betrekking tot overheidsdocumenten, berustend onder de minister, is slechts een van de geschilpunten als het gaat om de parlementaire controle van overheidshandelen. Een ander traditioneel twistpunt in de verhouding tussen regering en parlement is de vraag welke omvang de ministeriële verantwoordelijkheid heeft. Van oudsher wordt als gangbare redenering gevolgd dat de verantwoordelijkheid van de minister even ver strekt als zijn bevoegdheden. Zonder bevoegdheid geen verantwoordelijkheid, is hier het adagium.⁷ Een ruimere opvatting van de ministeriële verantwoordelijkheid – en dus ook van de parlementaire controlefunctie – wordt echter ook verdedigd. Men spreekt dan van een stelsel- of systeemverantwoordelijkheid. Uitgangspunt is dan dat de minister rekenschap aflegt in het parlement voor het voldoende behartigen van de publieke taak, zoals door de Grondwet,

5 Zie de regeringsnotitie ‘De reikwijdte van de inlichtingenplicht’, *Kamerstukken II* 2001/02, 28362, nr. 2; *Kamerstukken II* 2015/16, 28362, nr. 8; Hillebrink, S. (2016), ‘Het parlementair inlichtingenrecht’, *TvCR* 2016, p. 322 e.v.

6 Zie Verslag parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, Den Haag 17 december 2020.

7 Zie Belinfante, A.D. en J.L. de Reede (2015), *Beginnels van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer, p. 11 e.v.; *Kamerstukken II* 1992/93, 21427, nrs. 40 en 41, p. 9.

verdragen, wetgeving of anderszins door de politiek is vastgesteld.⁸ De koppeling van ministeriële verantwoordelijkheid aan publieke taken biedt het perspectief van een veel ruimere parlementaire controle. Deze is dan niet louter verbonden met hetgeen onder het gezag van de minister (of staatssecretaris) valt, met andere woorden waarvoor hij bevoegdheid heeft, maar veeleer met de breedte van zijn portefeuille. Nadeel is wel dat de ministeriële verantwoordelijkheid zo een diffuus karakter krijgt en moeilijk meer af te bakenen is.⁹ De minister is dan al snel voor alles verantwoordelijk wat speelt (en vooral: misgaat) in het land. Een ander nadeel is dat ministers dan ook graag de bevoegdheden willen hebben voor de onderwerpen waarvoor zij stelselverantwoordelijk zijn; zij willen immers ook daadwerkelijk kunnen ingrijpen als er wat mis is gegaan. Daarmee lijkt het adagium ‘geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid’ een nieuwe wending te krijgen: ‘indien verantwoordelijk, dan ook bevoegd’.¹⁰

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft in een ongevraagd advies over ministeriële verantwoordelijkheid in het voorjaar van 2020 uitgebreid aandacht besteed aan de stelselverantwoordelijkheid.¹¹ De Afdeling beschouwt de regel dat ‘verantwoording alleen daar kan worden gevraagd, waar corresponderende bevoegdheden bestaan’ als geldend staatsrecht. De systeem- of stelselverantwoordelijkheid (voor behartiging van publieke belangen) beperkt zich volgens de Afdeling tot de ministeriële bevoegdheid om wetgeving te initiëren. Een algemenere stelselverantwoordelijkheid neemt de Raad van State niet aan. De Afdeling doet ten slotte de aanbeveling om de grenzen van de ministeriële verantwoordelijkheid scherper te markeren en in overleg met de Tweede Kamer na te gaan op welke terreinen nadere afspraken nodig zijn over de vraag waarop precies

8 Zie Zijlstra, S.E. (2009), *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer, p. 68 e.v.

9 Bovend'Eert, P.P.T. en H.R.B.M. Kummeling (2017), *Het Nederlandse parlement*, Deventer: Wolters Kluwer, p. 294.

10 Zie de discussie hierover onder meer in: Zijlstra, S.E. en K. Wilkeshuis (2006), ‘Verantwoordelijkheid: bevoegdheid en publieke taak’ en Kortmann, C.A.J.M. (2006), ‘Afsluitende beschouwingen’, in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, p. 9-19 resp. p. 107-111.

11 Afdeling advisering Raad van State, Den Haag 15 juni 2020, *Ministeriële verantwoordelijkheid*, No WO4.20.0135/I, p. 17 e.v.

ministers kunnen worden aangesproken, zulks ter nadere afbakening van systeemverantwoordelijkheid. In de kabinetsreactie op het advies van de Afdeling lijkt de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) echter impliciet een andere benadering te kiezen. Aan de hand van het voorbeeld van de vermeende stelselverantwoordelijkheid van de minister van Financiën voor het toezicht op de financiële markten merkt de minister van BZK op dat de minister verantwoordelijk is voor het beleid en op afstand toezicht houdt op toezichthouders, zoals AFM en DNB. ‘Waar systeem-verantwoordelijkheid begint en waar zij eindigt, moet steeds worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden, in samenhang met de wettelijke bevoegdheden.’¹²

De kabinetsreactie maakt duidelijk dat over de omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid nog veel onduidelijkheid bestaat. De conclusies en aanbevelingen van de Afdeling advisering van de Raad van State bieden nochtans een opening om een beter zicht te krijgen op de grenzen van de ministeriële verantwoordelijkheid en de reikwijdte van de parlementaire controle.

Parlementaire controle op (onafhankelijke) toezichthouders

Hiervoor bleek dat de minister van BZK de verhouding tussen minister en (onafhankelijke) toezichthouders, zoals de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB), als voorbeeld nam voor een uiteenzetting van de systeemverantwoordelijkheid van ministers.

Als het gaat om ministeriële verantwoordelijkheid voor en parlementaire controle op (onafhankelijke) publieke toezichthouders is het op de eerste plaats overeenkomstig het adagium ‘geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid’ belangrijk een onderscheid te maken naar de mate waarin de minister bevoegdheden kan uitoefenen ten aanzien van deze toezichthouders. Drie modellen zijn daarbij te onderscheiden.

Ten eerste kan sprake zijn van een toezichthouder die volledig onder het gezag van de minister functioneert, veelal als (binnen)dienst of

12 Nader rapport inzake advies Afdeling advisering van de Raad van State over ministeriële verantwoordelijkheid, Den Haag 29 september 2020, kenmerk 2020-0000590111, p. 8.

buitendienst van het ministerie.¹³ Denk bijvoorbeeld aan de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA), onderdeel van het ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV). Te denken valt ook aan inspectiediensten, zoals de Onderwijsinspectie of de Inspectie Leefomgeving en Transport. Veelal zijn de bevoegdheden van deze toezichthouders rechtstreeks aan hen geattribueerd, maar houdt ook de betrokken minister de volle omvang van bevoegdheden. Hij is volledig verantwoordelijk voor het doen en laten van de toezichthouder. De minister kan beleidsregels stellen, richtlijnen en aanwijzingen geven, ambtenaren benoemen en ontslaan en de inrichting van de dienst naar eigen inzicht vormgeven en wijzigen. De minister is volledig bevoegd en dus volledig verantwoordelijk. De parlementaire controle op een dergelijke toezichthouder is alomvattend. Er is geen democratisch tekort in de parlementaire controle.

Ten tweede kan sprake zijn van toezichthouders die buiten het ministerie ondergebracht zijn in zelfstandige bestuursorganen, maar waarbij de minister nog zekere bevoegdheden uitoefent over de toezichthouder. In eerder genoemd advies gaat de Afdeling advisering van de Raad van State in op dit verschijnsel. De Afdeling spreekt van een grillig landschap. Pogingen om de wettelijke vormgeving van zelfstandige bestuursorganen te harmoniseren op grond van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen zijn volgens de Afdeling maar ten dele geslaagd.¹⁴ Er kan sprake zijn van semionafhankelijke instellingen die zich bezighouden met toezicht, advisering en onderzoek. De bevoegdheden van de betrokken minister ten aanzien van deze zelfstandige bestuursorganen zijn beperkt. Als voorbeeld kan het Bureau Financieel Toezicht (BNT) gelden. Dat houdt financieel toezicht op notarissen en gerechtsdeurwaarders. De Kaderwet is op dit orgaan volledig van toepassing. Hetzelfde geldt voor de Nederlandse Emissieautoriteit, die toezicht houdt op de naleving van regels omtrent broeikasgassen. Voor het College van Toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (CvTA) gelden wel enkele uitzonderingen op de Kaderwet.¹⁵

13 Uitgebreid hierover: Zijlstra, S.E. (2019), 'Onafhankelijke ondergeschikten', *NTB*, p. 39-47.

14 Advies afdeling advisering Raad van State 2020, p. 27-28.

15 Art. 18, 21 en 22 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

Zo ontstaat een diffuus beeld van bevoegdheden van de minister ten aanzien van deze toezichthoudende organen. Vaak heeft hij bevoegdheden tot benoeming en ontslag van de bestuurders, of een goedkeuringsrecht van de begroting. Het is vanwege het grote aantal zelfstandige bestuursorganen en de veelal per orgaan wisselende regelgeving niet bij voorbaat duidelijk over welke bevoegdheden de minister beschikt.

Het gevolg is dat de ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee de parlementaire controle beperkt is. Het parlement kan weliswaar proberen om de minister bij gebrekkig functioneren of ernstig falen door zo'n toezichthouder ter verantwoording te roepen met een beroep op de vermeende systeemverantwoordelijkheid, maar de minister zal terecht zich kunnen verweren met een beroep op het ontbreken van adequate bevoegdheden om de betrokken organisatie aan te sturen en/of te corrigeren. Het enige waar de minister op kan worden aangesproken is de noodzakelijkheid om wijziging te brengen in het wettelijke regime betreffende de toezichthouder.¹⁶

Met betrekking tot deze categorie toezichthouders doet zich een serieus democratisch tekort voor.¹⁷ Het parlement is niet in staat om zijn controlerende functie naar behoren uit te oefenen omdat de ministeriële verantwoordelijkheid gebrekkig is, nu de daartoe vereiste bevoegdheden grotendeels ontbreken. Dit klemmt temeer nu toezicht binnen de overheid een belangrijke uitvoeringstaak is, daarmee bestuurshandelen betreft, waarvoor parlementaire controle in een democratie niet mag ontbreken. Dat de ministeriële verantwoordelijkheid zich bij deze toezichthouders beperkt tot de zeer geringe bevoegdheden van de minister, vastgelegd in de wet die het toezichthoudende orgaan instelt dan wel in de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, betekent de facto dat de parlementaire controle gebrekkig is. Deze dient ten aanzien van de uitoefening van deze overheids-taak echter zo volledig mogelijk te zijn.

De Afdeling advisering pleit tegen deze achtergrond terecht voor een heroverweging van het stelsel van zelfstandige bestuursorganen en een

16 Zie ook Advies afdeling advisering Raad van State 2020, p. 32.

17 Zie ook: Broeksteeg, J.L.W. (2015), 'De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht', *RegelMaat*, p. 170-181.

verbetering van publieke verantwoording voor toezichthouders.¹⁸ Inzet hoort daarbij volgens ons te zijn dat de parlementaire controle op deze overheidstaak zo volledig mogelijk wordt.

Ten derde kan sprake zijn van toezichthouders die buiten het gezagsbereik van de minister geplaatst zijn en waarvoor bijzondere onafhankelijkheidswaarborgen gelden. Als voorbeelden hiervan worden doorgaans de Autoriteit Consument en markt (ACM), de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Autoriteit persoonsgegevens (AP) genoemd. Wij voegen hier De Nederlandsche Bank (DNB) aan toe. Kenmerkend voor deze toezichthouders is dat op grond van ontwikkelingen in Europese wetgeving steeds verdergaande eisen zijn gesteld aan de onafhankelijkheid van deze instellingen die toezicht houden op geharmoniseerde markten.¹⁹ Deze onafhankelijke markttoezichthouders hebben taken op het terrein van uitvoering, toezicht, sanctionering en regelgeving. De ministeriële verantwoordelijkheid voor de taakuitoefening door deze marktautoriteiten is, zo merkt de Afdeling advisering in genoemd advies op, zeer beperkt of nihil.²⁰ Het moge duidelijk zijn dat deze ontwikkeling van sterk onafhankelijke toezichthouders zich niet verdraagt met het constitutionele uitgangspunt dat alle bestuurshandelen aan de democratische controle van de volksvertegenwoordiging onderworpen behoort te zijn. Dat deze onafhankelijkheid door de EU wordt voorgeschreven, doet daaraan niet af.²¹ De Afdeling advisering spreekt van een ontwikkeling die gaandeweg ons staatsbestel substantieel heeft veranderd.²²

Wij zouden hieraan willen toevoegen dat het een en ander in de praktijk geleid heeft tot een ernstig democratisch deficit. Het belang van onafhankelijkheid van toezichthouders kan als het gaat om de behartiging van toezicht- en uitvoeringstaken van de overheid nooit zo ver gaan dat parlementaire controle op de uitoefening van die taken komt te vervallen.

18 Advies Afdeling advisering Raad van State 2020, p. 48.

19 Zie hierover o.a.: Lavrijssen, S. (2015), 'Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief', *RegelMaat*, p. 182-200.

20 Advies Afdeling advisering Raad van State 2020, p. 30.

21 Broeksteeg 2015, p. 180-181.

22 Advies Afdeling advisering Raad van State 2020, p. 29.

Het een en ander impliceert dat een herbezinning noodzakelijk is op de onafhankelijkheid van deze toezichthouders. Bedacht moet worden dat onafhankelijkheid staatsrechtelijk gezien geen wezenskenmerk is van overheidsinstellingen die belast zijn met uitvoeringstaken op het terrein van toezicht. De vergelijking met de rechtspraakfunctie die in onafhankelijkheid moet worden uitgeoefend, gaat niet op. Voor overheidsinstellingen die toezicht uitoefenen, hoort verantwoording en parlementaire controle juist een wezenskenmerk te zijn. In die zin ligt het eerder in de rede om die verantwoording en parlementaire controle voorop te stellen. Het een en ander betekent dat vanuit een staatsrechtelijk perspectief bezien de minister over substantiële bevoegdheden dient te beschikken ten aanzien van deze toezichthouders op het punt van benoeming en ontslag van ambtsdragers, inrichting en werkwijze. Onafhankelijkheidswaarborgen zouden zich hoogstens kunnen uitstrekken tot de uitvoering van concrete uitvoeringstaken, in die zin dat bijvoorbeeld concrete aanwijzingen uit den boze zijn. De Afdeling advisering is vooralsnog voorzichtiger op dit punt. De Afdeling volstaat met de aanbeveling dat preciezer gedefinieerd moet worden in welke gevallen er behoefte is aan onafhankelijkheid, waarbij met het oog op de ministeriële verantwoordelijkheid terughoudendheid geboden is.²³ Het is echter de vraag of op deze wijze recht gedaan kan worden aan het centrale uitgangspunt dat parlementaire controle ook op de uitoefening van deze overheidsfunctie voorop staat.

Toezicht door de Staten-Generaal

Hoewel zij juridisch dus beperkt zijn in hun controle op onafhankelijke toezichthouders, proberen de kamers wel, via de minister, daar greep op te krijgen. Zij kunnen, zoals gezegd, op verschillende wijze controle uitoefenen. Zij kunnen schriftelijke en mondelinge vragen stellen, interpelleren en een parlementaire enquête instellen. Het behoeft geen betoog dat de enquête de meest verstrekkende vorm van parlementaire controle is. De Staten-Generaal maken daar (terecht) spaarzaam gebruik van. In de laatste dertig jaar is het enquêterecht twee keer toegepast met betrekking tot het functioneren van

23 Advies Afdeling advisering Raad van State 2020, p. 48.

zelfstandige bestuursorganen. In 1992/1993 werd een parlementaire enquête ingesteld naar het functioneren van de uitvoeringsorganen van de sociale-verzekeringswetten (commissie-Buurmeijer). Het betreft dan echter geen onafhankelijke toezichthouders zoals die centraal staan in deze bundel, maar zelfstandige bestuursorganen die op afstand van het ministerie uitvoering geven aan (in casu: socialezekerheids)wetgeving. Dat was gedeeltelijk wel het geval bij de parlementaire enquête naar het financieel stelsel, naar aanleiding van de kredietcrisis die in 2008 begon (commissie-De Wit). Doel van de enquête was een bijdrage te leveren aan het adequaat functioneren van het financieel stelsel. De enquêtecommissie concludeerde onder meer dat DNB en de AFM de ontwikkelingen op de financiële markten hadden onderschat.

Voor wat betreft controle op onafhankelijke toezichthouders zijn mondelinge vragen gebruikelijker. De Kamer tracht op deze manier structureel controle uit te oefenen op deze toezichthouders. Wij noemen enkele recente voorbeelden (en pretenderen zeker niet volledig te zijn). Het SP-Tweede Kamerlid Van Gerven stelde op 21 september 2015 vragen aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de staatssecretaris van Economische Zaken over het optreden van de NVWA over handhaving in een specifieke casus.²⁴ Op 20 juli 2017 stelden de SP-Tweede Kamerleden Van Dijk en Hijink schriftelijke vragen aan de minister van Economische Zaken over 'het zwakke optreden' van de ACM met betrekking tot 'misleiding en oplichting door bedrijven'.²⁵ Het PvdA-Tweede Kamerlid Nijboer stelde op 6 april 2018 schriftelijke vragen aan de minister van Financiën over risicovolle beleggingen door DNB.²⁶ Op 18 oktober 2018 stelde het PvdA-Tweede Kamerlid Moorlag schriftelijke vragen aan de staatssecretaris van Economische Zaken over het beperkte aantal formele handhavingsbesluiten dat de ACM heeft genomen.²⁷ Het CDA-Tweede Kamerlid Slootweg stelde op 4 juni 2020 schriftelijke vragen aan de minister van Financiën over, kort gezegd, het terugstorten van heffingen aan een bedrijf in curatele door de

24 *Handelingen II* 2015/16, aanhangsel, 290.

25 *Handelingen II* 2016/17, aanhangsel, 2494.

26 *Handelingen II* 2017/18, aanhangsel, 1980.

27 *Handelingen II* 2018/19, aanhangsel, 374.

AFM.²⁸ Dit sluit aan bij het beeld dat wij hiervoor schetsten: bestuurshandelen, ook als dat wordt verricht door onafhankelijke toezichthouders, zou onderwerp van parlementaire controle moeten zijn. De Kamer lijkt daar sowieso van uit te gaan.

Vanzelfsprekend oefenen de kamers ook op andere manieren invloed uit op toezichthouders, zoals door de indiening (en het aannemen) van moties²⁹ en door in plenaire debatten de verantwoordelijke bewindslieden aan te spreken op het handelen van de toezichthouders.³⁰ In alle gevallen geldt dat, zoals hiervoor is weergegeven, de minister slechts verantwoording kan afleggen over de uitoefening van zijn bevoegdheden. Hij kan wellicht een relaas geven van feiten, maar zodra hij verantwoording aflegt, kan dat slechts zijn eigen handelen of nalaten, in de uitoefening van zijn bevoegdheden, betreffen.

Slot

Het beeld dat uit het voorgaande ontstaat, is dat de Kamer de onafhankelijke toezichthouders via de verantwoordelijke minister of staatssecretaris wil controleren, maar dat deze controle belemmerd wordt door zijn beperkte (en in sommige opzichten zelfs afwezige) bevoegdheden. Wij verwijzen tot slot terug naar het ongevraagde advies van de Afdeling advisering van de Raad van State: de bevoegdheidsuitoefening door zelfstandige bestuursorganen en daarmee ook onafhankelijke toezichthouders verdient in het licht van parlementaire controle heroverweging. Wat ons betreft, zo zal hiervoor wel duidelijk zijn geworden, betekent dit dat onafhankelijke toezichthouders meer, liefst zo volledig mogelijk, onder ministeriële verantwoordelijkheid komen te vallen. Deze verantwoordelijkheid vormt immers het fundament voor de verwezenlijking van de controle, door de volksvertegenwoordiging, op het openbaar bestuur. Daar zijn democratie en rechtsstaat mee gediend.

28 *Handelingen II* 2019/20, aanhangsel, 3343.

29 Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 2016/17, 34677, nr. 10 (motie van De Vries, VVD, over de inrichting van bezwaarprocedures bij DNB en de AFM).

30 Zie bijvoorbeeld *Handelingen II* 2018/19, 16 januari 2019, waarin de Tweede Kamerleden Ronnes (CDA) en Van Dijk (PVV) de minister van Financiën aanspreken op het handelen van DNB inzake het witwasschandaal bij de ING-bank.

Onafhankelijk toezicht is een kwestie van kunnen én willen

Femke de Vries

Over het belang van onafhankelijk toezicht lijkt in de literatuur, in beleidsstukken en in het politieke discours, consensus te bestaan. In abstracto althans, want geregeld blijkt dat het respecteren van die onafhankelijkheid door het kerndepartement en de bewindspersoon niet vanzelfsprekend is.

In het voorjaar van 2020, in de eerste fase van de coronacrisis, gaf minister Cora van Nieuwenhuizen de Inspectie leefomgeving en transport (ILT) een aanwijzing. De terugbetalingsverplichting van luchtvaartmaatschappijen bij annulering van vluchten mocht de ILT van de minister niet handhaven. Dat zou de liquiditeit van de luchtvaartmaatschappijen, die in zwaar weer waren door het sluiten van luchthavens wereldwijd, in gevaar brengen. De aanwijzing werd ingetrokken na een ander standpunt van de Europese Commissie. Hier was duidelijk een conflict tussen economische belangen en het beschermen van het publieke belang waarvoor de ILT is aangesteld: het recht van de consument om zijn geld terug te krijgen als een vlucht vervalt.

De beïnvloeding van de politiek is overigens lang niet altijd zo expliciet. In de toeslagenaffaire rond de Belastingdienst zien we een andere vorm van beïnvloeding van het toezicht. De politieke roep om een harde aanpak van fraude was een van de grondoorzaken van een jarenlange heksenjacht op vermeende fraudeurs. Signalen dat daarbij rechten van burgers werden geschonden werden bovendien genegeerd. De angst dat deze signalen de bewindspersoon in politieke problemen zouden brengen speelden een belangrijke rol.¹

Deze voorbeelden laten zien hoe politieke en economische belangen kunnen botsen met onafhankelijk toezicht. Het wekt dan ook geen verbazing

¹ *Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2, Rapport Ongekend onrecht.*

dat er met grote regelmaat voor wordt gewaarschuwd dat onafhankelijkheid voor de toezichthouder geen rustig bezit is.² De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) deed die constatering al in 2013. De voormalige voorzitter van de Onderzoeksraad voor Veiligheid, Pieter van Vollenhoven, waarschuwt al jaren voor een te grote Haagse bemoeienis met het toezicht.³

Dit jaar kwam deze zorg nog eens indringend naar voren in het kader van de evaluatie van de Aanwijzingen inzake de Rijksinspecties. In het eindrapport concludeerden de onderzoekers dat onafhankelijkheid regelmatig door inspecties moet worden verdiend en soms bevochten. De verantwoordelijkheid voor het bewaken van die onafhankelijkheid ligt, zo stellen de onderzoekers, bovendien voor een groot deel op de schouders van de inspectiemedewerker en niet op die van de beleidsambtenaar. Het is dus de inspectie die zich de politieke bemoeienis van het lijf moet houden.⁴

Dit zijn zorgelijke signalen. Een gebrek aan onafhankelijkheid van toezicht kan ten koste gaan van het publieke belang, belangen van individuele onder toezicht staande partijen en van het gezag van en vertrouwen in de toezichthouders. Tegelijkertijd is onafhankelijkheid niet ongeclausuleerd. Het is immers belangrijk dat het optreden van toezichthouders democratisch gelegitimeerd is en dat toezichthouders verantwoording afleggen over hun optreden. Onafhankelijkheid en verantwoording zijn twee kanten van dezelfde medaille.⁵

Om de vraag te beantwoorden hoe het in Nederland gesteld is met de onafhankelijkheid van het toezicht ten opzichte van de politiek, is het belangrijk om te kijken naar verschillende facetten van die onafhankelijkheid. Van commissarissen in het bedrijfsleven wordt in governancecodes

- 2 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2013), *Toeziën op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht*, Amsterdam: Amsterdam University Press, p. 91.
- 3 Vollenhoven, P. van (2019), *Oproep van een waakhond*, Amsterdam: Uitgeverij Balans.
- 4 Andersson, Elffers, Felix (AEF) (2020), www.aef.nl/storage/images/Evaluatie_van_de_Aanwijzingen_inzake_de_rijksinspecties.pdf, in samenwerking met de Universiteit Utrecht.
- 5 Ottow, A. (2015), *Market and Competition Authorities, Good agency principles*, Oxford: Oxford University Press.

vaak geëist dat ze zowel *formeel* als in *houding* onafhankelijk zijn. Zoals het Internationaal Monetair Fonds het treffend uitdrukte na de financiële crisis: de toezichthouder moet niet alleen de bevoegdheid hebben maar ook de bereidheid om op te treden.⁶ Daarnaast moeten toezichthouders de schijn van afhankelijkheid vermijden.

Laten we het toezicht in Nederland eens langs de meetlat van deze facetten van onafhankelijkheid leggen: hoe is het gesteld met de formele onafhankelijkheid ten opzichte van de minister en het kerndepartement en met de onafhankelijke houding van toezicht? Die twee kunnen overigens niet los van elkaar worden gezien. De formele of institutionele ophanging van het toezicht is van invloed op het vermogen om zich als toezichthouder onafhankelijk op te stellen. Ik ga daarom ook in op mogelijke gedragseffecten van de omgeving waarin het toezicht zijn werk doet. Maar ik bespreek eerst waarom het toezicht eigenlijk onafhankelijk zou moeten zijn van de minister en het kerndepartement.

Waarom moet het toezicht onafhankelijk zijn van de minister en het kerndepartement?

De WRR drukt het mooi uit: ‘Alleen met een onpartijdige opstelling kan het toezicht maatschappelijke legitimiteit en publiek vertrouwen verwerven en behouden, en gezaghebbend “terugpraten” naar de instituties die verantwoordelijk zijn voor de inrichting van de sector. Onafhankelijkheid is volgens de WRR geen doel op zich, maar een noodzakelijke voorwaarde voor een onpartijdige positie van de toezichthouder ten opzichte van de verantwoordelijke minister en de onder toezicht staanden (...)’⁷

Wie nadenkt over onafhankelijkheid van het toezicht ten opzichte van de politiek zal onmiddellijk denken aan het belang dat de toezichthouder in staat en bereid moet zijn om onafhankelijk van politieke belangen te oordelen over de naleving van wet- en regelgeving. Waar de politiek immers geneigd is kortetermijndoelen na te streven vraagt de bescherming van

6 The Making of Good Supervision: Learning to Say ‘No’ (imf.org).

7 WRR 2013.

het publieke belang een langetermijnperspectief.⁸ De toezichthouder moet ongehinderd door politieke of electorale belangen zijn mening kunnen geven. Die mening bestaat niet alleen uit het oordelen over naleving. Het toezicht wordt ook steeds vaker een zogenoemde reflectieve functie toegedicht: reflecteren op de bescherming van publieke belangen en ontwikkelingen signaleren die dat publieke belang kunnen schaden.⁹ Die signalen kunnen ook duiden op het tekortschieten van wetgeving of op ongewenste effecten van beleid. Daarbij kan mogelijk een conflict ontstaan met het (kortetermijn)belang van de minister. Denk aan de situatie waarin de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd zich kritisch zou moeten uitlaten over het coronavaccinatiebeleid van het kabinet.

Het hoeft geen betoog dat zich situaties kunnen voordoen waar het (economische) belang van de overheid tegengesteld is aan het publieke belang. Een schrijnend voorbeeld is het jarenlange belangenconflict tussen het toezicht op de gaswinning in Groningen en veiligheid in de regio. De Onderzoeksraad voor Veiligheid (OVV) legt in zijn rapport over de gaswinning in Groningen feilloos bloot wat de gevolgen voor het publieke belang kunnen zijn wanneer de toezichthouder onvoldoende onafhankelijk van (onder meer) de politiek opereert. In het onderzoek stelt de OVV dat veiligheid in relatie tot aardbevingen niet van invloed is geweest op de besluitvorming over gaswinning. Het ministerie van Economische Zaken, het Staatstoezicht op de Mijnen en de betrokken ondernemingen vormden samen ‘een gesloten bolwerk, gericht op consensus’, met wederzijds begrip voor elkaars belangen.¹⁰

Tot slot geldt dat juist het langetermijnperspectief van de toezichthouder zorgt voor een zekere voorspelbaarheid voor marktdeelnemers of

8 Aelen, M. (2014), *Beginselen van goed markttoezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 233.

9 WRR 2013.

10 ‘Het ministerie van EZ was echter dermate onderdeel van het gesloten bolwerk waar het belang van winning prevaleerde, dat het veiligheidsbelang in de praktijk een ondergeschikte rol speelde. Ook toezichthouder SodM voegde zich lange tijd naar de consensus tussen de bij gaswinning betrokken partijen.’ Onderzoeksraad voor Veiligheid (2015), *Aardbevingsrisico’s in Groningen*. Zie ook Onderzoeksraad voor Veiligheid, ‘Veiligheid geen rol bij gaswinning Groningen’, persbericht 18 februari 2015.

onder toezicht staande partijen over de interpretatie van wet- en regelgeving. Die voorspelbaarheid is belangrijk voor investeringsbeslissingen en levert daarmee ook een bijdrage aan het vertrouwen in de overheid hetgeen als zodanig weer goed is voor de economie.¹¹

Hoe draagt de huidige institutionele inbedding van toezicht bij aan onafhankelijkheid?

Toezichthouders functioneren binnen de grenzen van de ministeriële verantwoordelijkheid.¹² Toch moeten ze ook onafhankelijk van politiek en bestuur kunnen functioneren in hun oordeels- en besluitvorming. De institutionele ophanging bepaalt mede in welke mate toezichthouders zelfstandig van het kerndepartement en de bewindspersoon kunnen opereren. In Nederland kunnen publieke toezichthouders grofweg worden verdeeld in twee categorieën: de zelfstandige bestuursorganen en Rijksinspecties.

In deze paragraaf beschrijf ik voor achtereenvolgens de Rijksinspecties en de zelfstandige bestuursorganen hoe de institutionele ophanging van invloed is op het vermogen om onafhankelijk toezicht te houden.

Rijksinspecties zijn onderdeel van een departement en zijn daarmee niet staatsrechtelijk onafhankelijk. Dat neemt niet weg dat ze als toezichthouder onafhankelijk moeten kunnen opereren. Dat is niet eenvoudig. Naar aanleiding van incidenten waarbij de onafhankelijkheid van de inspecties ter discussie kwam te staan werden in 2015 de Aanwijzingen inzake de Rijksinspecties gepubliceerd.¹³ Doel van de aanwijzingen is een stevigere verankering van de onafhankelijkheid van rijksinspecties.

De aanwijzingen bevatten een aantal belangrijke waarborgen voor de onafhankelijkheid van de inspecties. Zo is een inspectie voor zijn toezichtstaken altijd rechtstreeks onder de secretaris-generaal gepositioneerd en niet onder het directoraat-generaal dat verantwoordelijk is voor de

11 Prast, H., R. Mosch en FW. van Raaij (2005), *Vertrouwen, cement van de samenleving en aanjager van de economie*, DNB/UvT. Specifiek voor het financieel toezicht kan daarnaast nog worden genoemd dat helderheid over de regels en de toepassing daarvan bijdraagt aan de stabiliteit van het financiële stelsel.

12 *Kamerstukken II* 2005/06, 27831, nr. 15, *Kaderstellende visie op toezicht*, p. 5.

13 Regeling vaststelling Aanwijzingen inzake de rijksinspecties, *Stcrt.* 2015, 33474.

uitvoering van beleid. De inspecteur-generaal heeft rechtstreeks toegang tot de minister, wat hem of haar in staat stelt de ambtelijke lijn zo nodig te passeren. Een belangrijk formeel slot op de deur is het feit dat een minister niet mag treden in individuele onderzoeken, en inspectieverslagen ongewijzigd moet doorsturen naar de Kamer. Hij mag een inspectie evenmin weerhouden van het doen van een bepaald onderzoek.

De aanwijzingen schieten echter ook op een aantal plekken tekort. Ministers mogen de inspecties bijvoorbeeld nog altijd aanwijzingen geven. Die mogen niet bedoeld zijn om de rijksinspectie ervan te weerhouden een onderzoek te verrichten of om in een concrete casus in te grijpen of oordelen te beïnvloeden. Dit betekent echter niet dat een minister nooit een aanwijzing mag geven. Er zijn volgens de Aanwijzingen maatregelen waarbij de maatschappelijke, beleidsmatige, financiële of politieke gevolgen zeer groot kunnen zijn. Het is een schrale troost dat daaraan wel de voorwaarde is gekoppeld dat die aanwijzing schriftelijk wordt gegeven en altijd bekend wordt gemaakt.

De gedachte lijkt dat binnen de grenzen van de onafhankelijkheid ingrijpen van de minister geoorloofd is zolang daarover maar transparantie wordt betracht. Maar dat is een redenering waarop het nodige is af te dingen. Dat een aanwijzing schriftelijk wordt gegeven maakt deze controleerbaar door politiek, pers en publiek maar neemt niet weg dat nog steeds inbreuk wordt gemaakt op de onafhankelijke oordeelsvorming van de inspectie. Met het gevaar dat economische, politieke of electorale belangen voorgaan boven het beschermen van het lange termijn-publieke belang.

De aanwijzingen ademen de gedachte dat de onafhankelijkheid van de Rijksinspecties moet worden versterkt maar ook dat het niet te gek moet worden. Zo is er een maximumtermijn gesteld van zes weken waarin het departement gelegenheid krijgt een beleidsreactie te maken op een inspectierapport. Ook hier: de gedachte is niet verkeerd. Die termijn voorkomt dat het departement de publicatie van een toezichtrapport eindeloos kan ophouden. Tegelijkertijd is het merkwaardig dat het departement invloed heeft op de publicatie van een rapport van een onafhankelijke toezichthouder. Daarmee wordt die immers afhankelijk van het politieke belang van de minister. Een andere belangrijke lacune is dat het werkprogramma

moet worden goedgekeurd door de minister. Daarmee ontstaat een directe invloed op de prioriteitstelling. Bij sommige inspecties geldt daarbij nog dat financiering wordt gekoppeld aan bepaalde prestatiedoelen zoals het verrichten van handhavingsonderzoeken terwijl vanuit het publieke belang wellicht een aanpak gericht op preventie effectiever is. Een onwenselijke situatie.

In de evaluatie van de Aanwijzingen wordt geconcludeerd dat deze een belangrijke basis vormen voor het borgen van de onafhankelijke oordeelsvorming van inspecties door het contact tussen departement en inspectie te structureren. Ze worden door inspecties ervaren als ruggensteun voor hun bijzondere positie in het departement. Toch concluderen de onderzoekers ook dat ze niet in alle gevallen voldoende zijn voor het borgen van de onafhankelijkheid. Ze stellen dat inspecties op verschillende, meestal vrij subtiele, manieren te maken hebben met druk vanuit het departement. Zij moeten omgaan met een spanningsveld waarin regelmatig sprake is van tegengestelde belangen.¹⁴

De onderzoekers wijten dit onder meer aan het ontbreken van een vertaling van de Aanwijzingen in voldoende concrete werkafspraken en het feit dat de bekendheid van de Aanwijzingen, met name binnen ‘beleid’, te wensen over laat. Verder is een aantal onderwerpen onvoldoende gedekt zoals de hiervoor al genoemde financiële autonomie en is er een gebrek aan transparantie over de verhouding tussen beleid en toezicht. Natuurlijk raken de onderzoekers een belangrijk punt wanneer ze pleiten voor financiële autonomie. Het kunnen beschikken over voldoende bevoegdheden, mensen, middelen en kennis en die ook naar eigen inzicht kunnen inzetten, is belangrijk voor onafhankelijkheid. Wie over onvoldoende bevoegdheden, deskundig personeel of middelen beschikt, zal voor de bescherming van het publieke belang afhankelijk worden van anderen of noodgedwongen niet de eigen prioriteiten kunnen stellen.

Maar het belangrijkste is de conclusie van de onderzoekers dat onafhankelijkheid pas daadwerkelijk tot stand komt in houding en gedrag. Juist die houding is in de huidige ambtelijke cultuur niet gemakkelijk te realiseren.

14 AEF 2020.

Wie zich begeeft in Haagse kringen zal geregeld ambtenaren horen praten over ‘mijn minister’. In een onderzoek naar de toeslagenaffaire concludeerde de Auditdienst Rijk dat bij het ministerie van Financiën sprake is van de ongeschreven regel dat de minister moet worden beschermd.¹⁵ Die regel beperkt zich zeker niet tot dát departement. Het is lastig zich steeds bewust te zijn van de noodzaak de onafhankelijke oordeelsvorming van een inspectie te respecteren als men het als beleidsambtenaar tot zijn taak rekent om de minister te beschermen of men zich in elk geval met diens belang identificeert. De toenemende incidentgedreven verantwoordingscultuur die de Raad van State signaleert in zijn ongevraagd advies maakt het niet gemakkelijker de onafhankelijkheid van inspecties te respecteren.¹⁶

Door de organisatorische ophanging van de Rijksinspecties binnen een departement bestaat het risico dat ook de top van een inspectie zich vereenzelvigd met de belangen van het ministerie. Soms is de hoogste baas van de inspectie zelfs deel van de bestuursraad waarin de ambtelijke top zit. De gedragswetenschap laat zien hoe moeilijk het dan is een ander standpunt in te nemen door valkuilen als groepsdenken of de *confirmation bias*; het onvoldoende meewegen van informatie die ‘ons’ standpunt zou ontkrachten. Bij werving van de inspecteur-generaal wordt vaak gevist uit dezelfde vijver als bij de ambtelijke top. De inspecteur-generaal van vandaag is de directeur-generaal van morgen. Een beroepsgroep die een gesloten ‘Haagse’ indruk maakt, aldus een onderzoek naar de Algemene Bestuursdienst.¹⁷ Zo ontstaat gemakkelijk het *social identity effect* waarbij we ons identificeren met de groep.

Tegen deze krachten helpt geen kenbaarheid van de Aanwijzingen en ook transparantie is geen echte oplossing. Zelfs transparantie zal er niet altijd toe leiden dat herkend wordt dat sprake is van politieke beïnvloeding en uit de toeslagenaffaire hebben we geleerd dat niet altijd te herleiden is wat aan

15 Ministerie van Financiën (2019), *Ongeschreven Regels*, Bijlage 1, Den Haag: Auditdienst Rijk, Ministerie van Financiën.

16 Raad van State (2020), *Ministeriële verantwoordelijkheid. Een ongevraagd advies van de Afdeling advisering*, Den Haag: RvS.

17 Noordegraaf, M., M-J. Schifffers, J. van Harten, E.J. van Dorp en M. Slothouwer (2020), *De kwaliteit van mobiliteit. De werking van de Algemene Bestuursdienst*, Utrecht: Universiteit Utrecht/USBO Advies.

besluitvorming vooraf is gegaan. Transparantie is in dit geval slechts een doekje voor het bloeden.

Wat is een logische volgende stap?

Bij de evaluatie van de Aanwijzingen bepleitte de Inspectieraad¹⁸ betere waarborgen voor de onafhankelijkheid van inspecties in de vorm van een wet op de Rijksinspecties. Daarin zouden inspecties een eigenstandige bevoegdheid krijgen om hun jaarplan en budget vast te stellen en te bepalen wanneer ze toezichtonderzoeken publiceren. De inspecteurs-generaal benadrukken dat zij niet pleiten voor een positie van de inspecties buiten het departement. Dat zou de noodzakelijke nauwe relatie tussen beleid en uitvoering doorbreken. Dat betoog is moeilijk te volgen. De relatie tussen beleid en uitvoering zou niet afhankelijk moeten zijn van de organisatorische ophanging van de toezichthouder. Nederland heeft een lange historie van toezichthouders die juist door hun onafhankelijke positionering zaken signaleren die van belang zijn bij het maken van beleid. Toezichthouders De Nederlandsche Bank (DNB) DNB en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) bijvoorbeeld signaleren in jaarlijkse wetgevingsbrieven al sinds de financiële crisis waar in hun ogen beleid en wet- en regelgeving moet worden versterkt om het publieke belang optimaal te kunnen beschermen. Het feit dat zij geen onderdeel zijn van het departement waar beleid wordt gemaakt, maakt het gemakkelijker om tekortschieten van beleid te signaleren. Zij hoeven zich niet druk te maken om mogelijke politieke verwijten aan het adres van de minister of de vraag waarom lacunes in wet- en regelgeving niet eerder zijn geadresseerd.¹⁹

In de evaluatie van de aanwijzingen wordt terecht benadrukt dat het opereren en functioneren van rijksinspecties altijd democratisch moeten blijven ingebed. Er worden vraagtekens gezet bij het verder borgen van die onafhankelijkheid in een wet inzake Rijksinspecties mede omdat de ministeriële verantwoordelijkheid daarmee wordt ingeperkt.

¹⁸ Inspectieraad (2020), Brief over evaluatie aanwijzingen inzake Rijksinspecties en Aanvullende brief evaluatie Aanwijzingen inzake Rijksinspecties, via Rijksoverheid.nl. In de Inspectieraad zijn de inspecteurs-generaal van de Rijksinspecties verzameld.

¹⁹ De Nederlandse Bank (2020), *DNB Wetgevingsbrief 2020*; en Autoriteit Financiële Markten (2020), *AFM Wetgevingsbrief 2020*; via rijksoverheid.nl.

De onderzoekers stellen voor om voor de verschillende rijksinspecties in kaart te brengen of het belang van onafhankelijkheid voor hun taak en verantwoordelijkheid inderdaad wettelijke inperking van de ministeriële verantwoordelijkheid rechtvaardigt. Op basis van een afwegingskader moet dan worden gewogen of een verankering in een wet op de rijksinspecties op zijn plek is.

Maar hecht het kabinet echt aan onafhankelijk toezicht?

Naar aanleiding van de toeslagenaffaire werd in 2020 onderzocht hoe het toezicht op de Belastingdienst kan worden versterkt. In een onafhankelijk advies wordt voorgesteld het toezicht onder te brengen in een nieuwe Rijksinspectie.²⁰ De nieuwe inspectie moet ook waarschuwen voor verkeerde consequenties van politieke wensen. Vaak blijkt immers dat uitvoeringsorganisaties zoals de Belastingdienst met opdrachten op pad worden gestuurd die niet uitvoerbaar zijn. Het is tijd voor 'extern toezicht als tegenkracht en kritische vriend', zoals de deskundigen schrijven. Maar wie kijkt hoe de kritische vriend op pad wordt gestuurd, vraagt zich af hoe stevig die tegenkracht zal zijn. Dat heeft alles te maken met de afslag die de deskundigen vroeg in hun advies nemen. Ze onderscheiden twee manieren om toezicht te organiseren: een toezichtcommissie en het onderbrengen van het toezicht binnen een Rijksinspectie. De keuze valt vervolgens op het laatste. Daarmee wordt de nieuwe toezichthouder onderdeel van het ministerie van Financiën, nota bene hetzelfde ministerie als dat waar de Belastingdienst ook onder valt, terwijl het toezicht ook kijkt naar de aansturing van de Belastingdienst door dat departement. Juist die aansturing kan door andere politieke belangen die voor bewindspersonen een rol spelen, leiden tot druk op de kwaliteit van het werk van de Belastingdienst. Zo werd de toeslagenaffaire mede veroorzaakt door de grote politieke druk om na de 'Bulgarenfraude' hard op te treden tegen misbruik van toeslagen.²¹ Er lijkt niet overwogen te zijn om de toezichthouder daadwerkelijk

20 Erp, J. van, J. van den Bos en S. Hemels (2020), *Toezicht als tegenkracht. Naar een inspectie op de domeinen belastingen, toeslagen en douane*, Advies op verzoek van staatssecretarissen van Financiën, penvoerder: M. Bokhorst. Via rijksoverheid.nl.

21 *Kamerstukken II 2020/21*, 35387, nr. 2, *Klem tussen Balie en Beleid*. De conclusie van de commissie-Bosman die onderzoek deed naar uitvoeringsorganisaties is hiermee in zekere

onafhankelijk te positioneren en buiten het departement te plaatsen. Dat nu de toezichthouder toezicht moet gaan houden op een ander onderdeel van het eigen departement is een onbegrijpelijke keuze. Bij de inrichting van het markttoezicht is ervoor gekozen het toezicht onder te brengen in een zelfstandig bestuursorgaan, juist omdat de overheid ook speler is op de markt waarop toezicht wordt gehouden. De parallellen met het toezicht op de Belastingdienst zijn duidelijk. De keuze voor een Rijksinspectie lijkt dan ook eerder ingegeven door de behoefte van controle door het departement dan door de intentie het toezicht daadwerkelijk onafhankelijk te positioneren.²²

De terugkerende zorg over de onafhankelijkheid van inspecties ten opzichte van de politiek roept de vraag op of het toezicht niet beter definitief kan worden ingericht als zelfstandig bestuursorgaan. In 1999 stelde de commissie-Borghouts al dat als uitgangspunt moet gelden dat overheidstoezicht extern wordt gesitueerd, dat wil zeggen in een zelfstandig bestuursorgaan. Dat is cruciaal voor het gezag van en het vertrouwen in toezicht: de commissie ziet geen strijd met het primaat van de politiek. Regelgeving, systeeminsrichting en benoemingen blijven immers de verantwoordelijkheid van de minister.²³ Daarbij zouden zelfstandige bestuursorganen moeten worden voorzien van een intern toezichthouder, bijvoorbeeld in de vorm van een raad van toezicht die de kwaliteit van de uitvoering mede bewaakt.²⁴

De toezichthouders die nu al zijn ingericht als zelfstandig bestuursorgaan zijn, anders dan de inspecties, niet ondergeschikt aan een minister en geen onderdeel van een departement. In veel gevallen hebben zij een

zin in lijn. De commissie stelt in haar rapport dat de Tweede Kamer, departementen en uitvoeringsorganisaties niet goed samenwerken bij de totstandkoming en uitvoering van beleid.

- 22 Ik publiceerde eerder een expertbijdrage in *Het Financieele Dagblad* met dezelfde strekking: Vries, F. de (2020), 'Nieuw toezicht Belastingdienst rammelt al voor aanvang', *Het Financieele Dagblad* 10 november 2020.
- 23 Ambtelijke Commissie Toezicht (1999), *Eindadvies Ambtelijke Commissie Toezicht, Vertrouwen in onafhankelijkheid*, 2000, p. 30. Zie voor een overzicht van het discours over onafhankelijkheid van toezicht ook WRR 2013.
- 24 Ambtelijke Commissie Toezicht 1999, p. 39.

eigen rechtspersoonlijkheid.²⁵ Het is waarschijnlijk dat de positionering buiten het departement bijdraagt aan een onafhankelijke houding van het toezicht en minder inmenging van de ambtelijke top.

De redenen voor het beleggen van het toezicht in een zelfstandig bestuursorgaan (zbo) zijn bijvoorbeeld internationale verplichtingen zoals bij de Autoriteit Nucleaire Veiligheid en Stralingsbescherming en de Autoriteit Persoonsgegevens of het feit dat de toezichthouder toezicht houdt op marktverhoudingen terwijl de rijksoverheid zelf ook op die markt actief is. Dit geldt bijvoorbeeld voor markttoezichthouders zoals de Nederlandse Zorgautoriteit, De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten. De zbo-status betekent ook dat de verantwoordelijkheid van een minister beperkt is tot de bevoegdheden die de wet aan de minister toekent.²⁶

Dat betekent dat de ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee de parlementaire controle op een zbo-toezichthouder beperkter is dan bij een Rijksinspectie. De minister keurt immers niet het jaarplan van de zbo-toezichthouder goed en kan niet rechtstreeks worden aangesproken op de prioriteitstelling van de toezichthouder. Wel stuurt de zbo-toezichthouder het jaarverslag naar de minister en heeft de minister vaak een taak bij de goedkeuring van de begroting. Voor sommige toezichthouders zoals DNB en AFM geldt zelfs dat zij niet door de overheid worden gefinancierd maar door de sector waarop ze toezicht houden. De taak om de begroting goed te keuren ligt niet bij de sector maar bij de minister. Daarmee wordt directe beïnvloeding van de sector voorkomen. Dat neemt niet weg dat traditioneel een sterke lobby bestaat rond de hoogte van de toezichtkosten die vanzelfsprekend ook zijn weerslag kan hebben op het standpunt over die kosten in de politiek.²⁷

Overigens is ook een zelfstandig bestuursorgaan niet immuun voor politieke of departementale inmenging. De minister benoemt in de meeste

25 Zo is de AFM een stichting en geldt voor de Autoriteit Consument & Markt (ACM) dat alleen de bestuurders een zbo vormen. De medewerkers zijn ambtenaren die door het departement ter beschikking worden gesteld.

26 *Kamerstukken II* 2013/14, 25268, nr. 83. Notitie van de minister voor WenR over de ministeriële verantwoordelijkheid bij zbo's.

27 'Stijgende toezichtskosten DNB drijven financiële sector tot wanhoop', *Het Financieel Dagblad* 16 december 2020.

gevallen het bestuur van de zbo, al dan niet op voordracht van een raad van toezicht. Voor sommige zbo's geldt net als voor Rijksinspecties dat de minister beleidsregels kan formuleren.²⁸ Ook hier geldt dat deze beleidsregels moeten worden gepubliceerd. Voor andere zbo's is die bevoegdheid om een aanwijzing te geven overigens uitgesloten. De politieke invloed op een zbo kan ook minder direct zijn. Zo wijst de WRR op het feit dat voor de financiële crisis sprake was van druk vanuit kabinet en parlement op DNB en AFM om de toezichtlasten voor de economisch succesvolle financiële sector te beperken. Deze vorm van politieke inmenging is moeilijk vast te pakken omdat zij vaak plaatsvindt in een bepaalde tijdsgeest waarin het 'gemeengoed' is om te pleiten voor een 'light touch aanpak' van bepaalde sectoren.²⁹ Incidenten in een sector kunnen ook gemakkelijk leiden tot de tegenovergestelde beweging waarbij het incident leidt tot een sterke roep om harder optreden van de betreffende toezichthouder. Zo was de kritiek op het optreden van DNB in de financiële sector vanuit de Tweede Kamer een van de factoren die leidden tot een plan van aanpak voor cultuurverandering binnen het toezicht.³⁰ Die druk heeft overigens niet alleen maar slechte kanten. Het feit dat de toezichthouder verantwoording moet afleggen aan de buitenwereld kan ook bijdragen aan het eigen kritisch vermogen.

De institutionele inbedding van het toezicht vervult een sleutelrol bij het ontwikkelen van een onafhankelijke houding maar wat is er nog meer nodig?

Onafhankelijk toezicht is gebaat bij institutionele waarborgen en positionering buiten het departement. Dat draagt bij aan een onafhankelijke *houding*. Maar in alle gevallen is ook terughoudendheid van politieke betrokkenen essentieel om onafhankelijkheid duurzaam te waarborgen.

Hoe het toezicht ook institutioneel is vormgegeven, de grote onafhankelijkheid en de vergaande bevoegdheden waarover de toezichthouder

28 Art. 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

29 WRR 2013, p. 108.

30 DNB (2010), *Van analyse naar actie. Plan van aanpak cultuurverandering toezicht DNB*, via rijksoverheid.nl.

beschikt, vragen ook dat de toezichthouder verantwoording aflegt. Daarbij moet hij nadrukkelijk inzicht geven in zijn bijdrage aan het beschermen van het publieke belang.

Sinds enige tijd heeft een aantal toezichthouders de gewoonte opgevat een jaarlijkse ‘Staat van’ te publiceren naar het voorbeeld van de Staat van het Onderwijs die door de Onderwijsinspectie als sinds 1817 wordt gepubliceerd. Daarin leggen zij verantwoording af en signaleren ook hoe het gesteld is met de staat van het publieke belang dat zij beogen te beschermen, tegen welke knelpunten de toezichthouder aanloopt en de oplossingen daarvoor.³¹ In die Staat zouden toezichthouders ook aan de hand van een aantal reflectievragen kunnen reflecteren op de (staat van) hun onafhankelijkheid. Daar zou de door de commissie-Borghouts voorgestelde raad van toezicht een belangrijke rol in kunnen spelen. Een aantal zbo’s beschikt al over zo’n raad.

Bij de evaluatie van de Aanwijzingen voor de Rijksinspecties wordt geopperd dat inspecties over en weer gaan bijdragen aan horizontale kwaliteitsbewaking. Dat is een interessante gedachte die ook kan bijdragen aan een onafhankelijke houding van toezicht. Een frisse blik van buiten kan wat ‘gewoon’ is geworden in de contacten tussen politiek, departement en toezicht aan de orde stellen.

“Toezicht zonder “besmetting” met andere beleidsdoelstellingen, belangen of politieke opportuniteit is elementair voor het bevorderen van het publiek vertrouwen in het toezicht”, aldus de WRR.³² In een speech van president Joe Biden spreekt hij ambtenaren toe. De boodschap: u werkt niet voor mij, u werkt voor de grondwet en voor het volk.³³ Een mooie tegeltjeshouding om te hangen boven het bureau van ambtenaren, toezichthouders, bewindslieden én Kamerleden. Want met het vertrouwen in toezicht is een veel groter belang gediend dan met één enkel politiek belang.

31 De WRR bepleit in zijn rapport het publiceren van deze ‘Staat van’ door toezichthouders mede met het oog op de reflectieve functie en het ontsluiten van de bij de toezichthouders aanwezige informatie.

32 WRR 2013, p. 110.

33 NPR (2021), *Biden says Capitol attack was ‘culmination’ of Trump’s Assaults on Democracy*, Biden Transition updates, 7 januari 2021.

Onafhankelijkheid van nationale toezichthouders in een internationale context

Ellen Mastenbroek en Esther Versluis

Inleiding

Discussies over de onafhankelijkheid van publiek toezicht richten zich met name op de relatie tussen toezichthouders en hun doelgroep, moeder-department en de politiek.¹ In deze discussies wordt een extra complicerende laag vaak vergeten: de internationale – en specifiek de Europese – dimensie. De manier waarop Nederlandse toezichthouders hun werk verrichten, wordt in meer en meer sectoren in toenemende mate gedictieerd door internationale organisaties, en dan met name de Europese Unie (EU). De toenemende internationalisering van steeds meer beleidsterreinen zorgt ervoor dat het beleid steeds vaker uit ‘Brussel’ komt in plaats van alleen maar uit ‘Den Haag’.

De Nederlandse toezichthouder is dus niet alleen verantwoordelijk voor de handhaving van nationaal beleid en regelgeving, maar ook voor Europees beleid en regelgeving. Hij is voor deze taak niet alleen gebonden aan instructies vanuit de Nederlandse overheid, maar ook vanuit de Europese wetgever, die het werk van nationale toezichthouders in toenemende mate is gaan reguleren. Daarnaast heeft de toenemende internationalisering geleid tot een steeds groter palet aan actoren dat betrokken is bij processen van toezicht en handhaving. Zo hebben nationale toezichthouders in de EU-context te maken met invloed vanuit de Europese Commissie, maar ook vanuit bijvoorbeeld een groeiend aantal Europese agentschappen (bijvoorbeeld het Europees Geneesmiddelenbureau, of het Europees Agentschap voor Voedselveiligheid), netwerken (bijvoorbeeld European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law (IMPEL))

1 Lavrijssen, S. (2015), ‘Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markt-toezichthouders in EU-perspectief’, *RegelMaat*, 30(3), p. 182-200.

op het gebied van milieu). Ook de manier waarop collega-toezichthouders in niet alleen buurlanden, maar in alle landen van de EU, hun werk doen, is in steeds meer sectoren een factor om rekening mee te houden. Tot slot is er een aantal sectoren waarin andere internationale organisaties een sterke rol spelen, omdat de markt volledig geglobaliseerd is. Denk aan de International Civil Aviation Organization (ICAO) als het gaat om luchtvaart. In deze bijdrage laten wij zien in welke mate de toenemende ‘meerlagigheid’ van het Nederlandse toezicht invloed heeft op de vraag naar de onafhankelijkheid van publiek toezicht. Welke nadelen, maar ook mogelijkheden, biedt deze toenemende internationalisering voor het werk van de Nederlandse toezichthouder? Onze beschouwing laat zien dat de invloed van de toenemende internationalisering veelal indirect is. Het leidt er met name toe dat de context verandert voor de Nederlandse toezichthouder; deze wordt met steeds meer ‘lagen’ geconfronteerd. Deze ‘meerlagigheid’ kan zowel leiden tot toenemende complexiteit, maar ook tot nieuwe mogelijkheden in hoe te opereren ten opzichte van de andere spelers in het veld.

De internationalisering van het werk van de nationale toezichthouder

De Nederlandse toezichthouder opereert niet in een vacuüm. Hoewel we grote verschillen waarnemen tussen verschillende beleidsterreinen, hebben vrijwel alle Nederlandse inspecties en markttoezichthouders te maken met internationaal – veelal Europees – beleid en regelgeving. Zo heeft veel van de regelgeving waar de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) toezicht op houdt, een Europese oorsprong. Op het vlak van de douane-unie, een exclusieve competentie van de EU, is alle onderliggende regelgeving Europees.

Niet alleen het beleid waarop wordt toegezien, maar ook de inrichting en uitvoering van het toezicht kan internationaal dan wel Europees worden bepaald. Europese regelgeving schrijft de lidstaten in toenemende mate voor dat zij specifieke nationale toezichthouders moeten aanwijzen, die aan specifieke institutionele voorwaarden moeten voldoen. Belangrijke voorbeelden zijn de nationale toezichthouders op de terreinen telecommunicatie (Agent Telecom), energie (Autoriteit Consument & Markt, ACM),

consumentenbescherming (ook ACM) en, meer recent, de nationale autoriteiten op het vlak van persoonsgegevens (Autoriteit Persoonsgegevens, AP).

Naast de inrichting van het nationale toezicht is de wijze waarop het toezicht wordt uitgevoerd in toenemende mate onderhevig aan Europese regelgeving. In sommige gevallen gebeurt dit alleen aan de hand van richtlijnen of adviezen over hoe bepaald beleid te inspecteren. Zie bijvoorbeeld Richtlijn 2012/18/EU betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken (in Nederland omgezet in onder andere het Besluit risico's zware ongevallen). In deze richtlijn is een heel artikel (art. 20) opgenomen waarin expliciet wordt aangegeven hoe een inspectieplan eruit moet zien, hoe vaak welke typen inrichtingen geïnspecteerd moeten worden (veelal chemische bedrijven waar een relatief grote hoeveelheid gevaarlijke stoffen aanwezig is), en binnen welke termijn de bevoegde autoriteit tot actie moet overgaan in het geval van geconstateerde niet-naleving. Tevens is er Europese regelgeving die de (wijze van) samenwerking tussen nationale toezichthouders vormgeeft. Een voorbeeld is Verordening (EU) 2017/2394, die lidstaten verplicht om één of meer bevoegde autoriteiten op het gebied van consumentenbelangen aan te wijzen, alsmede een nationaal verbindingsbureau (ACM). Dat is verantwoordelijk voor de coördinatie van onderzoeks- en handhavingsactiviteiten van de bevoegde autoriteiten in de lidstaat op het vlak van consumentenbelangen. Deze maken vervolgens weer onderdeel uit van een Europees handhavingsnetwerk, het Consumer Protection Cooperation Network, waarbinnen informatie moet worden uitgewisseld en wederzijdse bijstand moet worden geboden in geval van vermeende inbreuken op het consumentenrecht.

In voorgaande gevallen oefent de EU een indirecte invloed uit op positionering, bevoegdheden en werkzaamheden van nationale toezichthouders. In andere gevallen is de Europese inmenging directer van aard, bijvoorbeeld via Europese agentschappen met hun eigen (gedetacheerde nationale) inspecteurs die invloed uitoefenen op hoe het Nederlandse toezicht precies wordt ingericht en uitgevoerd. In Nederlands is de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) bijvoorbeeld medeverantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van nationale en internationale regelgeving voor de visserij.

In de uitvoering van deze taak is de ILT echter voor een belangrijk deel gebonden aan het programma van het Europees bureau voor visserijcontrole. Dit agentschap is verantwoordelijk voor de coördinatie van visserijcontroles en -inspecties van de lidstaten van de EU. Het controleert of alle landen zich houden aan maximale visvangsten, maar ook aan het gebruik van technieken en materialen die door de EU goedgekeurd zijn. Alleen al in 2019 voerde dit agentschap meer dan 32.000 inspecties uit in de EU. Daarnaast zijn alle lidstaten volgens een uitvoeringsbesluit van de Europese Commissie (2018/1986) over specifieke controle- en inspectieprogramma's verplicht om het EU-agentschap van informatie te voorzien, en om samen te werken met andere EU-landen op het gebied van uitwisseling van gegevens en gezamenlijke inspectie- en bewakingsactiviteiten.

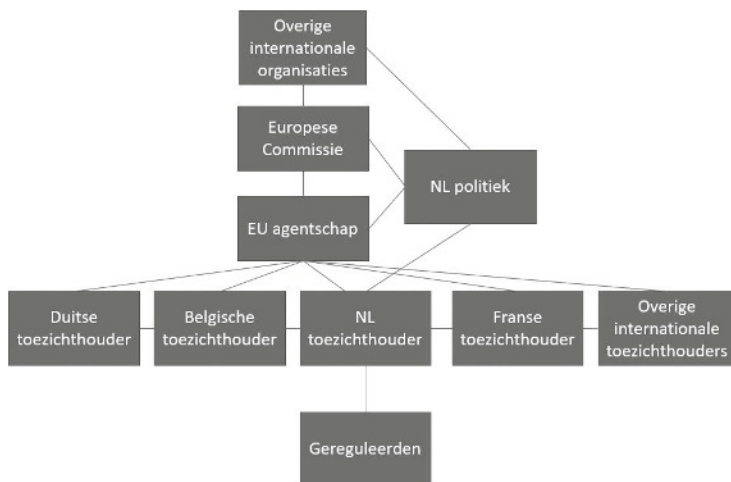
Vandaag de dag telt de EU meer dan veertig agentschappen. Al deze agentschappen vervullen taken die invloed hebben op de Nederlandse context van toezicht en handhaving. De mate waarin dit gebeurt, is zeer sterk wisselend per beleidsterrein. Vooral de agentschappen in de transport- en financiële sector hebben vergaande bevoegdheden die zeer sterk invloed hebben op het werk van de Nederlandse toezichthouders op deze terreinen. Er is een breed palet aan taken en bevoegdheden van EU-agentschappen op het gebied van implementatie die in meer of mindere mate invloed hebben op het werk van de Nederlandse toezichthouder.² Dit gebeurt in de vorm van ondersteunende taken zoals training en technische assistentie, tot het uitleggen van regels via richtlijnen, rapporten en workshops, tot meer directe betrokkenheid en inmenging via *peer reviews* en inspecties. In de transportsector bestaan er Europese inspecteurs die de nationale toezichthouders controleren. De agentschappen in de financiële sector hebben relatief vergaande bevoegdheden die directe invloed hebben op hoe nationale autoriteiten hun werk doen. Zij kunnen bindend over disputen tussen landen beslissen, registraties intrekken, of bepaalde activiteiten of producten verbieden.

2 Kaeding, M. en E. Versluis (2014), 'EU Agencies as a Solution to Pan-European Implementation Problems', in: M. Everson, C. Monda en E. Vos (red.), *European Agencies in between Institutions and Member States*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, p. 73-86.

Het belangrijkste gevolg van de toenemende internationalisering op het werk van de Nederlandse toezichthouder is dat het netwerk aan actoren waarmee rekening moet worden gehouden groeit. De manier waarop toezicht wordt gehouden is niet alleen gebonden aan de relatie tot het moederdepartement, de politiek en de doelgroep (en eventueel collega-toezichthouders, in het geval van interdisciplinaire onderwerpen), maar is in toenemende mate ook afhankelijk van formele regels vanuit, en meer informele samenwerking met, collega-toezichthouders in andere landen, EU-agentschappen en netwerken, de Europese Commissie, en soms zelf andere internationale organisaties (zie figuur 1). Dit maakt dat het vraagstuk rondom de onafhankelijkheid van toezichthouders incompleet is als dit zich alleen richt op de relatie met het moederdepartement, de doelgroep en de politiek. Onafhankelijkheid van de toezichthouder in een meerlagige internationale context is nog complexer omdat er simpelweg meer actoren zijn om rekening mee te houden. Dit leidt tot het zogenoemde *double-hattedness*.³ Toegepast op het concrete geval van de Nederlandse toezichthouder in een geïnternationaliseerde context betekent dit dat de Nederlandse toezichthouder zich moet richten op meerdere 'principalen'. Dit kan leiden tot een *double-hatted* situatie waarin loyaliteit verdeeld moet worden over nationale en EU-autoriteiten. Ook kan het leiden tot 'meervoudige identiteiten'.⁴ Deze identiteiten, verbonden met rolverwachtingen, kunnen met elkaar botsen. Toezichthouders in geïnternationaliseerde sectoren krijgen te maken met bijna volledig naast elkaar bestaande *communities* waarin de regels, normen en waarden niet altijd per definitie overlappen. Wat is nu de uitwerking van deze complexe meerlagigheid voor de onafhankelijkheid van (nationaal) toezicht?

3 Egeberg, M. (red.) (2006), *Multilevel Union Administration. The transformation of executive politics in Europe*, Basingstoke: Palgrave Macmillan. Zie ook: Egeberg, M. en J. Trondal (2011), 'EU-level agencies: new executive centre formation or vehicles for national control?', *Journal of European Public Policy*, 18(6), p. 868-887.

4 Martens, M. (2005), 'Double-hatted agencies on the European scene? A case study of the IMPEL network', *ARENA Working Paper* 2005, nr. 12.



Figuur 1 Meerlagig toezicht gevisualiseerd

Onafhankelijk toezicht in een ‘meerlagige’ internationale situatie

Als we het hebben over de onafhankelijkheid van toezichthouders, is het belangrijk te specificeren over wat voor type onafhankelijkheid we het precies hebben. De literatuur onderscheidt vier verschillende typen onafhankelijkheid: institutionele, personele, financiële en functionele onafhankelijkheid.⁵ *Institutionele onafhankelijkheid* houdt in dat de toezichthouder een aparte institutionele afdeling vormt, en dus geen onderdeel is – of ondergeschikt is – aan een ministerie of ander deel van de overheid. *Personele onafhankelijkheid* hangt samen met de mate waarin een toezichthouder zelf zeggenschap heeft over (her)benoemings- en afzettingsprocedures. Een eigen budget en autonomie in financiële zaken leiden tot *financiële onafhankelijkheid*. *Functionele onafhankelijkheid*, tot slot, betekent in de absolute zin van het woord dat een toezichthouder ‘does whatever it

5 Zie Meulen, B.M.J. van der en A.T. Ottow (2003), *Toezicht op markten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, en Scholten, M. (2011), ‘Independent, hence unaccountable? The need for a broader debate on accountability of the executive’, *Review of European Administrative Law*, 4(1), p. 5-44.

wants'.⁶ Deze omschrijving van onafhankelijkheid gaat dus over de mate waarin een toezichthouder zelf de vrijheid heeft om invulling te geven aan de toegekende taken; met andere woorden, de mate van discretie in het uitvoeren van het werk.

Wanneer we de onafhankelijkheid van de Nederlandse toezichthouders in de internationale context analyseren, zien we dat met name deze laatste vorm van onafhankelijkheid beïnvloed wordt. De internationale samenwerking heeft over het algemeen weinig invloed op de manier waarop de toezichthouder in institutionele, personele, dan wel financiële zin onafhankelijk is. De mate waarin functionele onafhankelijkheid bestaat, wordt echter wel in veel gevallen sterk beïnvloed door de ontstane 'meerlagigheid' van het nationale toezicht. De gevolgen van het bestaan van deze extra laag (en soms zelfs meerdere lagen) aan instanties op de mate van functionele onafhankelijkheid van de Nederlandse toezichthouder zijn zowel direct als indirect.

In bepaalde sectoren heeft de EU direct invloed op de potentiële institutionele onafhankelijkheid. Een zeer in het oog springend voorbeeld is de uitwerking van de EU-richtlijn inzake de bescherming van persoonsgegevens (95/46/EG) die vereist dat de nationale autoriteiten – in Nederland de Autoriteit Persoonsgegevens – hun taken in volledige onafhankelijkheid uitvoeren.⁷ Ook in de energie- en communicatiesector bestaan soortgelijke Europese bepalingen over de minimumregels rondom de personele, financiële en functionele onafhankelijkheid van nationale autoriteiten.

Op meer beleidsterreinen zien we een indirecte invloed van de Europese laag op de institutionele onafhankelijkheid van de Nederlandse toezichthouder. Dit is het zichtbaarst in die beleidsterreinen waar sprake is van wederzijdse afhankelijkheid. De voornaamste functionele reden voor de steeds verdergaande internationale samenwerking tussen nationale inspecties, is het effect dat de globalisering heeft op de wederzijdse

6 Scholten, M. (2011), 'Independent, hence unaccountable? The need for a broader debate on accountability of the executive', *Review of European Administrative Law*, 4(1), p. 5-44, p. 11.

7 Lavrijssen, S. (2015), 'Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief', *RegelMaat*, 30(3), p. 182-200.

afhankelijkheid.⁸ Nationale toezichthouders zijn, om het eigen werk goed te kunnen blijven doen, in steeds meer situaties direct afhankelijk van het werk van collega's in het buitenland, bijvoorbeeld wanneer sprake is van grensoverschrijdende transacties. Een voorbeeld uit de hoek van de productveiligheid is het netwerk 'Prosafé'. Dat heeft tot doel om nationale toezichthouders, zoals die van de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW), samen te brengen om gezamenlijk de handhaving van productveiligheid in Europa te garanderen. Samenwerking is hierbij cruciaal, zoals een deelnemer aan het 'Prosafé'-netwerk aangaf:

'Product safety is a topic of which you cannot think in national terms only. I spoke with a business operator that said: "So my product is not admitted to the Antwerp port? I will take it to Hamburg and import it to Europe from there." Then I answered: "I will inform my colleagues from Hamburg that this product is coming to them." My conversation partner didn't quite like that. This shows that it doesn't work to think nationally. We are in an internal European market, so we have to co-operate – otherwise products will enter our market after we have just sent them back because they are unsafe.'⁹

Een ander voorbeeld is zichtbaar in de rol van het internationale milieu-netwerk Implementation and Enforcement of Environmental Law (IMPEL). Dit EU-netwerk op het gebied van milieubeleid brengt toezichthouders uit de EU samen om tot gezamenlijke betere implementatie en handhaving van het EU-milieubeleid te komen. Terwijl dit netwerk op papier geen zware bevoegdheden heeft – het kan lidstaten in geen geval dwingen iets te doen – heeft het toch een grote mate van invloed op hoe nationale toezichthouders hun werk doen. Onderzoek door Martens (2005) en Polak (2015) laat zien hoe

8 Zie ook: Boetzelaer, K. van en S. Princen (2012), 'The quest for co-ordination in European regulatory networks', *Journal of Common Market Studies*, 50, p. 819-836.

9 Polak, J. en E. Versluis (2016), 'The virtues of interdependence and informality: an analysis of the role of transnational networks in the implementation of EU directives', in: S. Drake en M. Smith (red.), *New directions in the effective enforcement of EU law and policy*, Cheltenham: Edward Elgar, p. 105-129.

de internationale informatie-uitwisseling en samenwerking invloed heeft op beslissingen op nationaal niveau.¹⁰ Martens laat zelfs zien dat nationale toezichthouders zich in sommige gevallen meer focussen op de Europese Commissie – als ‘father of the family’¹¹ – en op collega’s uit andere lidstaten, dan op andere nationale betrokkenen. In dit geval ligt de loyaliteit van nationale toezichthouders meer bij de internationale laag dan bij de nationale laag.

Dit soort voorbeelden laat zien dat het onmogelijk is te denken dat de Nederlandse toezichthouder ‘does whatever it wants’ – een voorwaarde voor functionele onafhankelijkheid zoals hierboven geschetst. Als alle nationale toezichthouders op eigen houtje te werk zouden gaan zonder rekening met elkaar te houden, is er direct sprake van verminderde effectiviteit van het toezicht op met name die beleidsterreinen waar sprake is van grote wederzijdse afhankelijkheid.

De internationalisering van het werk van nationale toezichthouders kan dus enerzijds een negatief effect hebben op hun onafhankelijkheid, vanwege de invloed van Europese regelgeving op hun positionering, bevoegdheden en taakuitvoering. Anderzijds laat onderzoek over Europese overheidsnetwerken zien dat inbedding van nationale toezichthouders in netwerken juist ook hun autonomie kan vergroten.¹² Een van de mechanismen achter dit effect is dat agentschappen kennis opdoen in netwerken, die hun een betere positie geeft ten aanzien van nationale politieke principalen. Zoals Yesilkagit (2011)¹³ liet zien heeft deze autonomie ook een institutionele kant: Europese regelgeving over databescherming kent een sterke rol toe

10 Zie Martens, M. (2005), ‘Double-hatted agencies on the European scene? A case study of the IMPEL network’, *ARENA Working Paper* 2005, nr. 12; Polak, J. (2015), *What works to make EU law work? An analysis of the usefulness of national, transnational, and supra-national compliance instruments* (diss. Maastricht).

11 Martens 2015, p. 19.

12 Zie Bach, T., E. Ruffing en K. Yesilkagit (2015), ‘The differential empowering effects of Europeanization on the autonomy of national agencies’, *Governance*, 28(3), p. 285-304; Bach, T. en E. Ruffing (2013), ‘Networking for Autonomy? National Agencies in European Networks’, *Public Administration*, 91(3), p. 712-726.

13 Yesilkagit, K. (2011), ‘Institutional Compliance, European Networks of Regulation and the Bureaucratic Autonomy of National Regulatory Authorities’, *Journal of European Public Policy*, 18(7), p. 962-979.

aan nationale autoriteiten persoonsgegevens: zij dienen te worden geconsulteerd in wetgevingsprocessen met relevantie voor databescherming.

Tot slot

De voorbeelden in deze bijdrage laten zien dat de toenemende internationalisering en Europeanisering van regelgeving op diverse wijzen effect heeft op de onafhankelijkheid van het Nederlandse toezicht. In sommige gevallen zeer direct – door EU-beleid dat expliciet eisen stelt aan de onafhankelijkheid van toezicht – maar in de meeste gevallen op indirectere wijze. Het voornaamste gevolg van de toenemende internationalisering in veel beleidsterreinen is dat de context verandert voor de Nederlandse toezichthouder, en dat deze met steeds meer ‘lagen’ geconfronteerd wordt. Met name in die sectoren waar de internationale wederzijdse afhankelijkheid hoog is, is de samenwerking met internationale actoren in verhouding belangrijker dan die met nationale actoren.

Hoe meer actoren een rol spelen, hoe complexer de positie van de nationale toezichthouder. Meer actoren betekent een potentiële toename van tegenstrijdige regels en instructies, wat weer invloed kan hebben op de loyaliteit die een toezichthouder voelt ten opzichte van al deze verschillende spelers. Dit soort toegenomen complexiteit kan leiden tot nieuwe dilemma's. Hoe om te gaan met tegenstrijdige instructies? Hoe te handelen als de *benchmark* die voortkomt uit een internationaal netwerk strijdig is met de Nederlandse manier van handelen? Hoe complexer de situatie, hoe moeilijker het wordt om verantwoording af te leggen.¹⁴

Dit soort meerlagige, *double-hatted* situaties levert niet per definitie alleen complexe dilemma's op, maar biedt soms ook ruimte of nieuwe mogelijkheden. Samenwerking in internationale agentschappen of netwerken kan voor de nationale toezichthouder ook een *window of opportunity* zijn om hun eigen autonomie ten opzichte van de nationale principalen te vergroten, vooral als dit gecombineerd wordt met een meer institutionele versterking van de positie van nationale toezichthouders, ten gevolge van

14 Scholten, M. (2011), 'Independent, hence unaccountable? The need for a broader debate on accountability of the executive', *Review of European Administrative Law*, 4(1), p. 5-44.

Europese regelgeving. Op deze manier kan toenemende internationalisering zelfs leiden tot toenemende functionele onafhankelijkheid, omdat de complexiteit leidt tot een onoverzichtelijk kader en de nationale toezichthouder dus meer ruimte heeft ‘to do whatever it wants’.

(On)gewogen belangen: onafhankelijk toezicht en de samenleving

Caelesta Braun

Inleiding¹

De evaluatie van de ‘Aanwijzingen inzake Rijksinspecties’ noopte de Inspectieraad tot een advies aan de staatssecretaris over de hernieuwde inrichting van Rijksinspecties. Het publieke vertrouwen in Rijksinspecties is daarbij het belangrijkste speerpunt, waarbij de Inspectieraad onafhankelijkheid en een open relatie met de samenleving als twee belangrijke pijlers ziet om dit vertrouwen te verstevigen en te verdiepen.² De grotere rol van burgers en maatschappelijke organisaties is van belang omdat, zoals de voorzitter van de Inspectieraad het verwoordt, ‘je [...] geen effectief toezicht [kunt] houden als je niet weet wat er in de samenleving speelt.’³ Deze nadruk op het belang van samenwerking met maatschappelijke actoren in het toezicht is niet alleen op nationaal niveau zichtbaar, ook op Europees en internationaal niveau richten toezichthouders zich in toenemende mate op het intensiever betrekken van sectororganisaties, non-gouvernementele organisaties (ngo’s) en individuele burgers bij het toezichtproces.⁴

Deze grotere betrokkenheid van maatschappelijke organisaties is echter geen sinecure. De Inspectieraad wijst bijvoorbeeld op de complexe

- 1 Deze bijdrage is tot stand gekomen binnen de context van een onderzoeksproject naar de rol van maatschappelijke organisaties in regelgeving en toezicht; gefinancierd door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO)), subsidienr. 452-14-012 (NWO vernieuwingsimpuls-Vidi).
- 2 Bureau Inspectieraad (2020), Brief aan staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over de evaluatie Aanwijzingen inzake Rijksinspecties, kenmerk: ILT-2020/68222, 10 december 2020.
- 3 Bos, J. van den (2021), ‘Versterk het vertrouwen in de onafhankelijkheid van inspecties’, *ToeZine*, 9 maart 2021.
- 4 Braun, C. en E.M. Busuioc (2020), ‘Stakeholder engagement as a conduit for regulatory legitimacy’, *Journal of European Public Policy*, online first; Arras, S. en C. Braun (2018), ‘Stakeholders wanted! Why and How European Union agencies involve non-state stakeholders’, *Journal of European Public Policy*, 25(9), p. 1257-1275.

rolverdeling en constateert dat ‘verantwoordelijkheden vaak verdeeld zijn over meerdere partijen, zodat het ingewikkeld is om de maatschappelijke meerwaarde van inspectie-optreden te bepalen. Daarvoor is afstemming en samenwerking met alle betrokkenen nodig. Tegelijkertijd moeten toezichthouders binnen het kader van die samenwerking hun onafhankelijke rol bewaren, anders riskeren ze een verlies aan geloofwaardigheid.’⁵ Ook de constatering dat het betrekken van maatschappelijke actoren en burgers bij het toezicht complex is, is niet nieuw. In haar Van Slingelandtlesing in 2016 sprak de voormalige voorzitter van de Autoriteit Financiële Markten (AFM), Van Vroonhoven, al over de noodzaak tot verbinding met betrokkenen versus het gevaar van verkleving met de sector als een van de voornaamste toezichtdilemma’s.⁶ Ook uit recente interviews met onlangs aangetreden bestuurders van diverse toezichthouders en inspecties in het *Tijdschrift voor Toezicht* blijkt dat de evenwichtsoefening tussen afstand en nabijheid van sectorpartijen een preciaire kwestie is.⁷ En net zoals de trend om meer maatschappelijke organisaties te betrekken internationaal gezien resoneert, geldt dit ook voor de daarbij horende constateringingen over een complexe evenwichtskunst. De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OECD) concludeerde recent nog dat, hoewel de centrale doelstellingen van regulering alleen behaald kunnen worden met behulp van alle betrokken belanghebbenden, het nog verre van duidelijk is hoe deze betrokkenheid van diverse sectorpartijen, maatschappelijke organisaties en burgers op een effectieve en responsieve manier kan plaatsvinden.⁸

De verhouding tussen toezichthouders en de maatschappij is van oudsher een netelige kwestie. Effectief en legitiem toezicht vraagt om zowel afstand tot als betrokkenheid bij de sector en andere maatschappelijke

5 Bureau Inspectieraad (2020), Brief aan staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over de evaluatie Aanwijzingen inzake Rijksinspecties, kenmerk: ILT-2020/68222, 10 december, p. 3.

6 Vroonhoven, M. van (2016), *Van dinosauriërs naar drones. Darwinistisch toezicht in tijden van digitalisering en disruptie*, Van Slingelandtlesing, Vereniging voor Bestuurskunde, 3 november 2016.

7 De grote toezichtinterviewestafette, reeks interviews met bestuurders van inspecties en toezichthouders in verschillende jaargangen van het *Tijdschrift van Toezicht*, 2019-2020.

8 OECD (2016), *Best Practice Principles on Stakeholder Engagement in Regulatory Policy*, draft for public consultations, Parijs: OECD.

organisaties. Illustratief voor deze complexe evenwichtsoefening is een uitspraak van de bestuurders van de Kansspelautoriteit:

‘Het is toch altijd weer een kwestie van een goede balans vinden. Je kan bevoegdheden hebben maar als je er niet goed mee omgaat, of men vindt dat je er niet goed mee omgaat, ja, dan ben je je positie toch echt even kwijt. En dan is het heel hard werken om die weer terug te verdienen. En het lastige is dan wel dat ‘men’ dan toch ook weer heel veel verschillende gedaantes heeft, je krijgt dan ook verschillende belangen, partijen die soms allemaal verschillende dingen willen en een polariserend politiek landschap.’⁹

Het is daarom niet verwonderlijk dat toezichthouders zich in toenemende mate de vraag stellen hoe ze op een effectieve en legitieme wijze maatschappelijke organisaties met inbegrip van sectororganisaties, ngo’s en individuele burgers bij het toezichtproces kunnen betrekken zonder daarbij hun onafhankelijkheid te verliezen.

In deze bijdrage beargumenteer ik dat zowel de betrokkenheid van maatschappelijke organisaties als die van individuele burgers bij het toezicht de aard van een *one-size-fits-all* aanpak heeft gekregen. Maatschappelijke organisaties worden ingezet om de democratische legitimiteit van toezichthouders te waarborgen, responsief te zijn ten opzichte van sector- en publieke belangen, en als aanvulling op het risicotoezicht in de monitoring en de handhaving. Een dergelijke *one-size-fits-all* benadering vraagt juist meer maatwerk van de (individuele) toezichthouder om dit potentieel te benutten, als het al te realiseren is, en onafhankelijkheid te bewaren. Zonder maatwerk is het nettoresultaat van meer maatschappelijke betrokkenheid juist een grotere kans op onevenredige beïnvloeding vanuit en grotere afhankelijkheid van de sector.

9 Beckers, J. en C. Braun (2019), ‘De grote toezichtinterviewestafette – deel 1: Kansspelautoriteit’, *Tijdschrift voor Toezicht* 2019, nr. 2.

Van democratische controle tot medetoezichthouder

Van oudsher staat in het denken over de rol van de maatschappij bij het toezicht de notie van politieke controle van toegekende bevoegdheden centraal. Toezichthouders hebben baat bij een zekere mate van onafhankelijkheid ten opzichte van het kerndepartement en de volksvertegenwoordiging om onafhankelijk van korte-termijn (partij-) politieke belangen op basis van deskundigheid regels en normen te kunnen ontwikkelen en handhaven. Tegelijkertijd is deze onafhankelijkheid problematisch in democratisch opzicht. Als de toezichthouder (in grote mate) onafhankelijk is, doet zich de vraag voor waar de politieke verantwoordelijkheid voor toezichthouders belegd is en daarmee hoe de democratische legitimiteit ervan geborgd is. Omwille hiervan wordt naast de formele politieke controle (via instellingswetten, begrotingen en benoemingen, e.d.), de rol van maatschappelijke organisaties van belang geacht.¹⁰ In de van oorsprong Amerikaanse literatuur staat dit principe bekend als *fire alarm*- versus *police patrol*-toezicht.¹¹ Bij *fire alarm*-toezicht wordt de rol van maatschappelijke organisaties gezien als brandalarm: ze helpen (plotseling uitslaande) brandjes ontdekken (lees: misstanden identificeren) omdat ze meer betrokken zijn bij de toezichthouder dan de volksvertegenwoordiging. Ze kunnen dan, al dan niet publiekelijk via de media, deze misstanden aan de volksvertegenwoordiging signaleren. Naast deze zogenoemde *fire alarm*-functie kunnen dergelijke partijen ook als *police patrol* functioneren. Ze opereren dan voornamelijk als de wijkagent: een monitorende partij die de kwaliteit van het toezicht op de langere termijn in de gaten kan houden. Bekende uitingsvormen van deze monitoring zijn adviesraden, expertpanels of raden van toezicht. Veel toezichthouders zijn voorzien van dergelijke organen, al dan niet wettelijk verplicht, waarin merendeels sectorpartijen en experts participeren die een adviserende of een interne toezichtfunctie vervullen. Maatschappelijke organisaties functioneren dan in beide rollen (brandalarm versus wijkagent) als het ware als een indirect verlengstuk van democratische controle, zo is de gedachte,

¹⁰ Zie voor een overzicht van deze discussie: Braun en Busuioc 2020.

¹¹ McCubbins, M.D. en T. Schwartz (1984), 'Congressional oversight overlooked: Police patrols versus fire Alarms', *American Journal of Political Science*, 28(1), p. 165-179.

aangezien ze bijdragen aan de informatievoorziening van de volksvertegenwoordiging en daarmee aan haar controlefunctie.

Naast deze democratische controlefunctie worden maatschappelijke organisaties, met name sectorpartijen, vaak gezien als leverancier van relevante (veelal technische) informatie en data over zowel het interne-organisatieproces als sectorbrede ontwikkelingen. Op deze manier kan de toezichthouder de advisering aan het ministerie en norm- en kaderstelling afstemmen op de meest recente ontwikkelingen binnen de sector. De rol van maatschappelijke organisaties als informatieleverancier is gedurende de laatste jaren steeds breder opgevat. Dit komt tot uiting in concepten als *regulatory enrolment* waarbij niet alleen de uitwisseling van technische informatie en data centraal staat in de samenwerking maar een bredere uitruil van middelen en capaciteit de kern is: 'Enrolment occurs when a regulator chooses to engage with actors that possess resources relevant for regulation and enforcement, such as information, expertise, financial means, authority, or organizational capacity that the regulator itself might lack.'¹² Meer recent worden maatschappelijke organisaties in het toezicht aangeduid als *regulatory intermediates*. Hiermee is de roloppvatting van maatschappelijke organisaties uitgebreid van informatie- en dataleverancier naar meer allesomvattende en uitvoerende rollen in het toezicht.¹³ Op deze manier kunnen maatschappelijke organisaties gedurende het gehele proces participeren in diverse aspecten van regulering zoals advisering, monitoring en handhaving.¹⁴ Vanuit dit perspectief wordt de rol van maatschappelijke organisaties binnen het toezicht niet overwegend gerechtvaardigd vanuit de gedachte van democratische legitimiteit maar grotendeels op basis van een effectiviteitslogica en als capaciteitsvraagstuk.

12 Black, J. (2003), 'Enrolling actors in regulatory systems: examples from UK financial services regulation', *Public Law* (Spring), p. 63-91. Verbruggen, P. (2013), 'Gorillas in the closet? Public and private actors in the enforcement of transnational private regulation', *Regulation and Governance*, 7(4), p. 512-532, p. 524.

13 Abbott, K.W., D. Levi-Faur en D. Snidal (2017), 'Theorizing regulatory intermediaries, the RIT Model', *The annals of the academy of political and social science*, 670(1).

14 Brès, L., S. Mena en M-L. Salles-Djelic (2019), 'Exploring the formal and informal roles of regulatory intermediaries in transnational multistakeholder regulation', *Regulation and Governance*, 13, p. 127-140.

Deze rollen zijn vaak impliciet met elkaar verweven, waarbij maatschappelijke organisaties en individuele burgers vaak zowel worden ingezet om het publieke belang in het oog te houden, om tegenwicht te bieden aan te invloedrijke sectorbelangen, en als aanvulling op het toezicht in de monitoring en handhaving. Recent wordt bijvoorbeeld aan adviesraden of raden van toezicht een enkele ngo of consumentenorganisatie toegevoegd of worden er burgerpanels of -consultaties georganiseerd om zo tegenwicht te bieden aan de sectorbelangen en het publieke belang te waarborgen. Of toezichthouders werken samen met media of vertrouwen op ngo's om een signaleringsfunctie uit te oefenen waar ze zelf te weinig capaciteit voor hebben. De AFM werkte in het verleden in dit kader bijvoorbeeld samen met het consumentenprogramma Radar om misstanden in de certificering binnen de houtsector op te sporen.¹⁵

Balanceren tussen inhoudelijke nabijheid en gezagsvolle afstand

In de samenwerking met maatschappelijke organisaties is duidelijk een explicietere *governance*-benadering waar te nemen, waarbij de samenwerking met maatschappelijke organisaties steeds uitgebreider en veelomvattender is geworden. In dit complexe netwerk van partijen blijkt het in de praktijk vaak moeilijk om het evenwicht te bewaren tussen het betrekken van sectorpartijen, ngo's en burgers, en ligt het risico van verkleving met de sector of het maatschappelijk deelbelang op de loer. Deze verkleving staat wel bekend in de literatuur als het fenomeen *regulatory capture*. *Regulatory capture* is een ingeburgerd begrip in de Nederlandse beleidscontext. De toezichthouder als marionet van de sector is een intuïtieve verklaring voor onevenredige invloed van (een smaldeel van) de sector op de toezichthouder, vaak geassocieerd met falend toezicht. Ook de Inspectieraad legt deze relatie tussen falend toezicht en te grote verwevenheid met de sector.¹⁶ Organisatiefalen in de sector wordt dan vaak gezien als toezichtfalen, waardoor de toezichthouder dit langer dan

15 Braun, C. (2015), 'Living Apart Together: Over de verhouding tussen toezichthouders en maatschappelijke stakeholders', *Tijdschrift voor Toezicht*, 6(2), p. 22-28.

16 Bureau Inspectieraad 2020.

wenselijk stil houdt, volgens sommigen.¹⁷ Maar *regulatory capture* betekent meer dan alleen falend toezicht als gevolg van oneigenlijke invloed van (een smaldeel van) de sector.

Als we de vergelijking maken met de financiële crisis van 2008 dan was het achteraf heel duidelijk dat de steeds verdergaande regulering niet in het voordeel van het publieke belang was.¹⁸ Maar voorafgaand aan de crisis was de heersende gedachte toch vooral dat verdergaande zelfregulering en financiële innovaties bijdroegen aan de welvaart voor iedereen. Zoals de oud-voorzitter van de *Federal Reserve* voor het Amerikaanse Congres getuigde: ‘Those of us who have looked to the self-interest of lending institutions to protect shareholders’ equity, myself included, are in a state of shocked disbelief.’¹⁹ In dit geval werd er voornamelijk gehandeld op basis van een rotsvast vertrouwen in het vrijemarktdenken en het voordeel dat dit opleverde voor de welvaart van iedereen. Dit wordt ook wel *cognitive closure* genoemd, waarbij het effect van dominante beleidsparadigma’s, *framing* en het ontbreken van overtuigende beleidsalternatieven bijdraagt aan een situatie die lijkt op *regulatory capture*, maar veel complexer is dan een kwestie van ‘the industry hijacking the regulator’.²⁰ De vaak losjes geformuleerde conclusies over *regulatory capture* verhullen hiermee dat verkleefing van de toezichthouder met de sector meer is dan alleen falend toezicht als gevolg van oneigenlijke invloed van een (smaldeel) van de sector.

Invloed van (een smaldeel van) een sector is vaak systemischer van aard dan slechts de politieke invloed van een deel van de sector die schijnbaar uitmondt in falend toezicht. Dat is des te meer het geval in de huidige meerlagige politiek-bestuurlijke context waar de betrokkenheid van meerdere overheidslagen en de toename van meer belanghebbende partijen de samenwerkingsrelaties alleen nog maar complexer maken.

17 De Groene Amsterdammer (2012), ‘Nog altijd geen draaiboek. De commissie-De Wit ontwijkt de hamvraag’, *De Groene Amsterdammer* 18 april 2012.

18 Zie voor dit voorbeeld Braun 2015.

19 The Guardian (2008), ‘Greenspan – I was wrong about the economy. Sort of’, *The Guardian* 24 oktober 2008.

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

Deze complexiteit lijkt daarnaast versterkt te worden door recente ontwikkelingen op het gebied van toezicht en de relatie met de sector. Met name de ontwikkeling van risicogedreven toezicht en de grote rol die vertrouwen speelt in het (denken over) toezicht en handhaving spelen hierbij een rol.

Recent wordt steeds vaker de nadruk gelegd op het belang van de vertrouwensrelatie met de sector en de samenleving in bredere zin. Met vertrouwen als speerpunt heeft het op informele manier nastreven van naleving de prioriteit boven het inzetten van formeel toezichtinstrumentarium. De Inspectieraad geeft bijvoorbeeld aan dat om handhaving in de geest van de wet te kunnen realiseren, een vertrouwensrelatie met sectorpartijen helpt om ze op een constructieve wijze te kunnen attenderen op mogelijke problematische misstanden om die zo in een vroegtijdig stadium en op informele wijze te kunnen oplossen.²¹ Met andere woorden, een norm-overdragend gesprek – het ‘wenkbrauwengesprek’²² – is vaak de eerste stap waarmee een toezichthouder handhaving probeert te bewerkstelligen om verdergaande handhaving te voorkomen. Daarvoor is een vertrouwensrelatie met sectorpartijen nodig.

Deze nadruk op vertrouwensrelaties en een informeler instrumentarium heeft deels te maken met inzichten over goed toezicht op basis van gedragswetenschappen; anderzijds heeft het ook vaak duidelijk te maken met de beperkte capaciteit van toezichthouders. En deze dubbele rationaliteit geldt niet alleen voor de nadruk op vertrouwensrelaties, maar ook voor het belang van risicogedreven toezicht. Het is een publiek geheim dat risicotoezicht niet alleen een innovatieve manier van toezichthouden behelst maar ook een uit noodzaak geboren methodiek om te kunnen prioriteren binnen een beperkt beschikbaar budget en instrumentarium. Als gevolg hiervan heeft risicogedreven toezicht een steeds prominenter plaats ingenomen als toezichtfilosofie. Bij risicogedreven toezicht maakt de toezichthouder op basis van informatie die door sectorpartijen verstrekt wordt een inschatting over te verwachten handhavingskwesties en

21 Inspectieraad (2020), Brief over evaluatie aanwijzingen inzake Rijksinspecties en Aanvullende brief evaluatie Aanwijzingen inzake Rijksinspecties, via [Rijksoverheid.nl](https://rijksoverheid.nl).

22 NRC Handelsblad (2015), ‘Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwengesprek’, *NRC Handelsblad* 11 april 2015.

normoverschrijdingen. Op basis daarvan kan dan nader intensiever onderzoek en verdere handhaving gericht worden ingezet. Op deze manier kunnen beperkte middelen optimaal worden ingezet in de handhaving en monitoring. Hiervoor is de toezichthouder alleen wel afhankelijk van de informatie die verstrekt wordt door de ondertoezichtstaande partijen om op basis daarvan de risicoanalyses te kunnen uitvoeren. Zowel de nadruk op risicogedreven toezicht als het belang van vertrouwensrelaties heeft implicaties voor de afstand tot en nabijheid van de sector die een toezichthouder kan betrachten.²³ Daarmee hebben deze ontwikkelingen in het denken over goed toezicht gevolgen voor mogelijke beïnvloeding door en verklewing met de sector van de toezichthouder.

Kortom, gezien deze ontwikkelingen binnen het toezicht is invloed van (een smaldeel van) de sector op het toezicht vaak complexer dan de tegenwoordig vaak losjes toegepaste definitie van *regulatory capture* waarbij voornamelijk falend toezicht als gevolg van onevenredige invloed van de sector wordt verondersteld. Dat neemt niet weg dat de uiteindelijke invloed van de sector nog steeds vergaand kan zijn, verstrekkende gevolgen kan hebben en lastig te pareren kan zijn. Zeker ook omdat de evenwichtsoefening tussen inhoudelijke nabijheid van en gezagsvolle afstand tot de sector voor toezichthouders steeds complexer wordt in een wereld waar afhankelijkheden gedeeld worden met een toenemend aantal belanghebbende partijen en overheidslagen en waarbij risicogedreven toezicht en de rol van vertrouwen belangrijke elementen in het toezicht zijn. De betrokkenheid van andere maatschappelijke organisaties dan alleen de sectorpartijen zoals ngo's, media en burgerparticipatie, wordt dan vaak gezien als tegenhanger om te veel verwevenheid met de sector tegen te gaan, zowel als indirecte hoeder van het publieke belang als meer praktisch in de handhaving.

23 Zie De Grote Toezichtinterviewestafette: reeks interviews met bestuurders van inspecties en toezichthouders in verschillende jaargangen van het *Tijdschrift van Toezicht*, 2019-2020.

De maatschappij en toezicht: een *one-size-fits-all* aanpak

De trend om maatschappelijke organisaties en individuele burgers bij het toezichtproces te betrekken is dus gebaseerd op meerdere gedachten. Ten eerste wordt de betrokkenheid van maatschappelijke organisaties en individuele burgers vaak gezien als een vorm van responsiviteit en *evidence-based* toezicht: het dient het ophalen van informatie en data om zo het risicogedreven toezicht goed te kunnen laten aansluiten op ontwikkelingen binnen de sector. Daarnaast vervullen maatschappelijke organisaties en individuele burgers een aanvullende rol in de monitoring en handhaving en daarmee een rol in het opsporen van mogelijke misstanden (de maatschappij als brandalarm of wijkagent in het toezicht). In deze rol functioneren ze dus als het ware als een (indirect) verlengstuk van de democratische controle op het toezicht. Tot slot worden deze organisaties en individuele burgers ingezet om het ‘publieke belang’ te waarborgen en zo tegenwicht te bieden aan al te invloedrijke sectorbelangen. De rol van maatschappelijke actoren bij het toezicht wordt dus zowel gerechtvaardigd op basis van democratische legitimiteit als op responsiviteit, effectiviteit en efficiëntie. *One size fits all* dus.

Om deze rol van maatschappelijke organisaties en individuele burgers daadwerkelijk zo te kunnen inzetten, als dat al mogelijk is, en om er onafhankelijk van te blijven is maatwerk door de toezichthouder nodig.²⁴ Ten eerste moet een toezichthouder het speelveld aan maatschappelijke actoren en individuele burgers goed in het vizier hebben. Organisaties die weliswaar relevante maatschappelijke belangen vertegenwoordigen, maar tegelijkertijd ook kampen met beperkte capaciteit, staan niet altijd op de radar van toezichthouders. Alleen maatschappelijke organisaties en brancheorganisaties erbij betrekken die het meest zichtbaar of actief zijn doet vaak geen recht aan de pluriformiteit binnen een sector en kan daarom juist bijdragen aan ongelijke vertegenwoordiging van de verschillende sector- en maatschappelijke belangen. Zicht op het hele speelveld is dus een cruciale eerste stap die veel monitoring van de toezichthouder vraagt.

24 Zie ook Fraussen, B. en C. Braun (2018), “‘De lobby’ aan banden? Over het ongelijk speelveld en de regulering van belangenvertegenwoordiging”, *Tijdschrift voor Toezicht*, 4, p. 103-113.

Een standaardbenadering zoals het opnemen van een enkele consumenten- of maatschappelijke organisatie in een adviespanel of raad van toezicht of op gezette tijden een maatschappelijke dialoog met een selecte groep burgers organiseren zal geen verschil maken en kan eerder bijdragen aan meer oneigenlijke invloed dan aan een evenwichtige belangenafweging.²⁵

Ten tweede is een evenredige vertegenwoordiging aan de dialoogtafel een noodzakelijke maar niet voldoende voorwaarde voor een evenwichtige belangenafweging die recht doet aan de pluriformiteit binnen een sector en daarnaast voldoende waarborgen biedt voor de bescherming van het publieke belang. Dit vraagt om een adequaat intern besluitvormingsproces waar, contra-intuïtief, de inbreng van de verschillende maatschappelijke organisaties op een verschillende manier wordt meegenomen. Veel sectororganisaties zijn zodanig georganiseerd dat ze op maat gemaakte inbreng van hoge kwaliteit kunnen aanleveren inclusief alle benodigde technische details. Maatschappelijke organisaties leggen meestal een ander soort inbreng op tafel, die minstens zo relevant is, maar vaak een vertaalslag vereist om op dezelfde manier gewogen te worden als de meer technische inbreng van sectororganisaties. Het is goed te bedenken dat hierbij veel wordt gevraagd van zowel de professionaliteit en de politiek-bestuurlijke sensitiviteit van de (individuele) toezichthouder als de inrichting van interne organisatieprocessen om deze aanpak structureel in te bedden binnen de organisatie. Ook maatwerk dus.

Ten derde: een helder en transparant verantwoordingsproces mag niet ontbreken. Het samenwerken met een breed scala aan maatschappelijke organisaties en individuele burgers komt in essentie neer op een vorm van politieke participatie. De verantwoording hierover zou dienovereenkomstig ingericht moeten worden. Dat gaat verder dan alleen transparantie over lidmaatschap van maatschappelijke organisaties van adviespanels en raden van toezicht, maar behelst juist meer inzicht in en antwoorden op de vragen over welke belangen op welk grondslag zijn meegenomen en hoe ze

25 Fraussen, B., A. Albareda en C. Braun (2020), 'Unpacking Consultation Approaches: identifying combinations of consultation tools and their implications for stakeholder diversity', *Policy Sciences*, online first.

uiteindelijk zijn gewogen. Dat vraagt verantwoording op dossierniveau en daarmee dus ook, inderdaad, maatwerk.

Tot slot

Het betrekken van maatschappelijke organisaties en burgers bij het toezicht lijkt steeds meer op een *one-size-fits-all* aanpak. De meervoudige gedachte erachter laat zich als volgt samenvatten: betrek de maatschappij en realiseer zo responsiever en effectiever toezicht, meer democratische legitimiteit en draag bij aan efficiëntie als aanvulling op het beperkte budget en instrumentarium van de toezichthouder. Dat is nogal wat. En deze *one-size-fits-all* benadering vraagt juist maatwerk aan de kant van de toezichthouder om dit potentieel te verwezenlijken: gelijk speelveld aan de dialog tafels, een gedifferentieerde aanpak in de weging van de verschillende inbreng van maatschappelijke organisaties en tot slot een helder verantwoordingsproces dat inzicht geeft in de belangenafweging en de onderliggende rechtvaardiging ervan. Met andere woorden, de huidige *one-size-fits-all* rechtvaardiging en de uitvoering van het betrekken van maatschappelijke organisaties vraagt om maatwerk van de toezichthouder om diens onafhankelijkheid te bewaren. En dat maatwerk wordt steeds relevanter gezien de recente ontwikkelingen richting meer horizontaal toezicht, maatschappelijke verantwoording, risicogedreven toezicht en vertrouwen waarbij de relaties met maatschappelijke organisaties en individuele burgers steeds belangrijker worden.

Slotbeschouwing

Onafhankelijk en actief toezicht: noodzaak, mogelijkheid en inrichting

Caelesta Braun, Aalt Willem Heringa en Jan Schinkelshoek

Inkadering

De welbekende driedeling van de trias politica spreekt van wetgeving, uitvoering en rechtspraak, en beoogt misbruik van overheidsbevoegdheden en van macht te voorkomen. In dat verband wordt daarbij ook wel gesproken van noodzakelijke *checks and balances* tussen de drie staatsmachten.

De rechtsstatelijke gedachte achter wetgeving is de borging van gelijkheid en afwezigheid van willekeur: alle regels zouden voor iedereen gelijkelijk moeten gelden en daarmee willekeur en ongelijke behandeling onmogelijk maken. Daarnaast is er de betrokkenheid bij wetgeving van democratisch gekozen lichamen in hun rol van (mede)wetgever: vandaar democratische rechtsstaat. De uitvoering, en de uitvoerende macht leggen, althans in een parlementair stelsel zoals het Nederlandse, rekening en verantwoording af aan die gekozen lichamen voor hun beleid, en uitvoering en handhaving van de gestelde regels. Wat is namelijk de zin van algemeen geldende regels als de handhaving daarvan een rommeltje is of niet gebeurt, of naar willekeur gebeurt? Afwezige of willekeurige of rommelige uitvoering en handhaving staan haaks op de rechtsstatelijke gedachte achter het hebben van democratisch verankerde algemeen geldende regels. Wel regels hebben maar die niet of slecht handhaven negeert de waarde van die regels en ondermijnt de rechtsstatelijke gedachte achter wetgeving.

Uitvoering, handhaving en toezicht zijn daarmee, wie zal het ontkennen, van cruciaal belang, ook omdat draagvlak voor regels mede staat of valt met de handhaving ervan (naast uiteraard de uitvoerbaarheid, maar dat is weer een ander verhaal). Voor handhaving hebben we uiteraard waar

het strafrechtelijke regels betreft de opsporingsorganen, maar daarnaast is er een veelvoud aan regels tot stand gekomen waarmee de samenleving wordt geordend, die niet (behalve het economisch strafrecht en het milieurecht) strafrechtelijk is, maar gehandhaafd wordt via administratieve maatregelen/sancties, of via het fiscale traject, of via intrekking van vergunningen. En voor handhaving en het daarmee onlosmakelijk verbonden toezicht moet een apparaat worden opgetuigd dat effectief de rechtsstatelijke en democratische waarde van de ratio achter regels bewaakt. En ook dan weten we: niet alleen de hoogte van de sanctie telt, maar ook de pakkans. En dus zijn er handhavers gekomen en inspecties, om te controleren en te handhaven, en is die trend ook onontkoombaar.

Zoals in de inleiding in deze bundel is aangegeven, zijn toezicht en handhaving en dus ook inspecties niet erg populair, behalve als er ergens wat kleine of grote steekjes zijn gevallen of er misstanden zijn in een sector: dan is er de vraag naar de toezichthouder, de inspectie en ook hun rol en plaats, en de vraag of handhaving en toezicht en inspectie wel goed genoeg zijn geregeld en plaatsvinden. Moet inspectie onafhankelijk van de politiek/minister zijn, of toch niet (helemaal)? Tegen (al te grote) onafhankelijkheid van de minister pleit dat handhaving en inspectie tot de uitvoerende macht horen en de minister verantwoording moet afleggen aan de volksvertegenwoordiging. Daartegen pleit dat uitvoering en handhaving neutraal en onpartijdig moeten zijn om de gelijkheid van wetgeving te garanderen. En een verdere vraag is hoe intensief inspecties moeten zijn: groot vertrouwen en zware straffen, of toch maar veel controles en voorkomen vooraf, met de navenante lastendruk op een sector van dien?

Is het gek dat inspecties tekortschieten omdat voorkómen van incidenten nu eenmaal onmogelijk is, behoudens met onevenredige inzet van mensen en middelen; wat is dan een redelijke verhouding tussen inspectiedruk en incidentgevoeligheid? Wie stuurt inspecties aan? In de strafrechtketen is uiteindelijk wel de politiek aan zet met bepaling (weliswaar in overleg) van middelen en prioriteiten, dus hoe dan ten aanzien van inspecties: geheel los van de minister, of enigszins losgeknipt, of ingebouwd in de departementale hiërarchie? Intensief politiek gestuurd of op afstand, als een van de *checks and balances* in onze rechtsstatelijke samenleving? Moe-

ten inspecties en toezichthouders misschien ingebed worden in een grote inspectieorganisatie, die als het ware tussen ministers en inspecties staat, de algehele kwaliteit bewaakt en onderhandelt over budgetten? Dient bij wetgeving niet veel meer gelet te worden op inspectiedruk en inspectiegevoeligheid: want hoe complexer een regel en hoe financieel lucratiever het sjoemelen daarmee, hoe meer inspectie(druk)? Wat te doen aan een (te) grote verwevenheid tussen inspectie/inspecteur/handhaver en de sector?

Veel vragen, en op een aantal daarvan gingen de auteurs in en gaan wij hierna een antwoord formuleren.

De focus van deze bundel

We kunnen in deze bundel het thema ‘toezicht’ niet in alle breedte adresseren, en we hebben ervoor gekozen om onze schijnwerpers vooral te richten op het vraagstuk van de (mate van en soort) onafhankelijkheid. Snijdt dat vanuit verschillende perspectieven hout (rechtsstatelijkheid, aard van het werk, democratie en politieke controle, effectiviteit en efficiëntie van toezicht) en hoe dat vorm te geven en in te bedden in ons parlementair stelsel, scheiding van machten en *checks and balances*, democratie, rechtsstaat en EU-lidmaatschap? Dat is al heel wat en leverde vijf interessante beschouwingen op.

De bijdragen

In vijf bijdragen schreven de auteurs over verschillende kanten van en perspectieven op onafhankelijkheid van toezicht en toezichthouders. En ze legden daarbij verschillende accenten en hanteren verschillende perspectieven.

Den Uijl en Frissen analyseerden het thema van de onafhankelijkheid van toezicht (en toezichthouders). Hun uitgangspunt is dat toezicht geen verlengstuk is van het beleid noch van de politiek. Zij zetten toezicht in de sleutel van *checks and balances* en het mede met dat doel gebouwde web van instituties, waaronder inspecties. Maar toezicht is niet alleen het handhaven van regels, maar toezicht kan ook niet-handhaven of terugpraten tegen overheid en politiek zijn, als aspect van het gehele stelsel van *checks and balances*. Zij concluderen dan ook dat toezicht ook zelf beleid moet

formuleren, op eigen initiatief onderzoek moet (kunnen) instellen en niet moet worden aangestuurd door de minister. En die conclusie staat tegenover die van Bovend'eert en Broeksteeg, ook door het gekozen andere perspectief: democratische controle en parlementaire zeggenschap versus de benadering vanuit *checks and balances*.

Bovend'Eert en Broeksteeg schreven over de relatie toezichthouders en parlement, onder de titel 'Parlemenataire controle en onafhankelijkheid van toezichthouders'. Zij laten in dat verband de diversiteit zien van de plaats van toezichthouders: sommige vallen volledig onder het gezag van de minister (die dan ook de verantwoordelijkheid voor hun doen en laten tegenover het parlement draagt). Er zijn toezichthouders als zelfstandige bestuursorganen, waarbij uit dien hoofde de bevoegdheden van de minister beperkt zijn (en ook nog eens kunnen verschillen al naar gelang de precieze vormgeving van zo'n zelfstandig bestuursorgaan) en dus ook diens verantwoordelijkheid richting het parlement beperkt is. Zij achten die laatste beperkte vorm van parlementaire zeggenschap onjuist en bepleiten dan ook dat de parlementaire controle op een inspectie zo volledig mogelijk dient te zijn.

En de derde groep toezichthouders die beide auteurs onderscheiden, zijn de gevallen waar er bijzondere onafhankelijkheidswaarborgen zijn en die buiten het gezagsbereik van de minister vallen, veelal op grond van het EU-recht. In beide laatste gevallen spreken Bovend'Eert en Broeksteeg van een ernstig democratisch deficit, want uitvoeringstaken (en daaronder rekenen zij toezicht) behoren staatsrechtelijk niet onafhankelijk te zijn. Zij wijzen een vergelijking met de rechtspraak af. Zij spreken zelfs van onafhankelijkheid als niet zijnde een wezenskenmerk voor toezicht. En dat betekent dat een minister over substantiële bevoegdheden dient te beschikken teneinde parlementaire controle mogelijk te maken.

De Vries kijkt naar de onafhankelijkheid ten opzichte van de politiek waarbij er geen ongeoorloofde beïnvloeding dient te zijn. Daarbij richt zij ook het vizier op onpartijdigheid ten opzichte van de minister/de politiek en ten opzichte van de ondertoezichtstaanden. Onafhankelijkheid wordt

gedefinieerd als onafhankelijk van politieke belangen. En – in lijn met het verhaal van Den Uijl en Frissen – die onafhankelijkheid dient er ook toe om te kunnen reflecteren op de bescherming van publieke belangen (vooral als die haaks kunnen staan op kortetermijnbeleid van de minister). Politieke en economische belangen kunnen botsen met onafhankelijk toezicht. Maar een gebrek aan onafhankelijkheid kan ten koste gaan van het publiek belang, van de belangen van de individuele ondertoezichtstaanden en van het gezag en vertrouwen van en in de toezichthouders. Zij bepleit dan ook om overheidstoezicht extern te situeren in een zelfstandig bestuursorgaan en daarnaast om in dat zelfstandig bestuursorgaan een raad van toezicht in te stellen voor reflectie en bezinning en een kritische blik, alsmede om een stelsel van horizontale kwaliteitsbewaking van en tussen inspecties op te zetten.

Mastenbroek en Versluis keken naar de onafhankelijkheid van toezichthouders in vergelijkend en internationaal perspectief, en in dat laatste geval vooral de EU-context, waar het gaat om handhaving van en toezicht op de naleving van EU-regels. En vaak schrijft de relevante EU-regel dan bijvoorbeeld onafhankelijkheid van dat toezicht voor en geeft aan welke bevoegdheden aan de toezichthouder dienen toe te komen. In dat verband speelt ook een rol dat een toezichthouder daarmee een dubbele pet heeft, van toezichthouder ten aanzien van EU-regels en (als nationale instantie) ten aanzien van nationale regels. En soms ook is er de internationale inbedding van belang voor een toezichthouder, misschien meer dan de nationale context.

Braun tot slot laat zien dat zowel de betrokkenheid van maatschappelijke organisaties als die van individuele burgers bij het toezicht de aard van een *one-size-fits-all* aanpak heeft gekregen. Maatschappelijke organisaties worden ingezet om de democratische legitimiteit van toezichthouders te waarborgen, responsief te zijn ten opzichte van sector- en bredere maatschappelijke belangen, en als aanvulling op het risicotoezicht in de monitoring en de handhaving. Een dergelijke *one-size-fits-all* benadering vraagt juist meer maatwerk van de (individuele) toezichthouder om dit potentieel

te benutten – als het al te realiseren is – en vraagt erom de onafhankelijkheid te bewaren. Zonder maatwerk is het nettoresultaat van grotere maatschappelijke betrokkenheid juist een grotere kans op meer onevenredige beïnvloeding vanuit en grotere afhankelijkheid van de sector.

Conclusies en bevindingen

Laten we eens iets dieper kijken naar de verschillende aan de orde gestelde aspecten en proberen enkele conclusies te trekken.

Uit de verschillende bijdragen blijkt dat er verschillende perspectieven zijn op toezicht en de rol van toezichthouders en inspecties. Enerzijds kan toezicht overwegend worden gezien als handhaving en daarmee vooral passend bij of gerelateerd aan de uitvoering van beleid en regelgeving. Dat is een rol in het bewaken van het rechtsstatelijk perspectief van gelijkheid voor de wet en het voorkomen van willekeur door regels en dus ook in de uitvoering en handhaving van regels. Anderzijds wordt toezicht wel de rol van tegenmacht toebedeeld, waarbij onafhankelijke oordeelsvorming en daarmee een signaleringsfunctie over zowel de kwaliteit van beleid- en regelgeving als rechtsbescherming van individuele burgers en bedrijven tot uiting komen (*checks and balances*). De benadering dat toezichthouders een eigen plek hebben zowel in de context van *checks and balances* als in het bijdragen aan de handhaving van regels, de gelijke behandeling van de ondertoezichtgestelden, het tegengaan van individuele en disproportionele hardheid, en het onder de aandacht brengen van handavings- en uitvoeringsproblemen, spreekt ons dan ook zeer aan. Het bezien van toezicht vanuit de perspectieven van democratie en rechtsstaat en *checks and balances* geeft een goed fundament om te pleiten voor onafhankelijkheid van toezicht.

Onafhankelijkheid

De eerste vraag is er dan uiteraard een van definitie. Wat willen we verstaan onder onafhankelijkheid? Is dat gelijk aan rechterlijke onafhankelijkheid of toch net iets anders? Toezichthouders zijn geen rechters, al kunnen zij wel

sancties opleggen, maar deze kunnen worden aangevochten bij de rechter; zij zijn in dat perspectief onderdeel van de uitvoerende macht. Wel geldt de eis als neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) dat zij zonder vooringenomenheid hun werk moeten doen. De pleidooien om toezicht in zelfstandige bestuursorganen onder te brengen laten zien dat het veeleer gaat om een vorm van zelfstandigheid. Wanneer, zoals de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen het zegt, er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid.

Onafhankelijkheid is er dan in de zin dat de minister geen invloed heeft op specifieke besluitvorming of beleid en koers. Maar hij kan weer wel beleidsregels vaststellen. De keuze is dan inderdaad toegespitst op de uitsluiting van parlementaire controle in specifieke gevallen en die alleen te doen plaatsvinden aangaande beleid en niet voor individuele gevallen. Daar lijkt ons vanuit democratisch perspectief ook niets mis mee: ook met betrekking tot het strafrecht debatteert de Kamer met de minister over beleid en niet over individuele boetes; over het toegekende of toe te kennen budget en niet over specifieke uitgaven. En een en ander laat onverlet dat het parlement vragen kan stellen en zelfs onderzoek kan doen naar zelfstandige bestuursorganen, of toezicht, zonder dat de ministeriële verantwoordelijkheid in het geding is. Onze definitie van 'democratisch' is dat door onafhankelijk toezicht de democratische regel zonder aanzien des persoons gelijkelijk wordt gehandhaafd, en dat de wetgever zijn regels kan veranderen; en niet zozeer dat het parlement zich in detail moet buigen over die handhaving via de ministeriële verantwoordelijkheid voor inspectie of toezicht.

Onafhankelijk en/of onpartijdig

Bedoelen we met onafhankelijk nu alleen onafhankelijk of ook onpartijdig, en dan niet louter in de zin van afwezigheid van vooringenomenheid, maar in de zin van: het niet dienen van belangen van betrokkenen (uitvoerende macht/minister respectievelijk de ondertoezichtstaanden), maar primair van de te handhaven regel en het oogmerk daarachter, zonder eigen gewin, en zonder korte termijn politiek gewin (de minister even uit de problemen

houden met het oog op aanstaande verkiezingen). En daar zijn de grenzen vaag en de vele overgangen grijs. Maar voor de duidelijkheid is er dan veel voor te zeggen juridisch de grenzen wel helder te trekken.

Bijvoorbeeld kaders of richtlijnen over situaties waarin inspecties wel in zekere zin partijdig (moeten) zijn betreft de kwalitatieve uitvoering en handhaving van 'hun' regels. Daarbij speelt dat zij bij uitstek expertise hebben waar het die uitvoering en handhaving betreft. Op dat punt is het goed om ook hun signalerende functie te erkennen om hun ervaringen aan te kaarten bij de wetgever, dat wil zeggen de minister en het parlement. Deze functie verdient apart erkenning om ervoor te zorgen dat een uitvoeringsdienst of inspectie ook gebreken in regelgeving kan aankaarten, of kan en moet wijzen op onevenredige dan wel niet beoogde consequenties, of bezwaarlijkheden bij de inspectie en de handhaving, zoals (on)gelijke behandeling van ondertoezichtstaanden of te grote kosten gemoeid met handhaving en toezicht, of onevenredige nadelen voor ondertoezicht-gestelden.

Democratisch deficit

Dat er ten aanzien van toezicht sprake zou zijn van een democratisch deficit als een minister niet ten volle verantwoordelijk kan worden gehouden voor alle toezichtdetails spreekt ons niet aan. Het wel eens gehanteerde begrip systeemverantwoordelijkheid is rijkelijk vaag. Maar wat wel gevraagd kan worden van de uitvoerende macht is dat de door de wetgever gestelde regels gelijkelijk, billijk en onpartijdig, zonder aanzien des persoons en zonder willekeur worden gehandhaafd. En ook dat toezicht en inspectie laten zien die rol te vervullen. Uiteindelijk is dát de democratische test: uitvoering van algemeen geldende regels, met behoud van billijkheid in het individuele geval. Zo doen we dat tenslotte ook in het strafrecht. En alles zou eraan gelegen moeten zijn dat het systeem (of de systemen) van toezicht dat doel dient (dienen). En dat kan zeer wel via zelfstandigbestuursorgaanachtige structuren. Dan is het ook mogelijk de EU en internationale en puur nationale inspecties in vergelijkbare vorm te bouwen en krijgt het geheel een vorm van consistentie.

De vraag is uiteraard of de betrokkenheid van maatschappelijke organisaties (zoals aangegeven door Braun) in dit verband moet worden gezien of in de sleutel moet worden gezet van effectiviteit, efficiëntie, draagvlak en het opdoen van kennis en informatie. Wat ons betreft geldt eerder het laatste dan dat we de pretentie moeten hebben dat met die betrokkenheid een democratische saus wordt gelegd over anderszins onafhankelijk opererende inspecties.

De verschillende contexten: nationaal/EU en internationaal

Een zeer interessant en uitdagend perspectief is natuurlijk het veelgelaagde internationale/EU-gegeven: dat er toezichtstructuren zijn die vanuit de EU zijn opgelegd of mede vanuit de EU dan wel met internationale inbedding tot stand zijn gebracht. Net als op vele andere terreinen leidt dat tot een nieuwe dynamiek omdat daarmee niet alleen dat speelveld wordt vormgegeven, maar ook via *spillover* effect andere domeinen, maar ook de vraag naar inrichting van nationale toezichtstructuren acuut is. Dat spillover effect zien we zeer concreet bij de Autoriteit Persoonsgegevens (AP): de AP is via de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) een EU-instantie met EU-bevoegdheden, maar ook een bestuursorgaan naar nationaal recht, terwijl de Uitvoeringswet het bereik van de AVG en AP ook uitgebreid heeft tot alle persoonsgegevensbestanden, ook die bestanden die niet bestreken worden door de AVG en de EU-bevoegdheid om daarover regels te stellen.

En daarbij botsen twee benaderingen: vanuit de EU is er de verplichting tot onafhankelijke nationale zelfstandige bestuurorganen vanwege de wens dat (ter voorkoming van concurrentiemisstanden en ter bevordering van gelijke behandeling en vrij verkeer) EU-recht volledig en effectief en onpartijdig en daarom onafhankelijk van nationale (politieke) voorkeuren wordt uitgevoerd en vooral ook gehandhaafd. En dat botst met de nationale wens tot interactie op nationaal niveau, vanwege die EU-inbedding ook in EU-netwerken.

Empirie

Een vraag die blijft hangen is uiteraard naar de empirische analyse van een 'beste' vorm van het vorm geven van toezicht. En die vraag betreft uiteraard de effectiviteit en efficiëntie ervan, maar ook welke vorm het beste mede de belangen van burgers en ondertoezichtstaanden bedient en als legitiem en effectief wordt ervaren zodat 'toezichtdruk' wordt geaccepteerd. Bij de definiëring van de 'beste' vorm spelen vele factoren een rol, maar in de context van deze bundel opteren wij in ieder geval voor onafhankelijkheid. Bij die vraag naar empirisch onderzoek hoort ook de vraag of, en zo ja in welke mate, het erg is als toezicht op allerlei diverse manieren in mindere of meerdere mate onafhankelijk of juist niet, wordt georganiseerd. Is eenvormigheid wenselijk of nodig? En als het antwoord op deze vraag grosso modo ontkenkend is (pluriformiteit is niet goed...) dan zitten we uiteraard gebakken aan vormen van toezicht zoals die vanuit de EU tot ons komen, want daar kunnen we weinig aan veranderen.

Maar hoe dan verder?

De belangrijkste conclusie is te komen tot een versteviging van **onafhankelijk toezicht (en onafhankelijke inspecties)**, met borging van ministeriële verantwoording voor algemeen beleid, de *overall* efficiëntie en gelijkheid, en voor de signalering van handhavingsproblemen en hardheidsproblematieken. Investeren in sterk, onafhankelijk en onpartijdig toezicht is een rechtstatelijke noodzaak en dient tevens het belang van publiek vertrouwen in de overheid en haar regels. Daaraan parallel impliceert deze onafhankelijkheid ook dat toezichthouders en inspecties publieke verantwoording afleggen en zorgdragen voor kwaliteitsbewaking met relevante betrokkenen en netwerken van toezichthouders, Europees en nationaal.

In concreto en meer toegespitst betekent ons algemene uitgangspunt dat gewerkt dient te worden aan de volgende voorwaarden.

1. De organisatie van toezichthouders en inspecties in/als **zelfstandige bestuursorganen**, zodat er sprake is van een zelfstandige positie zonder de mogelijkheid van al te specifieke aanwijzingen, anders dan algemene beleidsregels (die echter wel weer onder de ministeriële

verantwoordelijkheid vallen); daarbij past ook een eigen begrotings-artikel zodat er parlementair inzicht is en niet toch door de minister gestuurd kan worden via de geldbuidel.

2. Het goed organiseren van een algehele **ministeriële verantwoordelijkheid** voor het stelsel van toezichthouders en inspecties, de efficiëntie en effectiviteit daarvan, de zorg voor een goede handhaving van wet- en regelgeving en de zorg voor individuele belangen in gevallen van disproporportionele hardheid.
3. De organisatie van parlementaire controle van en inzicht in uitvoering en handhaving en inspectie, ook met het oog op het wetgevingsproces en nieuwe wetgeving, die bijvoorbeeld vorm kan krijgen met de instelling van een **Kamercommissie belast met uitvoering, handhaving en inspectie** en die daartoe onderzoeken kan doen en nieuwe en bestaande wetgeving kan doorlichten op hun handhaafbaarheid.
4. De verplichting (in plaats van de huidige vrijwilligheid) voor iedere inspectie om jaarlijks een **Staat van het toezicht** te publiceren die overigens ook een rol kan spelen in het parlementair overzicht als hiervoor aangegeven en als inhoudelijk uitgangspunt voor de hiervoor genoemde Kamercommissie uitvoering, handhaving en inspectie. In die Staat van het toezicht kan een inspectie de Kamercommissie en de minister een spiegel voorhouden over de uitvoering, handhaving en inspectieperikelen, kosten en relevante onderwerpen die om een oplossing vragen. Daarmee wordt recht gedaan aan de rol van *checks and balances* en gewerkt aan kenbare verantwoording en aan kwaliteitsverbetering van wetgeving en uitvoering.
5. De bedoelde Kamercommissie houdt verder **jaarlijks een gesprek**, bijvoorbeeld naar aanleiding van de Staat van een toezichthouder, met de hoogst verantwoordelijke van de desbetreffende inspectie, de inspecteur-generaal, en desgewenst vertegenwoordigers van relevante maatschappelijke organisaties en sectororganisaties.
6. Aan **maatschappelijke organisaties en relevante sectororganisaties** zou in dat verband een rol kunnen worden gegeven door deze te vragen om op een dergelijke Staat van het toezicht te reageren over het

functioneren van toezicht, waarmee de Staat van toezicht ook een meer publieke verantwoordingsfunctie krijgt.

7. De instelling van een **raad van toezicht** en/of raad van advies die belast is met zowel intern toezicht op het functioneren van de toezichthouder als advisering met betrekking tot strategische vraagstukken is een relevante ontwikkeling voor alle toezichthouders. De samenstelling van deze raden zou op basis van evenredige vertegenwoordiging van relevante expertise, maatschappelijke belangen en sectoren moeten plaatsvinden.
8. Het organiseren van een stelsel van **horizontale kwaliteitsbewaking** tussen en door met handhaving en toezicht belaste zelfstandige bestuursorganen, met de opstelling van *benchmarks*, de uitwisseling van *best practices*, zoals over de dialoog met of betrokkenheid van maatschappelijke organisaties, de doordenking van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, het vormgeven van dialoog met de politiek over (de uitvoerings)kwaliteit van regels, en soortgelijke gemeenschappelijke kwesties die één zelfstandig bestuursorgaan overstijgen. Ook dienen in dat verband de Europese en internationale dimensies te worden 'meegenomen' zodat ook daarmee een wisselwerking zal plaatsvinden. De horizontale kwaliteitsbewaking kan belegd worden in een **Raad voor de Inspecties/Toezicht** die als koepel aan kwaliteitsborging doet, onderzoek kan doen, aspecten van onafhankelijkheid kan onderzoeken en definiëren, en de belangen van de toezichtsector behartigt en bij 'de politiek' aandacht vraagt voor budgettaire aspecten en kwaliteitsgebreken in te handhaven wetgeving en als aanspreekpunt voor dat soort overstijgende kwesties kan dienen; en die zorg draagt voor de definiëring van *best practices* en het opstellen van *benchmarks*. Zo'n raad bestaat momenteel al als Inspectieraad, maar verdient het te worden omgebouwd tot een versterkte organisatie met de instrumenten om bovengenoemde punten te doen verwezenlijken.

Personalia

Paul Bovend'Eert is hoogleraar Staatsrecht aan de Radboud Universiteit.

Caelesta Braun is hoogleraar Public governance & Civil Society aan het Instituut Bestuurskunde van de Universiteit Leiden. Haar expertise omvat belangenbehartiging, publieke besluitvorming en toezicht.

Hansko Broeksteeg is universitair hoofddocent Staatsrecht aan de Radboud Universiteit.

Paul Frissen is decaan en bestuursvoorzitter van de Nederlandse School voor Openbaar Bestuur in Den Haag en hoogleraar Bestuurskunde aan Tilburg University. Hij doceert, verricht onderzoek en adviseert op het terrein van bestuurskunde en filosofie. Hij is voorzitter van de raad van toezicht van Dichterbij, een zorginstelling voor mensen met een verstandelijke beperking.

Aalt Willem Heringa is hoogleraar (vergelijkend) Staats- en bestuursrecht aan Maastricht University en directeur Montesquieu Instituut Maastricht.

Ellen Mastenbroek is hoogleraar European Public Policy aan de Radboud Universiteit. Ze is daarnaast gasthoogleraar aan het departement Politieke Wetenschappen van de Universiteit van Kopenhagen. Ze werkt momenteel aan een project over het functioneren en de invloed van Europese overheidsnetwerken. Haar voornaamste expertisegebieden omvatten de Europeanisering van nationale overheden alsmede de transpositie, implementatie, handhaving en evaluatie van Europese regelgeving.

Jan Schinkelshoek is directeur van het communicatiebureau Schinkelshoek & Verhoog in Den Haag en adviseur van het Montesquieu Instituut. In de periode 2006-2010 was hij Tweede Kamerlid voor het CDA.

Henk den Uijl is onderzoeker aan de Nederlandse School voor Openbaar Bestuur in Den Haag en doctoraal kandidaat aan de Vrije Universiteit Amsterdam, faculteit der geesteswetenschappen, afdeling filosofie. Hij verricht onderzoek en doceert op het snijvlak van filosofie, bestuurs- en organisatiekunde. Hij is lid van de raad van toezicht van de JP van den Bent stichting, een zorginstelling voor mensen met een verstandelijke beperking.

Esther Versluis is hoogleraar European Regulatory Governance aan de Universiteit Maastricht. Zij doet onder andere onderzoek naar de implementatie van Europees beleid, en kijkt hierbij naar de rol die internationale agentschappen en netwerken spelen in het bevorderen van implementatie. Daarnaast verzorgt zij onderwijs over Europese politiek in de opleiding European Studies.

Femke de Vries is managing partner bij &samhoud consultancy en bijzonder hoogleraar Toezicht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zij werkte vijftien jaar in het financieel toezicht, onder meer als divisiedirecteur en secretaris-directeur bij De Nederlandsche Bank en zij was lid van het bestuur van de Autoriteit Financiële Markten.

Montesquieu Reeks

Onder de vlag van het Montesquieu Instituut verschijnt met enige regelmaat een bundel rondom een bepaald thema. Hierna de laatste vier bundels.

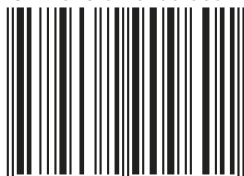
	‘Zo kan het wél’ Een bestuurskundige kijk naar uitdagingen en kansen voor Fryslân en Zeeland, in het licht van de discussie over de relatie tussen centrum en periferie. (2021)
	‘Niet stoffig toch?’ Gedoe over de dividendbelasting, de stikstofcrisis met een vol Malieveld, de coronacrisis als game changer en tenslotte een ongemakkelijke affaire over kindertoeslagen die uitgroeide tot een schandaal van de eerste orde. (2021)
	Een beetje integer bestaat niet Integriteit is nooit ver weg: wat moeten we ermee, hoe organiseren we het en houden er toezicht op, hoe raken de normen niet verstard maar bewegen we tegelijkertijd mee met nieuwe opvattingen en verschijnselen? (2020)
	Coronacratie Is de Nederlandse democratie vatbaar gebleken voor corona? Hoe heeft de politiek gereageerd op de coronacrisis? Hebben onze democratie en rechtsstaat stand gehouden in het voorjaar van 2020? (2020)

Zie www.montesquieu-instituut.nl/montesquieu_reeks voor eerdere bundels en downloadbare PDF's.

In een vrije staat dient iedereen die in het bezit kan worden geacht van een vrije wil, zichzelf te besturen. De wetgevende macht zou dan ook bij het volk in zijn geheel moeten berusten. Maar aangezien zo iets in de grote staten een onmogelijkheid is en ook in kleine staten op veel bezwaren stuit, dient het volk vertegenwoordigers aan te stellen die alles moeten doen wat het volk zelf niet kan.

*Montesquieu,
Over de geest van de wetten (1748)*

ISBN 978-94-6290-960-1



9 789462 909601 >



MONTESQUIEU INSTITUUT

VAN WETENSCHAP NAAR SAMENLEVING

www.montesquieu-instituut.nl

Boomjuridisch