

University of Groningen

Ridderorde. Beschouwingen over bestuurlijke organisatie, toezicht en juridisering

Winter, Heinrich; Tollenaar, Albertjan; Marseille, Albert

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Winter, H., Tollenaar, A., & Marseille, A. (2014). *Ridderorde. Beschouwingen over bestuurlijke organisatie, toezicht en juridisering: Liber amicorum Ko de Ridder*. Wolf Legal Publishers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

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

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Ridderorde

Beschouwingen over bestuurlijke organisatie,
toezicht en juridisering

Liber Amicorum

Ko de Ridder



**Ridderorde. Beschouwingen over bestuurlijke organisatie, toezicht en
juridisering**
Liber Amicorum Ko de Ridder

H.B. Winter, A. Tollenaar & A.T. Marseille (red.)

ISBN: 978-94-6240-093-1

[cover image: [if any]]

Uitgever:
Wolf Legal Publishers (WLP)
Postbus 313
5060 AH Oosterwijk
E-Mail: info@wolfpublishers.nl
www.wolfpublishers.com

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, door fotokopieën, opnamen of op enig andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de auteur(s) en de uitgever. Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

© De auteurs 2014

Inhoudsopgave

Ridderorde. Beschouwingen over bestuurlijke organisatie, toezicht en juridisering.
H.B. Winter, A. Tollenaar & A.T. Marseille

Inleiding

Heinrich Winter, Albertjan Tollenaar & Bert Marseille

1	Homo academicus	1
2	Inhoud van de bundel	3
3	Tot besluit	5

Deel I: Bestuurlijke organisatie 7

Heeft de nieuwe Jeugdwet de toekomst?

Fred Fleurke & Peter Polhuis

1	Inleiding	9
2	Decentralisatietheorie	11
3	Jeugdzorg en effectiviteitsrisico's	16
4	Jeugdzorg en efficiëntierisico's	18
5	Jeugdzorg en de risico's met betrekking tot zorgvuldige afweging van belangen en prioriteiten	19
6	Conclusies	20

Het dynamisch bestuur van de veiligheid

Barbara Brink & Chris Coolsma

1	Inleiding	23
2	Conflicterende eisen	23
3	De politie	25
4	De Veiligheidsregio	28
5	Slotbeschouwing	32

Informatiehuishouding: startpunt voor eigentijds samenwerken

Avelien Haan-Kamminga

1	Introductie	35
2	De lappendeken van taakuitvoering door lokale overheden	36
3	Samenwerken of herindelen?	38
4	Effecten van digitalisering	40
5	Digitalisering in organisaties	41
6	Samenwerking en digitalisering	44
7	Afronding	45

Begrippen begrepen: aanspreken en (ver)antwoorden

Douwe Jan Elzinga & Han Warmelink

1	Inleiding	47
2	Democratische controle	48
3	De hoedanigheden van een politiek ambtsdrager	50
4	Comptabele verantwoordelijkheid van politieke ambtsdragers	51
5	Strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid	53
6	Verantwoordelijke ambten en aansprakelijke ambtsdragers	54
7	Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid op maat	56
8	Samenvatting en conclusie	57

Waardering voor horizontaal toezicht

Michiel Herweijer & Bert Marseille

1	Vraagstelling	59
2	Productie van rekenkamerrapporten	60
2.1	Instituties	61
2.2	Productie	64
3	Dilemma	65
4	Budget	67
5	Waardering	68
6	Toetsing	70
7	Conclusie	72

Toezicht op gemeenten in Duitsland

Hansko Broeksteeg

1	Inleiding	73
2	Gemeenten in Duitsland	74
3	Toezihtgronden en toezichthouder	75
3.1	Rechtsaufsicht	75
3.2	Fachaufsicht	76
4	Instrumenten van toezicht	77
4.1	Preventief toezicht	77
4.2	Repressief toezicht	77
5	Toeziht: algemene beginselen	81
6	Een korte rechtsvergelijking	82
7	Slot	83

Op zoek naar een goede vorm van verzelfstandiging

Luuk Boxum & Gerard Kuiper

1	Inleiding	85
2	Scheiding van beleidsvormende regels en uitvoerende beschikkingen	86
3	Uitvoeringsorganisatie met een raad van toezicht	88
4	Beheersmatige zelfstandigheid	91
5	Trends in het denken over verzelfstandiging	93
6	Conclusie	96

Deel II: Toezicht

Een kleine fenomenologie van het inspecteren

Ferdinand Mertens

99

Hoe het momentum voor betere milieuhandhaving verloren ging

Jan Mans & Gustaaf Biezeveld

1	Bestuurlijke bevoegdheden zijn heilig	107
2	Twijfel bij gemeenten over gekozen oplossing	113
3	Conclusie	118

Professionaliseren van toezichthouders

Heinrich Winter, Melle Schol & Niko Struiksma

1	Inleiding	119
2	Toezicht: specifiek of generiek?	122
3	Het beroepsprofiel en competentieprofiel van de toezichthouder	123
4	Samen professionaliseren	125
5	Inspanningen van diverse actoren	127

Een goede raad voor *effectief* toezicht

Paul Robben & Ine Borghans

1	Evaluatie van toezicht	129
2	Wat is toezicht	130
3	De wetten van toezicht	130
4	De Groningse onderzoekspraktijk	131
5	De derde wet van toezicht	132
6	Vide	133

Pionieren in 'empirical legal research'

Frans Leeuw & Bert Niemeijer

1	Inleiding	137
2	Empirical legal research: achtergronden	137
3	Enkele kenmerken van ELR	139
4	Research reviews over handhaving en toezicht	140
5	De Gedragscode Behandeling Letselschade: Evaluatie onderzoek in zes stappen	143
5.1	Probleemstelling	143
5.2	Theorie	144
5.3	Onderzoekdesign	144
5.4	Dataverzameling	145
5.5	Analyse	145
5.6	Beantwoording onderzoeksvragen	148
6	De Ridder als 'mensch'	149

Een grotere rol van privaat toezicht in de bouw: gaat dat werken?

Richard Neerhof

1	Inleiding	151
2	Naar een grotere rol van private kwaliteitsborging in het bouwtoezicht	152
2.1	Studies naar een grotere rol van private kwaliteitsborging in de bouw	152
2.2	Experimenteren en touwtrekken	156
3	De rol van private kwaliteitsborging in het huidige bouwrecht	158
3.1	De betekenis van private kwaliteitsborging voor het gemeentelijk bouwtoezicht	158
3.2	Ervaringen met conformiteitsbeoordeling in het publiekrechtelijke bouwrecht	160
3.3	De rol van private kwaliteitsborging in relaties tussen marktpartijen in de bouw	161
4	Ervaringen met private kwaliteitsborging in relatie tot publiek bouwtoezicht in het buitenland	163
5	Hoe privaat bouwtoezicht kan bijdragen aan kwaliteit van bouwwerken	164

Goede raad voor toezicht op de gezondheidszorg in Tanzania

Henry Molllel & Albertjan Tollenaar

1	Inleiding	167
2	Toezicht als verschijnsel	168
3	Van systeemtoezicht en proxy-toezicht naar supportieve supervision	171
4	Veronderstelde effectiviteit van supportieve supervision	174
5	Supportive supervision in de Tanzaniaanse gezondheidszorg	175
5.1	Gezondheidszorg in Tanzania	175
5.2	Design van het toezicht	176
5.3	De realiteit	177
6	Conclusie	177

Deel III: Juridisering

Juridificatie van bestuursbetrekkingen: van de Eems in de Dollard?

Herman Bröring

1	Onderwerp	181
2	De visie van De Ridder	182
3	Het kan verkeren: de Awb en haar overtroffen ambities	184
4	Beleidsregels en richtlijnen	185
5	Bezwaar en beroep	187
6	Slot	190

Wetgeving en bestuur als grondslag voor het vertrouwen van de burger in de democratische rechtsstaat

Rein Jan Hoekstra

193

Informereren, overleggen, onderhandelen en vertrouwen

Leo Damen

1	Bij wie moet je zijn?	199
2	Wie komt er verder dan het loket?	199
2.1	De Damen Doctrine	200
2.2	Het probleem van front offices	201
3	Hoe te overleggen en onderhandelen met een bevoegd bestuursorgaan?	203
3.1	Huisje hier, huisje daar	203
3.2	Wie neemt het initiatief?	205
3.3	Planologie met beleidsvrijheid of platte dorpspolitiek?	205
3.4	Verbod van vooringenomenheid voor gemeenteraden? Anything goes	206
3.5	Beleidsvrijheid, zorgvuldig onderzoeken en motiveren	208
4	Legitimatie van beleidsvrijheid?	209
5	Wat moet de overheid dan wel doen?	210

Bouwen met vertrouwen

Dick Lubach

1	Inleiding	211
2	Innovatief aanbesteden en vertrouwen	212
3	Samenwerkingsvormen in de bouwketen: samenwerking en vertrouwen	214
4	Minder en andere regels in het omgevingsrecht en vertrouwen	216
5	Functionele en prestatie eisen in het Bouwbesluit en vertrouwen	217
6	Verschuivingen in de balans	218
7	Ten slotte	219

Toezicht over de grenzen

Michiel Scheltema

1	Ko de Ridder over intern en extern toezicht	221
2	Grensoverschrijdend toezicht: een verkenning van een ondoorzichtig terrein	223
3	De verhouding publiek en privaat in het grensoverschrijdende toezicht	227
4	Ter afronding	232

Eerstelijns rechterlijk toezicht op boetebesluiten van de ACM

Annalies Outhuijse & Jan Jans

1	Inleiding	233
2	De boetebevoegdheid	234
3	De kille cijfers en een eerste ruwe analyse	234
4	Kan er überhaupt een boete worden opgelegd?	235
4.1	Onvoldoende bewijs om de overtreding bewezen te achten	236
4.2	Onvoldoende de economische context bekeken	238
4.3	Ontbrekende, niet tijdige of ontoereikende motivering	239
5	Is de boete niet te hoog?	240
5.1	Onjuiste boetegrondslag	240
5.2	Verkeerde kwalificatie van de overtreding	241
5.3	Onevenredig hoge boete	241
6	De redelijke termijn	243
7	Conclusies	244

Repressieve verzorgingsstaat

Gijsbert Vonk

1	Inleiding	247
2	Fraude en misbruik: verboden vruchten van dezelfde boom	248
3	De spiraal van verplichtingen en sancties	248
3.1	Nederland	248
3.2	Duitsland en het Verenigd Koninkrijk	250
4	Achtergronden en implicaties van het strenge beleid	252
5	De rechterlijke respons	254
6	Afsluiting	259

Lijst van publicaties	261
------------------------------	-----

Gepromoveerd bij Ko de Ridder	269
--------------------------------------	-----

Over de auteurs	271
------------------------	-----

Inleiding

Heinrich Winter, Albertjan Tollenaar & Bert Marseille

1 Homo academicus

In deze bundel reflecteren 33 auteurs, (oud-)collega's, promoti, vrienden en relaties van Ko de Ridder, op zijn bijdrage aan de wetenschap en de praktijk. Ko houdt van ordening, zowel in zijn wetenschappelijke publicaties als in zijn adviezen voor de bestuurspraktijk. De bijdragen in deze bundel reageren op onderdelen van die orde, die Ko als homo academicus typeert. Kenmerkend zijn de brede blik van Ko, het programmatische karakter van zijn oeuvre en zijn inspirerende begeleiding en onderwijs. Ko slaagt er daarbij in een verbinding tussen wetenschap en de bestuurlijke en ambtelijke praktijk te leggen.

De brede blik van Ko valt iedereen op die enige tijd in zijn gezelschap doorbrengt. Hij is een groot kenner, verzamelaar en lezer van strips, waaronder *graphic novels*. Hij speelt orgel. Zingt in een koor. Weet alles van de Verenigde Staten (maar ook van menig ander land). Is verzot op bootjes en zeilen. Hij fietst, wandelt en leest. Ko komt altijd weer met de meest bijzondere verhalen op de proppen. Soms heeft hij daarover in een boek gelezen, maar nog veel vaker heeft hij het aan den lijve ondervonden, in een enkel geval zelfs letterlijk. Toen hij in 1996 een ingrijpende hartoperatie moest ondergaan, leek het of niet de patiënt Ko op de snijtafel lag maar de nieuwsgierige wetenschapper Ko. De hartchirurg werd honderduit gevraagd over z'n vak en de ingreep. Hij beleeft groot plezier aan het vermaken en – vooral! – onderrichten van zijn gehoor. Zoals in een van de bijdragen aan deze bundel onder woorden gebracht, is er daarbij dikwijls sprake van een wisselwerking tussen abstract en concreet. Ko begint dan bij een theorie, een algemeen maatschappelijk verschijnsel of een historische gebeurtenis, maar verbindt dat moeiteloos aan een concreet feit, iets wat hem (of Loni of een van de kinderen) is overkomen of een concrete verwachting die hij heeft. Veel verhalen van Ko gaan over mensen. Wel een handicap dat het onthouden van de namen van die mensen zo lastig is... Dat neemt niet weg dat hij zeer geïnteresseerd is in anderen en dat hij zijn contacten trouw onderhoudt. Hij trekt nog regelmatig op met vrienden die hij in zijn studietijd heeft leren kennen en met oud-collega's waarmee hij al lang niet meer samenwerkt. Een aantal van hen schreef ook een bijdrage aan deze bundel.

Bij het samenstellen van deze bundel viel de sterk programmatische inslag van Ko's academische loopbaan al snel op. Het kostte geen enkele moeite om drie lijnen uit zijn werk te destilleren die centraal staan, maar het hadden er ook vijf of tien kunnen zijn. Uiteindelijk zijn we uitgekomen bij bestuurlijke organisatie, toezicht en

juridisering. Op elk van die terreinen valt op hoe consistent Ko de afgelopen veertig jaar is geweest. Niet zelden was hij een voorloper, die als een van de eersten het belang van een bepaalde thematiek zag en daarover vervolgens gezaghebbend publiceerde.

Hij was op het terrein van juridisering een voorloper met een publicatie in de bundel 'De rechtsstaat herdacht' uit 1989 – onderdeel van het toenmalige onderzoeksprogramma 'Bestuursbetrekkingen'. Een boeiend en tegendraads betoog: bezien vanuit de rechtsstaatgedachte is het idee dat uitbreiding en verfijning van het stelsel van regels leidt tot verschraling van bestuursbetrekkingen. Ko heeft dit betoog uitgewerkt in latere publicaties, waarin hij zich onder meer keerde tegen de verdere codificatie van de bestuursbetrekking tussen burger en bestuur in de Algemene wet bestuursrecht. Inmiddels, meer dan 25 jaar na die eerste publicatie, hebben we een overheidsprogramma 'Prettig contact met de overheid' dat ons doordringt van die paradox en noopt tot handelen. Vertrouwen in de overheid en de legitimiteit van het overheidshandelen – thema's in het huidige onderzoeksprogramma 'Public law, Public trust' – staan tegenwoordig immers op het spel. Op verschillende momenten in zijn wetenschappelijke loopbaan kwam het thema juridisering overigens terug, enkele jaren geleden in de vorm van een rapport van een visitatiecommissie waarvan Ko lid was, die onderzoek deed naar de juridische functie op de departementen. Van de voorzitter van die commissie is in deze bundel een bijdrage te vinden.

Ook op het terrein van het overheidstoezicht kan Ko gerust een pionier worden genoemd. Hij schreef daarover zijn proefschrift in 1990 en dat was zeker niet zijn eerste publicatie over dat onderwerp. Het is geen toeval dat zijn omschrijving van het begrip toezicht, die hij publiceerde in een bijdrage aan de bundel 'Handboek beleidsvoering overheid' in 1988, sinds jaar en dag in de overheidsdocumenten over toezicht wordt gehanteerd. Menigeen schrijft die definitie van het verschijnsel toezicht dat bestaat uit de drie onderdelen informatieverzameling, beoordeling en interventie (of vergelijkbare bewoordingen) toe aan de Algemene Rekenkamer, maar feit is dat de Rekenkamer die definitie van Ko heeft overgenomen. In het verlengde van toezicht heeft ook het onderwerp rechtshandhaving Ko's belangstelling. Hij verrichtte – samen met anderen, want dat heeft zijn voorkeur – op dat terrein veel derdegeldstroomonderzoek.

Als het gaat om de organisatie van de overheid heeft Ko aan verschillende onderzoeksprojecten deelgenomen, waaronder het grote project over zelfstandige bestuursorganen. Onder dit thema kunnen ook zijn publicaties over ministeriële verantwoordelijkheid worden geschaard. Enkele van zijn promoti die promoveerden op het terrein van de bestuurlijke organisatie schreven ook mee aan deze bundel.

Bij elk van de drie genoemde onderzoeksterreinen valt op dat sprake is van zowel fundamenteel wetenschappelijk onderzoek, als van (wat we tegenwoordig noemen) valorisatie daarvan in op de praktijk gerichte onderzoeks- en adviesprojecten. Ko is een veelgevraagd adviseur die onder meer door toezichtsorganisaties is gevraagd zijn licht op bepaalde toezichtsarrangementen te laten schijnen. Dat was bijvoorbeeld het geval met de Inspectie van het Onderwijs, waarvoor Ko nog niet

zo lang geleden onderzoek deed naar het toezicht op de kinderopvang. Een provinciebestuur vroeg hem als onafhankelijk rapporteur het provinciale milieutoezicht op een olieverwerkend bedrijf door te lichten. Als lid van de commissie Herziening Handhaving VROM-regelgeving heeft zijn bemoeienis aan de wieg gestaan van de oprichting van de Regionale Uitvoeringsdiensten. De voorzitter van deze commissie schreef mee aan deze bundel.

Ko is een inspirerend docent. Hij geeft studenten zijn volle aandacht en – een schaars goed deze dagen – hij gunt ze alle tijd! Als Ko een scriptiestudent begeleidt komt de student niet twee of drie keer langs voor een korte bespreking en uiteindelijk een eindgesprek. Er zijn meerdere ontmoetingen en niet zelden duren die hele dagdelen. Een hele prestatie voor iemand wiens tijd schaars is, maar de inzet daarvan is voor Ko van een zodanig praktische orde dat hij zich er nauwelijks om lijkt te bekreunen. Uiteraard heeft dat ook wel een schaduwkant. Een afspraak met Ko loopt vaak uit, maar begint daardoor ook niet altijd op tijd. Maar dat zorgde er juist voor dat Ko aan de (studie)carrière van menig student een beslissende wending kon geven, bijvoorbeeld door een gesprek over studie- of beroepskeuzes.

Ko heeft verschillende promotieonderzoeken tot een goed einde gebracht. Acht van zijn promoties hebben een bijdrage geleverd aan dit boek. Het is nauwelijks toevallig dat de meeste van hen nog steeds werkzaam zijn in de wetenschap. Bij Ko kom je niet zo maar door de ballotage, maar eenmaal zo ver, lonkt er kennelijk wel een academisch perspectief. Het is ook in dat verband gelukkig te noemen dat Ko als honorair hoogleraar na zijn pensionering het promotierecht nog mag blijven uitoefenen.

2 Inhoud van de bundel

Het Liber Amikorum is opgebouwd rond drie thema's. De auteurs hebben we gevraagd zich op een van die thema's te richten, waarbij we hun de mogelijkheid hebben gegeven te reflecteren op een publicatie van Ko. Veel van de auteurs kostte het geen enkele moeite een publicatie van Ko als uitgangspunt van hun bijdrage te nemen of zich daardoor te laten inspireren. Opvallend is trouwens ook dat Ko aan het slot van vele bijdragen opduikt, maar nu vanwege de verwachting dat de vragen die in de bijdrage onbeantwoord zijn gebleven of de nieuwe vragen die de conclusie ervan oproept, wellicht een kolfje naar Ko's (onderzoeks)hand zijn. Te beoordelen naar de bijdragen van deze bundel liggen er nog vele uitdagende onderzoeksvragen op Ko te wachten.

Het eerste onderdeel van de bundel heeft als thema bestuurlijke organisatie. Dit is een steeds terugkerend thema in het werk van Ko, waarbij het enerzijds gaat over de juiste schaal voor publieke dienstverlening en anderzijds over de organisatie van verantwoordingsrelaties. *Fleurke & Polhuis* onderzoeken met welke risico's de decentralisatie van de jeugdzorg is omgeven. Ze gaan daarbij te werk volgens de methode

van De Ridder: 'start van abstract naar concreet, ga vervolgens van concreet naar abstract en vice versa, tot geen meerwaarde meer ontstaat'. De auteurs doen aan het eind van hun bijdrage de voorspelling dat de verwachtingen die met de decentralisatie van de jeugdzorg worden gewekt slechts ten dele zullen worden ingelost. Over het vergroten van de efficiency zijn ze niet optimistisch en ze verwachten niet dat de gemeenteraad de bepalende rol zal gaan spelen die van hem verwacht wordt. *Brink & Coolsma* buigen zich over schaaldiscussies op geheel andere beleids-terreinen. Aan de hand van een analyse van de reorganisatie van het politiebestedel en de instelling van veiligheidsregio's gaan zij op zoek naar een antwoord op de vraag op welke schaal deze publieke taken het beste kunnen worden georganiseerd. Een antwoord is niet eenvoudig te formuleren, ook al omdat de optimale schaal afhankelijk is van vele factoren. *Haan-Kamminga* gaat in haar bijdrage ook in op de schaal van dienstverlening, nu bezien vanuit de vraag welke mogelijkheden digitalisering biedt om de door de taakuitbreiding noodzakelijke samenwerking tussen gemeenten tot een succes te maken. *Elzinga & Warmelink* analyseren verschillende vormen van democratische en rechterlijke controle op het handelen van ambtsdragers. *Herweijer & Marseille* gaan in op de rol van rekenkamers bij de verantwoordelijkheidsrelatie tussen het college van b & w en de gemeenteraden. Op basis van empirisch onderzoek zoeken ze een antwoord op de vraag hoe besluitvormers reageren op het dilemma of het in tijden van bezuinigen beter is te bezuinigen *met of op* toezicht. *Broeksteeg* kiest een rechtsvergelijkende insteek. Naar aanleiding van de kritisch ontvangen Wet revitalisering generiek toezicht vergelijkt hij de Nederlandse situatie met die in Duitsland. Een vergelijking in de tijd wordt gemaakt door *Boxum & Kuiper*. Zij behandelen drie kenmerken van de vormgeving van de verzelfstandiging van bestuursorganen, zoals de inrichting van de uitvoerende organisatie en de verhouding tussen de uitvoerende organisatie en de beleidsvormende minister.

Het tweede onderdeel van de bundel gaat over toezicht. *Mertens* gaat in op het fenomeen inspecteren. Hij schetst de betekenisverandering die de activiteit die met dat begrip wordt aangeduid in de afgelopen twee eeuwen, als gevolg van de veranderingen in de maatschappij, heeft doorgemaakt. *Mans & Biezeveld* schetsen de wederwaardigheden van het advies 'De tijd is rijp', dat gaat over een meer effectieve milieuhandhaving. Hoe is het te verklaren dat de implementatie van de aanbevelingen niet is verlopen zoals de opstellers van het advies hadden verwacht? Over de rol van toezichthouders gaat de bijdrage van *Winter, Schol & Struiksma*. Welke competenties moet een toezichthouder bezitten? Gelden die algemeen voor alle toezichthouders, ongeacht het object van toezicht, of zijn er verschillen, al naar gelang het terrein waarop het toezicht betrekking heeft? En hoe kan het beste vorm worden gegeven aan de professionalisering van de toezichthouder? *Robben & Borghans* voegen aan de twee wetten van toezicht van De Ridder een derde toe: effectief toezicht is 'evidence based'. *Leeuw & Niemeijer* plaatsen het werk van De Ridder in het kader van Empirical Legal Research en laten aan de hand van diens onderzoek over de Gedragscode Behandeling Letselschade zien hoe doordacht hij als onderzoeker te werk gaat en hoe vruchtbaar de resultaten van het door hem verrichte onderzoek

zijn. Het functioneren van vormen van private kwaliteitsborging in de bouw in relatie tot publiek bouwtoezicht is het onderwerp van de bijdrage van *Neerhof*. Mede op basis van rechtsvergelijkend onderzoek probeert hij een antwoord te vinden op de vraag onder welke voorwaarden private kwaliteitsborging bij kan dragen aan de constructieve veiligheid van bouwwerken. De bijdrage van *Mollel & Tollenaar* heeft 'supportive supervision' als onderwerp. Ze onderzoeken wat de waarde is van de introductie van dit concept voor de kwaliteit van de gezondheidszorg in Tanzania. Zij concluderen in hun bijdrage dat dit concept, als zo vaak, een door donorlanden opgelegd concept is, dat weinig merkbare veranderingen op de werkvloer teweegbrengt.

Het derde en laatste onderdeel van de bundel heeft als titel juridisering. In zijn bijdrage neemt *Bröring* de denkbeelden van De Ridder over de toegevoegde waarde of averechtse werking van rechtsregels als uitgangspunt. Wanneer is sprake van het ene effect, wanneer van het andere? *Hoekstra* behandelt een aantal vraagstukken over de verhouding wetgever-bestuur-samenleving. Hoe kan worden gewaarborgd dat wetgeving als legitiem wordt ervaren en de totstandkoming en de inhoud ervan een positieve invloed hebben op het functioneren van de democratische rechtsstaat? De 'Damen-doctrine', een door de Ridder bedachte term voor een door Damen gesignaleerd verschijnsel (inhoudend dat overal waar je in het bestuur 'prijkt', het mis is), wordt door *Damen* zelf kritisch tegen het licht gehouden. Is de scepsis van De Ridder over deze doctrine terecht of niet? *Lubach* gaat in op het belang van vertrouwen in het vormgeven van rechtsverhoudingen in het aanbestedings- en het omgevingsrecht. Ook weer naar aanleiding van een publicatie van De Ridder (ditmaal diens bespreking van een preadvies van A.H. Scheltema en M. Scheltema over financieel toezicht in het bestuursrecht en het privaatrecht) stelt *Scheltema* zich de vraag hoe, gegeven de noodzaak voor het publieke toezicht om in grensoverschrijdende verhoudingen gebruik te maken van privaat toezicht, in- en extern toezicht het beste op elkaar kunnen worden afgestemd. Juist in deze grensoverschrijdende situaties blijkt het recht immers afwezig en is een 'internalisering van publieke belangen' het enige wat rest. *Outhuijse & Jans* doen verslag van een onderzoek naar het rechterlijk toezicht op de boetebesluiten van de Autoriteit Consument en Markt. Hoe kan het dat die besluiten veel minder vaak de rechterlijke toetsing overleven dan gebruikelijk is in bestuursrechtelijke procedures? *Vonk* sluit het laatste gedeelte van de bundel af met een beschouwing over de repressieve verzorgingsstaat, waarbij hij ingaat op de vraag hoe de rechter een tegenwicht kan bieden tegen al te drieste inbreuken van de wetgever op de rechten van uitkeringsgerechtigden.

3 Tot besluit

Het schrijven van een Liber Amicorum, een vriendenboek, is een mooie academische traditie. Ko verdient dit boek als geen ander. Wij hebben daaraan met veel ple-

zier gewerkt. De enthousiaste medewerking van (oud-)collega's, promoti, vrienden en relaties heeft ons bevestigd in onze overtuiging dat Ko zeer geliefd is. En dat enthousiasme maakte het ons ook gemakkelijk; vermanende woorden en aangescherpte deadlines waren niet nodig. Toch schrijft er iets. Dat heeft te maken met het besef dat Ko langzaam maar zeker afstand zal gaan nemen. Want hoewel Ko als honorair hoogleraar aan de Groningse faculteit verbonden blijft, zal het contact toch in frequentie afnemen. Een heel gemis, want als er iemand is bij wie je zo maar even binnen kunt lopen voor een praatje, een wijs woord, een advies, een relativerende opmerking, een grap, een anekdote of een vriendelijke vermaning, dan is het Ko wel. Maar wellicht kunnen we ons troosten met de wetenschap dat Ko zijn nieuwe functie vanaf 1 maart 2014 serieus zal opvatten, waardoor wij nog veel van al zijn kwaliteiten zullen kunnen profiteren.

Tot slot. Het plaatje op de omslag verbeeldt de ordening die Ko graag aanbrengt in zijn werk. Ko neemt buitenlandse gasten vaak mee naar het Planetarium in Franeker: het oudste nog werkende planetarium ter wereld, dat door Eise Eisinga tussen 1774 en 1781 werd gebouwd in zijn eigen woonkamer. In 2012 ging de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde er op excursie naar toe. De auteurs voelen zich sterk verbonden met Ko; wij zijn in zekere zin onderdeel van zijn orde. Dit boek kan worden begrepen als een blijk van dank daarvoor: een Ridderorde.

Deel I: Bestuurlijke organisatie

Heeft de nieuwe Jeugdwet de toekomst?

Fred Fleurke & Peter Polhuis

1 Inleiding

Gemeenten worden op 1 januari 2015 verantwoordelijk voor de uitvoering van alle hulp voor kinderen, jongeren en hun opvoeders. Het vooruitzicht daarop heeft geleid tot een ware kakofonie: De kwaliteit van jeugdzorg holt de komende jaren achteruit, als die wordt overgeheveld naar ruim 400 gemeenten.¹ Het recht op zorg maakt plaats voor een zorgplicht, met alle kans op willekeur van dien.² Meer pillen door nieuwe Jeugdwet.³ Het gaat niet om decentralisatie, maar om een ordinaire bezuiniging.⁴ De verwijzing naar het begrip participatiesamenleving is een doorzichtige truc om de staatszorg nog verder in te perken.⁵ Meer bureaucratie door nieuwe Jeugdwet.⁶ Professionals worden overgeleverd aan de grillen van gemeentebesturen die alles mogen.⁷ Het sociale stelsel dumpen bij de gemeenten, met te weinig geld en blijvend bemoeiedrag, helpt het land niet.⁸

In deze bijdrage gaan we na met welke risico's de decentralisatie van de jeugdzorg is omgeven. We laten daarbij buiten beschouwing de problemen die zich in de transitieperiode, bij de invoering van het nieuwe bestuurlijke stelsel, voordoen of nog zullen voordoen. De vraag die we zullen onderzoeken is: in hoeverre mag worden verwacht dat de gekozen vorm van decentralisatie onder de condities die op het terrein van de jeugdzorg aanwezig zijn, leidt tot de met het gedecentraliseerde stelsel beoogde effecten?

Wij gaan te werk volgens de methode die de jonge emeritus in zijn onderzoek placht te volgen. Deze methode kan worden samengevat met de stelregel: start van abstract naar concreet, ga vervolgens van concreet naar abstract en *vice versa*,

- 1 Enquête Abvakabo FNV onder 1217 jeugdhulpverleners: 2013.
- 2 Zie interview met de kinder- en jeugdpsychiater Menno Oosterhoff, *De Volkskrant* 15 juli 2013.
- 3 Steven van Eijck, voorzitter Landelijke Huisartsen Vereniging, *De Volkskrant* 9 oktober 2013 p. 6.
- 4 J. van den Berg. 'De schaal van het gemeentebestuur en de doem van de uniformiteit', in: *Verslag Symposium Kenniscentrum Lokaal 13*, 17 mei 2013, p. 33. Ook M. Allers, 'Decentralisaties en opschaling van gemeenten zinvol, onvermijdelijk of beter van niet?' in: *Verslag Symposium Kenniscentrum Lokaal 13*, 17 mei 2013, p. 9.
- 5 Abram de Swaan. 'We realiseren ons niet hoe krachtig het marktfundamentalisme is', *Het Financieel Dagblad* 12 oktober 2013, p. 7.
- 6 Actal (Adviescollege toetsing regeldruk) in zijn advies van 18 febr. 2013 over het wetsvoorstel.
- 7 Prof. mr. Ido Weijers, *NRC Handelsblad* 8 oktober 2013.
- 8 Marc Chavannes *NRC Handelsblad* 29 juni 2013.

tot geen meerwaarde meer ontstaat.⁹ Deze methode is ook sterk in het privéleven van de gewezen hoogleraar geïnternaliseerd. Ter illustratie: als Ko de plek van zijn jeugd wil laten zien, zoals een van ons is overkomen,¹⁰ wordt de reis per fiets niet gestart bij zijn inmiddels gerenoveerde geboortehuis (Oostvoorne), maar met de beklimming van de Euromast te Rotterdam, teneinde vanaf 185 meter hoogte eerst een overzicht te krijgen van het gebied waar hij opgroeide. Pas wanneer dit volledig tot de medereiziger is doorgedrongen, worden de verschillende locaties bezocht waarbij, met voortdurende terugkoppeling naar de abstractie, vermelding van het kleinst denkbare detail niet wordt geschuwd.

Wij beginnen deze bijdrage daarom met een uiteenzetting van de decentralisatietheorie om te kunnen beschikken over een stelsel van begrippen, waarmee de Jeugdwet kan worden geanalyseerd. Vervolgens dalen we af naar een aantal veronderstellingen van beleidsmakers over de werking van het nieuwe stelsel, teneinde na te gaan of deze veronderstellingen gezien de mogelijkheden van een gemeente en de condities op het terrein van de jeugdzorg hout snijden. We sluiten af met een aantal min of meer abstracte conclusies.

De huidige Wet op de jeugdzorg die de aanspraak op, de toegang tot en de bekostiging van jeugdzorg regelt, voor zover daarop geen aanspraak bestaat ingevolge de AWBZ of de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen, dateert van 1 januari 2005. Deze wet bracht een bestuurlijk stelsel tot stand waarbij de jeugdzorg aan de provincies en de zogenaamde plusregio's werd toevertrouwd.¹¹ Kern van dit stelsel is dat gedeputeerde staten en de plusregiobesturen de zorg inkopen bij de jeugdzorginstellingen en dat in elke provincie een Bureau Jeugdzorg werkzaam is dat als toegangspoort dient voor de jeugdzorg. De belangrijkste beoogde effecten waren destijds *integrale beleidsvoering* (het bewerkstelligen van een samenhangend aanbod van jeugdzorg, waartoe een flink aantal specifieke uitkeringen voor elke werksoort afzonderlijk werd samengevoegd) en *vraagsturing* (aansluiting van het aanbod op de behoefte).

Nu, na tien jaar, wordt een nieuw bestuurlijk stelsel geïntroduceerd, waarbij decentralisatie naar gemeenten plaatsvindt. De geschiedenis van de bestuurlijke vormgeving van de jeugdzorg is daarmee samen te vatten als de gefaseerde overgang van een groot aantal specifieke uitkeringen van het *Rijk* voor elke werksoort

9 Deze methode is in embryonale staat reeds aanwezig in een van De Ridders eerste onderzoeken: *De plannen Bakkersveenweg en Sluiskade te Vriezenveen* (Oktober 1978), een casestudy die deel uitmaakte van het project Complementair Bestuur Stadsvernieuwing.

10 Eerstgenoemde auteur viel dit genoegten ten deel, van 20 tot en met 25 augustus 2012. De grondig geplande fietstocht, in een e-mail aangeduid als 'tentatieve routeplanning', voerde van Rotterdam, langs schitterende dorpen en gehuchten over de Zuid-Hollandse eilanden (niet te verwarren met Zeeland), en eindigde te Rotterdam.

11 Op basis van de Wgr regioplus, die binnenkort wordt ingetrokken.

of subdoel afzonderlijk,¹² via (vanaf 2005) een bundeling in een brede doeluitkering aan de *provincies* en *plusregio's*, naar storting van alle relevante rijksbijdragen aan de *gemeenten* middels de algemene uitkering aan het Gemeentefonds (vanaf 2015).

In de memorie van toelichting bij de nieuwe Jeugdwet worden vier redenen genoemd om de jeugdzorg naar de gemeenten te brengen.¹³ (1) De zorg moet zo dicht mogelijk bij de burger worden gebracht; geen distantie maar participatie. (2) Kostenbeheersing. De kosten van vooral de gespecialiseerde complexe zorg stijgen de pan uit; de gemeenten zijn op dit punt in staat tot een ingrijpende hervorming van de jeugdzorg. (3) Deregulering. De grote regeldruk en bureaucratie vanuit de rijksoverheid dient te worden beteugeld. Gemeenten zijn in staat een aanpak te ontwikkelen waarbij niet de regels maar het kind en gezin centraal staan ('één gezin, één plan, één regisseur'). (4) Eenheid van financiering. De nog steeds bestaande geormerkte financieringsstromen in het huidige stelsel leiden tot een versnipperde aanpak; daaraan komt een eind als gemeenten beschikken over een eigen totaalbudget. De algemene veronderstelling van het wetsvoorstel¹⁴ is dat decentralisatie naar gemeenten leidt tot betere en zelfs goedkopere jeugdzorg.

2 Decentralisatietheorie

Decentralisatie omschrijven wij kortweg als het overdragen van een bestuurstaak of een deel daarvan aan een lagere overheid. Het begrip decentralisatie bestaat uit drie elementen. Het eerste element heeft betrekking op het te verwezenlijken doel in termen van een beter functionerend bestuur. Het tweede betreft het middel, *in casu* een bestuurlijk stelsel met een decentraal karakter. Het derde element clauseert de doel-middel relatie door aan te geven onder welke condities zij geldt. In algemene zin is steeds de vraag aan de orde: welke vorm van decentralisatie leidt onder welke condities tot welke effecten op de kwaliteit van het bestuur? Deze gedachtegang is in eerder onderzoek naar de effecten van decentralisatie in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken uitgewerkt in een analysemodel.¹⁵ Dat model passen wij hier toe. Het model berust op onderzoek naar decentralisatieprojecten op 11 beleidsterreinen en is sindsdien gebruikt zowel bij het ontwerpen van bestuursbeleid door beleidsmakers als in evaluatieonderzoek van wetenschapsbeoefenaren.¹⁶

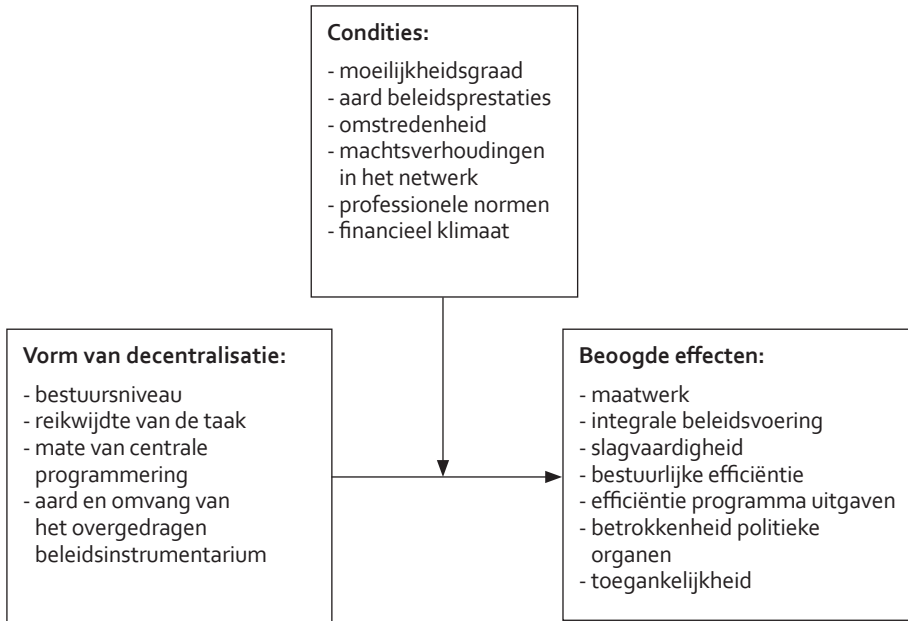
12 Voor een analyse van hoezeer in die tijd (vóór 2005) het nationale jeugdbeleid was versnipperd en hoezeer dit het lokale jeugdbeleid beklemde, zie R.J.H. Gilsing. *Bestuur aan banden; lokaal jeugdbeleid in de greep van nationaal beleid*, SCP-publicatie 2005/10, Den Haag: SCP 2005, i.h.b. deel III.

13 *Kamerstukken II 2012-2013*, 33 684, nr. 3, p. 10-13 (MvT).

14 *Kamerstukken I 2013-2014*, 33 684, A.

15 F. Fleurke, R. Hulst & P.J. de Vries, *Decentraliseren met beleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1997, *passim*, in het bijzonder p. 10-15.

16 Een voorbeeld van het laatste is de dissertatie van Rob Gilsing naar het jeugdbeleid in de periode 1998-2001. Zie aangehaald werk.



Beoogde effecten

Als we dit analysemodel over het ontwerp Jeugdwet en de MvT heen leggen, scoren alle daarin vermelde beoogde effecten positief. *Maatwerk* komt zeer uitdrukkelijk aan de orde. Beoogd effect is dat door een vergroting van de zeggenschap van de lagere overheid de afstemming van de besluitvorming op de eigen aard van het geval verbetert. De verwachting is dat dit zal geschieden, omdat de afstand tussen burger en overheid afneemt. Het tweede effect – *integrale beleidsvoering* – staat eveneens centraal in de beleidsstukken. Hierbij gaat het om de vraag in hoeverre decentralisatie ertoe leidt dat een te ver doorgesloten horizontale en verticale differentiatie wordt doorbroken en de aanpak van een maatschappelijk probleem vanuit verschillende sectoren en disciplines gecoördineerd plaatsvindt. Dit zou worden bereikt doordat de gemeente niet alleen jeugdzorg volledig onder haar hoede krijgt, maar ook op twee naastliggende gebieden – werk voor mensen met een beperkt arbeidsvermogen en maatschappelijke ondersteuning – een groter takenpakket krijgt. Veel gemeenten hebben al programmamanagers aangesteld die de samenhang van de drie decentralisaties in de gemeenten moeten bevorderen en bewaken.¹⁷ Een derde effect betreft *slagvaardigheid*. Het gaat hier om de vraag of de lagere overheid in staat is adequaat te reageren op wijzigingen in de maatschappelijke behoefte en in voor de beleidsvoering relevante condities. De gemeente heeft in de jeugdzorg te maken met een beleidsveld waarin zowel aan de vraagzijde als in het aanbod van jeugdvoorzieningen veel dynamiek en variëteit heerst. Dit vraagt om adequate

17 Er is zelfs al een overlegorgaan voor gemeentelijke programmamanagers in het sociale domein opgericht.

maar vooral ook om tijdige gemeentelijke interventies. Tezamen vormen deze drie beoogde effecten een indicatie voor de effectiviteit van het bestuurlijk handelen.

Om de efficiëntie van het bestuurlijk handelen te duiden, is in het analysemodel een onderscheid gemaakt tussen bestuurlijke efficiëntie en de efficiëntie van programma-uitgaven. Bij *bestuurlijke efficiëntie* gaat het om de besluitvormings- en apparaatskosten van het bestuursorgaan of de bestuursorganen in kwestie. Bij de *efficiëntie van programma-uitgaven* om de uitgaven voor de daadwerkelijk geleverde diensten en producten. De bedoeling is dat het nieuwe stelsel zowel op het ene terrein (reductie van bestuurlijke en administratieve afstemming en supervisie) als op het andere terrein (levering van minder en minder kostbare zorg via een verschuiving van zwaardere naar lichtere voorzieningen) efficiënter zal zijn.

Ten slotte wijst het model naar wat vaak als belangrijkste oogmerk van decentralisatie wordt beschouwd, namelijk een zorgvuldiger afweging van belangen en prioriteiten in het licht van de maatschappelijke behoefte. Daarbij dienen twee beoogde effecten te worden onderscheiden. Het eerste betreft de *betrokkenheid van politieke organen*. Verondersteld wordt dat op gemeentelijk niveau het democratische gehalte van de besluitvorming toeneemt. Het tweede beoogde effect is de vergroting van *toegankelijkheid van de besluitvorming*. Omdat bij jeugdzorg geïndividualiseerde besluitvorming een belangrijke plaats inneemt, is het van belang in hoeverre de jeugdige en zijn of haar ouders of verzorgers directe invloed kunnen uitoefenen op de besluitvorming in hun geval. We zullen zien dat op dit laatste effect sterk wordt ingezet.

Condities

De daadwerkelijke effecten van decentralisatie op de kwaliteit van het bestuur variëren met de condities waaronder de decentralisatie plaatsvindt. De volgende condities zijn hier van belang.¹⁸ In de eerste plaats de *moeilijkheidsgraad van het beleid*. Het gaat hierbij om de mate van deskundigheid en expertise die voor de aard van het beleid (i.c. het type beleidsprestatie) en de beleidsvoering noodzakelijk is. Het is voor een gemeente geen sinecure om periodiek een plan door de gemeenteraad te laten vast stellen, zodanig dat het 'richting geeft aan de door de gemeenteraad en het college te nemen beslissingen betreffende preventie en jeugdhulp, de uitvoering van kindbeschermsmaatregelen en jeugdreclassering'.¹⁹ Maar nog veel moeilijker is het een dergelijk beleidsplan uit te voeren, in afhankelijkheid van deskundigen (indicatiestelling, moeilijk te doorgronden zorgtrajecten e.d.), en in de context waarbinnen de gemeente dat moet doen (samenwerking met andere

18 In het hierboven weergegeven analysemodel is niet opgenomen de conditie 'externe effecten', omdat deze conditie in dit beleidsveld vanwege de aard van de beleidsprestaties geen belangrijke rol speelt. Zie voor een omschrijving van externe effecten: F. Fleurke, R. Hulst & P.J. de Vries. *Decentraliseren met beleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1997, p. 13.

19 Art. 2.2 lid 1 van het wetsvoorstel. Hier ligt een uitgelezen taak voor lokale rekenkamer(commis)sie(s) om nog in 2014 een nulmeting te verrichten en om na verloop van tijd na te gaan welke effecten het gemeentelijke jeugdbeleid heeft gesorteerd.

actoren en organisaties als scholen, huisartsen, medisch specialisten, jeugdartsen, zorgverzekeraars, pleegzorgaanbieders, jeugdhulpverleners, gecertificeerde instellingen, de raad voor de kindbescherming, etc.).

Het tweede kenmerk heeft betrekking op de *aard van de beleidsprestaties*. Decentralisatieoperaties betreffen beleidsprogramma's van zeer uiteenlopende aard, van grootschalige, complexe projecten tot eenvoudige routineaangelegenheden. In dit geval is dikwijls, maar niet altijd, sprake van complexe, geïndividualiseerde beleidsprestaties.

Ten derde is van belang dat de decentralisatie plaatsvindt op een terrein waarop de definitie van de maatschappelijke problemen en opvattingen over hun oplossing *omstreden* zijn. Interventies van de overheid in het leven van jeugdigen en hun ouders liggen maatschappelijk zeer gevoelig. De kritiek is dat de overheid te vroeg ingrijpt (teveel bemoeienis met de opvoeding) of te laat (calamiteit is voltrokken).

Een vierde relevante conditie betreft de *machtsverhoudingen in het netwerk* waarvan de lagere overheid deel uit maakt. De gemeente beschikt weliswaar over het budget voor de jeugdzorg, maar zij is voor de realisatie van haar doelstellingen aangewezen op particuliere instellingen met elk hun eigen belangen en doelstellingen.

Een vijfde conditie betreft de aan- of afwezigheid van door alle betrokken actoren gedeelde *professionele normen*. Met name van kinderpsychiatrische zijde leeft de vrees dat professionele normen door gemeentelijke regels en besluiten terzijde worden geschoven, waardoor kinderen hun recht op kinderpsychiatrische zorg verliezen.²⁰ Omgekeerd kunnen in de praktijk professionele normen in de plaats treden van uitgevaardigde gemeentelijke regels. De decentralisatie zou onder die conditie geen enkel effect sorteren.

Een laatste conditie betreft het *financiële klimaat*. Algemeen wordt verondersteld dat de beoogde effecten van decentralisatie in een situatie van contractie moeilijker worden gerealiseerd dan bij continuïteit of expansie van de beschikbare financiële middelen.

De gekozen vorm van decentralisatie

De jeugdzorg wordt in vergaande mate gedecentraliseerd. Dat blijkt in de eerste plaats uit het feit dat jeugdzorg een taak wordt van *gemeenten*. De hoofdkenmerken van de gemeente – open huishouding en integrerend vermogen – impliceren een serie aan elkaar gerelateerde kenmerken (wijkaanpak, lokale netwerken, participatie, nabije voorzieningen, integratievermogen, etc.) die gunstig zijn voor het realiseren van de beoogde effecten. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel uitdrukkelijk in gemeentelijke samenwerking. Het laat zich aanzien dat samenwerking tussen gemeenten vooral plaats zal vinden met betrekking tot het contracteren van instellingen die specialistische voorzieningen leveren, de zogenaamde tweede lijnorganisaties, al zijn de gemeenten, in casu de colleges, vrij zelf te bepalen op welke

20 Deze vrees is neergelegd in een petitie die op het moment van afsluiting (27 december 2013) van dit artikel 69.601 ondertekenaars had. Internet: Zorg over de jeugd-ggz.

terreinen wordt samengewerkt.²¹ Naarmate de takenpakketten van de inmiddels 41 vastgelegde jeugdzorgregio's gevulder raken, zullen de voordelen van decentralisatie naar gemeenten in meer of mindere mate verdampen.²²

Een tweede dimensie met behulp waarvan het nieuwe stelsel voor de jeugdzorg kan worden getypeerd is de *reikwijdte van de taak*. Alle onderdelen en aspecten van de jeugdzorg vallen onder de gemeentelijke beleidsvoering, terwijl bovendien belendende bestuurtaken aan de gemeenten zullen toevallen of reeds deel uitmaken van het gemeentelijke takenpakket (nieuwe Wmo en Participatiewet).

Een derde dimensie is *centrale programmering*. Deze is beperkt tot een omschrijving van de bestuurstaak jeugdzorg in de wet, regelgeving ten aanzien van de certificering van instellingen en het stellen van eisen aan jeugdhulpaanbieders en gecertificeerde instellingen.²³ Elke vorm van inhoudelijke normering ontbreekt. Met andere woorden: de gemeenten beschikken over een grote mate van beleidsvrijheid, althans in hun verhouding tot de centrale overheid.

Daar staat tegenover dat in de wet specifiek toezicht is opgenomen, namelijk een aanwijzingsbevoegdheid (art. 2.15). Dit hoeft echter niet te betekenen dat een eigen aanwijzingsbevoegdheid van de minister per se leidt tot een zwaarder toezicht dan als zo'n specifieke aanwijzingsbevoegdheid er niet zou zijn. De nieuwe regeling van het generieke interbestuurlijke toezicht biedt namelijk al veel ruimte voor interventie van de minister. Terecht merkt De Ridder op: 'Zo'n interventie kan dan op elk besluit en elke handeling over de hele breedte van de gemeentelijke beleidsvoering betrekking hebben.'²⁴

De vierde dimensie betreft *de aard en omvang van het beleidsinstrumentarium* dat met de taak wordt overgedragen. Gemeenten zijn bevoegd tot het uitvaardigen van regels (verordening), het ontwikkelen van jeugdzorgbeleid (beleidsplan), en ze beschikken over een vrij besteedbaar budget (subsidies, contracten).

De vraag is nu met welke risico's de decentralisatie van de jeugdzorg naar de gemeenten is omgeven, gegeven de geproclameerde doelstellingen en de aanwezige condities in het beleidsveld. Wij analyseren dit achtereenvolgens in termen van effectiviteit (met als indicaties: maatwerk, integrale beleidsvoering en slagvaardigheid), efficiëntie (indicaties: bestuurlijke efficiëntie en efficiëntie van programma-uitgaven) en zorgvuldige afweging van prioriteiten en belangen (indicaties: betrokkenheid politieke organen en toegankelijkheid).

21 Artikel 2.8 lid 1 stelt slechts een voorwaardelijkheid, namelijk dat samenwerking '... voor een doeltreffende en doelmatige uitvoering van deze wet aangewezen is'.

22 Zie een vergelijkende analyse van vier modellen van regionale beleidsvoering, waaronder vrijwillige samenwerking: J.R. Hulst, *De bestuurlijke vormgeving van regionale beleidsvoering*, Delft: Eburon, in het bijzonder p. 177-185.

23 Respectievelijk hoofdstuk 2, 3 en 4 van het wetsvoorstel.

24 J. de Ridder, *Toezicht op de kinderopvang*, Groningen: RUG 2012, p. 23. Zie ook Solke Munneke, 'De staatsrechtelijke rol van de gemeenteraad bij decentralisaties', in: H. Bosselaar & G.J. Vonk (red.), *Bouwplaats lokale verzorgingsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 83-84.

3 Jeugdzorg en effectiviteitsrisico's

Maatwerk

Verondersteld wordt dat de gemeente als de meest nabije overheid, veel meer dan de provincie, in staat is het proces van jeugdhulpverlening zodanig in te richten dat de besluitvorming wordt afgestemd op de eigen aard van het geval. Uit de praktijk van de invoering van het stelsel tot dusver blijkt dat veel gemeenten van plan zijn per wijk multisectorale en multidisciplinaire teams in te stellen en per casus een regisseur. Daarbij staat samenwerking van alle instanties – scholen, eerstelijnsgezondheidszorg, welzijnsinstellingen en dergelijke – centraal. Daarnaast wordt verondersteld dat de jeugdige en zijn ouders of verzorgers, meer dan in het huidige stelsel het geval is, in de besluitvorming van de gemeente participeren. Dat vereist een heroriëntatie – een herprofessionalisering – van de professionals in de jeugdzorg. Zij zullen niet vanuit hun professionele rationaliteit, hun eigen sector of discipline een hulpverleningsplan voor het kind moeten ontwikkelen, maar vanuit de zienswijze van het gezin moeten opereren en één plan moeten maken dat is toegesneden op de problematiek van het kind en zijn situatie. In de beleidsstukken geldt het adagium 'één gezin, één plan, één regisseur'.

De vormgeving van een adequate contactstructuur in de context van jeugdzorg is een ingewikkelde puzzel. Een wijkteam voor de jeugdzorg moet gelijktijdig verscheidene functies vervullen. Het wijkteam is in de eerste plaats de toegangspoort tot de hulpverlening.²⁵ Het is ook een belangrijk middel om tijdig problemen te signaleren. Het is het forum waar verschillende disciplines met elkaar samenwerken om zo te bereiken dat het probleem van de jeugdigen en hun ouders integraal wordt aangepakt, met name in situaties van zogenaamde multiproblematiek. Het is de plaats waar kind en gezin hun invloed op de behandelwijze en het hulpverleningsplan moeten kunnen laten gelden. En als klap op de vuurpijl is het wijkteam de plek waar *in concreto* meer programma-efficiëntie moet worden gerealiseerd. Deze functies zijn moeilijk met elkaar in overeenstemming te brengen.

Bovendien ligt er de assumptie aan ten grondslag dat jeugdigen en hun ouders ook werkelijk in staat zijn de problematiek over te brengen en in de besluitvorming te participeren. 'Daarvoor moet een behoorlijke mate van verbale communicatievaardigheid aangeleerd worden, die het individu in staat moet stellen anderen te beïnvloeden en zich door anderen te laten beïnvloeden.'²⁶ Dat vereist een heel repertoire aan socialisatiemiddelen dat in de context van een intakesituatie voor jeugdzorg niet spontaan aanwezig is.

25 Daarnaast behouden huisartsen, medisch specialisten en jeugdartsen hun verwijfsrecht in die gevallen waar sprake is van medicalisering. Zie ook artikel 2.6 lid 3 waarin de colleges worden verplicht afspraken te maken met de huisartsen, medisch specialisten, jeugdartsen en zorgverzekeraars over de voorwaarden waaronder en de wijze waarop een verwijfsing toegang biedt tot jeugdhulp.

26 B.C. Filet, *Kortsluiting met de bureaucratie*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1974, p. 55 e.v.

Ongetwijfeld vormen de invoering van teams op wijkniveau en het aanstellen van een regisseur per geval belangrijke aanzetten voor het realiseren van maatwerk. Maar het zal nog veel tijd en inspanning vergen om onder de gegeven condities van financiële contractie en vaak niet gedeelde professionele normen tot een werkbare invulling van de taken van wijkteams en regisseurs te komen, en daarbij ook nog eens ruimte te bieden voor participatie van de direct belanghebbenden.

Integrale beleidsvoering en slagvaardigheid

De gemeente manifesteert zich op het terrein van de jeugdzorg met ingang van 1 januari 2015 als beleidsvoerder.²⁷ Dat behelst drie rollen. In de eerste plaats de gemeente als *opdrachtgever* voor de jeugdhulpaanbieders en instellingen die daadwerkelijk de zorg verlenen. Het gaat daarbij om het ontwikkelen van contracten, normering van subsidies en systemen van monitoring, prestatiemeting en evaluatie. In de tweede plaats de gemeente als *bekostiger*. In die rol dient de gemeente een duidelijk beeld te hebben van de behoefte aan zorg en bij het ontbreken daarvan onderzoek te verrichten. De gemeente hoeft daarbij de in het veld gepercipieerde behoefte niet klakkeloos te vertalen in een boodschappenlijst die zij bij de instellingen indient, maar kan daar eigen doelstellingen ten aanzien van preventie, participatie van cliënten en kostenreductie in betrekken. Ten derde de gemeente als *partner* van andere beleidsvoerders. In die hoedanigheid is de gemeente medeverantwoordelijk voor de ontwikkeling van een professioneel lokaal en regionaal netwerk voor zorg en voor een geschoolde praktijk daarin.

Het met succes vervullen van deze rollen in hun onderlinge samenhang is geen eenvoudige opgave. In de eerste plaats is jeugdzorg een complex beleidsveld. De gemeente heeft in haar beleidsvoering te maken met de organisaties in de eerstelijns- en tweedelijnszorg, maar ook met twee 'ketens', namelijk de jeugdbeschermingsketen en de jeugdstrafrechtketen, met in elke keten tal van organisaties. Dat vereist veel kennis en expertise waarover de meeste gemeenten nu nog niet beschikken. In de tweede plaats zal de gemeente in haar beleidsvoering een balans moeten vinden tussen sturing enerzijds en steun bieden aan en samenwerking met andere actoren in het veld anderzijds. De gemeenten hebben weliswaar doorzettingsmacht – ze beschikken over een eigen budget met bestedingsvrijheid en over de mogelijkheid het concurrentiemechanisme in te zetten –, maar ze zijn voor de uitvoering in vergaande mate afhankelijk van de zorginstellingen die in regionale en landelijke koepels samenwerken. Hoe deze machtsverhoudingen in het netwerk zullen uitwerken, en of de gemeentelijk beleidsvoering bestand is tegen (ongewenste) professionele normen van de instellingen, zal moeten blijken.

Dit neemt niet weg dat de mogelijkheden voor integrale beleidsvoering onder de nieuwe wet veel gunstiger zijn dan onder de oude wet, omdat schotten in de

27 Vaak aangeduid als 'regisseur', kennelijk met de bedoeling om aan te geven dat de gemeente vooral niet te sturend in het beleidsveld moet optreden. Maar dat hangt af van de situatie en de rol die wordt verlangd of zelf opgelegd, net zoals in de toneel- en filmwereld waar de rol van regisseur sterk uiteenloopt: van de regisseur die de acteurs veel vrijheid geeft tot de regisseur die niets aan het toeval overlaat.

financiering en in de organisatie van het sociale domein worden weggenomen. De gemeenten krijgen zowel de jeugdzorg, de jeugdreclassering als de jeugdpsychiatrie onder hun hoede. De reikwijdte van de overgedragen jeugdzorgtaak wordt nog verruimd doordat ook twee belendende beleidsterreinen aan de gemeenten worden overgedragen, namelijk een substantieel deel van de AWBZ dat naar de Wmo wordt verplaatst en de Wet Werk en Bijstand, de Wet Sociale Werkvoorziening en een deel van de Wet Werk en Arbeidsondersteuning Jonggehandicapten die in de nieuwe Participatiewet worden ondergebracht.²⁸ De mogelijkheden voor een integrale benadering en voor meer slagvaardigheid, met name voor het voeren van beleid ten aanzien van jeugdigen en gezinnen die te maken hebben met een opeenstapeling van problemen ('multiproblematiek'), worden daardoor substantieel vergroot.

4 Jeugdzorg en efficiëntierisico's

Bestuurlijke efficiëntie

De besluitvormingskosten in het huidige stelsel worden in belangrijke mate veroorzaakt door de gescheiden besluitvormingscircuits in de jeugdzorg en de verticale en horizontale coördinatie in en tussen elk van deze circuits. Verwacht wordt dat met de samenvoeging van de verschillende financieringsstromen en de daarbij behorende bestuurlijke reorganisatie de besluitvormingskosten zullen verminderen. Tegelijk moet er echter rekening mee worden gehouden dat de besluitvormingskosten van elke individuele gemeente en van de samenwerking tussen gemeenten in de vorm van regionale samenwerkingsverbanden aanzienlijk worden vergroot. Wij veronderstellen daarom dat per saldo de besluitvormingskosten van het stelsel zeker in de eerste jaren sterk zullen oplopen, en dat deze kosten pas op de langere termijn, op een hoger niveau, worden gestabiliseerd.

Efficiëntie van programma-uitgaven

De decentralisatie van de jeugdzorg gaat gepaard met een bezuiniging van 5% van het huidige budget in 2015, die oploopt tot een bezuiniging van 15% (450 miljoen) in 2017 en later. De veronderstelling in het beleid is dat met een verschuiving van voorzieningen van 'zwaar' naar 'licht', het robuuster maken van de organisatie van de eerste lijn en meer inzet op preventie deze bezuiniging te realiseren is. Het is opvallend dat er op gemeentelijk niveau een stemming heerst dat deze bezuiniging haalbaar is zonder de kwaliteit van de zorg aan te tasten.²⁹ Kennelijk zijn gemeentelijke bestuurders van mening dat de provinciale Bureaus Jeugdzorg te gemak-

28 Indien tenminste de desbetreffende wetsvoorstellen de Staten-Generaal zullen passeren.

29 Zie Instituut voor publieke waarden. *Van 3 decentralisaties naar 3-dimensionaal. Een pleidooi voor ruimte*, juni 2013. In dit essay maken de geïnterviewde wethouders zich opvallend weinig zorgen over de financiële verkrapping, wel over de korte termijn waarop dat moet gebeuren.

kelijk indicaties afgeven voor de dure zorg van instellingen in de tweedelijns en dat gemeenten zelf aanzienlijk goedkoper jeugdzorg kunnen inkopen. Uiteraard kan niet worden voorspeld wat er van deze verschuiving terecht zal komen. Maar wij achten het risico groot dat na de eerste ronde van contractvorming van gemeenten (i.c. regionale samenwerkingsverbanden) met jeugdhulpinstellingen, waarin de bezuinigingstaak is verwerkt, de pijn voor groepen ouders zichtbaar zal worden en gemeenteraden zich gedwongen zullen zien hun financiële kaders voor de jeugdzorg bij te stellen. Zelfs valt niet bij voorbaat uit te sluiten dat het nieuwe stelsel meer vraag naar jeugdzorg zal uitlokken. De jeugdteams die in de wijken van een gemeente speuren naar zorgvraag ('vroegsignalering') zouden dit in combinatie met actief burgerschap in de hand kunnen werken.

5 Jeugdzorg en de risico's met betrekking tot zorgvuldige afweging van belangen en prioriteiten

Betrokkenheid van politieke organen

Gemeenten hebben in het gedecentraliseerde stelsel een grote mate van beleidsvrijheid. Daaruit kan de verwachting worden afgeleid dat de besluitvorming in de gemeenteraad zich zal kenmerken door fundamentele discussies. Wij noemen twee argumenten waarom we voorspellen dat dit niet het geval zal zijn. In de eerste plaats bleek uit eerder onderzoek naar de effecten van decentralisatie in het sociale domein dat politieke tegenstellingen en interventies of amendementen van beleid door de gemeenteraad zelden voorkwamen.³⁰ Beleidsmatige discussies en een kritische doordenking en toetsing van beleid en financiering door vertegenwoordigende organen werden in geen van de zes onderzochte centrumgemeenten aangetroffen. Een tweede reden is dat meermalen is aangetoond dat de vooruit- en terugkoppingsmechanismen tussen raden en intergemeentelijke samenwerkingsverbanden omslachtig en weinig effectief zijn. Over een groot deel van de gemeentelijke budgetten, namelijk over de contracten met instellingen voor de specialistische zorg, wordt juist in deze samenwerkingsverbanden – de zogenoemde verbonden partijen – besloten. De conclusie is dat het beoogde effect – vergroting van de betrokkenheid van politieke organen – niet wordt bereikt. We verwachten dat in politieke zin het jeugdzorgbeleid onomstreden zal zijn. De vaststelling van het beleidskader zal veelal een hamerstuk zijn, behalve als het gaat om de financiële paragraaf, wanneer al of niet vermeende schandalen en incidenten stof doen opwaaien, en als er ongelijkheid gaat ontstaan tussen gemeenten in de behandeling van individuele gevallen waardoor Den Haag – en uiteindelijk ook de gemeenteraden – zal worden geactiveerd.

³⁰ F. Fleurke, M.C. Jochemsen, A.J.G.M. van Montfort & P.J. de Vries, *Selectieve decentralisatie en de zorg voor kwetsbare groepen*, Den Haag: VNG Uitgeverij 2002, p. 40-41.

Toegankelijkheid

Een sterk benadrukt beoogd effect is de participatie van jeugdigen en ouders of verzorgers in het proces van hulpverlening en het betrekken van het sociaal netwerk daarbij.³¹ Dit is niet slechts een doel op zich, maar ook een middel om de effectiviteit en efficiëntie van de jeugdzorg te bevorderen.³² Ongetwijfeld zal in een aantal gevallen het gezin met eventuele steun van zijn sociaal netwerk, meer dan nu het geval is, zelfredzaam kunnen zijn en de regie van de hulpverlening ter hand nemen. Maar in verreweg de meeste gevallen is deze vorm van vraagsturing in de eigenlijke zin van het woord niet of nauwelijks toepasbaar, omdat de mogelijkheden van de cliënten zelf om hun behoeften te articuleren, nu eenmaal beperkt zijn. Wij voorzien dat de ideologie van zelfredzaamheid en participatie van de jeugdige, ouders en sociaal netwerk niet bestand zal blijken tegen de weerbarstige werkelijkheid, en dat in de gemeentelijke praktijk aanzienlijk realistischer uitgangspunten voor de rol van de cliënt in het hulpverleningsproces zullen worden gekozen.

6 Conclusies

De belangrijkste risico's waarmee de decentralisatie van de jeugdzorg naar de gemeenten is omgeven zijn:

1. In het nieuwe stelsel wordt veel nadruk gelegd op 'her-professionalisering' binnen de sociale sector van het gemeentelijk apparaat, maar ook daarbuiten, zowel in de eerste als tweedelijns zorgverlening. Jeugdigen en ouders moeten, zo mogelijk met inschakeling van hun sociale netwerk, het heft in eigen handen nemen en de regie voeren in hun eigen hulpverleningsproces. Dit impliceert dat de professionals in gemeentelijke dienst die belast zijn met de toeleiding, advisering en bepaling van de aangewezen voorziening, maar ook de jeugdhulpaanbieders zelf en hun instellingen, hun rol als jeugdhulpverlener moeten herstructureren en herijken. Twee risico's doen zich daarbij voor. Het eerste is dat zal blijken dat de verwachting dat cliënten de regie voeren over hun eigen hulpverleningsproces veel te hoog is gegrepen en in veel gevallen weinig connectie met de werkelijkheid heeft. Het tweede risico is dat zich tussen de professionals en het gemeentelijk management op den duur ernstige spanningen zullen voor-

31 Het gedachtegoed van participatie en zelfredzaamheid ('eigen kracht') deed volop haar intrede in de Nederlandse verzorgingsstaat met de invoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning in 2007, een wet die met een ruime meerderheid in de Kamer werd aangenomen. Voor een evaluatie van de uitwerking van dit gedachtegoed op gemeentelijk niveau, zie: J.C.V. van der Veer, *Weg uit het verleden*, Amsterdam: VU University Press 2013.

32 Participatie wordt in de beleidsstukken op twee wijzen gebruikt. Als het uitoefenen van invloed op de bestuurlijke besluitvorming en als deelneming aan het maatschappelijk leven (werk, vrijwilligerswerk, etc.). Zie voor het onderscheid tussen bestuurlijke en politieke participatie: F. Fleurke, *Toegankelijkheid van het openbaar bestuur*, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1982, p. 26.

- doen, waarbij de beroepscode van de 'sociale professional' conflicteert met het beleid en budget van de gemeente.
2. Wijk- en/of jeugdteams worden beschouwd als panacee voor zowel het bereiken van maatwerk als integraliteit. Dit berust op twee veronderstellingen. De eerste is dat de teams onafhankelijk, niet gehinderd door regels en bureaucratistische structuren zullen kunnen opereren ten opzichte van de staande gemeentelijke organisatie. De tweede veronderstelling is dat in principe de inbreng van elk teamlid even zwaar wordt gewogen in de besluitvorming. Het een noch het ander is juist. Er zal, zeker in een situatie van contractie, van bovenaf worden gestuurd, ofwel vooraf randvoorwaarden aan de besluitvorming worden gesteld. En de discipline, methodiek of professional met de grootste overtuigingskracht, 'bewezen' effectiviteit of gezag zal in de besluitvorming domineren en de uitkomst onevenredig bepalen.
 3. De veronderstelling dat met het centraal stellen van de cliënt in het hulpverleningsproces en met het instellen van wijkteams en regisseurs aanzienlijke bezuinigingen kunnen worden bereikt, is niet of nauwelijks beargumenteerd. Als de toegankelijkheid van jeugdzorg nog groter wordt dan die nu al is, moet op zijn minst rekening worden gehouden met de kans dat juist het omgekeerde gebeurt, namelijk groei van de vraag naar (duurdere) jeugdzorg.
 4. Bij de decentralisatie van de jeugdzorg is gekozen voor een vorm van decentralisatie die samenwerking tussen gemeenten voorschrijft. De daartoe ingestelde samenwerkingsverbanden hebben tot taak de relaties te onderhouden met de instellingen die op regionaal of bovenregionaal niveau opereren (meestal de tweedelijns jeugdzorginstellingen) met het oog op af te sluiten contracten, en de monitoring en evaluatie daarvan. Welke vorm van samenwerking men daarbij ook kiest, in alle gevallen ondergraven regionale samenwerkingsverbanden de betrokkenheid van de politieke organen van de gemeenten. Als al of niet vermeende fouten of schandalen niet adequaat door de gemeenteraden worden verwerkt, zullen al gauw spoeddebatten in de Tweede Kamer volgen, en op den duur leiden tot regressieverschijnselen, *in casu* recentralisatie dan wel druk op meer toezicht van bovenaf.
 5. De vrijheid van opereren van gemeenten, de mate waarin zij in staat zijn te reageren op ontwikkelingen in de maatschappelijke behoefte, wordt in sterke mate bepaald door de maatschappelijke en commerciële organisaties die het jeugdbeleid uitvoeren. Hun positie is door deregulering en fusies in de afgelopen jaren aanzienlijk versterkt. Het is in dat verband twijfelachtig of de gemeentelijke overheid – ondanks haar rol als financier van het jeugdbeleid – over voldoende autoriteit en competentie beschikt om een herverdelingsvraagstuk bij uitstek, namelijk het teweegbrengen van een drastische verschuiving van de tweedelijns zorg naar preventie of eerstelijns zorg, op te lossen zonder daarbij de effectiviteit van de jeugdzorg te schaden.
 6. Het door het Rijk beschikbaar gestelde budget voor de jeugdzorg wordt gestort in de algemene uitkering van het Gemeentefonds. Daardoor ontstaat een volledige financiële verantwoordelijkheid voor een door het Rijk voorgeschreven

taak. *De facto* wordt een openeinderegeling op gemeentelijk niveau gecreëerd, die een onzeker en onvoorspelbaar beslag legt op de gemeentelijke financiën. In reactie hierop zullen gemeenten – in de eerste plaats het college, maar ook de raad – in hun beleidsvoering veel aandacht besteden aan het beperken van financiële onzekerheden, hetgeen ten koste gaat van de doelstellingen die men met de decentralisatie op het oog had.

Resumerend in termen van onze vraagstelling: wij voorspellen dat de verwachtingen die met de decentralisatie van de jeugdzorg worden gewekt slechts ten dele worden ingelost. Als het gaat om de beoogde verbetering van de effectiviteit in de jeugdzorg zullen de beoogde effecten in grote mate worden bereikt, zij het dat dit niet op slag of stoot zal gebeuren. We verwachten niet dat de beoogde vergroting van efficiëntie in de jeugdzorg, in termen van bestuurlijke efficiëntie en efficiëntie van programma-uitgaven, duurzaam wordt gerealiseerd. Sterker nog, wij sluiten niet uit dat het Rijk de gemeenten te zijner tijd financieel te hulp moet schieten. Voor wat betreft het oogmerk van zorgvuldige afweging van belangen en prioriteiten liggen teleurstellingen in het verschiet. De inbreng van de gemeenteraad zal vergeleken met de inbreng van de professionals in de jeugdzorg bescheiden zijn, en vooral betrekking hebben op de financiële randvoorwaarden van de jeugdzorg. Daarnaast moet de claim dat de 'regie' van het hulpverleningsproces in handen komt te liggen van cliënten en ouders worden beschouwd als een sterk ideologisch geladen wensdroom die hooguit opgaat voor de hoger opgeleide burgers.

Het dynamisch bestuur van de veiligheid

Barbara Brink & Chris Coolsma

1 Inleiding

Een van de terugkerende thema's binnen de bestuurskunde is dat van de optimale schaal, het bestuurlijke niveau waarop een publieke taak het best uitgevoerd zou kunnen worden. Die optimale schaal wordt onder andere bepaald door een balans tussen efficiëntievoordelen en de mate van democratische verantwoording. De zoektocht naar de optimale schaal wordt per taak afgelegd en kan als resultaat hebben dat een taak overgedragen wordt naar een lager niveau, bijvoorbeeld als de taak beter dichterbij de burger uitgevoerd kan worden, of naar een hoger niveau wordt verplaatst, als het bijvoorbeeld efficiënter lijkt om de uitvoering voor een groter gebied te organiseren. Met name op het terrein van functioneel bestuur, dat wil zeggen, overheidsorganisaties belast met een specifieke taak, is de dynamiek in het bereiken van de optimale schaal zeer herkenbaar. Zo is de politie na een langdurige discussie over de optimale schaal, in 1993 eerst regionaal georganiseerd en sinds 2013 nationaal. Voor de veiligheidsregio's is na het afwegen van de voor- en nadelen gekozen voor het regionale niveau. De discussie over de gekozen schaal is in deze gevallen echter nog lang niet uitgewoed. Evaluatieonderzoek van de Wet veiligheidsregio's laat bijvoorbeeld zien dat er ook nadelen kleven aan de gekozen schaal.¹ In deze bijdrage bestuderen wij factoren die van belang kunnen zijn bij de bepaling van de optimale schaal voor een taak, die wij vervolgens aan de hand van de voorbeelden van de vorming van de nationale politie en de veiligheidsregio's toelichten.

2 Conflicterende eisen

Wat is de optimale schaal? Deze vraag kent vele sub-vragen: Hoe groot moet het gebied zijn? Moet dit gebied aansluiten bij de bestaande bestuurlijke hoofdstructuur (Rijk, provincies en gemeenten), of bij bestaande functionele regio's zoals die van de waterschappen? Op welke schaal voelen burgers zich het meeste betrokken? Welke bestuurslaag zou primair politiek verantwoordelijk moeten zijn? Bij welke schaalomvang of schaalgrootte presteren de betrokken organisaties het effi-

1 Evaluatiecommissie Wet veiligheidsregio's en het stelsel van rampenbestrijding en crisisbeheersing, *Advies Evaluatiecommissie Wet veiligheidsregio's en het stelsel van rampenbestrijding en crisisbeheersing*, 2013.

ciëntst? Zijn er ruimtelijk-functionele kenmerken die in acht genomen moeten worden (rivieren, overstromingsgebieden, de infrastructurele hoofdassen)?²

Winter & De Ridder stellen dat in principe voor elke taak een optimale schaal berekend kan worden, bijvoorbeeld uitgedrukt in aantallen burgers of de omvang van het gebied.³ Toch geeft De Ridder in relatie tot de politie in 1999 aan hoe lastig dit is:

'De schaal van opereren moet redelijk groot zijn, vanwege de bedrijfsmatige efficiëntie. Tegelijkertijd moet die schaal ook klein zijn (de lokale politie staat immers onder lokaal gezag), vanwege de maatschappelijke inbedding en de democratische controle.'⁴

De vele, eventueel tegenstrijdige, eisen leidt tot 'het maken van een legpuzzel met teveel stukken'.⁵

Hieruit leiden we af dat elke taak weliswaar een unieke optimale schaal zou kunnen hebben, maar dat het in de praktijk door tal van conflicterende eisen lastig is om die optimale schaal te bepalen. Daarnaast is het de vraag of de taak ook daadwerkelijk op deze optimale schaal georganiseerd kan worden. Taken zijn in Nederland met name over de drie formele bestuurslagen verdeeld: Rijk, provincie en gemeente. Voor veel taken zal het niveau van deze bestuurslagen niet overeen komen met de voor de taak geldende optimale schaal.⁶ Winter & De Ridder laten zien waartoe dat leidt. De centrale overheid oefent bijvoorbeeld druk uit op het gemeentebestuur om gemeentelijke taken onder te brengen bij intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.⁷ Bij de vorming van de Regionale Uitvoeringsdiensten (RUD's), regionale diensten om taken op het terrein van het omgevingsrecht uit te voeren, heeft staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu bijvoorbeeld aangegeven dat hij van plan was om in te grijpen als gemeenten zich niet voor 31 juli 2011 zouden aansluiten bij een RUD of een alternatief verband. De beschreven interventie is 'het tijdelijk bij algemene maatregel van bestuur verschuiven van de belangrijkste gemeentelijke bevoegdheden die behoren bij het basistakenpakket, naar de provincie'.⁸

We zien deze *mismatch* tussen de bestuurlijke inrichting en de optimale schaal bijvoorbeeld bij het transitieproces jeugdzorg. Hierbij worden taken van de provincie naar de gemeente verplaatst om de zorg dichterbij de burger te organiseren. Maar tegelijkertijd wordt door de centrale overheid geconstateerd dat veel gemeenten te

2 Tetteroo 2003, als weergegeven in I.M. van Buggenum, *De Veiligheidsregio. Problemen van regionalisering in theorie en praktijk* (niet gepubliceerd).

3 J. de Ridder & H.B. Winter, 'Interbestuurlijk vertrouwen: de onzichtbare bestuurlijke cohesie', in: A.F.A. Korsten & P. de Goede (red.), *Bouwen aan vertrouwen. Diagnoses en remedies*, Den Haag, 2006, p. 252.

4 J. de Ridder, 'De externe besturing van de politie: Over belemmeringen voor een integrale besturing van de regiokorpsen', *Beleidswetenschap* 1999 (3), p. 233.

5 De Ridder 1999, p. 234.

6 Winter & De Ridder 2007, p. 252.

7 Winter & De Ridder 2007, p. 252.

8 Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu, 15 juli 2011, Brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer, betreffende Stand van zaken vorming Regionale Uitvoeringsdiensten (RUD's).

klein zijn om deze taken te kunnen uitvoeren.⁹ Het gevolg: gemeenten worden door het Rijk vaak dwingend gemotiveerd om samen te werken of te fuseren. Dit is onder andere herkenbaar in het regeerakkoord van de VVD en de PvdA uit 2012, waarin beschreven staat dat er op termijn alleen gemeenten van tenminste honderdduizend inwoners zijn.^{10,11}

Deze sturing van het Rijk op lagere overheden wordt in het artikel van De Ridder & Winter verduidelijkt aan de hand van de organisatie van de politie. De op dat moment toekomstige reorganisatie van de politie wordt verklaard door een 'door een gevoel van urgentie gevoede activistische beleidsvoering', die ervoor zorgt dat 'de grenzen bij de toepassing van verticale besturingsmiddelen worden overschreden teneinde de verwezenlijking van de centrale beleidsdoelstellingen veilig te stellen'.¹²

Hiermee worden aan de schaaldiscussie extra elementen toegevoegd: naast de eventuele conflicterende eisen met betrekking tot taakoptimalisatie en de rol van de jurisdicties hebben we ook te maken met spanningen *tussen* bestuurslagen, de gevoelde verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de taken en het vertrouwen binnen de overige bestuurslagen in deze uitvoering. Al met al is dat wat uiteindelijk als optimale schaal wordt gezien vaak afhankelijk van de heersende opvattingen over eisen met betrekking tot de taakuitvoering.

De verschillende elementen worden hieronder aan de hand van twee korte casusbeschrijvingen verder toegelicht: de organisatie van de taak 'handhaving van de rechtsorde' (vorming nationale politie) en die van de 'crisisbeheersing' (veiligheidsregio's).

3 De politie

In het eerder genoemde artikel over de besturing van de politie geeft De Ridder aan dat het ingewikkeld is om een adequate institutionele positie te benoemen voor de politie, aangezien de politie aan verschillende eisen moet voldoen: 'De politie moet doelmatig functioneren, zoveel mogelijk ingebed zijn de lokale gemeenschap en democratisch worden gecontroleerd.'¹³ Zoals De Ridder in 1999 aangeeft, kunnen deze drie eisen conflicteren. In de jaren erna worden deze conflicterende eisen in de discussie over de optimale schaal voor de politie herhaaldelijk opgevoerd.

9 Zie ander andere 'Gemeenten zijn nog lang niet klaar voor overname jeugdzorg', *Volkskrant* 21 maart 2013.

10 Een dag na aankondiging van dit perspectief reageerde de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) op deze plannen. Daarin pleit de VNG voor de keuzevrijheid voor de gemeenten om hun eigen samenwerkingsvormen te kiezen. Het is de VNG niet duidelijk wat de financiële voordelen van schaalvergroting en de gevolgen voor de lokale democratie en de afstand tussen inwoners en hun raden en colleges zijn. Zie: VNG, 30 oktober 2012, Reactie op regeerakkoord.

11 Regeerakkoord VVD en PvdA 'Bruggen slaan', 29 oktober 2012.

12 De Ridder & Winter, p. 253.

13 De Ridder 1999, p. 233.

Het artikel over de besturing van de politie dateert uit 1999, ruim vijf jaar na de introductie van de dan nieuwe Politiewet uit 1993. Met deze wet zijn gemeente- en rijkspolitie opgegaan in één korps dat op regionaal niveau is georganiseerd. Voor de inwerkingtreding van de Politiewet 1993 was de gemeentepolitie verantwoordelijk voor de handhaving van de plaatselijke verordeningen, terwijl de rijkspolitie zich richtte op criminaliteitsbestrijding en handhaving van de openbare orde. Met de introductie van de Politiewet in 1993 verdween dit onderscheid en was de centralisatietendens ingezet.

De doelstellingen die met de Politiewet in 1993 beoogd werden waren een betere onderlinge samenwerking, grotere efficiency en effectiviteit en 'burgernabije' politiezorg.¹⁴ In de nota 'Een nieuw politiebestedel in de jaren '90' worden meerdere redenen genoemd waarom dit nodig is:

'met een verbrokkeld, ondoelmatig en in verhouding kostbaar politieapparaat valt geen passend antwoord te geven op de toenemende bovenlokaal georganiseerde criminaliteit, (...) de groter wordende gevoelens van onveiligheid, (...) de toeneming van internationale criminaliteit.'¹⁵

Op termijn, zo was de voorspelling, zouden de kosten van het apparaat onbeheersbaar worden.

De gedachte was dat een reorganisatie zou leiden tot een doelmatiger georganiseerde politie. Voor deze doelmatigere organisatie is de regio als optimaal schaalniveau aangemerkt. Hierbij werd aangegeven dat een dergelijke schaalvergroting niet zou leiden tot 'een grotere afstand tussen politie en burgerij of tot een ongewenste verzelfstandiging van de politie'.¹⁶ De lokale verankering zou 'een van de fundamenten van het functioneren van de Nederlandse politie'¹⁷ blijven, aangezien veiligheid en openbare orde belangrijke thema's voor gemeenten zijn en de burgemeester nog verantwoordelijk is voor de handhaving van de openbare orde.

Na de invoering van de Politiewet uit 1993 bleek dat er regionale verschillen in de organisatie ontstonden, die leidden tot verschillen in de kwaliteit van de uitvoering van de politiezorg. De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) constateerde in 2003 dat de nationale doelen hierdoor niet voldoende werden herkend in het regionale beleid en dat er niet voldoende sturingsmechanismen waren om hierin te interveniëren. Hierop stelt de minister dat onder andere vanuit het nationale belang 'een effectiever en daadkrachtiger uitoefening van de politietaak met een efficiëntere inzet van mensen en middelen mogelijk moet zijn'.¹⁸

14 Stuurgroep Evaluatie Politieorganisatie, *Lokaal verankerd, nationaal versterkt*, Utrecht 2005, p. 14.

15 *Kamerstukken II 1989-1990*, 21 461, nr. 2.

16 *Kamerstukken II 1989-1990*, 21 461, nr. 2.

17 Stuurgroep Evaluatie Politieorganisatie 2005, p. 38.

18 Brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer, 26 september 2003, 29 200 VII nr. 4.

De stuurgroep Evaluatie Politieorganisatie had in 2005 als taak om onder andere de schaalgrootte van de politieregio's te bestuderen. Ook de stuurgroep signaleert deze regionale verschillen. Zij concludeerde dat de politie niet zou kunnen ontkomen aan de door de stuurgroep gesignaleerde breed zichtbare trend van schaalvergroting¹⁹ en een vorm van centralisatie, met als doel meer effectiviteit, efficiëntie en slagkracht.²⁰

Dat de organisatie op regioniveau problemen mee zou brengen was al bij de invoering van de regionale politie gesignaleerd. Er werd al vroeg gewezen op het te verwachten democratisch tekort.²¹ Doordat op dit regionale niveau geen directe politieke controle op het politiebeheer plaatsvindt, wordt de politie als het ware losgekoppeld van de politiek en opereert zij zelfstandig bij de uitvoering van haar taak.²²

De Ridder voerspelt al in 1999 dat het democratisch tekort dat door de politiewet uit 1993 is ontstaan, opgelost kan worden door de invoering van een rijks politie onder rechtstreekse verantwoordelijkheid van de minister. In dit scenario zorgt het parlement ervoor dat het democratisch tekort wordt opgelost.²³

In het regeerakkoord uit 2010 is een nieuwe reorganisatie van de politie aangekondigd, waarbij de regionale politie een nationale politie wordt. In 2013 is deze nationale politie een feit. Hiermee wordt de in 1993 ingezette centralisatietendens verder doorgevoerd. In het uitvoeringsprogramma Vorming Nationale Politie worden de motieven opgesomd: doelmatiger werk en meer democratisch gelegitimeerd beheer.²⁴ Ook de minister geeft in een brief aan de Tweede Kamer over de voortgang van de invoering aan dat de doelen duidelijk zijn: 'een grotere bijdrage aan een veiliger Nederland, betere politieprestaties, functioneren als één korps, meer legitimiteit van en groter vertrouwen in de politie.'²⁵ De eis van de inbedding in de lokale gemeenschap wordt niet genoemd. Echter, de Minister van Veiligheid en Justitie geeft in een toespraak bij de officiële start van de nationale politie in januari 2013 het belang van de gemeente aan: de Minister van Veiligheid en Justitie bepaalt als beheerder wat de politie kan, het lokale gezag bepaalt wat de politie doet.²⁶

19 De stuurgroep neemt een 'verdergaande schaalvergroting in de maatschappij' waar. Deze trend is volgens de stuurgroep zichtbaar in de industrie, maar ook bij de overheid, zie o.a. p. 30-31.

20 Stuurgroep Evaluatie Politieorganisatie 2005, p. 37.

21 O.a. in de evaluatie van de Politiewet 1993, uit 1998, zie Stuurgroep Evaluatie Politieorganisatie 2005, p. 46.

22 D.J. Elzinga, 'Het politiebestel', in: C.J.C.F. Fijnaut, E.R. Muller, U. Rosenthal & E.J. van der Torre (red), *Politie: studies over haar werking en organisatie*, Deventer: Kluwer 2005, p. 105.

23 De Ridder 1999, p. 253.

24 Uitvoeringsprogramma Vorming Nationale Politie 2011, p. 3.

25 Brief Opstellen aan Tweede Kamer, Stand van zaken vorming nationale politie, 19 juni 2013.

26 <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2013/01/03/dag-1-officiële-start-nationale-politie.html>, geraadpleegd op 3 januari 2014.

De centralisatietendens is hiermee ten einde gekomen. Binnen de bestuurlijke organisatie van de Staat is er immers geen hoger bestuursniveau dan de Rijksoverheid. Of hiermee de discussie is geëindigd is echter de vraag. De schaalvoordelen van de centralisatie kunnen teniet gedaan worden door de nadelen van de genomen afstand tot de burger. Bij de politietaken speelt de subjectieve veiligheid een grote rol. Om de subjectieve veiligheid te verbeteren zoekt de politie contact met de burger. De gedachte hierachter is dat op deze manier de problemen die burgers van belang achten aangepakt kunnen worden, waardoor de veiligheidsbeleving vergroot zal worden.²⁷ Zo wordt de wijk of het dorp niet alleen het terrein waar taken uitgevoerd worden, maar wordt daar ook beleid ontwikkeld. Rotterdam is in dit kader in 2009 begonnen met het concept 'de buurt bestuurt', waarbij burgers betrokken worden bij de veiligheidsaanpak: 'Door bewoners bij Buurt Bestuurt te betrekken worden ze zelfredzamer, maar door actieve samenwerking kunnen de buurtproblemen écht worden aangepakt'.²⁸ Welke effecten dit zal hebben op de ontwikkeling van de nationale politie, is de vraag. De nationale politie zal in 2015 in Oost-Nederland en in 2017 landelijk worden geëvalueerd. Dan zullen we te weten komen of met de gekozen schaal de optimale schaal inderdaad is bereikt. Wel kan, zoals de stuurgroep Evaluatie Politieorganisatie aangeeft, geconcludeerd worden dat het ideale politiebesteding niet bestaat en dat 'de politie (...) altijd mee moeten veranderen met de veranderingen in de samenleving'.²⁹

4 De Veiligheidsregio

Een tweede voorbeeld van de zoektocht naar de optimale schaal betreft de vorming van de veiligheidsregio, ingesteld bij de Wet veiligheidsregio's (Wvr) van 1 oktober 2010. Deze heeft als belangrijkste doel het verbeteren van de rampenbestrijding en crisisbeheersing. Met de Wvr worden de brandweerbijstand, de geneeskundige zorg, de bevolkingszorg, de politiezorg, de rampenbestrijding en crisisbeheersing op regionaal niveau bijeengebracht. Zo moet niet alleen de operationele slagkracht worden vergroot, maar ook eenheid, eenduidigheid en eenvoud bereikt worden. Aanleiding zijn drie grote rampen – de Herculesramp bij Eindhoven, de vuurwerkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam – die de zwakte van de organisatie van de lokale rampenbestrijding hebben blootgelegd.³⁰

Veel gemeenten werden te klein geacht om een ramp of crisis te bestrijden, terwijl tegelijkertijd veiligheidszorg bij uitstek een lokale verantwoordelijkheid is, die

27 M. Eysink Smeets, H. Moors, M. Jans & K. Schram, *De bijzondere belofte van Buurt Bestuurt*, maart 2013, <http://www.veiligheidspercepties.nl/userfiles/file/De%20Bijzondere%20Belofte%20van%20Buurt%20Bestuurt.pdf>, geraadpleegd op 3 januari 2014.

28 Factsheet voor bewoners, juli 2013, op <http://www.rotterdam.nl/buurtbestuurt>, geraadpleegd op 3 januari 2014.

29 Stuurgroep 2005, p. 23.

30 *De vuurwerkramp*, eindrapport van de Commissie Oosting, Enschede/Den Haag, 28 februari 2001; *Cafébrand Volendam*, eindrapport van de Commissie Alders, 20 juni 2001; *Herculesramp Eindhoven 15 juli 1996*, rapport van de Raad voor de transportveiligheid, 16 december 2002.

zo dicht mogelijk bij burgers en bedrijven moet plaatsvinden. Het belang van de participatie van de burger in signalering en zelfs assistentie ter plaatse, en van het bevorderen van zelfhulp en preventie door burgers wordt steeds vaker benadrukt.³¹

Ook hier herkennen we de eerder besproken conflicterende eisen: veiligheid past wel bij uitstek in het gemeentelijke domein, ook al omdat het raakvlakken heeft met andere gemeentelijke taken, zoals vergunningverlening, maar de schaal van de gemeente wordt gemiddeld genomen toch te klein geacht.

In het geval van preventie en bestrijding van rampen en crises bleek dat de vermoedelijk optimale schaal van organisatie en uitvoering niet bij de bestaande bestuurlijke hoofdstructuur paste. Rampen en crises houden zich niet aan gemeentegrenzen en de mogelijkheid om in het geval van een gemeentegrensoverschrijdende ramp 'op te schalen' naar het provinciale niveau, leidde juist eerder tot verwarring en competentiegeschillen. Opschaling bij rampen moet soepel en snel verlopen. Zo ontstond uiteindelijk de voorlopige oplossing in de Wvr: verlengd lokaal bestuur in de vorm van 25 veiligheidsregio's, bij wet bepaald. De indeling van de regio's kwam overeen met die van de politieregio's. De veiligheidsregio's hebben een eigen bestuur, bestaande uit de burgemeesters van alle gemeenten in de regio. Het bestuur stelt een beleidsplan op en een risicoprofiel. Het heeft daarnaast tal van andere taken die onder andere samenwerking met partners, kwaliteitsverhoging en voorlichting van burgers omvatten.

In de ontwikkeling van de organisatie, het bestuur en de uitvoering van de veiligheidsregio's is echter vanaf de eerste dag zichtbaar dat ook hier geen statische oplossing bestaat. De 25 regio's waren nog niet ingesteld, of de nationale politie werd opgeschaald naar tien regio's. De instelling van tien landelijke meldkamers volgde al spoedig, een ontwikkeling die door Linck verklaard wordt met het verschijnsel van institutioneel isomorfisme: 'dat betekent dat organisaties steeds meer op elkaar gaan lijken door dwang (... wetgeving...), nabootsing van andere organisaties (...) en normatieve druk door professionalisering'.³²

Uit publicaties van Van Buggenum, de Evaluatiecommissie Veiligheidsregio's, Binnenlands Bestuur en diverse veiligheidsregio's blijkt dit dynamisch karakter niet alleen, ze illustreren de onontkoombaarheid van een dynamisch model. De optimale schaal is de schaal die doorlopend wordt aangepast bij nieuwe ervaringen en nieuwe inzichten. Van Buggenum laat zien dat de regionalisering van de rampenbestrijding en crisisbeheersing op zich weer een discussie over nieuwe bestuurlijke problemen heeft veroorzaakt.

In de eerste plaats is er kritiek op de gekozen vorm van verlengd lokaal bestuur. Zo stelt de Raad voor de financiële verhoudingen dat belangenvertegenwoordigers

31 TNO-rapport *RemBrand Fase 1*, 25 februari 2013; Evaluatiecommissie Wet Veiligheidsregio's en het Stelsel van Rampenbestrijding en Crisisbeheersing, 18 september 2013, p. 8: 'bij bestrijding van rampen spelen burgers, organisaties en bedrijven een belangrijke rol', verder publicaties van diverse Veiligheidsregio's over zelfredzaamheid; H. Zomerdijk, *Zelfredzaamheid bij rampen*, VNG magazine, 12 augustus 2013.

32 R. Linck, 'Schaalvergroting bewuste keuze? Achtergronden bij de schaalvergrotingsdiscussie van veiligheidsregio's', *RBOH* 2012 (2), p. 63-67.

van provincies, gemeenten en brandweer en rampenbestrijding neigt het gekozen model te veel naar functioneel bestuur met vergaande bevoegdheden en verantwoordelijkheden.³³ De rol van gemeenten en provincies wordt daardoor gemarginaliseerd, zowel ambtelijk, bestuurlijk als politiek. De brandweertaken gaan naar de veiligheidsregio, het bestuur daarvan is voortaan verantwoordelijk. De door De Ridder & Winter vastgestelde druk richting meer efficiëntie, die niet *matcht* met de bestaande bestuurslagen, wordt hier alom gesignaleerd.³⁴ Het is echter nog veel te vroeg om vast te stellen of de gekozen structuur wel of geen goed idee was. Vermoedelijk zal deze kritiek verstommen als blijkt dat de overgangsproblemen van de vorming van de veiligheidsregio's (waarover straks meer) zijn opgelost.

Een tweede en derde kritiekpunt hebben betrekking op de spanning tussen doelmatigheid en democratie. Op de schaal van de regio bestaat geen gekozen volksvertegenwoordiging. Dit wordt het 'democratisch tekort' van de regio genoemd. Critici vinden dat het verantwoordelijkheidssysteem niet goed geregeld is.³⁵ De minister stelt daar tegenover dat de gemeenteraad wel in staat is om zijn kaderstellende en controlerende taak uit te voeren. De gemeenteraden worden betrokken bij het opstellen van risicoprofielen en kunnen invloed uitoefenen op het beleidsplan dat door de regiobesturen moeten worden opgesteld.³⁶ Het beleidsplan dat door het regiobestuur wordt opgesteld heeft primair als functie de gemeenteraden duidelijk te maken wat de veiligheidsregio doet en gaat doen, wat de rol van de gemeente daarbij is en hoe dat financieel vertaald moet worden in de gemeentebegroting. Dit moet controle vooraf mogelijk maken. Hoe de belangen van de verschillende betrokken gemeenten hierbij worden afgewogen en in hoeverre het regiobestuur vrij is om af te wijken van de wensen van alle gemeenten is onduidelijk. Dat de Evaluatiecommissie in haar rapport concludeert dat de raden meer bij het bestuur van de veiligheidsregio moeten worden betrokken, en dat er taakgerichte adviescommissies moeten komen waarin gemeentelijke portefeuillehouders zitting nemen, wekt dan ook geen verbazing.³⁷

In het genoemde beleidsplan wordt het regionaal risicoprofiel opgenomen. Het plan zal ook duidelijk moeten maken hoe gegarandeerd wordt dat heldere en eenduidige informatie wordt verstrekt over de aard en omvang van verstoringen, en welk overheidsoptreden daarbij past. Het beleidsplan maakt wellicht de meerwaarde van de veiligheidsregio duidelijk. Maar op de besteding van het budget en de besluiten die in de verdere uitvoering van het plan door de veiligheidsregio wor-

33 R.J.M.H. de Greef, 'De veiligheidsregio's: verlengd lokaal bestuur of toch functioneel bestuur?', *De Gemeentestem*, 2009, 7324, p. 449-457, haalt genoemde Raad aan, analyseert de gekozen vorm en toont grote verschillen aan met het verlengd lokaal bestuur in de Wgr.

34 Evaluatiecommissie, op.cit p. 7-8: het gaat wel om verlengd lokaal bestuur, maar er zijn allerlei gedetailleerde wettelijke eisen die afbreuk doen aan democratische legitimatie op lokaal niveau; de taken van gemeenten zijn onvoldoende geïntegreerd; Van Buggenum 2013, p. 14 (over Rob?), p. 15 (IPO, VNG en Raad van State zien er geen verlengd lokaal bestuur, maar een nieuwe functionele bestuurslaag in).

35 Van Buggenum 2013, p. 15.

36 Van Buggenum 2013, p. 15.

37 Van Buggenum 2013. p. 8.

den genomen, is de invloed van de gemeenteraad gering. Hij kan alleen de eigen burgemeester er op aanspreken. Er is dus geen directe, maar indirecte democratische controle, want deze loopt via de burgemeester. De raden komen op dit punt op grotere afstand te staan.

Het derde kritiekpunt betreft de rol van de voorzitter van de veiligheidsregio. De wetgever heeft gekozen voor een eenhoofdige leiding, in de veronderstelling dat dit de professionalisering bij crisisbeheersing ten goede zou komen. Volgens de Wvr neemt de voorzitter bij een bovenlokale ramp of crisis de bevoegdheden van de betrokken burgemeesters over, inclusief de bevoegdheid om noodverordeningen vast te stellen, althans als het om bedreiging van de openbare orde gaat.³⁸ Gemeenteraden hebben daar geen rechtstreekse invloed op, waardoor het bestuur ook op dit punt meer functioneel van aard wordt. De gemeenteraden worden op grotere afstand van de operationele besluiten geplaatst. De enige mogelijkheid achteraf is het indienen van klachten bij de minister, via de Commissaris des Konings.

Naast deze, door Van Buggenum beschreven, kritiekpunten zullen er in de komende jaren zonder twijfel nog meer opduiken. Pas dan zal ook blijken of het stelsel werkelijk doelmatiger en effectiever is. Daarbij komt dat de veiligheidsregio's nog lang niet functioneren zoals oorspronkelijk was bedoeld. De vorming van de veiligheidsregio's blijkt een langdurig proces, waarbij verschillende actoren (gemeenten, provincies, brandweer, ambulance, politie) moeten samenwerken. De positie van al deze actoren is allerm minst duidelijk. Een informatiesysteem dat snelle samenwerking in steeds wisselende omstandigheden bij rampen en crises mogelijk moet maken, is nog in ontwikkeling. Eigenlijk is het enige dat vastligt de bestuurlijke verantwoordelijkheid van de burgemeesters. De burgemeesters organiseren echter nog niet de feitelijke samenwerking van de gemeenten met de hulpdiensten, of de samenwerking van gemeenten onderling. Klachten als 'het stelsel is nog veel te complex want er zijn nog 408 gemeenten, 25 Veiligheidsregio's, 10 politieregio's en één Nationale politie', 'de fysieke veiligheid wordt door de politieke en organisatie-actualiteit verdrongen' of 'veiligheid is het weeskindje van de gemeentepolitiek' maken duidelijk dat er nog veel praktische bezwaren tussen wet en werkelijkheid liggen.

Uit evaluatieonderzoek blijkt dat nog geen van de veiligheidsregio's volledig aan de eisen voldoet. Soms moeten 'post-it'-oplossingen worden bedacht, zoals in het geval van de incidenten waarvoor een specialist uit de regio waar het zich voordoet 40 kilometer moet reizen, terwijl over de grens van de regio op 5 kilometer een vergelijkbare specialist paraat is. Meldkamers moeten nog fuseren. In afwachting daarvan is er soms nog geen calamiteitencoördinator beschikbaar (Flevoland, voorjaar

38 De Jong signaleert in een blog dat de wetgeving (art 176 Gem. Wet en art 1 Wvr) verwar- ring scheidt over de bevoegdheden die de lokale burgemeester over moet dragen aan de voorzitter. Onder crisisbeheersing verstaat de Wvr (art 1) de maatregelen die nodig zijn voor de handhaving van de openbare orde en (dus!) niet de gevaarscomponent. 'Wel bij rellende boeren, niet bij een MKZ-crisis'. In dat laatste geval blijft de burgemeester bevoegd. <http://www.burgemeesters.nl/node/3006>.

2013).³⁹ Uit recent onderzoek door TNO blijkt, dat de maatschappelijke relevantie van de brandweer en dus van de veiligheidsregio niet goed kan worden vastgesteld met de normen die in de Wvr zijn opgenomen.

5 Slotbeschouwing

In ons denken zijn wij geneigd om systemen in een statische toestand te benaderen. In de collegestof van het vak Bestuurlijke Organisatie geeft De Ridder aan dat deze manier van beschouwen in de wetenschap gangbaar (door het gebruik van modellen en figuren) en ook verklaarbaar is, onder andere omdat mensen de voorkeur geven aan een ordelijke omgeving. De zoektocht naar de theoretische geformuleerde optimale schaal is daarmee een logische actie. Toch blijft de vraag of er bij een taak een optimaal schaalniveau gegeven kan worden. Zoals De Ridder in 1999 al aangaf is de zoektocht naar de optimale schaal een legpuzzel met te veel stukken.

Let wel: de optimale schaal met betrekking tot taakoptimalisatie kan benaderd worden. De optimale schaal kunnen we vinden door naar de eigenschappen van de taak te kijken. In de praktijk gaat het echter niet alleen over efficiëntie en effectiviteit, maar zal bij het bepalen van de optimale schaal rekening gehouden moeten worden met bestaande jurisdicties. Als ervoor gekozen wordt om de taak niet bij een van de bestaande bestuurslagen neer te leggen, heeft dit consequenties voor de legitimiteit en de wijze waarop de uitvoering van de taken wordt gecontroleerd. Je kunt ervoor kiezen om de politie dicht bij de burger te organiseren, maar gezien de gemeentegrens overstijgende problematiek en de organisatorische voordelen, is het misschien optimaal om de politie op een regionaal of hoger niveau te organiseren. Het voorbeeld van de politie geeft aan dat de discussie na de vorming van de regionale politie zich richtte op het ontstane democratisch tekort. De Ridder stelde vijftien jaar geleden dat de politie centraal georganiseerd zou moeten worden. Op die manier zou een van de puzzelstukken, het oplossen van het democratisch tekort, op zijn plek komen. Wij zien nu dat de nationale politie een feit is geworden en dat het tegengaan van het democratisch tekort hier inderdaad een belangrijke motivatie voor was.

Bij de veiligheidsregio is het probleem van het democratisch tekort 'opgelost' door de veiligheidsregio als 'verlengd lokaal bestuur' in te richten. Al spoedig bleek dat zowel de vertegenwoordigers van de provincies, als die van de gemeenten, als die van de brandweer deze oplossing een fictie vinden. Zij zien in de praktijk functioneel bestuur met een controle op afstand door gemeenteraden. De minister ontkent dit,⁴⁰ maar de discussie zal zonder twijfel voortwoekeren zolang de positie en rol van gemeenteraad en gemeentelijk apparaat niet verder zijn uitgewerkt.

Bij de legpuzzel van de optimale schaal mogen burgers, maatschappelijke organisaties en bedrijven niet ontbreken. In de beschouwingen van Elzinga en De Ridder & Winter ontbreekt de burger, tenzij het om politieke controle namens de burger

39 Inspectie veiligheid en justitie, *Staat van de rampenbestrijding 2013*, p. 367.

40 Van Buggenum 2013, p. 15.

gaat. Burgers organiseren zich echter, ten kwade (Project X in Haren⁴¹) en ten goede (het georganiseerd zoeken naar vermiste broertjes⁴²). De burger neemt vaker initiatief. Zowel de media als signalerings- en waarschuwingssystemen als Burgernet en Amber alert kunnen van nut zijn, maar ook storen bij het voorkomen en signaleren van rampen en crises. Zo is de politie aan het veranderen in een interactieve netwerkorganisatie waarin partners – waaronder bedrijven en individuen – een belangrijke rol krijgen in de preventie, alarmering en opsporing. Hetzelfde kan in toenemende mate gelden voor de veiligheidsregio's. Burgers kunnen alert gemaakt worden op gevaarlijke situaties, behulpzaam zijn bij het vrijhouden van aanrijroutes of het afgrenzen van een rampgebied. Het bestuur van de veiligheid zal daar dynamisch op moeten inspelen. Wat daar nu weer de optimale schaal van zal zijn, is nog lang niet duidelijk.

De hier gepresenteerde voorbeelden laten een centralisatietendens zien, ingegeven door vraagstukken van doelmatigheid. Dit lijkt in eerste instantie een lineair proces, waarbij we ons een optimaal eindpunt kunnen voorstellen. Toch willen we hier de stelling poneren dat het hier niet gaat om een ontwikkeling richting een vaststaand punt. Het herkennen van een extra puzzelstuk, zoals in deze bijdrage de tendens naar meer burgerparticipatie, ingegeven door mondiger burgers met snelle communicatiemiddelen de rol van de burger, kan er op den duur voor zorgen dat het de geconstateerde centralisatietendens toch genuanceerd moet worden. Bestuurlijke systemen zijn dynamische systemen: de vorm staat niet vast, maar kan en zal continue aangepast worden aan de taak, de taakopvatting en de sturing op die taak. De hier gepresenteerde voorbeelden tonen de dynamiek van de organisatie van overheidstaken. De veronderstelling is dan ook dat de schaaldiscussie nog niet ten einde is.

Al met al is de optimale schaal geen simpel gegeven. Wat optimaal is, is afhankelijk van het op dat moment gekozen of heersende perspectief en de omstandigheden van het moment. Zo kan (een verandering in) de organisatie van andere taken invloed hebben op die van een bepaalde taak, zoals het idee van het isomorfisme aangeeft.

Als we de optimale schaal zien als beschrijving van een ideaal, kunnen we deze gebruiken om huidige omstandigheden te evalueren en nieuwe voorstellen te formuleren. Laten we over vijftien jaar kijken hoe de schaaldiscussie rondom de politie en de veiligheidsregio's zich heeft ontwikkeld. Mogelijk constateren we dan dat er op deze gebieden in elk geval voldoende bewijs is voor het door De Ridder geduide dynamische karakter van de bestuurlijke organisatie.

41 Een bij vergissing niet tot een beperkte groep vrienden gerichte uitnodiging op Facebook voor een verjaardag van een meisje in Haren (Gn) leidde tot massale toestroom van feestvierders en totaal uit de hand gelopen rellen.

42 Na het bericht dat een vader zijn zoontjes niet had thuisgebracht, organiseerden verontruste burgers zoekacties rond plekken waar de kinderen mogelijk waren verstopt, in samenwerking met de politie.

Informatiehuishouding: startpunt voor eigentijds samenwerken

Avelien Haan-Kamminga

1 Introductie

De gemeente is de besturslaag die het dichtst bij de burger staat. Met het idee van de gemeente als meest nabije overheid voor de burger, zijn de laatste jaren verschuivingen voorgesteld in de taakverdeling tussen de verschillende overheidslagen. Voor de gemeenten is de meest in het oog springende verandering de aankomende decentralisatie van de Participatiewet, de AWBZ en de jeugdzorg. Een vraag die regelmatig wordt gesteld is of alle gemeenten in staat zullen zijn om de hoeveelheid taken kwalitatief goed uit te kunnen voeren. Kleinere gemeenten kiezen veelal voor uitvoering in samenwerkingsverbanden, een strategie die ook bij andere taken al is gekozen. Er is inmiddels een lappendeken van taakuitvoering ontstaan. Vanuit de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) wordt dan ook gestuurd op het opschalen van gemeenten. Vooralsnog lijkt het echter niet makkelijk om de gewenste schaalvergroting te realiseren. Er is inmiddels een wereld aan rapporten, artikelen en handreikingen geschreven over taken en schalen, mogelijke varianten van samenwerking en de keuze tussen herindeling en samenwerking.¹

De vraag is echter of discussies over schaalvergroting, samenwerking en herindeling wel de juiste discussies zijn. Het landschap waarin de gemeentelijke organisatie haar taken uitvoert verandert immers sterk door digitalisering.² Ontwikkelingen in digitale technologie hebben impact op de wijze waarop organisaties zijn ingericht, veranderen de wensen en verwachtingen van inwoners en maken andere vormen van werken en samenwerken mogelijk waarin afstand geen rol speelt. Informatie-management zal een steeds belangrijker rol krijgen in organisaties. In de samenwerking tussen of herindeling van gemeenten wordt de afstemming van aspecten van informatiemanagement (het inrichten van processen, systemen en data) een

1 S. van de Laar, *Samen Sterker, samenwerking tussen gemeenten geanalyseerd*, Delft: Eburon 2010; Raad voor het openbaar bestuur, *Het einde van het blauwdruk-denken, naar een nieuwe inrichting van het openbaar bestuur*, Den Haag: Rob 2010; M. Eikenboom, M. Kiewik & H. van den Heuvel, *Samenwerking in Beweging, de lappendeken voorbij*, Kennisplatform intergemeentelijke samenwerking, 2011; M. Herweijer & M.J. Fraanje, *Samen werken aan bestuurskracht, intergemeentelijke samenwerking onderzocht*, Deventer: Kluwer 2011; Lysias consulting group, *Tendrapport samenwerking gemeenten*, 2012; VNG, *Slim Samenwerken, Intergemeentelijke samenwerking toegepast*, Den Haag: VNG 2013; Ministerie van BZK, *Bestuur in Samenhang, de bestuurlijke organisatie in Nederland*, 2013; H.B. Winter & H. van den Heuvel, *Juridisch sterker door samenwerken. Handreiking Gemeentelijke samenwerking juridische functie*, VNG/VJK 2013.

2 P. Hinssen, *Digitaal is het nieuwe normaal*, Tiel: Lannoo 2010, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

steeds belangrijker aandachtspunt. Digitalisering heeft daarbij een aanzienlijke invloed op de organisatie en de werkprocessen in de organisatie. In het nadenken over samenwerking tussen of herindeling van gemeenten, lijkt deze nieuwe werkelijkheid echter nog geen rol van betekenis te spelen. Deze bijdrage verkent de uitdagingen die de digitalisering van de informatiehuishouding met zich meebrengt voor gemeenten die gaan samenwerken of herindelen.

Deze bijdrage verkent eerst de praktijk van samenwerking tussen gemeenten. Hoe ziet de lappendeken aan samenwerkingsverbanden er uit? Waarom werken gemeenten samen en heeft dat ook het gewenste effect? Vervolgens wordt ingegaan op wat digitalisering is en hoe digitalisering organisaties en de wijze waarop zij taken uitvoeren beïnvloedt. De bijdrage analyseert vervolgens welke afstemmingsvraagstukken ontstaan als vanuit het perspectief van informatiemanagement naar samenwerking tussen organisaties wordt gekeken. Op basis daarvan wordt een voorstel gedaan om intergemeentelijke samenwerking vanuit het perspectief van de informatiehuishouding op te pakken.

2 De lappendeken van taakuitvoering door lokale overheden

'De gemeente bestaat niet', kopte NRC Handelsblad in 2010.³ De krant signaleerde een lappendeken aan vormen van gemeentelijke samenwerking en voedde daarmee de discussie over bestuurskracht van gemeenten: discussies over welke taak op welke schaal uitgevoerd zouden moeten worden en het vermeende gebrek aan grip op samenwerkingsverbanden. Gemeenten werken op verschillende taakgebieden samen met andere gemeenten. Naast samenwerkingsverbanden met andere gemeenten, wordt ook samengewerkt met andere maatschappelijke actoren en gaan gemeenten diverse publiek-private samenwerkingsverbanden aan. In het kader van een heldere verantwoording, hebben veel gemeenten in de jaarrekening een overzicht opgenomen van de aan de gemeente verbonden partijen. Een analyse van deze paragraaf voor alle noordelijke gemeenten leert dat de gemeenten op bijna alle beleidsterreinen samenwerken met andere gemeenten. Gemiddeld werkt een gemeente in Noord-Nederland op minstens vijftien verschillende thema's samen met andere gemeenten.⁴ Hierbij zijn de samenwerkingsverbanden met maatschappelijke organisaties en private partijen nog niet meegeteld. De verwachting is dat voor de uitvoering van de toekomstige transitie vaak zal worden gekozen voor taakuitvoering in samenwerking. Het Ministerie van BZK heeft daarbij een voorkeur voor congruente regionale samenwerkingsverbanden, waarbij voor de verschillende taken met dezelfde partners wordt samengewerkt.⁵ Een inventarisatie van verbonden partijen binnen gemeenten in Noord-Nederland wijst

3 J. Alberts & W. Luyendijk, 'De gemeente bestaat niet', *NRC handelsblad* 20-26 februari 2010, p.20-25.

4 A. Haan, H.H.M. Verheul & R. Meijkamp, *Intergemeentelijke samenwerking en digitalisering*, 2013, p. 26, te raadplegen op: <http://www.samenwerkingdigitaal.nl/>.

5 Ministerie van BZK, *Bestuur in Samenhang, de bestuurlijke organisatie in Nederland*, 2013, p. 23.

echter uit dat er geen consistente regionale clusters van samenwerkingsverbanden in het sociaal domein zijn te onderscheiden. Veel vaker blijkt dat per thema andere partners worden gekozen, waarbij ook provinciegrenzen worden overschreden. Zo wordt bijvoorbeeld jeugdzorg veelal op provinciale schaal opgepakt. De AWBZ/WMO willen gemeenten in samenhang met de uitvoering van de sociale zekerheid inrichten, terwijl de uitvoering van de sociale zekerheid vooral is vormgegeven in kleine samenwerkingsverbanden tussen 3-5 gemeenten.⁶ Voor de uitvoering van de Participatiewet wordt gekeken naar de sociale werkvoorziening en de UWV-regio's, die een veel grotere schaal kennen. De samenwerkingsverbanden op deze terreinen lopen dus niet synchroon, per terrein zijn er verbanden met verschillende partners ontstaan. Dat is nu net de situatie die de Minister van BZK wil voorkomen. In zijn visie maakt deze incongruentie het besturen van de gemeente en het toezien op de taakuitvoering nodeloos complex.

De realiteit is dat gemeenten al jarenlang te maken hebben met een enorme diversiteit in samenwerkingsverbanden met andere gemeenten en maatschappelijke actoren. De verbindingen die gemeenten aangaan verschillen in vorm, aantal partners en onderwerp. Het gaat daarbij steeds om hoe de gemeente de uitvoering van taken organiseert. Daarbij heeft de gemeente allereerst de keuze om de taken niet meer uit te voeren, zelf uit te gaan voeren, voor uitvoering te gaan samenwerken, of de uitvoering geheel uit te besteden. In al deze gevallen heeft de gemeente de keuze om de uitvoering hetzij in het privaatrechtelijke, hetzij in het publiekrechtelijke domein te organiseren. De juridische vorm die daarbij wordt gekozen heeft invloed op de wijze waarop de verantwoording is geregeld en de wijze waarop het personeel wordt ingezet. Een gemeenschappelijke regeling op basis van de WGR leidt bijvoorbeeld tot andere verantwoordingsplichten en zeggenschapsverhouding dan een NV of een coöperatieve vereniging. Naast de juridische vorm zijn ook aspecten van de organisatie van belang. Zo kan er bijvoorbeeld voor gekozen worden om in de samenwerking alleen afstemmingsafspraken te maken, de taken te verdelen over de deelnemende gemeenten (matrix samenwerking), alle taken uit te besteden aan een centrale organisatie (bijvoorbeeld een Shared Service Centre), of over te gaan ambtelijke integratie of zelfs fusie.⁷ Een ander relevant aspect is de hoeveelheid taken waarop wordt samengewerkt. De taken waarop wordt samengewerkt kunnen worden ingedeeld in bedrijfsvoeringstaken (zoals HRM, ICT, financiën), beleidsbepalende/beleidsrijke taken (waarbij de gemeente inhoudelijke

6 A. Haan, H.H.M. Verheul & R. Meijkamp, *Intergemeentelijke samenwerking en digitalisering*, 2013, p. 19.

7 Zie bijvoorbeeld Herweijer & Fraanje, 2011, p. 27 die onderscheiden tussen herindeling, netwerksamenwerking, matrixsamenwerking en ambtelijke integratie (gelijke inbreng of met grote broer), of H.B. Winter & H. van den Heuvel die de lichte vorm, matrix/gastheermodel, SSC/ambtelijke integratie en fusie/herindeling onderscheiden (Juridisch sterker door samenwerken, VNG/VJK, 2013, p.29) en Van de Laar die meervoudig geconcentreerde, meervoudig gedeconcentreerde of enkelvoudige ambtelijke poolvorming onderscheidt (2010, p. 22 e.v.) en tenslotte De Greef, Theissen, De Voogd & Hes die kiezen voor afstemming, netwerkconstructie of zelfstandige organisatie (VNG 2013, p. 17).

beleidskeuzes maakt) en uitvoeringstaken (veelal in medebewind, weinig nieuwe beleidskeuzes te maken).⁸ Uit de inventarisatie blijkt dat gemeenten een lappendeken aansturen, waarbij niet alleen per taak met andere partners samengewerkt wordt, maar waarbij ook de juridisch vorm en de organisatievorm sterk kan verschillen. De congruentie ontbreekt niet alleen als het gaat om aantallen en geografie, maar ook in organisatievorm en de mate van zeggenschap die de deelnemende gemeenten hebben.

Nu zijn binnen deze lappendeken wel degelijk samenhangen en trends te ontdekken. Uit de inventarisatie onder de Noordelijke gemeenten, blijkt dat de vorm en omvang van de samenwerking samenhangt met het type taak waarop wordt samengewerkt. Bij de onderwerpen waar gemeenten inhoudelijk beleidskeuzes kunnen maken (beleidsrijke thema's), zoals welzijn en economische zaken, kiezen gemeenten eerder voor een publiekrechtelijke variant (gemeenschappelijke regeling) of voor het niet-juridisch vastleggen van de samenwerking. De meest gekozen samenwerkingsvorm is daarbij nog steeds de Gemeenschappelijke Regeling. Bij bedrijfsvoeringstaken lijkt het inrichten van een Shared Service Centre de nieuwe trend.⁹ Tenslotte wordt er als het gaat om de uitvoeringstaken, zoals afvalinzameling, steeds meer gekozen voor privaatrechtelijke vormen van samenwerking.¹⁰ Er is wel sprake van een lappendeken, maar deze is niet geheel willekeurig.

3 Samenwerken of herindelen?

Dat de lokale overheid haar taken voor een belangrijk deel in samenwerking uitvoert is duidelijk. Nog geen aandacht is besteed aan de vraag waarom de lokale overheden hiervoor kiezen. Over de motieven voor samenwerking bestaat een grote mate van eensgezindheid. De meest genoemde redenen om samen te werken zijn de drie K's: kwaliteitsverbetering, kostenreductie, kwetsbaarheidsvermindering. Hieraan wordt soms nog een vierde K toegevoegd zoals de focus op kerntaken, kansen voor medewerkers of klantgerichtheid of simpelweg: 'k wil zelfstandig blijven'.¹¹ Herweijer & Fraanje plaatsen al deze motieven in het bredere perspectief van bestuurskracht, wat ook ten grondslag ligt aan de wens tot herindelen. Herweijer & Fraanje bespreken de effecten van zowel een herindeling als samenwerking op de bestuurskracht van gemeenten.¹² De effecten van herindeling die zij onderscheiden zijn, dat de gemeente professioneler wordt, minder kwetsbaar wordt en een sterkere positie kan innemen in het maatschappelijk middenveld. Een nadeel is echter dat er een grotere afstand ontstaat tussen de inwoners en de gemeente, feitelijk omdat inwoners verder moeten reizen om bij een gemeentehuis te komen, maar ook in

8 VNG, *Slim Samenwerken, Intergemeentelijke samenwerking toegepast*, 2013, p. 12.

9 Lysias consulting group, *Tendrapport samenwerking gemeenten*, 2012, p. 5.

10 A. Haan, H.H.M. Verheul & R. Meijkamp, *Intergemeentelijke samenwerking en digitalisering*, 2013, p. 19.

11 Herweijer & Fraanje 2011, p. 19, Winter & Van den Heuvel 2013, p. 28, Eikenboom 2011, p.11. Ook wel bekend als kwaliteit, continuïteit en efficiëntie.

12 Herweijer & Fraanje 2011.

ervaren democratische afstand. Ook de effecten van de verschillende vormen van samenwerking zijn in kaart gebracht. De voordelen van herindeling treffen Herweijer & Fraanje ook aan bij een samenwerking in de vorm van ambtelijke integratie of een SSC. Daarnaast lukt het ook om de politiek dichtbij de inwoners te houden. De laatste lukt ook bij de andere vormen van samenwerking, al zijn de voordelen op het gebied van professionalisering dan in mindere mate aanwezig. Daarmee lijkt vooral de schaal van de organisatie bepalend te zijn voor kwaliteit en professionaliteit. De wijze waarop deze schaal wordt bereikt, lijkt minder relevant.

De hoeveelheid samenwerkingsverbanden die gemeenten zijn aangegaan wordt door de Rijksoverheid getypeerd als een lappendeken aan hulpstructuren die nodig is om de taakuitvoering van gemeenten te versterken.¹³ De inventarisatie van samenwerkingsverbanden in de Noordelijke gemeenten bevestigt deze conclusie. De Minister van BZK werkt toe naar een modernisering van het lokaal bestuur, waarin sterk wordt gestuurd op de bestuurskracht van lokale overheden. Hoewel de minister de voordelen van samenwerking ziet op korte termijn, heeft het versterken en verder ontwikkelen van samenwerking duidelijk niet zijn voorkeur. Samenwerking zou alleen geschikt zijn als er sprake is van congruente regionale clusters, een situatie waar op dit moment geen sprake van is. Opschaling of herindeling wordt gezien als een beter alternatief, maar de Minister van BZK wil dit niet dwingend opleggen aan gemeenten. De voordelen van herindeling die de minister noemt in het rapport *Bestuur in Samenhang*, zijn nu net die voordelen die ook met een succesvolle samenwerking worden bereikt. Zowel het Rijk als de gemeenten lijken het eens te zijn over de noodzaak tot meer bestuurskracht bij het uitvoeren van de lokale taken. De afweging om te kiezen voor herindeling boven samenwerking lijkt vooral te worden ingegeven door het voorkomen van de complexiteit van het managen en aansturen van de vele verschillende samenwerkingsverbanden die gemeenten zijn aangegaan. De prijs die daarvoor vervolgens wordt betaald is de steeds grotere feitelijke en democratische afstand tot de burger. Juist het verkleinen van de afstand tot de burger en het vereenvoudigen van het aansturen van taakuitvoering in samenwerkingsverbanden zijn vraagstukken waarin digitalisering een groot verschil kan maken. Opvallend is dan ook dat een ontwikkeling als digitalisering en het effect daarvan op de organisatie van de overheid in het rapport over de modernisering van het lokaal bestuur niet voorkomt.¹⁴

13 Ministerie van BZK 2013, p. 23.

14 Ministerie van BZK 2013, p. 6.

4 Effecten van digitalisering

De stelling uit de inleiding is dat digitalisering vraagstukken rond schaal, herindeling en samenwerking zal veranderen. Maar wat moet worden verstaan onder digitalisering? En hoe beïnvloedt digitalisering de wijze waarop organisaties functioneren? Digitalisering wordt vaak opgevat als het digitaal toegankelijk maken van bronnen die voorheen alleen analoog beschikbaar waren. Als brede maatschappelijke ontwikkeling omvat digitalisering echter veel meer dan dat.¹⁵ Daarbij gaat het niet zozeer om de beschikbaarheid van digitale technologie, maar vooral om de beschikbaarheid van digitale informatie. Digitalisering en informatisering worden ook gezien als belangrijke voorwaarden voor het ontstaan van de netwerksamenleving.¹⁶ In een gedigitaliseerde samenleving ontstaat een nieuwe houding ten opzichte van informatie: die moet altijd beschikbaar zijn, het liefst in kleine eenheden en openheid wordt de norm. De regels van omgang met organisaties veranderen ook. Omdat steeds meer geregistreerd wordt, verwachten we totale verantwoording. Omdat iedereen over informatie kan beschikken, verdwijnen verschillen tussen mensen en worden organisaties steeds platter.¹⁷ Dit legt een enorme druk op overheidsorganisaties, die bijna in alles het tegenovergestelde zijn van wat we nu verwachten in het informatietijdperk.

De WRR constateert dan ook dat digitalisering zowel de samenleving als de overheid op ingrijpende wijze veranderd heeft en nieuwe vragen oproept, vragen die de rol en verantwoordelijkheid van de overheid raken.¹⁸ Niet alleen de samenleving is steeds meer te typeren als netwerksamenleving, ook de overheid opereert steeds meer in ketens en netwerken.¹⁹ Het bestaan van een groot aantal samenwerkingsverbanden binnen de lokale overheid is daar een voorbeeld van, maar hoeft niet noodzakelijk als probleem te worden gezien. De contacten tussen overheden (en maatschappelijke partners) worden immers in toenemende mate ondersteund door digitale informatie en informatiestromen. De WRR spreekt zelfs van een *iOverheid*.²⁰ De overheid stimuleert deze ontwikkeling, bijvoorbeeld door de operatie NUP (Nationaal uitvoeringsprogramma dienstverlening en e-overheid) en de ontwikkeling van een gemeenschappelijke standaarden voor gebruik en opslag van informatie. Tegelijk constateert de WRR dat in het streven naar veiligheid en meer efficiency een veelheid aan initiatieven is ontstaan dat zich veelal richt op afzonder-

15 H.H.M. Verheul, *Digitaal in dialoog* (lectorale rede NHL Hogeschool), 2013, p 13.

16 M. Castells, *The rise of the network society, the information age: economy, society and culture*, Oxford, UK, Blackwell 1996.

17 P. Hinssen, *Digitaal is het nieuwe normaal*, Tiel: Lannoo 2010.

18 WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

19 J. van Dijk & A van Beek, 'Netwerkoverheid. (Network Government)', in Peter Wisse i.s.m. Bureau Forum Standaardisatie (red.), *Interoperabel Nederland, deel IV Voorbij de Elektronische Overheid* 2010, pp. 305-321. Den Haag: Forum Standaardisatie. D. van Berlo, *Wij, de overheid*, te raadplegen op www.ambtenaar20.nl.

20 WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 199.

lijke applicaties, programma's en beleidsdoelstellingen.²¹ De feitelijke ontwikkeling van de iOverheid, loopt voor op een samenhangende visie op informatie en informatiebeleid. Dit terwijl in de veelheid aan netwerken waarbinnen overheden functioneren, informatie centraal staat. Informatie is immers de basis voor het stellen van doelen voor, het aansturen van en controleren op de kwaliteit van uitvoering, zeker als niet alles meer door gemeenten zelf wordt gedaan. Digitalisering gaat over informatie en de verwerking van informatie en daarmee raakt het aan de kern van inrichtingsvraagstukken en sturingsvraagstukken in organisaties (en daarmee ook samenwerkingsverbanden).

5 Digitalisering in organisaties

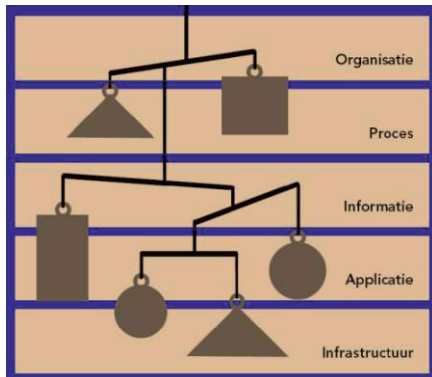
Hiervoor is gesteld dat digitalisering de wijze van aansturen van netwerken zou kunnen vergemakkelijken. Daarmee zou de ontstane lappendeken aan samenwerkingsverbanden geen aanslag meer zijn op de bestuurskracht van gemeenten. Om de wijze waarop digitalisering samenwerking zou kunnen vereenvoudigen te kunnen beredeneren, moet eerst helder zijn op welke wijze digitalisering doorwerkt in het functioneren van organisaties. De informatiehuishouding van een organisatie is in de regel opgebouwd uit vijf lagen.²² De onderste laag is de laag van de systemen, de hardware die wordt gebruikt in de organisatie. Deze laag biedt de randvoorwaarden voor het kunnen draaien van programma's en applicaties waarin informatie wordt verzameld en opgeslagen (denk bijvoorbeeld aan beschikbare capaciteit). De tweede laag bestaat uit de programma's en applicaties die een organisatie gebruikt. Het gaat dan om de software die een organisatie gebruikt om de informatie op te slaan of te verwerken. Denk bijvoorbeeld aan een systeem met gegevens over uitkeringsgerechtigden dat automatisch beschikkingen aanmaakt. Hierbij spelen ook vragen rond applicatiebeheer. De middelste laag draait om de informatie op basis waarvan de applicaties draaien. Relevante vragen zijn: welke informatie moet in het systeem komen, waar komt de informatie vandaan en hoe betrouwbaar is deze? Deze informatie is het resultaat van de werkprocessen in de organisatie, de medewerker die de gegevens moet verzamelen en invoeren. Dit is de vierde laag in het model. Welke processen er plaatsvinden, hangt af van de inrichting van de organisatie, de bovenste laag in het model.

In de traditionele manier van kijken naar organisaties, staan vooral de bovenste drie lagen centraal: de inrichting, de processen en de informatie. Dit model maakt echter duidelijk dat belangrijke grenzen juist in de onderste twee lagen liggen. Nu

21 WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 200; H.H.M. Verheul, *Digitaal in dialoog* (lectorale rede NHL Hogeschool), 2013, p. 25. In het streven naar efficiency, komen andere (meer democratische) waarden, zoals transparantie en accountability in het geding.

22 R. Maes, Informatiemanagement in kaart gebracht, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfsconomie*, 2003, 77 (11), p. 521-529. P. Waters, N. Westpalm van Hoorn & P. Wisse, *Interoperabel Nederland, Forum Standaardisatie*, Den Haag: BZK 2011.

steeds meer digitale informatie beschikbaar is en verwerkt moet worden, ligt de optimalisering van werkprocessen in de afstemming tussen de verschillende lagen van het model en de kwaliteit van de informatie die wordt gebruikt. De kwaliteit van de informatie bepaalt waarop gestuurd kan worden, de samenhang tussen de verschillende lagen faciliteert en bepaalt hoe er gestuurd kan worden. Zoals de WRR constateert, is er een bijna onbegrensde iOverheid en is er veelal geen samenhangende visie op de informatie en de wijze waarop hiermee/hierop gestuurd kan worden. Veel van de vraagstukken die zich voordoen rond ICT projecten bij de overheid kunnen verklaard worden vanuit het niet in samenhang zien van de verschillende lagen van het informatiemanagementsysteem. Zo worden applicaties ontwikkeld die niet blijken te kunnen werken op de beschikbare hardware, blijken werkwijzen zo te zijn ingericht dat ze niet aansluiten bij de ontwikkelde applicatie, of heeft de overheid ambities gesteld die simpelweg niet passen bij het aanwezige personeelbestand en de standaardwerkprocessen. Wil een organisatie daadwerkelijk gebruik kunnen maken van de voordelen van digitalisering, dan zal er een samenhangende visie moeten zijn op alle lagen in de informatiehuishouding.



Voor succesvolle digitalisering is een eerste voorwaarde dat er samenhang is tussen de technische processen en de werkprocessen in de organisatie. Vanuit de beleidskunde weten we dat als het gaat uitvoering van beleid, verschillende lagen in de organisatie op verschillende manieren actief zijn.²³ In het model van de uitvoering van beleid staat centraal wie, welke taak, op welke manier en met behulp van welke informatie moet uitvoeren. Wat blijkt, is dat de beslissingen die hierin genomen over verschillende posities in een overheidsorganisatie zijn verdeeld. Als nu het model van de uitvoering van beleid wordt gekoppeld aan het model van de informatiehuishouding, ontstaat het volgende beeld: de uit te voeren taken en de bijbehorende medewerkers en processen worden veelal bepaald door de bestuurders in samenspraak met de ambtelijke top van een organisatie. De vraag welke informatie de medewerkers gebruiken bij het uitvoeren van hun taak, is veelal de verantwoordelijkheid van de beleidsmedewerkers en de ambtelijke top. De te gebruiken applica-

23 A. Geul, *Beleid in Uitvoering*, Den Haag: Boom Lemma 2002.

ties en het bijbehorend beheer is veelal een keuze van de afdeling ICT, met inspraak van de medewerkers. Op welke systemen de applicaties draaien wordt veelal besloten door de ICT ondersteuning. Deze onderverdeling in taken bevordert een integrale benadering niet. In plaats daarvan worden voortdurend grenzen opgeworpen. Daarbij wordt door bestuurders en de ambtelijke top, ICT vooral gezien als ondersteunend. Daardoor ontbreekt de samenhang tussen systemen, hun gebruikers en de informatie in de systemen.²⁴ Het aanstellen van een informatiemedewerker of het positioneren van de afdeling ICT op een meer strategische positie in de organisatie, helpt om bij bestuurders en de ambtelijke top, het managen van informatie en de systeemconsequenties daarvan onder de aandacht te brengen.

Een tweede voorwaarde voor succesvolle digitalisering is de kwaliteit van de informatie. In het digitale tijdperk is er een enorme hoeveelheid informatie beschikbaar en wordt er een onbeschrijflijke hoeveelheid informatie geproduceerd. Daardoor ontstaat het idee dat er altijd voldoende informatie is om te kunnen sturen. Er is echter een verschil tussen data (de informatie waar we makkelijk aan kunnen komen) en informatie (die gebruikt kan worden om te sturen).²⁵ Een heldere visie op informatie en informatievoorziening is noodzakelijk om in het informatietijdperk goed te kunnen sturen. Sturing vindt veelal plaats aan de hand van specifieke indicatoren (bijvoorbeeld aanrijtijden). Allereerst moet het de gebruiker van de sturingsinformatie duidelijk zijn waarom juist deze indicatoren een helder beeld geven over de situatie. Verder moet duidelijk zijn op basis van welke analysemethoden de informatie is gedestilleerd uit de verzamelde data. Tenslotte moet duidelijk zijn binnen welke context de data zijn verzameld. Wil een organisatie kunnen sturen op basis van informatie dan is er gericht informatiebeleid nodig om de kwaliteit en betrouwbaarheid van de informatie te garanderen. Daarbij staan volgens de WRR drie processen centraal:

- het vernetwerken van informatie: het gezamenlijk gebruik en beheer van informatie in een netwerk van actoren om te voorkomen dat overbodige informatie wordt verzameld;
- het samenstellen en het verrijken van informatie: het bewust creëren van nieuwe informatie en profielen (sturingsinformatie) op basis van verschillende bronnen in verschillende contexten, om de betrouwbaarheid te verhogen;
- het voeren van proactief en preventief beleid op basis van informatie: het daadwerkelijk sturen met de informatie, het beoordelen van en ingrijpen in de samenleving op basis van informatie-gestuurde inschattingen.²⁶

24 A. Haan, H.H.M. Verheul & R. Meijkamp, *Intergemeentelijke samenwerking en digitalisering*, 2013, p. 24. Zie over de positie van het informatiemanagement als indicator voor de visie op digitalisering: O.P. Kaurahalme, A. Syväjärvi, J. Stenvall), *From e-Government to Public Information Management –The Maturity and Future of Information Management in Local Governments, research in progress paper*, EGPA 2011, PSG 1 E-Government.

25 KING, *de zeven paradigma's van het informatieparadijs*, Den Haag 2012; KING, *verklaringmodellen: meer dan alleen cijfers*, Den Haag 2012. KING, *Van data naar sturingsinformatie*, Den Haag 2012.

26 WRR, *iOverheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 215.

Naast een gericht informatiemanagement om samenhang te creëren tussen de technische lagen en de andere organisatielagen, is een gericht informatiebeleid nodig om de kwaliteit en betrouwbaarheid van de informatie te kunnen garanderen. Het is voor iedere organisatie en iedere lokale overheid al een uitdaging om zich aan te passen aan de impact van digitalisering op de organisatie zelf. Wanneer gemeenten gaan samenwerken, speelt deze problematiek nog sterker. Tegelijk biedt het een kans om de samenwerking zo in te richten dat aan de voorwaarden van het in samenhang organiseren van de informatiestroom en het werken op basis van kwalitatief goede informatie is voldaan.

6 Samenwerking en digitalisering

Vanuit het perspectief van de informatiehuishouding kunnen de volgende afstemingsvraagstukken worden geïdentificeerd. In de technische onderlaag, staat het gebruik van dezelfde systemen centraal. Is er voldoende capaciteit beschikbaar, zijn de systemen die de verschillende deelnemers aan de samenwerking gebruiken op elkaar afgestemd (interoperabel)? Als het gaat om de laag van de software en de applicaties, dan spelen vooral vragen rond het gebruik en beheer van de verschillende applicaties. Bij wie komt dit te liggen? Wie is verantwoordelijk? De middelste laag is de laag van de informatie. Welke informatie wordt er gebruikt? Is deze informatie betrouwbaar? Waarom wordt juist deze informatie gebruikt? Wat worden de sturingsindicatoren? De informatiehuishouding van de deelnemende gemeenten moet hierbij op elkaar afgestemd worden. De beleidsinhoudelijke keuzes bepalen waarop gestuurd moet worden. Wie gaat hierover? De op te richten samenwerking of de deelnemende gemeenten? Als bekend is welke informatie gebruikt wordt, dan moeten de werkprocessen zo worden ingericht of op elkaar worden afgestemd dat deze processen dezelfde informatie opleveren. Voor het afstemmen van de processen, is ook afstemming in de bovenste laag nodig tussen de deelnemers: welke afdeling gaat met welke medewerkers de taken uitvoeren?

Deze exercitie maakt duidelijk dat het aangaan van een samenwerking om taken uit te voeren, onvermijdelijk leidt tot vragen rond standaardisatie en interoperabiliteit. Iets wat een technisch probleem lijkt, bijvoorbeeld de aanschaf van een applicatie, blijkt ineens een probleem te zijn dat op het niveau van de organisatie en de inrichting van werkprocessen moet worden opgelost. De keuzes die gemaakt moeten worden rond het inrichten van een samenwerkingsverband, zijn door digitalisering veelal informatiekundig van aard. Al in een vroeg stadium zou bekend moeten zijn met welke sturingsinformatie gewerkt zou moeten worden. Keuzes hierin bepalen in sterke mate hoe er (bij)gestuurd kan worden door de deelnemers aan de samenwerking. Nu is het natuurlijk niet de bedoeling dat de beschikbare technologie leidend is bij het inrichten van een samenwerking, maar de consequenties van de gemaakte keuzes voor de technische onderlaag zijn wel relevant, om ICT problemen en bijbehorende kosten te voorkomen. Startpunt voor het inrichten van een samenwerking zou dan ook de informatiehuishouding ten aanzien van de uit te

voeren taak moeten zijn. Door digitalisering is dit een gesprek geworden, waarbij zowel bestuurders als beleidsmedewerkers als ICT medewerkers aanwezig zouden moeten zijn. Als helder is op basis van welke informatie gestuurd kan worden, kunnen de mogelijkheden voor afstemming in de onderste lagen worden onderzocht, maar hebben bestuurders voldoende ruimte om afspraken (met elkaar en de eventuele maatschappelijke stakeholders) te maken over zeggenschap en verantwoording.

Uit interviews met gemeentesecretarissen en beleidsmedewerkers van ongeveer dertig gemeenten blijkt dat politieke en bestuurlijke afwegingen dominant zijn bij de inrichting van samenwerking.²⁷ ICT komt pas laat in het afstemmingsproces aan bod en wordt veelal gezien als onderdeel van de uitvoering. De discussie over welke taak op welk kwaliteitsniveau gerealiseerd zou moeten worden en hoe digitalisering daarbij kan ondersteunen wordt meestal pas gevoerd als veel andere onderdelen van de samenwerking al vastgelegd zijn. De verwachting is daarbij wel dat samenwerking door digitalisering aanzienlijk makkelijker zal worden. Dit geldt met name voor samenwerking met een sterke digitale component (zoals samenwerking op ICT-dienstverlening, het delen van klantbestanden, gezamenlijk systeemgebruik). Een heldere visie op informatie en informatiemanagement is daarbij relevant, maar wordt nog niet door veel gemeenten op een voldragen manier ingezet. Daardoor missen ze kansen en wordt de kracht van digitalisering onvoldoende benut.

7 Afronding

Gemeenten verwachten dat intergemeentelijke samenwerking in de toekomst steeds belangrijker zal worden. Discussies over een minimale gemeentegrootte, het veranderende takenpakket van de gemeenten en de sturing op herindelingen dragen hieraan bij. Het zou goed zijn om in deze discussies ook oog te houden voor de effecten van digitalisering op organisaties. De verwachting is dat uitvoering in netwerken alleen maar toe zal nemen en dat daarbij bovendien steeds meer maatschappelijke actoren zullen worden betrokken. Het opschalen van organisaties is daarbij niet de enige oplossing.

Het functioneel gebruik van de mogelijkheden van digitalisering zou het aansturen van samenwerkingsverbanden aanzienlijk kunnen vergemakkelijken. Daarmee zou de lappendeken, die nu als problematisch wordt gezien, wellicht geen probleem meer zijn voor kleinere gemeenten. Door in het ontwerpen en inrichten van samenwerkingsverbanden meer aandacht te hebben voor informatiebeleid en informatiemanagement, kan digitalisering het vertrouwen bieden dat ook complexe netwerkstructuren overzichtelijk, flexibel en te managen zijn.

27 A. Haan, H.H.M. Verheul & R. Meijkamp, *Intergemeentelijke samenwerking en digitalisering*, 2013, p. 28.

Begrippen begrepen: aanspreken en (ver)antwoorden

Douwe Jan Elzinga & Han Warmelink

1 Inleiding

Er gaat wel eens wat fout in het Nederlandse openbaar bestuur. Om een paar willekeurige en zeer uiteenlopende voorbeelden te noemen: een burgemeester declareert slordig en ruimhartig de onkosten die hij maakt in de uitoefening van zijn functie. Een minister blijkt onjuiste inlichtingen te hebben verschaft over de detentie van illegale vreemdelingen. Een provinciaal bestuur koopt grond voor de aanleg van een bijzonder woonproject, maar raakt de huizen op die grond aan de straatstenen niet kwijt en verliest zo miljoenen. Er breekt brand uit in een café dat op geen enkele wijze aan de gemeentelijke brandvoorschriften blijkt te voldoen; er vallen vele slachtoffers. Een provincie belegt een groot deel van zijn vermogen bij een niet-solvabele bank en lijdt daarmee een enorm verlies. Een gemeente gedooft een vuurwerkfabriek in een woonwijk; bij een ontploffing is de ramp niet te overzien.

Uiteraard doet het publiekrecht er alles aan om te voorkomen dat het tot dergelijke ongelukken komt of in ieder geval om de kans daarop te verkleinen. Daartoe zijn in het openbaar bestuur allerlei controle- en toezichtsmechanismen opgenomen, waarmee politieke ambtsdragers kunnen worden aangesproken op de handelingen die zij verrichten of nalaten. Deze bijdrage gaat specifiek in op de relatie tussen deze toezichtsmechanismen, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden en spitst zich toe op de verantwoordelijkheden van een politiek ambtsdrager jegens het openbaar lichaam waarvan hij deel uitmaakt. Onder politiek ambtsdrager wordt hier verstaan een bestuurder die met publiek gezag is bekleed en die bij de uitoefening van zijn functie verantwoording dient af te leggen aan een vertegenwoordigend orgaan. We hebben het dan dus over ministers en staatssecretarissen, commissarissen van de Koning en gedeputeerden en burgemeesters en wethouders.¹

Over het vraagstuk 'toezicht in relatie tot verantwoordelijkheid' hebben we met name in de jaren 1998-2002 veelvuldig en diepgaand met Ko de Ridder gebrainstormd in het kader van het onderzoeksprogramma 'Toezicht, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in publieke en private organisaties', een initiatief van de Groningse vakgroepen Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde, Strafrecht en Ondernemingsrecht. Bij het formuleren van de antwoorden op de vragen die in het onderzoeksprogramma centraal stonden, speelde Ko een belangrijke rol. Vooral waar het ging om de afbakening van begrippen toonde Ko zich niet alleen zeer geïnteresseerd maar bovenal zeer bekwaam, al leidden onze debatten ook met regel-

1 Waterschappen laten we maar even buiten beschouwing.

maat tot grote spraakverwarring. Juist over die begrippen willen we het in deze bijdrage hebben.

Voor ons als staatsrechtjuristen ligt de nadruk in dit verband al snel op *politieke of democratische controle*. Volksvertegenwoordigers hebben de mogelijkheid om tekst en uitleg te vragen van politieke ambtsdragers door hen aan te spreken op hun *politieke verantwoordelijkheid*. Deze politieke verantwoordelijkheid brengt uiteindelijk zelfs mee dat een vertegenwoordigend orgaan over het politieke lot van publieke bestuurders kan beslissen. Maar op politieke ambtsdragers en de handelingen die zij verrichten zijn ook andere vormen van controle van toepassing, bijvoorbeeld van toezichthouders of van rechters. Ook aan deze vormen van controle willen we hieronder kort aandacht besteden, omdat zij gekoppeld zijn aan twee meer specifieke vormen van verantwoordelijkheid van politieke ambtsdragers, namelijk een comptabele en een strafrechtelijke.

Deze uiteenlopende verantwoordelijkheden vormen het aanknopingspunt voor het uitoefenen van controle op het openbaar bestuur. Door het aanspreken van de verantwoordelijke ambtsdrager kan niet alleen informatie worden verkregen over wat de overheid doet of heeft gedaan, maar kan tevens worden bewerkstelligd dat door betrokkene orde op zaken wordt gesteld als zaken fout lopen of dreigen te lopen. Ook het bestraffen of corrigeren van een politiek ambtsdrager is gekoppeld aan het dragen van een bepaalde vorm van verantwoordelijkheid. Om deze verantwoordelijkheden te kunnen duiden en te begrijpen, worden ze hieronder in het licht van de diverse vormen van controle geplaatst.

2 Democratische controle

De overheid verricht in het algemeen belang een heel scala aan feitelijke handelingen en rechtshandelingen. Dat varieert van het heffen van belastingen tot het aankopen van grond, het afgeven van vergunningen, het handhaven van de openbare orde of het detineren van gevangenen. Het doel van het handelen van de overheid is de behartiging van het algemeen belang. Dit specifieke kenmerk van het 'openbaar' bestuur brengt mee, dat democratische controle wordt uitgeoefend op de overheid. De functie van democratische controle is, dat de handelingen die geacht worden in het algemeen belang te worden verricht ook daadwerkelijk in overeenstemming zijn met de wensen van het volk. Daartoe verkiest het volk periodiek zijn vertegenwoordigende organen, die over mogelijkheden en bevoegdheden beschikken om op het openbaar bestuur invloed uit te oefenen.

Het openbaar bestuur en de op dat bestuur uit te oefenen democratische controle zijn op verschillende niveaus georganiseerd. Op rijksniveau berust het openbaar bestuur van oudsher bij de Koning en de door hem benoemde ministers die gezamenlijk de regering vormen. Rechtstreeks gekozen bestuurders kent het Nederlandse constitutionele recht tot op heden niet. De gekozen Staten-Generaal oefenen democratische controle uit op de regering, maar het parlement is zelf niet met bestuur belast. Wel zijn de Staten-Generaal tezamen met de regering 's lands

wetgever. Door middel van wetgeving en parlementaire controle krijgt het openbaar bestuur een zekere democratische legitimatie.

Op het niveau van de lagere overheden lagen de verhoudingen lang anders, maar aanvankelijke verschillen in vormgeving van die bestuurlijke verhoudingen zijn grotendeels verdwenen. De op een vereniging gelijkende monistische structuur van provincie en gemeente, met aan het hoofd een rechtstreeks verkozen algemene vergadering (provinciale staten en raad) en een daaruit gekozen dagelijks bestuur (gedeputeerde staten, college van burgemeester en wethouders) als uitvoerend orgaan, is verdwenen. Het dualistische bestuursmodel, zoals van oudsher op rijksniveau gehanteerd, is 'getransplanteerd' in het gemeentelijke bestel. De Wet dualisering gemeentebestuur heeft op gemeentelijk niveau 'Haagse' verhoudingen geïntroduceerd en ook op provinciaal niveau is dit dualistische model ingevoerd.²

De kern van deze *dualisering* is, dat bestuur en controle op het bestuur institutioneel uit elkaar zijn getrokken. Gedeputeerden en wethouders worden nog wel door provinciale staten en de raad gekozen, maar zij hoeven, anders dan voorheen, niet eerst tot lid van deze vertegenwoordigende organen te zijn verkozen. Na hun benoeming dienen gedeputeerden en wethouders een eventueel lidmaatschap van het vertegenwoordigende orgaan zelfs op te geven. Daarnaast is het zwaartepunt van het bestuur in provincie en gemeente niet alleen feitelijk, maar ook formeel bij gedeputeerde staten en het college van burgemeester en wethouders komen te liggen. Provinciale staten en de raad hebben, naast hun functie als provinciale en gemeentelijke wetgever, meer dan voorheen de functie van controleur toebedeeld gekregen. Van hen wordt verwacht dat zij het door gedeputeerde staten en het college te voeren en gevoerde bestuur op hoofdlijnen en met een zekere distantie controleren.

De uitdrukkelijk vastgelegde *politieke verantwoordelijkheid* of ook wel verantwoordingsplicht van bewindslieden, gedeputeerden en wethouders is de *sleutel tot het uitoefenen van democratische controle*. Zonder het bestaan van politieke verantwoordelijkheid zou het uitoefenen van democratische controle door vertegenwoordigende organen niet goed mogelijk zijn. Politieke verantwoordelijkheid dwingt politieke ambtsdragers verantwoording af te leggen aan de gekozen volksvertegenwoordiging over hetgeen de overheid doet en is daarmee een zeer belangrijk bestanddeel van, zo niet een bestaansvoorwaarde voor een democratisch openbaar bestuur.

2 Wet van 28 februari 2002 tot wijziging van de Gemeentewet en enige andere wetten tot dualisering van de inrichting, de bevoegdheden en de werkwijze van het gemeentebestuur (Wet dualisering gemeentebestuur), Stb. 2002, 11, alsmede de Wet van 16 januari 2003 tot wijziging van de Provinciewet en enige andere wetten tot dualisering van de inrichting, de bevoegdheden en de werkwijze van het provinciebestuur (Wet dualisering provinciebestuur), Stb. 2003, 17.

3 De hoedanigheden van een politiek ambtsdrager

De dualisering van de provinciale en gemeentelijke verhoudingen maakt het meer dan voorheen mogelijk om de bestuursmodellen op rijks- en decentraal niveau te vergelijken. Dat neemt niet weg dat er tussen deze niveaus relevante verschillen zijn blijven bestaan. Voor een beter begrip is het zinvol om enkele terminologische kwesties aan de orde te stellen en te verhelderen. Deze kwesties hebben betrekking op de *verschillende juridische hoedanigheden* die een individuele ambtsdrager kan aannemen: bekleeder van een ambt, lid van een college en het al dan niet zijn van bestuursorgaan.

Politieke ambtsdragers zijn in de eerste plaats de *bestuurders* van de publieke lichamen Staat, provincie en gemeente. Hun hoofdtaak is het uitvoeren en toepassen van gestelde regels en van vastgesteld beleid, zowel door middel van rechtshandelingen als door feitelijk optreden. Ook het formuleren van beleid, het voorbereiden en, in bepaalde gevallen, (mede)vaststellen van algemeen verbindende voorschriften behoort tot hun takenpakket. Politieke ambtsdragers handelen niet op persoonlijke titel en niet voor zichzelf. Zij handelen in beginsel namens het openbare lichaam, ook wel de publieke rechtspersoon, waaraan zij leiding geven.

De typering van politieke ambtsdragers als publieke bestuurders heeft juridisch geen betekenis. Wel van juridisch belang is de vraag of een politiek ambt(sdrager) een *bestuursorgaan* is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. De verschillende begrippen zijn niet synoniem. Op provinciaal en gemeentelijk niveau zijn gedeputeerden en wethouders altijd onderdeel van een college. Zij zijn individueel te beschouwen als politiek ambtsdrager en ook als publiek bestuurder, maar gelden juridisch niet als een afzonderlijk bestuursorgaan. Deze vaststelling is zowel bestuursrechtelijk, in verband met de toepassing van de Algemene wet bestuursrecht, als ook staatsrechtelijk van belang. Als bestuursorganen treden op gedeputeerde staten, waarvan ook de commissaris deel uitmaakt, en het college van burgemeester en wethouders. Aan deze colleges zijn bij wet bestuurlijke taken en bevoegdheden toebedeeld, niet aan de leden daarvan.³

De commissaris van de Koning en de burgemeester zijn eveneens lid van deze colleges, maar zijn daarnaast ook afzonderlijk een bestuursorgaan. Zij beschikken over eigen bevoegdheden die zij in zelfstandigheid kunnen uitoefenen. De Gemeentewet maar ook regelingen als de Wet openbare manifestaties wijzen in bepaalde gevallen de burgemeester aan als bevoegde instantie. Niet alleen de Provinciewet en de Ambtsinstructie commissaris van de Koning, maar ook regelingen als de Wet rampen en zware ongevallen geven de commissaris belangrijke bevoegdheden. In het aanspreken van deze ambtsdragers moet derhalve steeds worden gezien of zij in hun besluitvorming handelden als lid van een college of als een eigenstandig bestuursorgaan.

Op rijksniveau liggen de verhoudingen anders. De regering wordt gevormd door de Koning en de ministers en ook zij zijn daarmee te beschouwen als lid van een col-

3 Wel kunnen aan individuele leden bevoegdheden worden gemandateerd. Zie art. 166 Provinciewet en art. 168 Gemeentewet.

lege. De regering is een bestuursorgaan waaraan diverse taken en bevoegdheden zijn toegekend. Maar anders dan gedeputeerden of wethouders zijn ministers ook individueel een bestuursorgaan. Zij zijn op tal van terreinen zelfstandig en bij uitsluiting bevoegd en in staat besluiten te nemen die rechtsgevolgen in het leven roepen. Ook staatssecretarissen zijn, binnen het kader van de hun toebedeelde taken, zelfstandig bevoegd tot het nemen van besluiten.

De ministers vormen samen de ministerraad. Het is lastig deze raad in juridische zin te duiden. De raad is meer dan alleen een vergadering van individuele ministers. In de raad worden besluiten genomen over het algemeen regeringsbeleid, die als besluiten van de ministerraad hebben te gelden. Zo bezien is de ministerraad als een bestuursorgaan te beschouwen.⁴ Haar besluiten hebben echter per definitie een louter interne werking: zij binden slechts de leden van de ministerraad, alsmede de staatssecretarissen. Derden worden door besluiten van de ministerraad niet gebonden en kunnen daaraan geen rechten en plichten ontleen. Dat is pas het geval als de besluiten van de ministerraad hun uitwerking krijgen in de vorm van wetten (producten van regering en Staten-Generaal gezamenlijk), Koninklijke Besluiten (producten van de regering) of ministeriële regelingen en besluiten.

De Koning is al even moeilijk in het hokje van de bestuursorganen te plaatsen. Binnen het kader van de regering, gevormd door Koning en ministers, heeft de Koning een eigen functie, maar formeel handelt steeds de regering. Als staatshoofd handelt de Koning onder ministeriële verantwoordelijkheid en moet de regering worden beschouwd als het orgaan dat besluiten neemt en rechtsgevolgen in het leven roept. In de hierboven gehanteerde definitie is de Koning bovendien geen politiek ambtsdrager. Over het handelen van de Koning dient weliswaar verantwoording te worden afgelegd aan de volksvertegenwoordiging, maar daartoe wordt niet de Koning maar worden zijn ministers aangewezen.

4 Comptabele verantwoordelijkheid van politieke ambtsdragers

Democratische controle is niet de enige vorm van toezicht op het openbaar bestuur en zijn politieke ambtsdragers. Op bepaalde aspecten van openbaar bestuur, zoals de rechtmatigheid, doelmatigheid en doeltreffendheid van de financiële besluitvorming, wordt naast democratische controle ook toezicht uitgeoefend door organen die onafhankelijk zijn van de 'politiek'. De vormgeving van dat *onafhankelijke financiële toezicht* verschilt per niveau, al is ook op dit punt een uniformering te bespeuren. Het toezicht op de uitgaven en ontvangsten op rijksniveau door de aloude en eerbiedwaardige Algemene Rekenkamer heeft op provinciaal en gemeentelijk niveau navolging gekregen door instelling van onafhankelijke provinciale en lokale rekenkamers dan wel semi-onafhankelijke rekenkamercommissies. Daarnaast blij-

4 Op grond van art. 1:1 Algemene wet bestuursrecht zal men wel tot dezelfde conclusie komen.

ven (externe) accountants een belangrijke rol spelen in de controle van de rekening van het rijk en van de afzonderlijke provincies en gemeenten.

Kenmerkend voor deze vorm van toezicht is dat het structureel (niet-incidenteel) van aard is en dat het dwingend is voorgeschreven binnen iedere overheidslaag. Anders geformuleerd: het rijk, iedere provincie en iedere gemeente kent verplicht zijn eigen financiële controlefunctie. De belangrijkste reden om dit onafhankelijke financiële toezicht afzonderlijk te bespreken is de nauwe band met een specifieke verantwoordelijkheid van politieke ambtsdragers, te weten de *comptabele verantwoordelijkheid*. Deze verantwoordelijkheid maakt politieke ambtsdragers rekenplichtig ten opzichte van de vertegenwoordiging van het volk. Door onafhankelijk toezicht op de uitgaven en ontvangsten kan deze rekenplicht gestalte krijgen.

Men kan comptabele verantwoordelijkheid definiëren als de zorgplicht van politieke ambtsdragers⁵ voor de rechtmatige besteding van uitgaven en inning van ontvangsten van het publieke lichaam en voor het opmaken van de rekening. In bepaalde opzichten is de comptabele verantwoordelijkheid van politieke ambtsdragers te beschouwen als een species van politieke verantwoordelijkheid, op andere punten is er sprake van een andersoortige vorm van verantwoordelijkheid. Zij onderscheidt zich van politieke verantwoordelijkheid door het specifieke object, te weten het financiële beheer en bestuur, en door de nadruk op de rechtmatigheid daarvan; beheer en bestuur dienen in overeenstemming te zijn met de begroting en met de op het beheer van toepassing zijnde geldende voorschriften.

Tot voor kort kon de comptabele verantwoordelijkheid op provinciaal en gemeentelijk niveau onder bepaalde omstandigheden leiden tot een persoonlijke aansprakelijkheid van de verantwoordelijke politieke ambtsdragers. Net als binnen privaatrechtelijke rechtspersonen, kunnen tijdens het proces van rekening en verantwoording onrechtmatigheden aan het licht komen, die een aansprakelijkheid *jegens de publieke rechtspersoon* vestigen. Deze aansprakelijkheid werd in het publiekrecht op verschillende manieren aangeduid. Met betrekking tot ministers werd in de oudere literatuur gebruik gemaakt van het begrip *geldelijke verantwoordelijkheid*. De Provincie- en Gemeentewet spraken van een *persoonlijke aansprakelijkheid* van de leden van gedeputeerde staten en van het college.

Ongeacht het verschil in terminologie is het publiekrechtelijke proces van rekening en verantwoording de context waarbinnen deze persoonlijke aansprakelijkheid van politieke ambtsdragers van betekenis kon worden. In verband met de wijziging van dit comptabele kader heeft de Staatscommissie-Elzinga in 2000 voorgesteld de persoonlijke aansprakelijkheid van burgemeester en wethouders af te schaffen. Naar het oordeel van de Staatscommissie zou bij wijze van alternatief een procedure geïntroduceerd moeten worden, waarin de raad de onrechtmatigheid van uitgaven kan opheffen. Een dergelijke indemniteitsprocedure⁶, die ook op rijksniveau wordt

5 Ook ambtenaren kunnen een comptabele verantwoordelijkheid dragen, maar leggen verantwoording af aan hun superieur en niet rechtstreeks aan de volksvertegenwoordiging.

6 Zie art. 202 Provinciewet en art. 198 Gemeentewet.

toegepast,⁷ zou beter passen bij de voorgestelde dualisering van het gemeentelijk bestuur en zich beter verdragen met een volgreed concept van politieke verantwoording.

Persoonlijke aansprakelijkheid en indemniteit zijn al met al twee verschillende remedies tegen onrechtmatige uitgaven en twee verschillende sluitstenen van comptabele verantwoordelijkheid. Aansprakelijkheid leidt ertoe dat onrechtmatige uitgaven niet voor rekening komen van het openbaar lichaam, maar van degene die de onrechtmatigheid heeft veroorzaakt. Indemniteit heeft de strekking om de onrechtmatigheid van uitgaven met terugwerkende kracht op te heffen en daarmee degene die de onrechtmatigheid heeft veroorzaakt juist te vrijwaren van aansprakelijkheid.

5 Strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid

Ook de rechterlijke macht kan het openbaar bestuur 'controleren'. Die *rechterlijke controle* is primair in handen van de bestuursrechter. Burgers kunnen besluiten van bestuursorganen, kwantitatief gezien het belangrijkste 'product' van de overheid, ter toetsing voorleggen aan de bestuursrechter die deze producten beoordeelt op hun verenigbaarheid met het recht. Het bestuursrecht omvat regels die specifiek op het openbaar bestuur van toepassing zijn. Dat sluit overigens niet uit dat ook de civiele rechter en strafrechter een oordeel kunnen uitspreken over het optreden van de overheid of haar organen, indien door dit handelen het burgerlijk recht of het strafrecht is geschonden.

Van die strafrechtelijke normen zijn enkele zeer uitzonderlijke vastgelegd in de artikelen 355-356 van het Wetboek van Strafrecht. Artikel 355 maakt duidelijk dat de hoofden van ministeriële departementen strafbaar zijn indien zij koninklijke besluiten ondertekenen of anderszins besluiten nemen of bevelen geven, wetende dat daardoor de Grondwet, wetten of algemene maatregelen van bestuur (amvb's) worden geschonden. Zij zijn evenzeer strafbaar indien zij uitvoering geven aan koninklijke besluiten, wetende dat die niet zijn gecontrasigneerd, of indien zij opzettelijk nalaten uitvoering te geven aan de Grondwet, wetten of amvb's terwijl die uitvoering tot hun taak moet worden gerekend. Artikel 356 stelt het laatste evenzeer strafbaar indien het nalaten het gevolg is van grove schuld.

Deze bepalingen zijn het overblijfsel van wat in 1840 is ingevoerd als strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid. Deze verantwoordelijkheid is te omschrijven als de zorgplicht van ministers om op rechtmatige wijze uitvoering te geven aan wettelijke voorschriften. Het bijzondere van deze verantwoordelijkheid is niet zozeer dat ministers tot een rechtmatige uitvoering verplicht zijn, maar dat zij bij het niet nakomen van deze verplichting strafrechtelijk vervolgd kunnen worden.⁸ Andere politieke ambtsdragers is een dergelijke plicht nimmer expliciet opgelegd en

7 Art. 89 Comptabiliteitswet.

8 Mede als gevolg van een wel heel bijzondere vervolgingsprocedure, zoals vastgelegd in de Wet ministeriële verantwoordelijkheid, is het nog nooit tot een vervolging gekomen. Het initiatief moet namelijk uitgaan van de Koning of van de Tweede Kamer.

zij kunnen dan ook niet wegens overtreding van die plicht worden vervolgd. Anders geformuleerd: ministers en staatssecretarissen dragen een specifieke strafrechtelijke verantwoordelijkheid die niet aan andere politieke ambtsdragers is opgelegd.

Het overeenkomstige van de verschillende verantwoordelijkheden (politiek, comptabel, strafrechtelijk) is dat zij in de eerste plaats een *zorgplicht* opleggen aan (sommige) politieke ambtsdragers om op een correcte wijze uitvoering te geven aan hun taken. Zij dienen hun taken te vervullen in overeenstemming met de politieke, comptabele en strafrechtelijke normen die op die zorgplicht betrekking hebben. Dat impliceert tevens de verplichting inzicht te geven in het uitoefenen van publiek gezag en de noodzaak daarvoor een verklaring en verdediging te geven. Een laatste stap kan zijn dat de ambtsdrager de consequenties moet aanvaarden van zijn verantwoordelijkheid in de vorm van een politieke, comptabele of strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Van deze verantwoordelijkheden springt de politieke het meest in het oog, vooral ook omdat bij het niet-voldoen aan de daarmee samenhangende verplichtingen tot sanctionering kan worden overgegaan, in het bijzonder door het opzeggen van het vertrouwen in de politieke ambtsdrager. De specifieke sancties ten aanzien van comptabele en strafrechtelijke verantwoordelijkheid zijn, zoals hiervoor beschreven, uit het recht verdwenen of praktisch betekenisloos geworden. Ook hier volgt als sanctie in het ultieme geval het ontslag uit de functie.⁹ Dat wil niet zeggen dat de comptabele en strafrechtelijke verantwoordelijkheid als zodanig betekenisloos zijn geworden: de zorgplicht blijft, maar de ultieme gevolgen zijn anders dan ooit beoogd.

6 Verantwoordelijke ambten en aansprakelijke ambtsdragers

Zoals het nuttig is een onderscheid te maken tussen de begrippen politiek ambt(sdrager) en bestuursorgaan, zo ook is het zinvol het verschil te zien tussen het ambt van minister of wethouder en de persoon die het ambt bekleedt en die wij minister of wethouder noemen. Politieke ambtsdragers zijn personen van vlees en bloed die een bepaald politiek ambt bekleden. Het staatsrecht kent bevoegdheden tot wetgeving en bestuur toe aan organen en ambten en niet aan de bekleeders daarvan. De vraag rijst of hetzelfde geldt voor de verantwoordelijkheid voor het uitoefenen van taken en bevoegdheden en voor de aansprakelijkheid die daaruit kan voortvloeien.

Naar aanleiding van het onderscheid tussen orgaan, ambt en ambtsdrager is in de literatuur wel gediscussieerd over de vraag of een orgaan wel verantwoordelijkheid kan dragen.¹⁰ Volgens sommige auteurs is een zogenaamde 'orgaanverantwoordelijkheid' onbestaanbaar en kunnen slechts personen van vlees en bloed verantwoordelijk zijn. In deze opvatting zijn verantwoordelijkheden derhalve

9 In het uiterste geval in combinatie met een strafrechtelijke vervolging van de voormalige ambtsdrager op grond van commune delicten als (ambtelijke) fraude, corruptie of oplichting.

10 Een inventarisatie van deze discussie is te vinden bij J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 33-36.

gekoppeld aan de ambtsdrager en niet aan het ambt of het orgaan.¹¹ Daar staat tegenover de opvatting dat *verantwoordelijkheden rusten op het ambt* of het orgaan en niet op de bekleder van het ambt.

Het vraagstuk wordt helder en krijgt vooral zijn betekenis indien de bekleder van een politiek ambt dit ambt neerlegt. In een dergelijk geval rijst onmiddellijk de vraag wie tot verantwoording verplicht is of wie aansprakelijk kan worden gesteld: het ambt of de ambtsdrager? Soms zal de afgetreden ambtsdrager met de consequenties van de in het ambt gepleegde handelingen geconfronteerd worden, in andere gevallen zal de opvolgende ambtsdrager de consequenties moeten dragen. Anders geformuleerd: in het ene geval lijkt (een onderdeel van) de verantwoordelijkheid mee te reizen met de aftredende ambtsdrager, in het andere geval kleeft de verantwoordelijkheid aan het ambt en gaat zij over op de volgende ambtsdrager.

Om dit verschil in gevolg te kunnen begrijpen, is het noodzakelijk een volgend onderscheid aan te brengen: *het verschil tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*. Het ruime begrip verantwoordelijkheid wordt hier begrepen als de zorgplicht tot correcte taakuitoefening en de verplichting inzicht te geven in handelingen, in casu het uitoefenen van publiek gezag, alsmede de noodzaak daarvoor een verklaring en verdediging te geven. Een dergelijke verantwoordelijkheid, die van politieke, comptabele en, in het kader van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid, zelfs van strafrechtelijke aard kan zijn, is met het ambt gegeven. De daaruit voortvloeiende verplichtingen bestaan permanent en zijn onpersoonlijk, dat wil zeggen niet afhankelijk van het gedrag, de betrokkenheid of de schuld van degene die het ambt bekleedt.

Aansprakelijkheid ontstaat op het moment dat een handeling (of de verantwoording over die handeling) niet voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld. Die eisen kunnen door het recht zijn gesteld, maar in het kader van de politieke verantwoordelijkheid vloeit de 'aansprakelijkheid' veelal voort uit de overtreding van niet-juridische, politieke normen. Aansprakelijkheid is niet het gevolg van het handelen als zodanig, maar van de eventuele *onrechtmatigheid* (en in de politieke context de ondoelmatigheid of onwenselijkheid) daarvan. Bij de bepaling van onrechtmatigheid en van de daarmee samenhangende aansprakelijkheid zal het eigen gedrag, de betrokkenheid of de schuld van de aansprakelijke wel een belangrijke rol spelen. Waar ambten verantwoordelijk zijn, kunnen ambtsdragers aansprakelijk worden gesteld!

Procedures waarin ambtsdragers verantwoordelijk of aansprakelijk worden gesteld, hebben veelal hetzelfde verloop. Daarbij is het nauwelijks relevant of het een politiek, een comptabel, een bestuursrechtelijk, strafrechtelijk of civielrechtelijk proces betreft. In hoofdlijnen zijn *drie momenten* te onderscheiden: een fase van informatievervalsing, een fase van verklaring en verdediging en een fase van sanctionering of genoegdoening. Verantwoordelijkheid (van het ambt) is gericht op informatievervalsing, verklaring en verdediging, maar kan uitmonden in aan-

11 Zie bijv. C.A.J.M. Kortmann, 'Afsluitende beschouwingen', in J.L.W. Broeksteeg e.a., *Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 110.

sprakelijkheid van de ambtsdrager. Aansprakelijkheid is gericht op sanctionering of genoegdoening, maar daaraan gaat vooraf dat inzicht wordt geboden in wat er is gebeurd en dat het gebeurde wordt verklaard en gerechtvaardigd.

In procedures van verantwoording wordt primair het ambt aangesproken en niet de bekleder van het ambt. De verantwoordelijke zal voor een politiek of juridisch forum tekst en uitleg moeten geven over de handelingen die in naam of onder het gezag van het ambt hebben plaatsgevonden. Maar uit de verantwoording kunnen aansprakelijkheden van de ambtsdrager voortvloeien. Zo is bij het opzeggen van vertrouwen in de eerste plaats de persoon in het geding en niet het ambt. De hoofdvraag is dan immers of de zittende persoon geschikt is om het ambt te bekleden. Zo ook zal het ambt rekening en verantwoording moeten afleggen op grond van comptabele verantwoordelijkheid, al is de persoonlijke aansprakelijkheid wegens onrechtmatig handelen van de bekleeders van dat ambt geheel op de achtergrond geraakt.

7 Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid op maat

Langs welke wegen politieke ambtsdragers worden aangesproken, is van allerlei factoren afhankelijk. De in de inleiding gegeven voorbeelden maken wel duidelijk dat de *aard van de handeling* een grote rol speelt. Brand in een café zal veelal andere reacties teweeg brengen dan slordig declaratiegedrag van een wethouder. Wat uiteraard ook meespeelt, is *wie de gevolgen van die handeling ondervindt*. Draait de overheid op voor de consequenties, bijvoorbeeld bij fraude van een gedeputeerde, of dragen derden de lasten van de handelingen die door de publieke bestuurder zijn verricht, zoals bij het gedogen van een onveilige situatie?

Van belang is voorts *door wie* de bestuurder verantwoordelijk of aansprakelijk wordt gesteld: is dat bijvoorbeeld de gemeenteraad of een burger die door de handeling wordt getroffen? Niet minder belangrijk is of *een individuele ambtsdrager wordt aangesproken of juist de publieke organisatie* (gemeente, provincie, rijk) waarvan hij bestuurder is. Afhankelijk daarvan komen dan vanzelf ook andere verschillen aan het licht: aan *welke criteria* worden de handelingen van de ambtsdrager getoetst, *wie voert deze toetsing uit* en *welke consequenties* kunnen worden verbonden aan het oordeel dat een bepaalde handeling in strijd is met de gestelde normen?

In het kader van politieke en comptabele *verantwoordelijkheid* bepaalt *de volksvertegenwoordiging* uiteindelijk of een politiek ambtsdrager aan de normen heeft voldaan. Bij civiele, strafrechtelijke of bestuursrechtelijke *aansprakelijkheid* van de overheid of van één van haar ambtsdragers is het aan *de rechter* om te bepalen of normen zijn geschonden. Ondanks al deze verschillen zijn de verscheidene vormen van controle en toezicht hier naast elkaar geplaatst, omdat ze direct samenhangen met de beschreven verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden van politieke ambtsdragers. Anders gezegd: democratische, comptabele en rechterlijke controle

vormen de context waarbinnen politieke ambtsdragers worden aangesproken op hun verschillende verantwoordelijkheden.

De praktijk laat zien dat deze verschillende vormen van controle door elkaar kunnen lopen en voor vormen en normen van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid geldt hetzelfde. Soms vullen ze elkaar aan, maar soms beconcurreren ze elkaar ook. Om een paar voorbeelden te noemen: in de Rotterdamse declaratiekwestie (de kwestie-Peper) liepen politieke, comptabele en strafrechtelijke verantwoordingsmechanismen dwars door elkaar. Wat in het ene proces als laakbaar werd beschouwd, werd in het andere juist acceptabel geacht. In de nasleep van de vuurwerkkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam liepen politieke, strafrechtelijke en civielrechtelijk processen synchroon, maar niet steeds met een gelijke uitkomst.

De samenloop van verschillende vormen van controle geeft soms aanleiding tot onbegrip. Zo af en toe ontstaat het beeld dat politieke ambtsdragers hun verantwoordelijkheid weten te ontlopen, bijvoorbeeld omdat ze hun positie kunnen behouden of niet worden veroordeeld voor een politieke fout. Dat onbegrip hangt veelal samen met een gebrekkig inzicht in de functie van de verschillende mechanismen van verantwoording. De politieke verantwoordelijkheid van ambtsdragers heeft een ander doel dan comptabele of strafrechtelijke verantwoordelijkheid en het proces van verantwoording heeft dan ook een andere vorm. Verantwoordelijkheid leidt bovendien niet altijd tot aansprakelijkheid in de zin van sancties of straffen, maar is daarmee niet betekenisloos.

8 Samenvatting en conclusie

De sleutel tot democratische controle op het openbaar bestuur is als gezegd het aanspreken van politieke ambtsdragers op hun politieke verantwoordelijkheid. Deze verantwoordelijkheid houdt, naast een zorgplicht tot taakvervulling in overeenstemming met democratische eisen, niet alleen in dat politieke ambtsdragers inlichtingen verschaffen aan de gekozen volksvertegenwoordiging, maar ook dat zij zich verantwoorden voor hetgeen onder hun gezag plaatsvindt en de consequenties aanvaarden van de kritiek die daarop wordt uitgeoefend. Voldoet het bestuur niet aan de wensen van de volksvertegenwoordiging dan bestaat het risico dat het vertrouwen in de verantwoordelijke politieke ambtsdragers wordt opgezegd. Voor de meeste politieke ambtsdragers is de ultieme consequentie van hun politieke verantwoordelijkheid dat zij hun ambt moeten opgeven.

Het recht belast politieke ambtsdragers ook met andere verantwoordelijkheden. Naast de politieke verantwoordelijkheid worden een comptabele en een strafrechtelijke

telijke verantwoordelijkheid onderscheiden.¹² Deze verantwoordelijkheden leggen politieke ambtsdragers de verplichting op hun taken 'correct' te vervullen, met als belangrijkste overeenkomst de verplichting om zich te verantwoorden voor hetgeen in hun naam wordt verricht. Aan deze verantwoordelijkheden zijn van oudsher aansprakelijkheden verbonden. Niet al deze verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden hebben de tand des tijds doorstaan. Zo speelt strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid geen enkele rol meer voor de functionering van het parlementaire stelsel en is de aan comptabele verantwoordelijkheid gekoppelde persoonlijke financiële aansprakelijkheid van politieke ambtsdragers op alle niveaus afgeschaft. Daar staat tegenover dat een strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidslichamen (rijksoverheid, provincie, gemeente) juist is ingevoerd, als reactie op situaties van collectief falen van de overheid.

Naast de genoemde specifieke verantwoordelijkheden en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en aansprakelijkheden bestaan er verschillende mogelijkheden om het openbaar bestuur aan te spreken op de handelingen die door of namens dat bestuur worden verricht. Hiervoor is het verstandig het begrip aansprakelijkheid te gebruiken, omdat het situaties betreft waarin de overheid wordt aangesproken vanwege de vermeende overtreding van een juridische norm. Het gaat daarbij dan om de civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid (publieke lichamen of rechtspersonen) en haar ambtsdragers, maar ook om de mogelijkheid om bestuursorganen langs bestuursrechtelijke weg aan te spreken.

12 C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 303, onderscheidt ten aanzien van ministers naast de comptabele of financiële, de strafrechtelijke en de politieke verantwoordelijkheid nog een vierde type verantwoordelijkheid, te weten de civielrechtelijke. Zo ook P.P.T. Bovend'Eert, *Ministeriële verantwoordelijkheid*, Nijmegen Ars Aequi Cahiers Staats- en bestuursrecht 2002, p. 21. Uitgaande van de hierboven gehanteerde terminologie is de aanduiding 'civielrechtelijke verantwoordelijkheid' minder gelukkig en verdient het de voorkeur te spreken van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Waardering voor horizontaal toezicht

Michiel Herweijer & Bert Marseille

*Het leven wordt terugkijkend begrepen, maar vooruitkijkend geleefd.
(Sören Kierkegaard)*

1 Vraagstelling

In het werk van Ko de Ridder is toezicht de evergreen. Zowel het proefschrift (1990) als de oratie (2004) gaan over toezicht. Volgens De Ridder is toezicht een met feiten en normen onderbouwde machtshandeling van een hogere overheid. Voor het planologisch toezicht van de jaren zestig en zeventig is dat wellicht een vruchtbaar perspectief. Zo lang de verticale toezichthouder loyaal de belangen van de hogere overheid diende, was bovendien de bekostiging van dat verticale toezicht gegarandeerd. Maar tijden veranderen. Dat geldt ook voor toezicht.

In een netwerksamenleving is het toezicht gehorizontaliseerd. Horizontaal toezicht wordt bekostigd door de bestuurslaag die door de toezichthouder onder de loep wordt genomen. Het lijdelijk navolgen van instructies van bovenaf is inmiddels vervangen door het kritisch beoordelen of de toezichthouder het met zijn conclusies wel bij het rechte eind heeft. Als de conclusies en aanbevelingen overtuigend zijn, beslist de betrokken overheid zelf of zij zal interveniëren in het beoordeelde beleidsveld.

In een netwerksamenleving is er bij de ondertoezichtgestelden veel aandacht voor de onderbouwing van de conclusies en aanbevelingen van de toezichthouder. Het kritisch beoordelen van de kwaliteit van het toezicht kan ook de bekostiging van de horizontale toezichthouder raken. Want als de kwaliteit van het horizontale toezicht niet overtuigend is, is het wellicht raadzaam om op dat toezicht te bezuinigen. De bekostiging van het toezicht door de ondertoezichtgestelden vormt – zo beschouwd – een stevige prikkel de kwaliteit en bruikbaarheid van het horizontale toezicht te verhogen.

Bovenstaande vragen over toezicht zijn actueel. Overheden, ook gemeenten, zoeken al enige jaren naar mogelijkheden hun begroting in evenwicht te houden. Zij hebben daarbij behoefte aan bruikbare informatie over de doelmatigheid, doeltreffendheid en rechtmatigheid van de lopende uitgaven. Tegelijkertijd constateren overheden dat er bij rekenkamer(commis)sie)s soms sprake is van onderuitputting van de beschikbaar gestelde onderzoeksmiddelen. In deze bijdrage onderzoeken wij hoe raadsleden en collegeleden het lokale rekenkameronderzoek waarderen en of dit waardeoordeel samenhangt met hun beslissingen over de bekostiging van deze vorm van horizontaal toezicht.

Sinds 2006 produceren gemeentelijke rekenkamer(commissie)s met regelmaat rapportages over het door het college van burgemeester en wethouders gevoerde bestuur. Raadsleden zijn de belangrijkste afnemers van deze rapportages. Deze raadsleden stellen jaarlijks ook het budget van de rekenkamer(commissie) vast. In de recente raadsperiode 2010-2014 is het budget van de rekenkamer(commissie) in veel gemeenten verminderd. Zo hebben eind 2012 77 gemeenten besloten voor de begrotingsjaren 2013 en 2014 te korten op het budget van hun rekenkamer(commissie). Hangt deze bezuiniging, behalve met de algemene noodzaak te bezuinigen, samen met de waardering van raadsleden voor het rekenkameronderzoek? Verkopen rekenkamer(commissie)s zich goed genoeg? Een bekende tegenwerping tegen kortingen op het rekenkameronderzoek luidt dat in tijden van spaarzaamheid raadsleden extra behoefte hebben aan kennis over wat veel kost maar niet werkt (bijvoorbeeld: een prestigieus gebouw aan de Grote Markt of een grootschalig bedrijventerrein in het buitengebied) en over wat vrijwel niets kost, maar juist goed uitpakt (bijvoorbeeld: klantvriendelijkheid of een informele benadering van klagers en bezwaarmakers).

Is er een negatieve samenhang tussen waardering en bezuiniging? Of in andere woorden: wordt er minder bezuinigd op de lokale rekenkamer(commissie), wanneer de waardering voor de rekenkamerrapporten hoger is? Alvorens deze samenhang te onderzoeken, schetsen we in paragraaf 2 de institutionele context. Beschikt de gemeente wel over een rekenkamer(commissie)? Produceert deze rekenkamer(-commissie) wel rapporten? Of is er in deze gemeente sprake van een 'slaapkamer' en wordt het budget voor rekenkameronderzoek in het geheel niet uitgeput?

In paragraaf 3 poneren we het toezichtdilemma: bezuinigen met of op toezicht? Daarna, paragraaf 4, gaan we in op het te verklaren verschijnsel: de recente kortingen op het budget voor gemeentelijk rekenkameronderzoek. In paragraaf 5 gaan wij in op de waardering van gemeenteraadsleden en gemeentebestuurders voor het aan hen geleverde rekenkamerproduct. Deze waardering vormt binnen het horizontale netwerkperspectief de belangrijkste voorspeller voor de vaststelling van het budget. In paragraaf 6 wordt deze verwachting over de samenhang tussen waardering en bekostiging empirisch getoetst. De resultaten zijn niet eenduidig. Er is geen reden aan te nemen dat de waardering van raadsleden geen rol speelt bij hun besluitvorming over het budget voor de lokale rekenkamer(commissie)s. Maar er is zeker ook geen reden aan te nemen dat de waardering van de raadsleden bij de bekostiging de doorslag geeft. Andere overwegingen spelen een rol. Nader onderzoek blijft gewenst. Het laatste woord is hierover nog niet gezegd.

2 Productie van rekenkamerrapporten

Eind 2001 leidt een wijziging van de Gemeentewet ertoe dat in het Nederlandse gemeentebestuur de positie van de gekozen volksvertegenwoordiging (gemeen-

teraad) met meer nadruk wordt onderscheiden van de positie van het benoemde dagelijkse bestuur (het college van burgemeester en wethouders). De wethouders hebben nog wel de politieke steun van een meerderheid in de gemeenteraad (coalitie) nodig, maar zijn sinds 2002 niet langer lid van de raad en mogen niet meestemmen met besluiten van de raad. De breuk met het voorgaande 'monisme' brengt met zich mee dat raadsleden wel de begroting, jaarrekening, beleidsplannen en lokale verordeningen vaststellen, maar zich niet langer bemoeien met individuele uitvoeringsbesluiten, zoals: subsidies, vergunningen, boetes en benoemingen. Wel worden de volksvertegenwoordigers verondersteld intensiever te controleren of de dagelijkse bestuurders (burgemeester en wethouders) zich bij de uitwerking van het beleid houden aan de gemaakte afspraken en de wetten uit Den Haag en Brussel. De raadsleden moeten minder sturen op de dagelijkse uitvoering en meer achteraf controleren.

In het kader van deze 'dualisering' vindt de Haagse wetgever het nodig dat de, in 2000 nog 537, Nederlandse gemeenten allemaal beschikken over een eigen rekenkamer of rekenkamercommissie. Zo'n onafhankelijke en toegewijde instelling voor doelmatigheidsonderzoek maakt de controletaak van de gemeenteraadsleden gemakkelijker. De raad kan bijvoorbeeld aan de rekenkamer(commissie) het verzoek doen een bepaalde (heikele) kwestie te onderzoeken. De rekenkamer(commissie) rapporteert haar bevindingen aan de raad, in het openbaar. De Gemeentewet regelt dat de rekenkamer(commissie) toegang heeft tot vertrouwelijke stukken die berusten bij het gemeentebestuur.

Nederlandse gemeenten hebben een relatief omvangrijk takenpakket. Het takenpakket omvat uiteenlopende zaken zoals infrastructuur en bevolkingsadministratie, maar ook diverse taken in het sociale domein. In het afgelopen decennium is het takenpakket in het sociale domein uitgebreid: de gemeente krijgt taken op het vlak van arbeidsbemiddeling (re-integratie) en bij het verstrekken van thuiszorg (huishoudelijke hulp in het kader van de WMO). De verwachting is dat de zorgtaken van de gemeenten vanaf 2015 worden uitgebreid met jeugdzorg, inkomensvoorziening voor vroeg gehandicapten (Wajongers met arbeidsmogelijkheden) en bekostiging van dagopvang (AWBZ). Gezien deze toegenomen omvang en verscheidenheid van de gemeentelijke taken wordt onder andere door de Minister van BZK¹ gesteld dat het voor de raad nuttig is te beschikken over een eigen rekenkamer(commissie). Dankzij de rekenkamerrapporten krijgen raadsleden een beeld van de uitvoering en maatschappelijke doorwerking van het gemeentelijk beleid. Deze inzichten helpen om hun informatieachterstand op de dagelijkse bestuurders te verminderen.

2.1 Instituties

Vier jaar na invoering van de gemeentelijke dualisering, in 2006, wordt de instelling van een lokale rekenkamer(commissie) verplicht. De Gemeentewet biedt de

1 Minister R.H.A. Plasterk, *Rekenkamers en decentralisatie*, brief van 3-12-2013, Den Haag.

gemeenten twee modellen aan: een rekenkamer (hoofdstuk IVa) of een rekenkamercommissie (hoofdstuk IVb). Eerst gaan we in op de vraag of alle gemeenten wel over een rekenkamer(commissie) beschikken.

De Gemeentewet stelt dat een lokale rekenkamer niet mag bestaan uit gemeenteraadsleden en dient te beschikken over een eigen ambtelijk secretariaat, voor het uitvoeren van onderzoek. In totaal hebben 41 gemeenten, een minderheid, gekozen voor het rekenkamermodel (overeenkomstig hoofdstuk IVa Gemeentewet). De wet staat binnen dit rekenkamermodel wel differentiatie toe. De rekenkamer kan collegiaal worden vormgegeven (een commissie van ten minste twee leden), maar ook een unus-variant is mogelijk: het zogeheten directeursmodel. Verder is in de loop der tijd een directeursmodel ontwikkeld waarbij de onderzoekers niet in ambtelijke dienst zijn van de gemeente, maar verbonden zijn aan het particuliere onderzoeksbureau waaraan de directeur verbonden is. Zo hebben de gemeenten Amsterdam en Rotterdam een directeursmodel (unus-variant) met eigen onderzoekers in ambtelijke dienst. De rekenkamer van Utrecht kent een commissie met drie externe leden, maar eveneens met eigen onderzoekers in ambtelijke dienst.

Tabel 1: Soorten lokale rekenkamers op basis van hoofdstuk IVa Gemeentewet (eind 2012)

Variant	Aantal
Rekenkamer met meerdere externe leden (commissie)	33
Directeursmodel met eigen onderzoekers (unus)	4
Directeursmodel met onderzoekers van extern bureau	4
Totaal	41

De andere gemeenten, die niet hebben gekozen voor het rekenkamermodel, hebben, overeenkomstig hoofdstuk IVb Gemeentewet, besloten de grondslag voor hun rekenkamerfunctie neer te leggen in een lokale verordening. Er wordt in die gemeenten gesproken over een lokale rekenkamercommissie. Een bijzonderheid is dat de raad bij verordening kan besluiten dat deze rekenkamercommissie kan bestaan uit (uitsluitend) raadsleden. Een tweede bijzonderheid van dit model is dat niet is bepaald dat de rekenkamercommissie moet werken met vaste ambtelijke onderzoekers: de rekenkamercommissie kan per vraagstelling bepalen met welk (extern) onderzoeksbureau het in zee wil gaan.

Tabel 2: Soorten lokale rekenkamercommissies op basis van lokale verordening (eind 2012)

Variant	Aantal
Rekenkamercommissie met uitsluitend externe leden	185
Rekenkamercommissie met zowel raadsleden als externe leden	133
Rekenkamercommissie met uitsluitend raadsleden	18
Directeursmodel op basis van verordening met externe onderzoekers	16
Rekenkamertaak toegewezen aan presidium	8
Rekenkamertaak toegewezen aan raadscommissie (financiën)	2
Totaal	362

Het meest populaire model in gemeenteland is de rekenkamercommissie met uitsluitend externe leden. Veel volledig externe rekenkamercommissies werken voor twee of meer (kleinere) gemeenten, vaak op basis van een gemeenschappelijke regeling. Iets minder populair is de gemengde rekenkamercommissie. In de gemengde rekenkamercommissies zitten zowel raadsleden als externe leden. De gemengde rekenkamercommissies werken meestal slechts voor één (grotere) gemeente. Ook de volledig interne rekenkamercommissies, met uitsluitend raadsleden, werken – op één uitzondering na – voor één gemeente. Er zijn ook gemeenten die op grond van een eigen lokale verordening hebben gekozen voor een directeursmodel met externe onderzoekers. Al deze vier varianten – extern, intern, gemengd, directeursmodel – hebben het verrichten van rekenkameronderzoek als hun primaire taak.

Daarnaast zijn er twee soorten rekenkamercommissies waarbij het rekenkamerwerk een neventaak is. De toewijzing van de rekenkamertaak aan het 'presidium' is een minder vruchtbare constructie gebleken. Het presidium is samengesteld uit afgevaardigden van de raadsfracties. Het presidium heeft als hoofdtaak om – eventueel samen met de burgemeester – de agenda van de raad vast te stellen. Uit een recent evaluatieonderzoek² blijkt dat 3 van deze 8 presidia-rekenkamercommissies sinds 2006 geen enkel rekenkameronderzoek hebben uitgevoerd. Ook de 2 gemeenten die hun rekenkamerfunctie hebben neergelegd bij een al bestaande raadscommissie financiën, hebben een minder productieve keuze gemaakt. Ook voor deze 2 commissies blijkt uit het eind 2012 uitgevoerde evaluatieonderzoek dat er sinds 2006 geen onderzoeken zijn uitgevoerd. Er kan bij deze twee varianten (presidium-variant en bestaande raadscommissievariant) worden gesproken van een minder gelukkige vorm van wetstoepassing: er is weliswaar een commissie, maar er wordt geen of maar heel weinig onderzoek gedaan.³

2 Edwin de Jong & Jan R Lunsing, *De staat van de Rekenkamer*: Warffum: StiBaBo 2013. Alle in deze bijdrage gepresenteerde tabellen zijn ontleend aan het recente onderzoek van Edwin de Jong en Jan Lunsing.

3 In de bestuurskunde wordt wel gesproken over symbolische naleving.

2.2 Productie

Nu we hebben vastgesteld dat alle Nederlandse gemeenten formeel gezien beschikken over een rekenkamer of rekenkamercommissie, komen we bij het tweede deel van de relevante context: leveren deze rekenkamercommissies wel rapporten aan de raad? Vijf jaar na inwerkingtreding van de wettelijke rekenkamerplicht werd op initiatief van de Minister van Binnenlandse Zaken een landelijke evaluatie uitgevoerd. Het betrof een steekproefonderzoek.⁴ In dit door Berenschot uitgevoerde onderzoek wordt voor het eerst geconstateerd dat er gemeenten zijn zonder actieve rekenkamer(commissie). De onderzoekers komen rekenkamers tegen die de laatste twee jaar geen rapporten hebben uitgebracht, die mogelijk niet vergaderen en niet beschikken over een jaarprogramma (onderzoekagenda). Als ludieke term komt vanaf dat moment de term 'slaapkamers' in omloop. In 2012 hebben De Jong en Lusing, in opdracht van de Nederlandse Vereniging van Rekenkamers en Rekenkamercommissies, vervolgens een populatieonderzoek verricht met als doel de omvang van het verschijnsel 'slapende rekenkamers' volledig in kaart te brengen.

Tabel 3: Gemeenten met inactieve of actieve rekenkamer(commissie) (eind 2012)

Status	%	Aantal
Rekenkamer(commissie) is in 2011-2012 tijdelijk inactief	5	20
Rekenkamer(commissie) is al langer inactief	3	15
Gemeente beschikt in 2011-2012 over actieve rekenkamer(commissie)	92	380
Totaal	100	415

Eind 2012 blijkt dat 380 gemeenten beschikken over een rekenkamer of rekenkamercommissie die voldoet aan vijf eisen: er is een instellingsbesluit en/of verordening; de bestuursleden en secretaris zijn benoemd; er is een budget zowel voor onderzoek als ondersteuning; er is de afgelopen 2 jaar (2011-2012) tenminste één rapport uitgebracht; een jaarverslag is beschikbaar. In 92% van de gemeenten worden de raadsleden dus met rekenkamerrapporten bediend.

Eind 2012 zijn er 20 rekenkamer(commissie)s die tijdelijk niet toekomen aan het produceren van rapporten. In deze 20 gemeenten is er gedurende 2 jaar geen onderzoek uitgevoerd. Deze tijdelijke productiedip heeft uiteenlopende oorzaken. In 6 van de 20 tijdelijk niet actieve rekenkamer(commissie)s is sprake van een aanstaande of recent doorgevoerde herindeling. De slagschaduw of nasleep van deze institutionele ingreep brengen met zich mee dat er tijdelijk geen aandacht is voor rekenkamerwerk. In de literatuur wordt wel gesproken over de 'beleidsdip'.⁵

4 R. van der Mark, A. Oostdijk, R. Beerepoot & H. Heine, *Evaluatie van de provinciale en gemeentelijke rekenkamers*, Utrecht: Berenschot 2011.

5 Rachel Beerepoot, Rien Fraanje & Michiel Herweijer, *Processen en effecten van herindeling*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

In 9 van de 20 gemeenten met een tijdelijk inactieve rekenkamer(commissie) is er een eind gekomen aan een regionaal samenwerkingsverband dat een rekenkamerfunctie verzorgt voor een aantal (kleinere) gemeenten. In 2 van de 20 gemeenten is er op ambtelijke niveau een moeilijk vervulbare vacature ontstaan. In 3 van de 20 gemeenten blijkt dat de externe leden onderling verschil van inzicht hebben gekregen. Inmiddels is in deze 20 gemeenten de rekenkamercommissie weer opnieuw geïnstalleerd, het secretariaat weer bemenst en ook het rekenkameronderzoek weer op gang gekomen.

Daarnaast treffen De Jong & Lunsing eind 2012 15 gemeenten aan die al meer dan 2 jaar niet beschikken over een actieve rekenkamer(commissie) en bovendien verwachten dat deze improductiviteit de komende jaren zal voortduren. Tien gemeenten voldoen slechts voor de vorm aan de wettelijke verplichting. Deze gemeenten hebben de rekenkamertaak pro forma toegewezen aan het presidium of aan een al bestaande raadscommissie financiën. In 3 van deze 10 gemeenten staat vast dat de rekenkamer(commissie)s sinds het begin van de wettelijke verplichting (in 2006) geen enkel onderzoek hebben uitgevoerd. Van de 15 permanent inactieve rekenkamer(commissie)s zijn er 9 waarvan de gemeenteraad het beschikbare budget op nul heeft gesteld. Mocht zich een onderwerp voor rekenkameronderzoek aandienen, dan moet de rekenkamer(commissie) speciaal daarvoor een budget aanvragen. In 5 gemeenten is er zelfs geen sprake van schijnconformiteit. De rekenkamerfunctie wordt niet uitgeoefend, er wordt geen budget voor vrij gemaakt. De wettelijke verplichting zal - naar de woordvoerders in deze vijf gemeenten ten onrechte verwachten – binnenkort door de wetgever worden ingetrokken.⁶

We kunnen concluderen dat slechts in 8% van de gemeenten de raadsleden in de jaren 2010 en 2011 niet werden bediend met rekenkamerrapporten.

3 Dilemma

Eenzijds leeft de gedachte dat wanneer de Nederlandse gemeenten meer taken krijgen (decentralisatie) en de financiële nood groeit, er behoefte ontstaat aan meer doelmatigheidsonderzoek. Met dat onderzoek kan worden bepaald welke maatregelen kunnen worden beëindigd, vanwege hoge kosten, lage baten, of inmiddels

6 De Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) heeft bij herhaling laten weten dat zij een verplichte rekenkamerfunctie voor gemeenten beneden de 70.000 inwoners onwenselijk acht: dit voorschrift moet voor deze gemeenten facultatief zijn. Diverse ministers van BZK hebben laten weten dit standpunt niet te delen. Zie bijvoorbeeld recent: Minister van BZK, *Vragen over gemeenten zonder rekenkamer*, Kenmerk 2013Zo6719, Den Haag (zie website BZK, 23 april 2013).

verloren gegane actualiteit: de zogeheten bloempjes van Catharina.⁷ Tevens kan op basis van rekenkameronderzoek worden bepaald welke maatregelen juist moeten worden doorgezet: vanwege de hoge (preventieve) baten.⁸ Anderzijds leeft de gedachte dat wanneer het er echt op aankomt de overheid moet investeren in haar primaire taken (veiligheid, zorg, infrastructuur, het kernbestuur zelf) en dat haar secundaire activiteiten waaronder de reflectie op het uitvoerend handelen (waaronder het toezicht) maar moeten krimpen. Ook een euro belastinggeld kan maar één keer worden uitgegeven. In tijden van financiële schaarste is het toezichtdilemma weer actueel: *bezuinigen op, of juist met toezicht?*

Binnen het Gemeentewettelijke kader beslissen na de dualisering de ontvangers van de rekenkamerrapporten (raadsleden en collegeleden) of aan de rekenkamer-(commissie) meer, een gelijk of juist een lager budget wordt toegekend. Het toezichtdilemma ligt dus op het bordje van raadsleden en collegeleden. Het hier gepresenteerde onderzoek kan het keuzevraagstuk van de raadsleden verhelderen.

In paragraaf 4 laten we allereerst zien in welke omvang de afgelopen periode werd bezuinigd op het budget van de lokale rekenkamer(commissie)s. In dezelfde paragraaf staan we stil bij de plannen om in 2013 en 2014 te korten op de budgetten voor lokaal rekenkameronderzoek. Nadat deze beide afhankelijk (de te verklaren factoren) zijn bepaald, kijken we in paragraaf 5 in hoeverre verschillen in de waardering voor de producten van het rekenkameronderzoek een rol spelen bij de verklaring van verschillen in de omvang van de bezuinigingen.

Het gehanteerde databestand is verzameld door De Jong en Lunsing (2013). Het door hen uitgevoerde enquêteonderzoek werd in de tweede helft van 2012 afgenomen onder de raadsgriffiers van alle Nederlandse gemeenten. De respons was 100%. Aan de griffiers zijn feitelijke gegevens gevraagd over het functioneren van hun rekenkamer(commissie). Ook zijn dertien opiniërende vragen gesteld waarbij de raadsgriffier werd uitgedaagd het gevoel van de raad als geheel te verwoorden. Een aantal items betreft de waardering voor het werk van de rekenkamercommissie. Worden de goede onderwerpen onderzocht? Vindt de raad of het college rekenkameronderzoek belangrijk? Zijn de rapporten van goede kwaliteit? Opereert de gemeente dualistisch of heerst er nog het monisme (een bestuurscultuur waarbij er geen scheiding is tussen benoemde bestuurders en gekozen politici). Ook is de griffiers gevraagd in hoeverre in het verleden reeds op de rekenkamercommissie

7 Catherina de Grote (1729-1796) heeft als Tsarina geschiedenis gemaakt door haar doortastendheid in zaken van politiek en liefde. Ook haar hartstocht voor bloemen en tuinen is legendarisch. Tientallen jaren na haar dood worden de door haar aangelegde parken en tuinen nog steeds door militairen bewaakt. Het schrappen van deze bewaking is een schoolvoorbeeld van slim bezuinigen: de bloemenpracht wordt er niet minder van, de onderhoudskosten wel.

8 Michiel Herweijer, 'Hoge kosten, lage baten', *Tijdschrift voor Public Governance*, 2010 (2), p. 10; Michiel Herweijer, 'Bondgenoot', *Tijdschrift voor Public Governance*, 2011 (1), p. 22.

werd bezuinigd en of er op korte termijn plannen bestaan op de rekenkamerfunctie te bezuinigen en wellicht het budget op nul te stellen.

4 Budget

Het gemiddeld budget van een rekenkamer(commissie) in 2012 bedraagt € 44.000. Per inwoner ontvangt een rekenkamer(commissie) gemiddeld € 1,05. Dit komt overeen met de suggestie bij de start in 2006 per inwoner € 1 uit te trekken. Rond dit gemiddelde is er sprake van aanzienlijke spreiding. In 19 gemeenten is het bedrag per inwoner op nul gesteld. Deze rekenkamer(commissie)s kunnen alleen onderzoek doen wanneer de raad voor het betreffende onderzoek bij afzonderlijk besluit een budget beschikbaar stelt. Van de 19 rekenkamer(commissie)s met een budget van nul euro per inwoner, hebben er slechts 3 in de periode 2011-2012 een onderzoek verricht. De andere 16 rekenkamer(commissie)s zonder budget zijn permanent of tijdelijk inactief (zie tabel 3).

Het maximale budget per inwoner is € 6,52. Dit relatief hoge bedrag per inwoner komen we vooral tegen op de Waddeneilanden die niet veel meer dan 1.000 inwoners per eiland tellen. De echte rekenkamers op basis van het wettelijke model (hoofdstuk IVa) beschikken over een relatief groter budget dan de rekenkamercommissies (hoofdstuk IVb) ($\beta = .14$, $t = 2.83$, $n = 410$, s). Ook een rekenkamer of rekenkamercommissie bestaande uit externen valt duurder uit dan een rekenkamercommissie bestaande uit raadsleden ($\beta = .16$, $t = 2.95$, $n = 410$, s). Dit laatste komt doordat een raadslid naast de gebruikelijke raadsvergoeding geen vergoeding krijgt voor het werk in de rekenkamercommissie. De externen krijgen wel een vergoeding voor hun rekenkamerwerk.⁹

Tabel 4: Ontwikkeling rekenkamerbudget sinds 2006 tot en met 2011

Ontwikkeling budget	Aantal	Gemiddeld bedrag van mutatie
Zeer forse korting	40	- 31.774
Forse korting	50	-12.550
Korting	62	-6.004
Budget nominaal gelijk gebleven	219	0
Budget nominaal licht gestegen	6	2.791
Budget gestegen	6	8.450
Budget fors gestegen	5	47.000
Totaal	415	-4.872

9 Het percentage overhead is bij een volledig externe commissie (met 34%) het hoogst ($t = 2.66$, $p = .01$, $n = 221$, s). Het verschil met een volledig interne commissie is statistisch significant.

In meer dan de helft van de gemeenten ($n=219$) is het budget voor de rekenkamer (commissie) sinds 2006 onveranderd gebleven. Gelet op de prijsstijging van 2% per jaar is hier dus sprake van een reële daling van het budget met 14%. In 17 gemeenten is het budget nominaal verhoogd. In de resterende 152 gemeenten heeft een nominale korting op het budget plaatsgevonden. Soms zeer fors. Gemiddeld genomen is het budget van de lokale rekenkamer in de beschouwde periode gekrompen met een kleine vijfduizend euro. Op de rekenkamer(commissie)s die beschikten over een relatief hoog budget per inwoner is minder gekort ($\text{corr}=.20$, $p=.00$, $n=410$, s). Ook bij de externe rekenkamer(commissie)s is de korting minder groot ($\text{corr}=.10$, $p=.04$, $n=403$, s).

De Jong en Lunsing hebben ook gekeken naar de begrotingsvoornemens van de raad voor de kalenderjaren 2013 en 2014. In verreweg de meeste gemeenten bestaan er – ondanks de aanhoudende recessie, sinds oktober 2008 – geen plannen het budget tijdens de lopende raadsperiode (2010-2014) te korten (81%, $n=322$). In 77 gemeenten (19%) zijn er wel plannen om te bezuinigen. Het meest genoemde motief is de noodzaak om op alle uitgaven te korten. Daarbij kan voor de lokale rekenkamer geen uitzondering worden gemaakt.

Aan de 415 raadsgriffiers is in het najaar van 2012 ook de vraag voorgelegd of zij vinden dat er onevenredig op de rekenkamer(commissie) wordt bezuinigd. De meeste griffiers vinden dat dit niet het geval is. Slechts 11% van de 415 raadsgriffiers stellen dat er onevenredig op het budget van de rekenkamer(commissie) is gekort. Eveneens 11% vindt dat de rekenkamer(commissie)s op een gelijke manier zijn behandeld. De overgrote meerderheid van de griffiers (72%) stelt dat het budget van de rekenkamer(commissie) relatief werd ontzien: de korting op het rekenkamerbudget blijft achter bij de algemene trend om te snoeien op de gemeentelijke uitgaven. Het evenredigheidsoordeel van de griffiers correleert met de door hen gerapporteerde nominale korting op het budget. Naarmate deze korting groter is, zijn de griffiers meer geneigd deze bezuiniging aan te duiden als onevenredig ($\text{corr}=.27$, $p=.00$, $n=386$, s).

5 Waardering

Aan de raadsgriffiers zijn stellingen voorgelegd over de mate waarin de raad en het college waardering hebben voor het werk van de rekenkamer(commissie). In tabel 5 worden acht stellingen weergegeven die onderling sterk blijken te correleren (Cronbach's $\alpha=.78$, $n=415$). Uit tabel 5 komt naar voren dat de raad positiever is over het functioneren van de rekenkamer(commissie) dan het college. Dat is geen wonder. De raad wordt in zijn controlerende taak door het rekenkameronderzoek gesteund. Het college is object van onderzoek. Het college zal de pottenkijkers van de rekenkamer(commissie) wat minder welgezind zijn.

Tabel 5: Stellingen met betrekking tot rekenkamer(commissie)

Bewering	Percentage respondenten dat antwoordt: 'helemaal mee eens'	Aantal respondenten dat antwoordt: 'helemaal mee eens'
De raad vindt rekenkameronderzoek unaniem belangrijk	69%	281
Het college vindt rekenkameronderzoek unaniem belangrijk	34%	133
In de raad zijn regelmatig kritisch geluiden te horen over de rekenkamer	18%	68
In het college van B&W zijn regelmatig kritische geluiden te horen over de rekenkamer	35%	128
De onderwerpkeuze van de rekenkamer is wel eens slecht gevallen in de raad	19%	72
De onderwerpkeuze van de rekenkamer is wel eens slecht gevallen in het college	48%	174
De raad is kritisch over het functioneren van de rekenkamer	31%	120
Het college is kritisch over het functioneren van de rekenkamer	43%	157

N=415, Ontbrekende waarnemingen = 54, Cronbach's Alpha = .78

Aangezien deze 8 items onderling een toereikende schaalbaarheid kennen, is een tel-index gevormd waarbij alle acht items een gelijk gewicht hebben gekregen. Hoge scores op de telindex waardering duiden op veel waardering van raad en college voor de betreffende rekenkamercommissie. Lage scores op de telindex duiden op een lage waardering. Indien het score bereik van 8 (minimale score) tot en met 40 (maximale score) in vijf even brede compartimenten wordt uitgesplitst, ontstaat het volgende beeld van de waardering van de raadsleden en collegeleden voor het lokale rekenkamerwerk (tabel 6).

Tabel 6: Waardering voor werk van rekenkamercommissie (index)

Gradatie	Aantal
Zeer laag	2
Laag	43
Neutraal	193
Hoog	95
Zeer hoog	3
Totaal aantal (waarnemingen)	336

De in tabel 6 gepresenteerde weergave van de waardering voor het werk van de rekenkamer hangt positief samen met de mate waarin er sprake is van een dualistische cultuur in de eigen gemeente ($\text{corr}=.14$, $p=.01$, $n=336$, s). Ook het oordeel over de kwaliteit van de rapporten is van positieve betekenis voor de hoogte van de waardering ($\text{corr}=.33$, $p=.00$, $n=335$, s). Positief van invloed op de waardering is dat de rekenkamercommissie er in is geslaagd het beschikbare onderzoeksbudget volledig te besteden ($\text{corr}=.12$, $p=.03$, $n=305$, s). In de onderzochte periode (2006-2011) komt het regelmatig voor dat rekenkamer(commissie)s hun onderzoeksbudget niet volledig weten te besteden: dus ook minder rapporteren dan mogelijk zou zijn geweest.

In de inleidende paragraaf hebben wij gesteld dat de hoogte van de waardering van de raadsleden en collegeleden een positieve invloed zal hebben op de hoogte van het toegekende budget. De te toetsen hypothese luidt: *naarmate de raadsleden en collegeleden de rekenkamerrapporten hoger waarderen, wordt er niet onevenredig gekort maar blijft het budget gelijk of wordt dat budget zelfs verhoogd*. Bij implicatie wordt ook het spiegelbeeld getoetst: *zijn de raadsleden en collegeleden ontevreden, dan leidt dat tot een neerwaartse bijstelling van het budget*. Nu beide centrale variabelen zijn geïntroduceerd, volgt in paragraaf 6 de toetsing van dit eenvoudige, bivariate model. Om dwarsverbanden uit te sluiten worden de in het onderzoek gemeten achtergrondvariabelen¹⁰ in de regressieanalyse meegenomen.

6 Toetsing

In het eerste model dat wordt getoetst, kijken we terug naar het verleden. We confronteren de hiervoor geïntroduceerde index voor waardering met de mate waarin in de laatste twee jaar (2011-2012) op het budget van de rekenkamer(commissie) is bezuinigd. Tabel 7 vat de gegevens van deze eerste regressieanalyse samen.

Tabel 7: Determinanten budgetontwikkeling in recente verleden

	Mutatie budget	
	Bèta- coëfficiënt	Significantie
Index waardering	+ .11	$p=.04$ (s)
Budget per inwoner	+ .22	$p=.00$ (s)
R-kwadraat = .06		
F = 10.74 (s)		
N = 333, $p=.00$		

10 Baarda & De Goede spreken in de laatste drukken van het Basisboek Kwantitatief Onderzoek over uitsplitsingsvariabelen. Deze uitsplitsingsvariabelen worden in deze bijdrage alleen gerapporteerd wanneer deze een significante bijdrage leveren aan de verklaring van de afhankelijke variabele.

Het in tabel 7 gepresenteerde model verklaart 6% van de variatie in de ontwikkeling van het budget. Dat is niet veel. De waardering van de raadsleden en collegeleden voor het rekenkamerwerk heeft een positieve en significante invloed op de ontwikkeling van het budget: hoe meer waardering, hoe hoger de budgetmutatie (dus hoe geringer de kans op een korting). De correlatie is niet sterk. De belangrijkste voorspeller voor de ontwikkeling van het budget is de hoogte van het budget in het verleden. Deze incrementele wijze van begroten impliceert dat een rekenkamercommissie die al wat meer geld per inwoner te besteden had, wat minder wordt gekort. Vanuit zijn achtergrond zal Ko de Ridder hierin het beginsel van Mattheüs (13:12) herkennen: *'Want wie heeft, dien zal gegeven worden, en hij zal overvloedig hebben; maar wie niet heeft, van dien zal genomen worden, ook al dat hij heeft.'* Per saldo is de steun voor de hypothese mager. Wel staat vast dat de waardering van de raadsleden en collegeleden invloed heeft gehad op de hoogte van het budget voor het lokale rekenkamerwerk.

In het tweede model kijken we naar de toekomst. Het gaat dan om de vraag of het gemeentebestuur voor de kalenderjaren 2013 en/of 2014 van plan is het budget van de rekenkamer(commissie) te verminderen.

Tabel 8: Determinanten budgetontwikkeling in nabije toekomst

Zijn er concrete plannen voor een korting op het budget (nee/ja)?			
Regressor	Bèta-coëfficiënt	t-test	Significantie
Index waardering	-.09	1.72	p=.09 (n.s.)
Nog niet evenredig bezuinigd	+.23	4.14	p=.00 (s)
Budget per inwoner	+.22	4.04	p=.00 (s)
R-kwadraat = .10	F=11.07	N=312	p=.00 (s)

In deze tweede modelspecificatie – de plannen voor de toekomst – blijkt de bijdrage van de waardering voor het werk van de rekenkamercommissie niet significant te zijn. Wel komt de richting van het verband overeen met de hypothese (het teken is negatief, dus bij hogere waardering een geringere kans op bezuiniging). Opvallend in deze tweede modelspecificatie is dat rekenkamer(commissie)s die tot nog toe de dans zijn ontsprongen, nu op de nominatie staan evenredig te worden gekort. Wanneer de rekenkamer(commissie) naar het oordeel van de griffier tot nu toe buiten schot is gebleven, zal daar nu verandering in komen (bèta = +.23, s). Ook de rekenkamer(commissie)s die meer budget per inwoner ontvangen, staan in deze begrotingsjaren aan de lat.

Per saldo is er dus geen reden aan te nemen dat de waardering van raadsleden voor het rekenkamerwerk geen rol speelt bij de hoogte van het vast te stellen budget. Een zekere beloning voor kwaliteit lijkt wel aanwezig te zijn. Maar er is zeker

geen reden aan te nemen dat deze waardering door de raadsleden de belangrijkste determinant is bij het bepalen van het budget voor de lokale rekenkamer. Andere factoren spelen een rol.

7 Conclusie

In de lopende raadsperiode (2010-2014) hebben de meeste lokale rekenkamer-(commissie)s moeten vaststellen dat hun werkbudget niet werd aangepast aan de ontwikkeling van de inflatie. Een groot aantal rekenkamer(commissie)s ziet zich geconfronteerd met een nominale korting op het budget. Deze korting kan in incidentele gevallen fors oplopen. Eind 2012 zijn er in 19 gemeenten rekenkamer(commissie)s met een budget van nul euro. Slechts in 17 gemeenten was er in 2012 sprake van een nominale stijging van het budget. De uitholling van de financiële grondslag kan betekenen dat het horizontale toezicht niet meer adequaat kan worden uitgeoefend. Dat is een risico. Zeker als we bedenken dat er vanaf 2015 nieuwe (sociale) taken bijkomen. Maar deze financiële stress kan ook worden geïnterpreteerd als extra impuls om bruikbaar en kwalitatief hoogwaardig rekenkameronderzoek te leveren.

Intussen blijkt de waardering van de raadsleden voor het werk van de lokale rekenkamer(commissie)s aanzienlijk (tabel 5). Deze hoge waardering wordt overigens niet aangetroffen bij de leden van het college van burgemeester en wethouders. Een positieve waardering van raadsleden en collegeleden voor het werk van de rekenkamer levert maar een bescheiden bijdrage aan de kans om het in het verleden verkregen budget ook in de toekomst te mogen behouden.

Met de horizontalisering van het gemeentelijk toezicht die in het kielzog van de dualisering van 2002 werd doorgevoerd, is ook het budgetrecht verplaatst. Raadsleden en collegeleden bepalen zelf welk budget er beschikbaar is voor het over hen uitgeoefende toezicht. We weten nu: *quis custodiet ipsos custodes?* Dat zijn in een netwerksamenleving de raadsleden en collegeleden zelf. Of er na de dualisering sprake is van een evenwichtige set van *checks and balances*, laten we ter beoordeling over aan de specialisten op het terrein van het bestuurlijk toezicht, waaronder Ko de Ridder.

Toezicht op gemeenten in Duitsland

Hansko Broeksteeg

1 Inleiding

In zijn wetenschappelijke onderzoek heeft Ko de Ridder veel interesse voor interbestuurlijke verhoudingen aan de dag gelegd. De Ridder is ook een van de weinige wetenschappers die (de organisatie van) de gemeente vergelijkend benadert.¹ Dit type onderzoek wordt weinig verricht, terwijl de organisatie en het recht van de decentrale overheden in andere landen een bron van inspiratie en inzicht kunnen vormen voor de decentralisatie in Nederland. Om die reden richt ik mij in deze bijdrage op een rechtsvergelijking van de interbestuurlijke verhoudingen, in het bijzonder het bestuurlijk toezicht.

De interbestuurlijke verhoudingen in Nederland hebben de laatste tijd een majeure verandering ondergaan. Op 1 oktober 2012 trad de Wet revitalisering generiek toezicht in werking.² Daar waar toezicht op de decentrale overheden, behalve in de Gemeentewet en de Awb, in diverse bijzondere wetten was geregeld, is het toezicht thans in beginsel beperkt tot de generieke instrumenten van de Gemeentewet.³ De instrumenten van spontane vernietiging en indeplaatsstelling bij verwaarlozing van medebewindstaken mogen niet langer als *ultimum remedium* worden gezien. De Wet revitalisering generiek toezicht is uitermate kritisch ontvangen. De wet zit technisch-juridisch niet goed in elkaar, is op ondeugdelijke argumenten gebaseerd en de op de wet gebaseerde Beleidskaders zijn vaag.⁴ Zeer principieel is de kritiek dat de instrumenten die deze wet biedt, de lokale overheden in vergaande mate in hun taakuitoefening kunnen beknotten. Daarmee zou de grondwettelijk gewaarborgde autonomie (art. 124 Gw) in gevaar komen.

Bij zo'n ingrijpende stelselwijziging kan het zinvol zijn om te onderzoeken hoe in andere landen het bestuurlijk toezicht is vormgegeven. In deze bijdrage onderzoek ik hoe het toezicht op gemeenten in Duitsland (*Kommunalaufsicht*) is geregeld. Welke vormen van toezicht bestaan er, ten aanzien van welke belangen en op welke wijze wordt de lokale autonomie gegarandeerd? Hieronder zal ik eerst een korte uiteenzetting geven van de positie en organisatie van gemeenten in Duitsland. Vervolgens zal ik onderzoeken welke vormen van toezicht bestaan en welke toezicht-

1 Zie bijvoorbeeld J. de Ridder & A. Battishill, 'Lokale overheden in de Verenigde Staten', in: *Berichten van de Staatscommissie II, rapportage extern onderzoek*, Den Haag: Ministerie van BZK 1999.

2 Wet van 24 mei 2012, *Stb.* 2012, 233.

3 En de Provinciewet natuurlijk. Ter wille van de leesbaarheid noem ik hier enkel de Gemeentewet.

4 Meest uitgebreid: C.B.M. van Haaren-Dresens e.a. (red.), *Interbestuurlijk toezicht*, Nijmegen: WLP 2011. Zie in het bijzonder de bijdragen van Munneke en Winter daarin.

sinstrumenten kunnen worden toegepast. Omdat het onmogelijk is om binnen het bestek van dit artikel in te gaan op toezicht in alle deelstaten, zal ik mij in het bijzonder richten op Baden-Württemberg, Hessen, Niedersachsen en Nordrhein-Westfalen.⁵ Ik zal ten slotte een korte rechtsvergelijking met Nederland maken.

2 Gemeenten in Duitsland

De Bondsrepubliek Duitsland is een federale staat en bestaat uit zestien *Länder* en drie stadstaten (Berlijn, Hamburg en Bremen). Een Duits staatsrechtelijk adagium luidt: 'Kommunalpolitik ist Ländersache'. Het geeft weer dat gemeenten (*Gemeinden*) in Duitsland onder de bevoegdheid van de deelstaten vallen. Het gevolg is dat de inrichting en de staatsrechtelijke en bestuurlijke positie van gemeenten per deelstaat anders zijn geregeld. Elke deelstaat kent zijn eigen gemeentewet, alsook bijzondere wetgeving ten aanzien van gemeenten, zoals gemeentelijke kieswetgeving. Gemeenten verschillen derhalve in taken en bevoegdheden. Omdat gemeenten tot de bestuurlijke sfeer van de deelstaten horen, is de Duitse grondwet vrij summier ten aanzien van gemeenten. Artikel 28 Grundgesetz bepaalt (onder meer) dat gemeenten georganiseerd moeten worden op democratische grondslag, dat zij het recht van *Selbstverwaltung* genieten en dat er een volksvertegenwoordiging moet zijn.

Naast de gemeenten bestaan *Kreise*. De *Kreis* vervult taken die de bestuurskracht van gemeenten te boven gaan. Gemeenten bundelen daarin (in beginsel verplicht) bepaalde taken.⁶ Daarnaast zijn er nog *Bezirke*, een bestuurslaag tussen de deelstaat en de *Kreise*. Zij houden toezicht op zowel *Kreise* als gemeenten en coördineren hun beleid, bijvoorbeeld ten aanzien van industrie, landbouw en arbeid. Veel grote steden zijn *Kreisfreie Städte*, waarin de bevoegdheden van de *Kreis* en de gemeente samenvallen. Samengevat: 'boven' de gemeente staat de *Kreis*, daarboven het *Bezirk* en daar weer boven de deelstaat.

Duitsland kent een onderscheid tussen *Selbstverwaltung* en *Staatsverwaltung*,⁷ dat lijkt op het Nederlandse onderscheid tussen autonomie en medebewind. *Staatsverwaltung* kan de medewerking aan zowel federale als deelstatelijke wetgeving betreffen. Deze medewerking wordt ook wel *staatlichen Auftragsangelegenheiten* of *Pflichtaufgaben nach Weisung* genoemd.⁸ *Selbstverwaltung*, ook wel *freiwilligen*

5 Ik besef dat deze keuze methodologisch moeilijk te verantwoorden valt. Zij is vooral ingegeven door de beschikbaarheid van literatuur.

6 Uitgebreid: K. Schulenburg, *Die Kommunalpolitik in den Kreisen Nordrhein-Westfalens*, Köln: Kohlhammer DGV 2001; J.L.W. Broeksteeg, 'De Duitse Kreis als alternatief voor de huidige gemeentelijke samenwerkingsverbanden', *de Gemeentestem* 2008, p. 229-236.

7 M. Burgi, *Kommunalrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, p. 79 e.v. Overigens kennen ook Nederlandse gemeenten verplichtingen in autonomie. Het betreft dan de verplichtingen die voortvloeien uit de Gemeentewet.

8 Strikt genomen moet er een onderscheid worden gemaakt tussen *Auftragsangelegenheiten* en *Pflichtaufgaben nach Weisung*. Dat heeft te maken met de wijze waarop bondsrecht doorwerkt in de gemeenten. De Duitse literatuur maakt dan een onderscheid tussen monistische en dualistische modellen. Ik laat dat onderscheid hier achterwege.

Aufgaben genoemd, betekent dat gemeenten zelfstandig hun aangelegenheden regelen, waarbij er wel toezicht bestaat. Wellicht voor Nederlanders verwarrend is dat de *Pflichtaufgaben ohne Weisung* tot de *Selbtsverwaltung* worden gerekend en de *Pflichtaufgaben nach Weisung* tot het medebewind.⁹

Ten slotte: toezicht op Duitse gemeenten is *Staatsaufsicht*. Met de staat wordt dan echter niet de federale staat bedoeld, maar de deelstaat.¹⁰ Er bestaat, met andere woorden, niet zoiets als *Bundeskommunalaufsicht*.¹¹

3 Toezichtgronden en toezichthouder

3.1 Rechtsaufsicht

In Duitsland wordt een onderscheid gemaakt tussen *Rechtsaufsicht* en *Fachaufsicht*.¹² *Rechtsaufsicht* is repressief toezicht en heeft betrekking op de inachtneming van hoger recht, namelijk Europees recht, federaal recht en landsrecht. Het betreft met andere woorden een rechtmatigheidstoetsing. Heeft een gemeentelijk ambt bij de uitvoering van een wet de nodige beleidsvrijheid, dan moet de toezichthouder deze vrijheid respecteren. *Rechtsaufsicht* is in alle deelstaten mogelijk bij de vervulling van de *Selbtsverwaltung*.

De bevoegdheid tot ingrijpen in verband met onrechtmatig handelen door gemeentelijke ambten ligt niet altijd bij hetzelfde ambt. Dat is afhankelijk van de grootte van de gemeente. Ten aanzien van kleine gemeenten (wat klein is, verschilt per deelstaat¹³) is vaak de *Landrat*, dat wil zeggen: de gezagvoerder van de *Kreis*, toezichthouder.¹⁴ Hij is evenwel toezichthouder namens de deelstaat en handelt ook als ambt van de deelstaat.¹⁵ Men spreekt dan van een *untere Aufsichtsbehörde*. Er is ook een *obere Aufsichtsbehörde*. Deze houdt toezicht op grote gemeenten. Daarnaast is de *obere Aufsichtsbehörde* bevoegd tot het uitoefenen van toezicht, indien de *Lan-*

9 Burgi 2006, p. 86-87.

10 Zie bijvoorbeeld: H.-J. Ihnen, *Kommunalrecht Niedersachsen*, Hamburg: Maximilian-Verlag 2003, p. 403; D. Birkenfeld-Pfeiffer en A. Gern, *Kommunalrecht Hessen*, Baden-Baden: Nomos 2005, p. 252; A. Gern, *Kommunalrecht Baden-Württemberg*, Baden-Baden: Nomos 2005, p. 373; F. Bätge, *Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2009, p. 128.

11 Er bestaat wel *Bundesaufsicht*, dat wil zeggen toezicht van de federale staat op de deelstaten, maar dat betreft slechts toezicht op de rechtmatigheid van deelstatelijke wetgeving en op de uitvoering van federale wetgeving.

12 In de literatuur wordt soms ook *Sonderaufsicht* genoemd. Daaronder wordt soms hetzelfde verstaan als *Fachaufsicht*, soms wordt een verschil daartussen gemaakt en is *Fachaufsicht* het algemene toezicht op medebewind en *Sonderaufsicht* toezicht dat voortvloeit uit bijzondere wetgeving. Niet alle literatuur maakt dat onderscheid; ik laat het onderscheid hier achterwege.

13 In Hessen bijvoorbeeld, ligt de grens op 50.000 inwoners. In Baden-Württemberg zijn *Stadtkreise* grote gemeenten. In Niedersachsen en Nordrhein-Westfalen gaat het om de *Kreisfreie* steden.

14 Zie bijvoorbeeld: art. 119 GO BW; art. 120 lid 1 Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GO NRW).

15 In Niedersachsen en Sachsen handelt de *Landrat* echter als ambt van de *Kreis*. Burgi 2006, p. 96.

drat toezicht reeds moet houden op de taakvervulling van de gemeente, terwijl het toezicht de taakuitoefening betreft van taken die de *Kreis* ook (al dan niet gedeeltelijk) vervult.¹⁶ *Obere Aufsichtsbehörde* is de *Regierungspräsident*: de voorzitter van het bestuur van het *Bezirk*. Ten slotte is er een *Oberste Aufsichtbehörde*. Dat is in de regel het Ministerie van Binnenlandse Zaken van de deelstaat.¹⁷ Voor de grootste gemeenten in een deelstaat is dit ministerie veelal de eerste toezichthouder. Verder houdt het toezicht op de taakvervulling door de lagere toezichthouders: de *obere* en de *untere Aufsichtsbehörde*.

3.2 Fachaufsicht

In geval van *Auftragsangelegenheiten* of *Pflichtaufgaben nach Weisung* (vergelijkbaar met medebewind) bestaat bovendien *Fachaufsicht*. Dat is, behalve toezicht op de rechtmatigheid, ook toezicht op de doelmatigheid van het bestuur.¹⁸ Daarbij staat de vraag centraal of de betreffende gemeentelijke ambten wellicht anders hadden moeten handelen, of er efficiëntere handelwijzen zijn, of dat er politiek betere passende manieren zijn om tot uitvoering van de opgedragen taken te komen. Burgi benadrukt dat *Fachaufsicht* het de toezichthouder mogelijk maakt om de betreffende gemeentelijke ambten in een bepaalde richting te sturen of de gewenste weg te wijzen. De toezichthouder kan daartoe *Weisungen* (aanwijzingen) geven. *Fachaufsicht* is geregeld in de bijzondere wetgeving die medebewind vordert, alhoewel in sommige deelstaten de gemeentewet de hoofdlijnen daarvan vastlegt.¹⁹

Bevoegd tot *Fachaufsicht* zijn ambten van de deelstaat, afhankelijk van hetgeen in bijzondere wetgeving is vastgelegd. Gedeeltelijk betreft het dezelfde ambten als voor het *Rechtsaufsicht*. De toezichthouders van het *Fachaufsicht* kunnen wel aanwijzingen geven, maar beschikken niet over repressieve toezichtsbevoegdheden (zie hierna) om tegen een gemeente, die tegen een aanwijzing ingaat, op te treden. Zij moeten zich dan wenden tot de toezichthouder van het *Rechtsaufsicht*. De veronachtzaming van een aanwijzing is namelijk te kwalificeren als een onrechtmatigheid.²⁰ Deze toezichthouder kan dan met zijn bevoegdheden de aanwijzing (doen) uitvoeren.

Bij *freiwillige Aufgaben* en *Pflichtaufgaben ohne Weisung* (vergelijkbaar met autonomie) bestaat *Fachaufsicht* en daarmee de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen niet. In dat verband wordt wel gesproken van *weisungsfreie Räume*. Het gevolg is dat hier geen mogelijkheid bestaat tot *Sicherung der reellen Willensübereinstimmung* tussen de minister van de deelstaat en de gemeentelijke ambten. Burgi stelt dat dit voortvloeit uit artikel 28 Grundgesetz. Dit artikel constitueert

16 Art. 136 lid 5 Hess GO; art. 171 lid 4 Nds KomVG; art. 120 lid 5 GO NRW.

17 De onderscheidenlijke gemeentewetten en literatuur spreken consequent over het ministerie als toezichthouder. Bevoegd is dan de minister.

18 Burgi 2006, p. 96-97; Ihnen 2003, p. 403; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 262; Gern 2005, p. 383.

19 Zie bijvoorbeeld: art. 129 GO BW.

20 Burgi 2006, p. 97-98.

het *Gemeindevolk* als *Teil-Staatsvolk* en verschaft door de directe verkiezing van de gemeenteraad democratische legitimatie.²¹

4 Instrumenten van toezicht

4.1 Preventief toezicht

Net zoals in Nederland geldt ook in Duitsland een onderscheid tussen preventief en repressief toezicht. In de literatuur wordt geconstateerd dat preventief toezicht als voordeel heeft dat verkeerde ontwikkelingen vroegtijdig vermeden kunnen worden. Als nadeel van preventief toezicht wordt genoemd dat de gemeentelijke autonomie daardoor ernstig kan worden bedreigd. De hedendaagse opvatting over preventief toezicht is dan ook dat dit toezicht niet precies en corrigerend moet zijn, maar meer begeleidend en sturend.²² Volgens Ihnen is toepassing van repressief toezicht meer proportioneel (zie hierna onder 5) dan toepassing van het, zijns inziens, zeer ingrijpende preventief toezicht.²³

Als preventieve instrumenten worden genoemd: *Anzeigepflichten* (inzageplichten), *Vorlagepflichten* (informatieplichten) en *Genehmigungsvorbehalten* (goedkeuringsvoorbehouden).²⁴ Die zijn er in het bijzonder met betrekking tot het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten en de uitvaardiging van verordeningen, in het bijzonder ten aanzien van ruimtelijke ordening en economische zaken.

4.2 Repressief toezicht

In de onderzochte deelstaten komen de volgende repressieve toezichtsinstrumenten voor. In de eerste plaats noemt de literatuur het *Unterrichtungsrecht*, het recht op informatie.²⁵ Het betreft dan een ander toezichtsinstrument dan de hiervoor genoemde informatieplichten. Die gelden als een verplichting voor het gemeentebestuur om informatie te verschaffen, alvorens tot handelen of besluitvorming over te mogen gaan. Hier gaat het om het verkrijgen van informatie achteraf. De toezichthouder kan informatie vorderen. Dat houdt tevens in dat hij de gemeente en locaties daarin kan bezoeken en documenten kan inzien. Hij kan deelnemen aan de vergaderingen van de raad en het college. Hij kan daarin echter niet altijd het woord nemen. De voorzitter beslist daarover. In Hessen echter, heeft de toezichthouder te allen tijde het recht om in de vergadering vragen te stellen.²⁶ Bij toepassing van dit recht, moet de toezichthouder proportioneel handelen (zie ook onder 5). Hij mag niet meer informatie vragen dan die hij nodig heeft voor zijn toezichthoudende rol.

21 Burgi 2006, p. 97.

22 Burgi 2006, p. 98.

23 In hoeverre hij daarin gelijk heeft, laat ik in het midden. Ihnen 2003, p. 406.

24 Art. 126 lid 2 GO BW; art. 143 Hess GO; art. 176 Nds KomVG. Zie in de literatuur hierover: Burgi 2006, p. 98; F. Foerstemann, *Die Gemeindeorgane in Hessen*, Stuttgart: Kohlhammer DGV 2002, p. 285; Ihnen 2003, p. 411-412; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 255; Gern 2005, p. 378-379; Bätge 2009, p. 130.

25 Art. 120 GO BW; art. 137 Hess GO; art. 172 Nds KomVG; art. 121 GO NRW.

26 Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 255-256.

De informatie mag bovendien slechts gemeentelijke aangelegenheden betreffen en geen aangelegenheden die de privésfeer van de inwoners betreffen.²⁷

Voorts is er het *Beanstandungsrecht*, ook wel het *Aufhebungsrecht* genoemd, vergelijkbaar met het Nederlandse vernietigingsrecht.²⁸ De toezichthouder kan onrechtmatige besluiten en verordeningen van elk gemeentelijk ambt vernietigen.²⁹ Een variant, zoals toegepast in Nordrhein-Westfalen, is de schorsing van het besluit door de toezichthouder, waarna (een ambt van) de gemeente verplicht is het besluit in te trekken. Een volgende variant, ook in Nordrhein-Westfalen, is dat de toezichthouder een besluit van de burgemeester door de gemeenteraad laat vernietigen.³⁰ In de regel geldt voor *Beanstandung* een termijn.³¹ De toezichthouder kan bepalen dat besluiten of maatregelen die op grond van het vernietigde besluit of de vernietigde verordening zijn genomen, ongedaan moeten worden gemaakt. Het betekent terugkeer naar de *status quo ante*. *Beanstandung* heeft schorsende werking. Benadrukt zij dat deze bevoegdheid slechts kan worden toegepast in geval van onrechtmatige besluiten, niet in geval van ondoelmatige besluiten. Een besluit mag, ten slotte, niet worden vernietigd, indien de rechtmatige toestand niet meer hersteld kan worden.³²

Het *Anordnungs-* en *Anweisungsrecht*, het recht om voorschriften en aanwijzingen te geven, wordt toegepast indien het gemeentebestuur nalaat een rechtsplicht, voortvloeiend uit federaal, deelstatelijk of gemeentelijk recht, te vervullen.³³ Een vergelijkbaar instrument bestaat in Nederland niet. Daar waar *Beanstandung* gericht is tegen handelen van gemeentelijke ambten, is het *Anweisungsrecht* gericht tegen het nalaten. Deze instrumenten kunnen, vanwege hun verschillende intenties, niet cumulatief worden toegepast. De gemeente – en niet de specifieke ambten – krijgt een aanwijzing om binnen een termijn de noodzakelijke taken te vervullen. De toezichthouder wil een bestaande rechtstoestand derhalve veranderen.³⁴ Een aanwijzing kan slechts worden gegeven indien een gemeentelijk ambt niet handelt ofwel indien het een besluit neemt, terwijl de wet naar inhoud, doel of reikwijdte, een ander besluit bedoelt. Als voorbeelden worden genoemd een gemeentelijk ambt dat verzuimt om een school, die langdurig niet het minimaal aantal leerlingen heeft, te sluiten en een ambt dat een verplicht bestemmingsplan niet vaststelt.³⁵ Hebben deze gemeentelijke ambten bij hun plicht een bepaalde beleidsvrijheid, dan moet die in de aanwijzing worden gerespecteerd.³⁶

27 Foerstemann 2002, p. 281; Ihnen 2003, p. 407; Gern 2005, p. 377.

28 Art. 121 GO BW; art. 138 Hess GO; art. 173 Nds KomVG; art. 122 GO NRW.

29 Burgi 2006, p. 100; Foerstemann 2002, p. 281; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 256.

30 Uitgebreid: Bätge 2009, p. 131-139.

31 In Baden-Württemberg bepaalt de gemeentewet dat hiervoor een redelijke termijn geldt. In Hessen is de termijn bepaald op zes maanden.

32 Ihnen 2003, p. 408; Foerstemann 2002, p. 282; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 256; Gern 2005, p. 378; Bätge 2009, p. 132-133.

33 Art. 122 GO BW; art. 139 Hess GO; art. 174 lid 1 Nds KomVG, art. 123 lid 1 GO NRW.

34 Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 256; Gern 2005, p. 379-380; Ihnen 2003, p. 410.

35 Foerstemann 2002, p. 283; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 256; Burgi 2006, p. 100-101.

36 Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 256; Gern 2005, p. 380; Bätge 2009, p. 139.

Verdergaand is het instrument van de *Ersatzvornahme*, vergelijkbaar met de Nederlandse indeplaatsstelling.³⁷ Dat gebeurt pas indien het gemeentebestuur een *Anweisung* niet is nagekomen; het instrument wordt dan ook als een 'vervolgactie' op de *Anweisung* gezien.³⁸ Het gaat hier dan om de uitvoering van de noodzakelijke maatregelen in plaats van en op kosten van de gemeente door de toezichthouder. De toezichthouder kan een derde aanwijzen die de betreffende maatregelen moet uitvoeren. De *Ersatzvornahme* houdt in dat de toezichthouder het handelen van een ambt waarneemt. Hij handelt namens de gemeente, maar moet zulks in het rechtsverkeer wel kenbaar maken. De indeplaatsstelling kan betekenen dat de toezichthouder een besluit neemt, een huishoudelijk reglement of verordening vaststelt, een vergadering bijeenroept, maar het kan ook betekenen dat de toezichthouder, bijvoorbeeld, verkeersonveilige situaties verbetert.³⁹

De meest vergaande toezichtsbevoegdheid is de aanstelling van *Staatsbeauftragten* (een soort regeringscommissaris).⁴⁰ In de meest vergaande vorm kan dit instrument de *Selbstverwaltung* van de gemeente beëindigen en door deelstatelijk bestuur vervangen. Omdat dit instrument zodanig diep daarin ingrijpt, mag het slechts worden toegepast tot het moment dat de gemeente zelf weer in staat is zijn taken te vervullen. Daarmee is tevens de begrenzing van het instrument weergegeven. De toezichthouder moet continue toetsen of de aanstelling van de regeringscommissaris door een lichter toezichtsinstrument kan worden vervangen. Veelal schrijft de wet voor dat in instrument eerst mag worden toegepast indien het ordelijk verloop van het bestuur van de gemeente zulks vordert en de overige bevoegdheden van de toezichthouder niet voldoen. Er moet ernstige schade te verwachten zijn; de *Funktionsfähigkeit* van de gemeente moet wezenlijk worden bedreigd; er moet sprake zijn van een heftige *Erschütterung* van het gemeenschapsleven. Het instrument mag slechts *ultima ratio*, als laatste middel, worden toegepast.⁴¹ Het instrument kan gedifferentieerd worden toegepast, namelijk voor de vervulling van specifieke taken of ten aanzien van specifieke gemeentelijke ambten. De *Beauftragte* staat in hiërarchische verhouding tot de toezichthouder. Hij dient aanwijzingen van de toezichthouder op te volgen. De kosten die met de toepassing van dit instrument gemoeid zijn, zijn voor rekening van de gemeente. In Nordrhein-Westfalen geldt de *Beauftragte* als een ambt van de gemeente, in Hessen daarentegen juist niet en is het een ambt van de deelstaat.⁴² Hessen kent enkele incompatibiliteiten: de *Beauftragte* mag geen lid zijn van de gemeenteraad of het college. Bevoegd om

37 Art. 123 GO BW; art. 140 Hess GO; art. 174 lid 2 Nds KomVG; art. 123 lid 2 GO NRW.

38 Slechts zelden wordt in de literatuur vermeld dat dit instrument ook een vervolg op het *Beanstandungsrecht* kan zijn, namelijk indien dit recht niet wordt nagekomen. Bijvoorbeeld: Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 258. Ik leid daaruit af dat toepassing van de *Ersatzvornahme* als vervolg op het *Beanstandungsrecht* aanzienlijk minder gebruikelijk is.

39 Foerstemann 2002, p. 283; Burgi 2006, p. 101; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 257; Gern 2005, p. 380.

40 Art. 124 GO BW; art. 141 Hess GO; art. 175 Nds KomVG; art. 124 GO NRW.

41 Ihnen 2003, p. 411; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 258; Gern 2005, p. 381; Bätge 2009, p. 140.

42 Bätge 2009, p. 140; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 258.

dit instrument toe te passen is, afhankelijk van de deelstaat, de *obere* of de *oberste Aufsichtsbehörde*.

Dan zijn er nog enkele bijzondere toezichtsinstrumenten. Daartoe behoort, in Hessen en Nordrhein-Westfalen, de ontbinding van de gemeenteraad.⁴³ In Hessen onderscheidt de wet twee situaties: de (reguliere) toezichthouder is verplicht de raad te ontbinden indien de raad bij voortdurend niet in staat is om besluiten te nemen; de *obere Aufsichtsbehörde* kan een gemeenteraad ontbinden, indien de ordentelijke vervulling van de taken van de gemeente niet op een andere wijze kan worden verzekerd. Ook hierbij wordt gesproken van een recht *ultima ratio*.⁴⁴ Zo moet de aanstelling van een *Beauftragte* niet tot het gewenste resultaat hebben geleid. Er moet sprake zijn van een noodsituatie die niet op andere wijze op te lossen is. Foerstemann noemt een voorbeeld van een gemeente, waarin de meerderheid van de raadsleden weigerde te verschijnen in de raadsvergaderingen en waarbij de toezichthouder alle lichtere instrumenten reeds, maar zonder succes, had toegepast. Behalve van obstructie kan ook sprake zijn van bijvoorbeeld ziekte van een meerderheid van de raadsleden of van een patstelling in de raad, waardoor geen besluiten worden genomen.⁴⁵ In Nordrhein-Westfalen is de procedure iets anders. Daar kan het Ministerie voor Binnenlandse Zaken als *oberste Aufsichtsbehörde* door een besluit van de deelstatelijke regering, gemachtigd worden een gemeenteraad te ontbinden. Daarbij gelden dezelfde criteria als in Hessen. Zowel in Hessen als in Nordrhein-Westfalen moeten binnen drie maanden na (de bekendmaking van) de ontbinding verkiezingen plaatshebben. Die verkiezingen gelden voor de resterende duur van de zittingsperiode van de raad.

Om het toezicht op gemeenten verder te garanderen bestaat in Hessen het *Selbsteintrittsrecht*.⁴⁶ Op grond hiervan kan de hogere toezichthouder de bevoegdheden van de lagere toezichthouder uitoefenen, indien de lagere toezichthouder de aanwijzingen van de hogere niet binnen een bepaalde termijn opvolgt.⁴⁷

In Baden-Württemberg bestaat de mogelijkheid om, bij wijze van repressief toezicht, de ambtsperiode van de (overigens in alle deelstaten direct gekozen) burgemeester voortijdig te beëindigen.⁴⁸ Indien de burgemeester de druk van zijn ambt niet aankan en er daardoor zodanige bestuurlijke misstanden ontstaan, dat een verdere uitoefening van het ambt niet verdedigbaar is, kan, indien andere maatregelen niet voldoen, zijn ambtsperiode als beëindigd worden verklaard. Hierover beslist de bestuursrechter, na een voordracht door de *obere Aufsichtsbehörde*. De kosten van het ontslag van de burgemeester zijn voor rekening van de gemeente. Gern benadrukt dat het hier niet gaat om disciplinair ontslag.⁴⁹ Dat deze procedure wél in Baden-Württemberg, maar niet in andere deelstaten bestaat, is wellicht te ver-

43 Art. 141a Hess GO; art. 125 GO NRW.

44 Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 259; Bätge 2009, p. 140.

45 Foerstemann 2002, p. 284; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 259.

46 Art. 141b Hess GO.

47 Foerstemann 2002, p. 284; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 254.

48 Art. 128 GO BW.

49 Gern 2005, p. 382.

klaren uit het feit dat in de meeste Duitse deelstaten de burgemeester door middel van een *Abwahl*-procedure bij referendum kan worden ontslagen, al dan niet na een daartoe strekkende voordracht door de raad. In Baden-Württemberg (en overigens ook in Bayern) bestaat die mogelijkheid niet.⁵⁰ Kennelijk is een oplossing gezocht om niet functionerende burgemeesters toch te kunnen ontslaan.

5 Toezicht: algemene beginselen

Bij de toepassing van de hierboven genoemde toezichtsinstrumenten geldt een aantal beginselen. In de eerste plaats is dat het *Opportunitätsprinzip*.⁵¹ De toepassing van toezicht⁵² is veelal een discretionaire bevoegdheid, zodat het primair aan de toezichthouder is om te beoordelen of hij wil ingrijpen. Vaak is sprake van een 'kann'-bepaling. Het opportunitateitsbeginsel houdt echter tevens in dat de toezichthouder niet onmiddellijk ingrijpt, zodra de gemeentelijke ambten hun taken niet *gesetzestreu* vervullen. Indien bijvoorbeeld de onrechtmatigheid van zeer gering gewicht is of indien de onrechtmatigheid op andere wijze kan worden opgeheven, zal ingrijpen niet meteen voor de hand liggen. De toezichthouder zal van geval tot geval moeten beoordelen of hij met zijn bevoegdheden wil ingrijpen.

Naast het opportunitateitsbeginsel bestaat het proportionaliteitsbeginsel. Weliswaar heeft de toezichthouder de vrijheid om te 'kiezen' tussen het ene (lichtere) of het andere (verdergaande) toezichtsinstrument, de toepassing daarvan moet altijd proportioneel zijn. De toezichthouder mag niet verder gaan dan nodig is om het doel, namelijk het rechtmatig handelen door het gemeentebestuur, te verzekeren.⁵³ De keuze voor het ene of het andere instrument is, kortom, afhankelijk van de proportionaliteit van de toepassing daarvan. In dit verband is voorts, zo blijkt uit de doctrine, artikel 28 Grundgesetz van groot belang: toezicht mag niet te zeer ingrijpen in de gemeentelijke autonomie.⁵⁴ Soms bepalen de gemeentewetten van de onderscheidenlijke deelstaten expliciet dat het uit te oefenen toezicht niet al te zeer de gemeentelijke taakuitoefening – waarmee de autonomie wordt bedoeld – mag beperken.⁵⁵

Toezichthouders mogen alleen ingrijpen in het publiek belang. Dat wil zeggen dat toezicht niet strekt ter bescherming van private belangen. Burgers kunnen dan ook geen aanspraak maken op ingrijpen door toezichthouders.⁵⁶ Hoogstens kunnen

50 J.L.W. Broeksteeg, *De direct gekozen burgemeester in Duitsland*, Den Haag: Sdu 2007, p. 157-164.

51 Foerstemann 2002, p. 279-280; Ihnen 2003, p. 404-405; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 252; Gern 2005, p. 374.

52 In het bijzonder betreft het dan het repressief toezicht. Ten aanzien van het preventief toezicht geldt dat wettelijke verplichtingen tot inzage of informatieverstrekking vaak verplicht zijn.

53 Ihnen 2003, p. 405; Birkenfeld-Pfeiffer en Gern 2005, p. 252-253; Gern 2005, p. 374.

54 Burgi 2006, p. 99.

55 Art. 118 lid 3 Gemeindeordnung Baden-Württemberg (GO BW); art. 135 Hessische Gemeindeordnung (Hess GO); art. 170 lid 1 Niedersächsische Kommunalverfassungsgesetz (Nds KomVG).

56 Ihnen 2003, p. 404; Gern 2005, p. 374-375; Bätge 2009, p. 131.

zij de toezichthouder een petitie aanbieden, waarop zij antwoord moeten krijgen. Burgers kunnen echter geen beroep instellen tegen de afwijzing van het verzoek tot toepassing van een toezichtsbevoegdheid. Gemeenten kunnen tegen de uitoefening van toezicht (meestal) wel beroep instellen bij de rechter. Maar de wijze waarop verschilt echter per deelstaat en niet elk instrument is vatbaar voor beroep. Ik laat de beroepsmogelijkheden hier verder buiten beschouwing.

6 Een korte rechtsvergelijking

Het Duitse stelsel van bestuurlijk toezicht kent een aantal overeenkomsten met het Nederlandse. Dat betreft vooral enkele toezichtsinstrumenten. Zo lijkt het *Beanstandungsrecht* sterk op de Nederlandse spontane vernietiging (art. 268 e.v. Gemeentewet) en is *Ersatzvornahme* vergelijkbaar met de indeplaatsstelling (art. 123 e.v. Gemeentewet). Het *Anordnungsrecht*, het recht om aanwijzingen te geven, is in het Nederlandse gemeenterecht, als onderdeel van het repressief toezicht, verweven in de regelingen van het vernietigingsrecht en de indeplaatsstelling (art. 278a lid 4 en art. 124g Gemeentewet). Deze artikelen vloeien voort uit de Wet revitalisering generiek toezicht. Ook de aanstelling van een *Beauftragte* is in Nederland mogelijk: in geval van grove verwaarlozing van autonome taken (art. 132 lid 5 Grondwet) – hetgeen overigens slechts zeer zelden, voor het laatst in 1951, voorkomt – is het mogelijk om bij wet een regeringscommissaris aan te stellen. Ook is het in dat verband mogelijk de gemeenteraad op non-actief te stellen,⁵⁷ hetgeen een (iets) lichtere variant is van de ontbinding van de gemeenteraad in Hessen en Nordrhein-Westfalen.

Daarnaast valt een aantal verschillen op. Ten eerste: de gemeentewetten van de onderscheidenlijke deelstaten bevatten een zeer summiere regeling van het bestuurlijk toezicht. Dat staat in contrast met de Nederlandse regelingen van spontane vernietiging en indeplaatsstelling, die door de Wet revitalisering generiek toezicht juist zeer gedetailleerd zijn uitgewerkt. Een ander belangrijk verschil is dat de Nederlandse Gemeentewet geen algemene, op zichzelf staande bevoegdheid kent voor het geven van aanwijzingen.⁵⁸ Weliswaar kunnen aanwijzingen worden gegeven, maar dan slechts als onderdeel van het vernietigingsrecht en de indeplaatsstelling. Het lijkt erop, in de nog korte periode na invoering hiervan, dat van die aanwijzingsbevoegdheid nauwelijks gebruik wordt gemaakt. Dat zou anders kunnen zijn indien er een op zichzelf staande aanwijzingsbevoegdheid zou bestaan. Een volgend aanmerkelijk verschil is gelegen in de gronden voor spontane vernietiging. Op grond van artikel 132 lid 4 Grondwet kan de Kroon besluiten van het gemeentebestuur vernietigen wegens strijd met het recht of het algemeen belang. In Duitsland ontbreekt het algemeen belang als grond voor de vernietiging van

57 Zie bijvoorbeeld art. 1-3 van de Wet voorziening in het bestuur van de gemeente Finsterwolde, *Stb.* 1951, 308.

58 Weliswaar kent de Gemeentewet de mogelijkheid om aanwijzingen te geven in specifieke omstandigheden, zie bijvoorbeeld art. 172 lid 4 en art. 186 lid 7 en lid 8 Gemeentewet, er is echter geen algemene aanwijzingsbevoegdheid.

gemeentelijke beslissingen. *Beanstandung* kan in Duitsland alleen plaatshebben op grond van onrechtmatig handelen van de gemeentelijke ambten.⁵⁹ Ondoelmatig bestuur, onderdeel van het *Fachaufsicht*, kent bovendien een aanzienlijk beperktere reikwijdte dan het brede begrip algemeen belang. Nederland kent, ten slotte, niet zoiets als het *Unterrichtungsrecht*, het recht op informatie. Weliswaar zijn gemeentelijke ambten soms verplicht om informatie te verschaffen aan een ambt van een hogere bestuurslaag.⁶⁰ Dan betreft het echter een specifiek wettelijk voorschrift, ten behoeve van de verstrekking van specifieke informatie. Een algemeen recht van hogere bestuurslagen op informatie bestaat echter niet. Zeker niet op de wijze waarop dat in Duitsland is geregeld: het vorderen van informatie achteraf, bijvoorbeeld nadat een besluit is genomen, het inzien van documenten, de deelname aan vergaderingen van de raad en het college, etc.

7 Slot

Al met al kent Duitsland een veel uitgebreider instrumentarium van bestuurlijk toezicht. De bevoegdheden in de wet zijn veelal ongeclausuleerd. De toepassing wordt begrensd door het vereiste dat toezicht – meestal – slechts de rechtmatigheid kan betreffen en door beginselen als opportuniteit en proportionaliteit. Het Duitse gemeenterecht kent derhalve in hoofdlijnen het instrumentarium van de Wet revitalisering generiek toezicht, waaronder spontane vernietiging en de indeplaatsstelling, maar werkt dat niet uit tot op het detailniveau van deze wet.

En de gemeentelijke autonomie dan: is die in Duitsland, althans volgens de doctrine, voldoende gegarandeerd? In de Duitse literatuur wordt slechts sporadisch een beroep gedaan op artikel 28 Grundgesetz. Bij de bespreking van de algemene beginselen van bestuurlijk toezicht wordt dit artikel genoemd en wordt er een uitwerking aan gegeven. Het proportionaliteitsbeginsel staat daarbij centraal. Bij de behandeling van de specifieke toezichtsinstrumenten speelt dit beginsel inderdaad een belangrijke rol, maar wordt er verder nauwelijks aandacht besteed aan artikel 28 Grundgesetz en de *Selbstverwaltung*. Een aantal vergaande instrumenten, die nota bene aanzienlijk ingrijpender zijn dan de Nederlandse toezichtsbevoegdheden, geeft daar nochtans aanleiding toe.

59 Daarmee voldoet Duitsland beter aan art. 8 lid 2 van het Europees Handvest inzake lokale autonomie.

60 Zie bijvoorbeeld art. 191 lid 2 Gemeentewet.

Op zoek naar een goede vorm van verzelfstandiging

Luuk Boxum & Gerard Kuiper

1 Inleiding

Aan het begin van de jaren negentig hebben we onderzoek gedaan naar mogelijke varianten van verzelfstandiging van de toenmalige Informatiseringsbank.¹ We deden dat in een onderzoeksgroep onder leiding van Michiel Scheltema en Ko de Ridder. De Informatiseringsbank was door samenvoeging van drie centrale directies van het Ministerie van Onderwijs en Wetenschappen tot stand gekomen. De in Groningen gevestigde uitvoeringsorganisatie, belast met onder andere de toekenning van studiefinanciering, vormde een afgebakend onderdeel binnen de departementale organisatie dat door middel van een managementcontract vanuit het Zoetermeerse beleidscentrum werd aangestuurd. In ons onderzoeksrapport hebben wij aanbevolen tot verzelfstandiging over te gaan en daarbij de vorm te kiezen van een zelfstandig bestuursorgaan met rechtspersoonlijkheid. Op 1 januari 1994 is de Informatiseringsbank inderdaad op die manier vormgegeven, onder de naam Informatie Beheer Groep (IB-Groep).

Zestien jaar later, in 2010, is deze organisatie samengevoegd met een andere uitvoeringsorganisatie van het ministerie, de Centrale Financiën Instellingen (CFI). Bij gelegenheid van deze samenvoeging is de vorm van een zelfstandig bestuursorgaan weer verlaten; de nieuwe organisatie Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) heeft geen rechtspersoonlijkheid en is opnieuw een onderdeel van het ministerie.

In deze bijdrage zullen wij de opkomst en ondergang van de IB-Groep als zelfstandig bestuursorgaan aangrijpen om een drietal kenmerken van de vormgeving bij verzelfstandiging, en de ontwikkeling die het denken daarover in de afgelopen decennia heeft doorlopen, te bespreken:

1. de zelfstandigheid van de uitvoerende organisatie ten opzichte van de beleidsvormende minister;
2. de inrichting van de uitvoerende organisatie met zowel een bestuur als een raad van toezicht; en
3. de eigen rechtspersoonlijkheid en overige beheersmatige zelfstandigheid.

1 Van de resultaten van het onderzoek is verslag gedaan in: G.M. Kuiper, J.J. van Vliet e.a., *Verszelfstandiging: publiek of privaat?*, Deventer: Kluwer 1992.

2 Scheiding van beleidsvormende regels en uitvoerende beschikkingen

Een leidende gedachte bij ons onderzoek was, dat de manier waarop de ministeriële verantwoordelijkheid werkt (de minister kan over alles wat onder zijn verantwoordelijkheid valt ter verantwoording worden geroepen) leidt tot overbelasting van de ambtelijke en politieke top. De leiding kan onder detailkwesties worden bedolven waardoor zij stuurt op incidenten in plaats van op de grote lijn. Daarom moet de relatie tussen de minister en het uitvoerende apparaat worden vormgegeven op basis van de kenmerkende eigenschappen van de te behartigen publieke taak. Het meest kenmerkende van de taak van de Informatiseringsbank was en is dat het gaat om het geven van grote aantallen individuele beschikkingen ter uitvoering van vrij sterk geprogrammeerde wettelijke regelingen. Wij hadden geadviseerd bij deze taak de uitvoerende organisatie een zelfstandige organisatie te laten zijn in plaats van een onderdeel van een departement. De minister stuurt, naast het benoemen de leidinggevenden, het vaststellen van het financiële kader en dergelijke, met name door het geven van algemene regels, en is niet bevoegd ten aanzien van individuele beschikkingen.

Deze gedachte is terug te vinden in de toelichting bij de Wet verzelfstandiging Informatiseringsbank.² De minister geeft in de toelichting aan dat een heldere taakafbakening wenselijk is en dat deze onder druk komt te staan doordat hij formeel voor zowel beleid als uitvoering verantwoordelijk is. Een optimale scheiding tussen beleid en uitvoering kan worden bewerkstelligd indien de verantwoordelijkheid van de minister wordt toegespitst op de kerntaken van het departement. Voorts wordt aangegeven dat bij de taak van het verlenen van regel-gebonden beschikkingen, de bevoegdheid van de minister om in individuele gevallen in te grijpen niet noodzakelijk is om een rechtmatige uitvoering te garanderen, zodat het in de rede ligt deze bevoegdheid te laten vervallen.

Deze argumenten speelden opmerkelijk genoeg ook een rol bij het einde van de IB-Groep als zelfstandig bestuursorgaan, aangezien de wetgever de wens tot het verbeteren van de afstemming tussen uitvoering en beleid nu juist als reden noemt voor de keuze om de samengevoegde organisaties onderdeel te maken van het ministerie, en te plaatsen onder de ministeriële verantwoordelijkheid.³ Zodoende wordt de minister weer verantwoordelijk voor het gehele proces van beleid en uitvoering. Een belangrijke bijdrage aan een betere afstemming tussen beleid en uitvoering moet worden geleverd doordat de directeur van DUO zitting zal nemen in het managementteam van het ministerie: 'Zo wordt gewaarborgd dat de uitvoering als het ware aan tafel zit bij de voorbereiding van en de besluitvorming over nieuw beleid en dat uitvoeringsaspecten optimaal worden geadresseerd. Tevens wordt hierdoor bereikt dat vanuit de uitvoering ervaringen en voorstellen voor een meer

² *Kamerstukken II 1992-1993, 23 073, nr. 3.*

³ *Kamerstukken II 2008-2009, 31 944, nr. 3.*

efficiënte of meer maatschappelijk gewenste uitvoering gericht in het beleidsproces kunnen worden ingebracht.⁴

Voorts merkt de wetgever op dat de minister weliswaar weer 'de bevoegdheid krijgt zich met individuele dossiers bezig te houden, maar dat van inmenging in de praktijk vrijwel geen sprake zal zijn, omdat sprake is van vrijwel gebonden beschikkingen en omdat uit de werking van het motiveringsbeginsel transparantie van de beschikkingenpraktijk voortvloeit, die een solide waarborg tegen willekeurigheid van inmenging biedt.'⁵

Uit deze toelichting blijkt dat de dreiging van overbelasting van de politieke en ambtelijke top voor de door DUO uit te voeren taken niet meer sterk wordt beleefd. Integendeel: betoogd wordt dat door de uitvoering van de taken buiten de departementale organisatie de kwaliteit van de beleidsvorming in het departement verschaalde. De ervaringen in de uitvoering kregen bij de vorming van dat beleid kenmerkend onvoldoende aandacht, waardoor het beleid leidde tot een uitvoering die niet voldoende efficiënt en maatschappelijk gewenst was. Onduidelijk blijft of andere mogelijkheden voor de oplossing van dit probleem zijn overwogen. Denkbaar zou bijvoorbeeld ook zijn geweest om de 'uitvoeringstoets' op nieuw beleid – die bij de Informatiseringsbank werd geïntroduceerd om juist dit probleem te voorkomen - te verbreden en wellicht ook te intensiveren.

Het argument om de door DUO uit te voeren taken weer onder de ministeriële verantwoordelijkheid te brengen past wel goed bij de algemene ontwikkeling in het denken over verzelfstandiging. Nog in de in 2006 tot stand gekomen Kaderwet zelfstandige bestuursorganen wordt 'strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal gevallen' als één van de drie (limitatief opgesomde) motieven voor de instelling van een zelfstandig bestuursorgaan genoemd. Dit terwijl de regering op dat moment reeds in algemene zin - in haar reactie op het rapport van de Commissie Kohnstamm⁶ en van de Commissie Gerritse⁷ - had aangegeven dat zij de validiteit van dit motief betwijfelde. Inmiddels is het dan ook vast beleid dat dit motief op zichzelf geen valide argument meer is voor de instelling van een zelfstandig bestuursorgaan. De regering voert een doorlichting uit van ZBO's waarbij dit ook wordt meegenomen en overwogen wordt de Kaderwet op dit punt aan te passen.⁸

Concluderend kunnen we vaststellen dat onze visie begin jaren negentig, om bij de vormgeving van de overheidsorganisatie een scheiding aan te brengen tussen enerzijds een minister die beleid vormt door regels te stellen en anderzijds een zelfstan-

4 *Kamerstukken II 2008-2009, 31 944, nr. 3, p. 3.*

5 *Kamerstukken II 2008-2009, 31 944, nr. 3, p. 5.*

6 'Een herkenbare staat: investeren in de overheid', *Kamerstukken II 2004-2005, 25 268, nr. 20.*

7 'ZBO's binnen kaders', *Kamerstukken I 2007-2008, 27 426, bijlage bij H.*

8 Kabinetsreactie van 26 maart 2013 op het rapport 'Verbinding verbroken?' van de onderzoekscommissie Privatisering en Verzelfstandiging Overheidsdiensten van de Eerste Kamer, p. 7.

dige uitvoerende organisatie die beleid uitvoert door het nemen van beschikkingen, wel enige opgang heeft gemaakt, maar thans de wind bepaald niet meer mee heeft.

3 Uitvoeringsorganisatie met een raad van toezicht

De in 1994 ontstane IB-Groep kreeg, naast de hoofddirectie, die als dagelijks bestuur functioneert, ook een raad van toezicht. Daarmee is de vormgeving een vroege toepassing van het raad van toezicht-model in de publieke sector. In het streven naar een meer ondernemende overheid laat men zich binnen de overheid regelmatig inspireren door structuren die in het bedrijfsleven gangbaar zijn. Zo werd in de toelichting bij het wetsvoorstel gesteld dat de taken en bevoegdheden van de raad van toezicht grote gelijkenis vertonen met die van de raad van commissarissen van een structuurvennootschap. Daarmee is de interne inrichting volgens de memorie van toelichting afgestemd op de benodigde 'professionele, klantgerichte en bedrijfsmatige attitude'.⁹

Nadat de instelling van een raad van toezicht bij zelfstandige bestuursorganen onder meer in 1993 was bepleit door de Commissie Scheltema,¹⁰ heeft het raad van toezicht-model vooral vanaf het jaar 2000 in de (semi-)publieke sector een grote vlucht genomen, naar aanleiding van een aantal belangrijke adviezen over de bestuursstructuur van hbo-instellingen, woningbouwcorporaties en instellingen in de gezondheidszorg.¹¹ Dit ondanks het feit dat de raad van toezicht in de in 2000 ingediende en uiteindelijk in 2006 in werking getreden Kaderwet zelfstandige bestuursorganen bewust ongeregeld is gelaten, met als belangrijkste argument dat er voor effectief toezicht door de minister een rechtstreekse lijn dient te bestaan met de operationele leiding.¹²

Ook in de literatuur zijn regelmatig vraagtekens geplaatst bij de toepassing van het raad van toezicht-model in de publieke sector. Zo is, naar aanleiding van de regeling bij de IB-Groep, wel betoogd dat het zelfreinigende vermogen van het zelfstandig bestuursorgaan door deze interne machtsverdeling in potentie weliswaar toeneemt, maar dat - door de gerichtheid van de raad van toezicht op het eigen belang van de organisatie en het feit dat de minister de taakuitoefening slechts via de raad van toezicht kan beïnvloeden - adequate politieke controle beter gewaarborgd is in een systeem zónder een raad van toezicht.¹³ Ook anderen hebben gecon-

9 *Kamerstukken II 1992-1993*, 23 073, nr. 3, p. 9.

10 *Kamerstukken II 1992-1993*, 21 427, nr. 41, p. 51.

11 Het gaat om de rapporten van de Commissie Intern Toezicht Woningbouwcorporaties (1998), de Commissie Transparant Toezicht Hogescholen (2000) en de Commissie HCG (1999).

12 *Kamerstukken II 2000-2001*, 27426, nr. 3, pp. 18 en 19.

13 G.M. Kuiper, 'Democratische controle op zelfstandige bestuursorganen', *Tijdschrift Privatisering* 1999 (7), p. 12. Eerder in vergelijkbare zin ook: J.L. Boxum, *Algemene wetgeving voor zelfstandige lichamen*, Deventer: Kluwer 1997, p. 139. De verschillende opvattingen over de verhouding tussen het toezicht door de raad van toezicht en dat door de minister komen uitvoerig aan de orde in: R. Elte, D.M.E. van Est, C. van Montfort & I. van der Weijde, 'Horizontalisering van toezicht en verantwoording in de publieke sector', *Openbaar bestuur*, mei 2004, p. 24-29.

stateerd dat de invoering van het model in de publieke sector weinig doordacht heeft plaatsgevonden.¹⁴ De Ridder heeft op dit punt dan ook als goede raad voor het toezicht gegeven dat een raad van toezicht bij zelfstandige bestuursorganen vooral verwarring scheidt en daarom beter kan worden geschrapd.¹⁵

Bij de IB-Groep is de raad van toezicht nooit geschrapd. Bij de eerste evaluatie van de Wet verzelfstandiging Informatiseringsbank zijn op dit punt wijzigingen voorgesteld, die door de minister werden overgenomen¹⁶ en tot een wetsvoorstel leidden.¹⁷ De belangrijkste zijn:

- de taakopdracht van de raad van toezicht wordt gewijzigd in het uitsluitend 'met raad', en dus niet meer ook 'met daad', bijstaan van de directie;
- de wederzijdse informatievoorziening tussen de raad en de minister wordt vastgelegd in een reglement;
- nieuwe leden van de raad worden niet meer door de minister benoemd op bindende voordracht van de raad zelf maar na overleg; en
- de jaarrekening behoeft in het vervolg goedkeuring van de minister.

Toen de Tweede Kamer daaraan toegevoegd wilde zien dat ook het meerjarenbeleidsplan goedkeuring van de minister, in plaats van van de raad van toezicht, behoefde, trok de minister het wetsvoorstel in.¹⁸ Via een nieuw wetsvoorstel zijn de wijzigingen in 2004 echter alsnog geëffectueerd.¹⁹ In de tussenliggende periode werd een toezichtskader voor de raad van toezicht opgesteld waarin werd geëxpliciteerd wat de minister van de toezichthouder verwacht en hoe de raad daarover verantwoording dient af te leggen.

Toen de IB-Groep in 2010 opging in DUO, dat als baten-lastendienst weer onderdeel uitmaakte van het ministerie, verdween ook de raad van toezicht.²⁰

De vraag of en wanneer het gewenst is een raad van toezicht in te stellen bij verzelfstandigde uitvoeringsorganisaties, blijft volop onderwerp van debat. Zo adviseert de parlementaire onderzoekscmissie²¹ bij zelfstandige bestuursorganen altijd een door de minister benoemde raad van toezicht in te stellen en dat ook in

14 R.J. in 't Veld, M.J.W. van Twist & M.A. Luursema, 'Raden van toezicht in de not-for-profitsector', *Bedrijfskunde* 2002 (2), p. 31-37.

15 J. de Ridder, *Een goede raad voor toezicht* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 36.

16 *Kamerstukken II* 1998-1999, 24 724, nr. 35.

17 *Kamerstukken II* 27 527.

18 *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 527, nr. 10.

19 *Kamerstukken II* 29 250.

20 *Kamerstukken II* 31 944.

21 De volledige naam van deze commissie uit de Eerste Kamer luidt: Parlementaire Onderzoekscmissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten.

de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen vast te leggen.²² De regering neemt deze aanbeveling echter niet over. Zij vindt dat een raad van toezicht de verdeling van bevoegdheden onduidelijker maakt. Indien er in de instellingswet van een zelfstandig bestuursorgaan toch voor wordt gekozen een raad van toezicht in te stellen dient dit - als afwijking van het uitgangspunt om dat niet te doen - naar het oordeel van de regering uitdrukkelijk te worden gemotiveerd.²³ In de literatuur wordt de instelling van een raad van toezicht in de semipublieke sector ook recentelijk door sommigen bepleit²⁴ en door anderen juist ontraden.²⁵ Tot slot is het opmerkelijk dat in het ondernemingsrecht, dat als inspiratiebron diende voor de opmars van de raad van toezicht in de (semi-) publieke sector, onlangs in de wet de mogelijkheid is opgenomen om juist af te zien van een afzonderlijke raad van toezicht en de commissarissen op te nemen in het bestuur.²⁶

Ook de resultaten van empirisch onderzoek laten een weinig helder licht schijnen op de meerwaarde van raden van toezicht bij zelfstandige bestuursorganen. Het feit dat zich juist het afgelopen decennium problemen hebben voorgedaan bij publieke organisaties, kan uiteraard niet zonder meer worden toegerekend aan de opkomst van raden van toezicht. Sommigen kiezen er na empirisch onderzoek dan ook voor om het raad van toezicht-model niet ter discussie te stellen maar na te gaan hoe de werking daarvan verbeterd kan worden.²⁷

Specifiek empirisch onderzoek naar de toegevoegde waarde van een raad van toezicht bij zelfstandige bestuursorganen geeft echter wel enige richting aan het denken. Zo komt Schillemans in 2007 naar aanleiding van een empirisch onderzoek bij de raden van toezicht van negen zelfstandige bestuursorganen, waaronder de

-
- 22 'Verbinding verbroken? Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten, Hoofdrapport', *Kamerstukken I* 2012–2013, C, B, p. 12. Ook de Commissie Behoorlijk Bestuur (naar haar voorzitter ook wel de Commissie Halsema genoemd) adviseert een Raad van Toezicht wettelijk te verplichten, maar dan in het BW en geldend voor alle stichtingen en verenigingen ('Een lastig gesprek, Advies Commissie Behoorlijk Bestuur', 2013, in het bijzonder p. 14 en 24).
- 23 *Kamerstukken I* 2012–2013, C, I, p. 10.
- 24 E.R. Helder, *De juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming*, Den Haag: Sdu 2013, in het bijzonder p. 146-148 en p. 335-336.
- 25 J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van rechtsvormen in Boek 2 BW?', In: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (preadviezen Nederlandse Juristen-Vereeniging), 2010, p. 191-252. Deze auteurs laten zich daarbij inspireren door de in 2005 in het Verenigd Koninkrijk geïntroduceerde rechtsvorm Community Interest Company (CIC), die geen raad van toezicht kent maar waarop toezicht wordt gehouden door een specifiek daartoe opgerichte overheidsinstelling.
- 26 De Wet bestuur en toezicht waarin dit wordt geregeld is op 1 januari 2013 in werking getreden. Het mogelijk maken van dit monistische stelsel of one-tier model is volgens de memorie van toelichting (Kamerstukken II 2008-2009, 31736, nr. 3) gewenst in verband met de toenemende internationalisering in het ondernemingsrecht. Zie verder onder meer: S.C. Peij, De 'one-tier board', waarom wel en waarom niet?, *Finance & Control* augustus 2010, p. 38-41.
- 27 R. Goodijk, *Toezicht in semipublieke organisaties. Leren we van de misstanden?* (oratie Tilburg), Tilburg University 2011 en R. Goodijk, *Falend toezicht in semipublieke organisaties? Zoeken naar verklaringen*, Assen: Van Gorcum 2012.

IB-Groep, tot de conclusie dat de raden nauwelijks functioneren als aanvulling op de democratische controle.²⁸ Ook de Algemene Rekenkamer concludeert na onderzoek naar het functioneren van de raden van toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak, dat de resultaten van het toezicht door de raden slechts in beperkte mate bruikbaar zijn en gebruikt worden voor het ministeriële toezicht.²⁹ De raden van toezicht blijken echter wel een bijdrage te leveren aan kwaliteitsverbetering, doordat ze over de door het bestuur van de organisatie aan hen voorgelegde voorstellen meedenken vanuit de vraag hoe het handelen van de organisatie kan worden verbeterd.³⁰ Kortom: de raden van toezicht zijn nuttig als een gezaghebbende extra toets op de kwaliteit van besluiten in het licht van de doelstellingen van de verzelfstandigde organisatie, maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs samen te vallen met het publieke belang waarop de minister dient toe te zien.³¹ In feite komen we daarmee dicht in de buurt van de tweede oplossing die De Ridder in zijn Goede raad voor toezicht adviseert: het ombouwen van de raad van toezicht tot een raad van advies.³²

4 Beheersmatige zelfstandigheid

Eén van de uitgangspunten die de wetgever hanteerde bij de verzelfstandiging van de Informatiseringsbank was dat de organisatie 'niet langer gebonden is aan de beheersregels die voor de Rijksdienst gelden'.³³ Met het oog daarop werd rechtspersoonlijkheid aan het orgaan toegekend, waarbij nog werd gesteld dat de beheersmatige vrijheid uitsluitend zal gelden voor het apparaatsbudget.³⁴ Een en ander was in lijn met de resultaten van het door ons uitgevoerde onderzoek.³⁵ Daarin waren

-
- 28 T. Schillemans, *Verantwoording in de schaduw van de macht, horizontale verantwoording bij zelfstandige uitvoeringsorganisaties* (diss Utrecht), Den Haag: Boom Lemma 2007, p. 145-181.
- 29 Algemene Rekenkamer, *Systemen van checks and balances bij rechtspersonen met een wettelijke taak*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2002, p. 30. Zie ook: R. Elte, D. van Est, C. van Montfort & I. van der Weijde, 'Horizontalisering van toezicht en verantwoording in de publieke sector', *Openbaar bestuur* mei 2003, p. 24-29.
- 30 Schillemans 2007, p. 172-179, die hierbij ook verwijst naar de door De Ridder geformuleerde tweede wet van het toezicht: 'in elke toezichtsrelatie bestaat een tendens tot vermindering van de afstand van toezichthouder en ondertoezichtgestelde. De toezichthouder wordt: adviseur, partner, vraagbaak, vertrouwenspersoon, alles, behalve controleur.' De Ridder 2004, p. 43.
- 31 Aldus ook: C.J. van Montfort & I. Boers, 'Raden van Toezicht', in: T. Schillemans & M. Bovens (red.), *Handboek publieke verantwoording*, Den Haag: Boom Lemma 2009, p. 143-160 en H. van Duivenboden, E. van Hout, C. van Montfort & J. Vermaas, 'Verbonden verantwoordelijkheden: ver weg of op weg?', in: H. van Duivenboden, E. van Hout, C. van Montfort & J. Vermaas (red.), *Verbonden verantwoordelijkheden in het publieke domein*, Den Haag; Boom Lemma 2009, p. 339-351.
- 32 J. de Ridder, *Een goede raad voor toezicht* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 36.
- 33 *Kamerstukken II 1992-1993*, 23 073, nr. 3, p. 5.
- 34 *Kamerstukken II 1992-1993*, 23 073, nr. 3, p. 6.
- 35 G.M. Kuiper, J.J. van Vliet e.a., *Verzelfstandiging: publiek of privaat?*, Deventer: Kluwer 1992, in het bijzonder p. 128-130.

voor deze dienst een aantal knelpunten van het binnen de Rijksdienst geldende financiële beheersregime geïdentificeerd.³⁶

Kort nadat ons onderzoek was afgerond, werd differentiatie in de beheersregels ook binnen de Rijksdienst mogelijk gemaakt, door de introductie van de figuur van het agentschap.³⁷ De wetgever achtte dit voor de Informatiseringsbank echter geen geschikte verzelfstandigingsvorm, juist omdat deze verzelfstandiging niet in de eerste plaats was ingegeven door de wens beheersmatige knelpunten op te lossen.³⁸ Wel vergrootte het kabinet naar aanleiding van de eerste evaluatie van de instellingswet, met het oog op de verdere bevordering van de doelmatigheid, de eigen financiële beslissingsruimte van de IB-Groep nog wat verder door het mogelijk te maken dat de IB-Groep binnen bepaalde kaders kon lenen.³⁹ De bij de tweede evaluatie van de instellingswet betrokken onderzoekers concludeerden dat de IB-Groep 'in termen van economy doelmatiger is gaan werken', al stelden ze tegelijkertijd dat de ontwikkeling van de doelmatigheid van de organisatie nog onvoldoende zichtbaar was gemaakt.⁴⁰

Bij het opgaan van de IB-Groep in DUO koos de wetgever – binnen de context van een uitvoeringsorganisatie die onder de ministeriële verantwoordelijkheid valt en die deel uitmaakt van het Ministerie van OCW – voor de vorm van een baten-lastendienst, de aanduiding die toen werd gehanteerd voor de agentschapsvorm.⁴¹

36 G.M. Kuiper, J.J. van Vliet e.a., *Verzelfstandiging: publiek of privaat?*, Deventer: Kluwer 1992, p. 62-66.

37 *Kamerstukken II 1991-1992*, 16 625, nr. 143. De figuur wordt verder uitgewerkt in het rapport *Uitwerking Verder bouwen aan beheer* (Kamerstukken II 1991-1992, 22 300 nr. 39) en geformaliseerd bij de zesde wijziging van de Comptabiliteitswet 1976 (Stb. 1995, 375).

38 *Kamerstukken II 1992-1993*, 23 073, nr. 3, p. 7.

39 *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 527, nr. 3, pp. 4 en 5, uitgewerkt in art. 10, vijfde lid van het voorstel voor de wijziging van de instellingswet: *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 250; de inwerkingtreding van deze bepaling is gekoppeld aan de inwerkingtreding van de Eerste wijziging van de Comptabiliteitswet 2001, waarin het zogeheten 'schatkistbankieren' in het algemeen wordt geregeld, evenals de mogelijkheid om ten behoeve van de financiering van investeringen leningen te verkrijgen van de Minister van Financiën.

40 *Kamerstukken II 2003-2004*, nr. 65, p. 6 en 7. In 1998 constateerde Ter Bogt dat uit de beschikbare cijfers niet kan worden afgeleid dat de efficiëntie binnen de Informatiseringsbank/IB-Groep in de loop der jaren is toegenomen, al stelde ook hij tegelijkertijd dat de verzelfstandiging wel leidde tot het vergroten van het kostenbewustzijn, het verbeteren van de financieel-economische informatie en het verhogen van de kwaliteit en de klantgerichtheid: H.J. ter Bogt, *Neo-institutionele economie, management control en verzelfstandiging van overheidsorganisaties, overwegingen voor verzelfstandiging en effecten op efficiëntie en financieel-economische sturing* (diss. Groningen). Cappelle aan den IJssel: Labyprint 1998, p. 154.

41 *Kamerstukken II 2008-2009*, nr. 3, p. 3. Bij de evaluatie van de Regeling baten-lastendiensten 2007 komt de term agentschap weer terug, aangezien naar aanleiding van die evaluatie wordt voorgesteld twee typen agentschappen te onderscheiden: één op basis van een baten-lastenadministratie en één op basis van een kas-verplichtingenadministratie (brief d.d. 25 augustus 2011 van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer).

Als argument hiervoor werd gegeven dat zodoende tegemoet kan worden gekomen aan de wens van beheersmatige armslag.⁴² Alhoewel vanaf 2013 de baten-lastendiensten weer is geschrapd en de DUO moet worden aangeduid als een baten-lastenagentschap,⁴³ blijft een zekere beheersmatige vrijheid aanwezig; de organisatie is niet gebonden aan de beheersregels die voor de rijksdienst gelden.

Onze indruk is dat het verschil in de beheersmatige vrijheid tussen het zelfstandig bestuursorgaan IB-Groep en het agentschap DUO beperkt is: in beide situaties is de beheersmatige zelfstandigheid vergelijkbaar, zeker wanneer deze wordt afgezet tegen de vrijheid binnen het (reguliere) beheersregime bij de ministeries.

5 Trends in het denken over verzelfstandiging

Aan het begin van de jaren negentig werd van de instelling van zelfstandige bestuursorganen veel verwacht: 'meer efficiëntie bij de verzelfstandigde organisatie, betere kwaliteit van de dienstverlening, en een betere overheid die zich op haar kerntaken kon richten.'⁴⁴ Nadat het agentschap werd geïntroduceerd, was oprichting van een zelfstandig bestuursorgaan om louter beheersmatige redenen niet meer nodig en daarmee ook niet meer legitiem. Bij de verzelfstandiging van de Informatiseringsbank stond dit argument bij de wetgever ook niet voorop. Sterker nog, met het instellen van de IB-Groep als een zelfstandig bestuursorgaan werd de tijdgeest eerder enigszins gedempt, namelijk doordat daarmee ook werd gekozen tegen een veel verdergaande variant waarbij de uitvoering van de onderwijsregelingen per periode opnieuw zou worden aanbesteed onder belangstellende private bedrijven. Die variant, die nauw aansloot bij gedachten rond het 'ondernemender maken' van de overheid zoals die werden gepropageerd in het New Public Management⁴⁵ zou, zo concludeerden wij in ons onderzoek, tot een aanzienlijk minder gewenste vormgeving van de taakuitoefening door de Informatiseringsbank hebben geleid.⁴⁶

In het midden van de jaren negentig stond verzelfstandiging in de vorm van een zelfstandig bestuursorgaan, mede naar aanleiding van een kritisch rapport van de

42 *Kamerstukken II* 2008-2009, nr. 3, p. 5.

43 Regeling agentschappen, *Staatscourant* 2012, nr. 20668. De wijziging in de naamgeving is een uitvloeisel van de evaluatie van de Regeling baten-lastendiensten en is noodzakelijk om onderscheid te kunnen maken in verplichtingen-kasagentschappen en baten-lastenagentschappen.

44 B.J.P. Stellinga, *Dertig jaar privatisering, verzelfstandiging en marktwerking*, studie uitgevoerd door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) op verzoek de Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, 2012, p. 83.

45 Op voor velen overtuigende wijze verwoord door David Osborne & Ted Gaebler, *Reinventing Government, How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, 1992.

46 Deze variant wordt behandeld in hoofdstuk 4 (Uitbesteding van publieke diensten) van G.G.M. Kuiper, J.J. van Vliet e.a., *Verzelfstandiging: publiek of privaat?*, Deventer: Kluwer 1992, p. 73-91.

Algemene Rekenkamer,⁴⁷ ter discussie en werden de criteria voor het instellen en functioneren aangescherpt, met name in de Aanwijzingen voor de regelgeving⁴⁸ en uiteindelijk in de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.⁴⁹ De meer behoudende koers in het verzelfstandigingsbeleid leidde overigens niet tot minder verzelfstandigingen.⁵⁰ Tien jaar later stonden de zelfstandige bestuursorganen opnieuw sterk ter discussie, vooral naar aanleiding van het rapport van de Commissie Kohnstamm. Daarbij werd het motief om tot verzelfstandiging over te gaan bij strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen bekritiseerd. Tegen deze achtergrond vond de regering aanleiding om, bij de samenvoeging van de IB-Groep en CFI, de zelfstandigheid van de IB-Groep ongedaan te maken.⁵¹

Kortom: waar zelfstandige bestuursorganen aanvankelijk werden gepresenteerd als een panacee voor allerlei tekortkomingen in het functioneren van de rijksoverheid, lijken ze inmiddels zelf te worden gezien als één van de oorzaken van die tekortkomingen. Naar ons idee doet geen van beide standpunten voldoende recht aan de toegevoegde waarde die zelfstandige bestuursorganen binnen de rijksoverheid kunnen hebben.

Het is terecht dat uitsluitend de wens van bedrijfsmatige flexibiliteit met een beheer via een baten-lastenstelsel inmiddels als onvoldoende reden geldt voor de vorming van een zelfstandig bestuursorgaan met eigen rechtspersoonlijkheid. Binnen het departementale kader heeft de figuur van het agentschap een vaste plaats die de mogelijkheid biedt de vereiste bedrijfsmatige flexibiliteit bij een uitvoerende organisatie te realiseren.⁵² DUO heeft die beheersmatige organisatievorm ook gekregen.

Dat ligt wat ons betreft anders voor het motief om, met het oog op een goede werking van zowel de beleidsvorming als de uitvoering, zelfstandigheid te verlenen aan de uitvoerende organisatie. Het is naar onze indruk een misvatting dat de achterliggende gedachte van dit motief zou zijn dat er een strikte scheiding kan zijn tussen beleid en uitvoering. Kern van het achterliggende gedachtengoed is juist dat op een goede manier een verbinding wordt aangebracht tussen de vorming en uitvoering van beleid. Bij de instelling van DUO is ook niet als argument gebruikt dat de minister te weinig invloed had op de uitvoerende IB-Groep: de instrumenten voor

47 Algemene Rekenkamer, Verslag 1994, deel 3: Zelfstandige bestuursorganen en ministeriële verantwoordelijkheid, *Kamerstukken II* 1994-1995, 24 130, nr. 3.

48 Aan de aanwijzingen voor de regelgeving werd specifiek voor zelfstandige bestuursorganen een onderdeel toegevoegd.

49 *Kamerstukken II* 27 426.

50 S. van Thiel & M.W. van Buuren, 'Ontwikkeling van het aantal zelfstandige bestuursorganen tussen 1993-2000: zijn zbo's uit de mode?', *Bestuurswetenschappen*, 2001, p. 386-404.

51 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 944, nr. 3, pp. 3-5.

52 Aldus ook De Ridder in zijn gesprek met de Parlementaire Onderzoekscommissie op 6 juni 2012: *Kamerstukken I* 2012-2013, C, D, p. 91.

de minister om de dagelijkse uitvoering te kunnen beïnvloeden, zoals algemene regels, benoeming van bestuurders en begrotingsbevoegdheden, waren kennelijk voldoende. De wetgever benadrukt bovendien dat het ook in de nieuwe constructie niet de bedoeling is dat de minister zich in de uitvoeringspraktijk zal mengen. De bedoeling is dus niet om beleidsvorming via gebruik van reeds bestaande instrumenten te vervangen door beleidsvorming aan de hand van bemoeienis met concrete beslissingen in de dagelijkse uitvoeringspraktijk.

Het probleem waar blijkens de memorie van toelichting bij de wet tot vorming van DUO iets aan gedaan zou moeten worden, is juist omgekeerd: dat de uitvoerende organisatie te weinig invloed had op de algemene beleidsvormende minister. De uitvoeringsaspecten werden niet goed genoeg in het beleidsproces ingebracht.

Wat ons betreft moet een betere inbreng vanuit de uitvoering in de beleidsvorming echter niet in de eerste plaats worden gezocht in het teniet doen van de voordelen van de zelfstandige positie van de uitvoerende organisatie.

Onvoldoende inbreng vanuit de uitvoering in de beleidsvorming is een algemeen en vaak genoemd probleem van beleidsvorming,⁵³ ook indien het beleid niet door een zelfstandige bestuursorgaan wordt uitgevoerd. Er kan op dat vlak nog veel werk worden gedaan. Het rapport 'Verbinding verbroken' van de parlementaire onderzoekscommissie besteedt hier dan ook terecht veel aandacht aan. Er moet volgens de commissie meer aandacht zijn voor, en geleerd worden van, de uitvoering. Niet alleen door de minister, maar ook door het parlement. Onder meer wordt voorgesteld de publieke verantwoording van bestuurders van zelfstandige bestuursorganen te versterken, bijvoorbeeld door ze ook verantwoording te laten afleggen aan het parlement. Verder stelt de parlementaire commissie voor dat meer werk wordt gemaakt van de uitvoeringstoets om de inzichten vanuit de uitvoering beter te laten doorwerken in de beleidsvorming. Dit is opmerkelijk omdat de uitvoeringstoets min of meer is ontwikkeld bij de Informatiseringsbank. In lijn met het standpunt van de parlementaire onderzoekscommissie, had het naar onze opvatting dan ook in de rede gelegen dat de wetgever bij de oprichting van DUO hieraan aandacht zou hebben besteed.

Ook over een ander belangrijk onderdeel van de vormgeving van zelfstandige bestuursorganen lopen de meningen uiteen, te weten de toepassing van het raad van toezicht-model. De parlementaire onderzoekscommissie heeft dat model bepleit, maar de regering ziet hier weinig in. In het plenaire debat over het rapport van de commissie, dat gepland staat voor 21 januari 2014, zal vermoedelijk op dit punt politieke duidelijkheid ontstaan.

53 Een bestuurskundige klassieker waarin hiervoor aandacht werd gevraagd is Jeffrey L. Pressman & Aaron Wildavsky, *Implementation, How great expectations in Washington are dashed in Oakland*, University of California Press 1973.

6 Conclusie

Samenvattend concluderen wij dat er, ondanks het onderzoek dat al naar zelfstandige bestuursorganen is gedaan, nog betrekkelijk weinig bekend is over de consequenties van de vormgeving op het functioneren van deze organen.⁵⁴ In deze bijdrage hebben we meer in detail gekeken naar drie elementen van de vormgeving. Voor het functioneren van twee daarvan, het raad van toezicht-model en de uitvoeringstoets als middel om de uitvoering 'meer stem te geven' bij de beleidsontwikkeling, is naar ons oordeel meer onderzoek noodzakelijk, opdat een betere pasvorm voor verzelfstandiging kan worden gevonden. Dergelijk onderzoek zal door een nieuwe generatie bestuurskundigen moeten worden gedaan, maar het is een geruststellende constatering dat ze daarbij kunnen voortbouwen op onderzoek en gedachtenvorming waaraan Ko de Ridder een belangrijke bijdrage heeft geleverd.

54 Aldus ook S. van Thiel, *Are you being served? Over de opbrengsten van verzelfstandiging van overheidsorganisaties* (oratie Nijmegen), 2013.

Deel II: Toezicht

Een kleine fenomenologie van het inspecteren

Ferdinand Mertens

Inspecteren is een werkwoord een verwijst naar een activiteit waarbij er gekeken wordt naar de toestand van 'iets'. Meestal bestaat er over dat 'iets' een voorstelling van hoe het zou moeten zijn en de belangstelling gaat uit naar de mate waarin dit daadwerkelijk het geval is. Maar het kan ook gaan om onbevangen waarnemen van een situatie. Inspecteren is altijd een empirische activiteit. Het gaat om hoe het werkelijk is en niet hoe we graag zouden willen dat het is. Inspecteren is dus verbonden met waarnemen, kijken, zien en interpreteren. Inspecteren roept dan ook altijd de vraag op naar het hoe van de waarneming: hoe heb je kunnen vaststellen dat het zo is? Welke waarnemingsmethode heb je gebruikt? Hoe weet je dat het waar is? Waarnemen en waarheid horen bij inspecteren. Twijfel over wat waargenomen is, en wat degene die inspecteert er van vindt, zijn altijd aanleiding tot disputen. Verantwoording over werkwijzen is een van de manieren om in die disputen zorgvuldig te kunnen handelen.

Inspecteren is meestal een activiteit op afstand en overbrugt de afstand tussen opdrachtgever en uitvoerder. Er wordt iets uitgevoerd, op basis van een voorschrift, een plan of een afspraak – we noemen dat de norm – en de vraag is dan of dit gebeurt overeenkomstig dat wat afgesproken is. Aan de behoefte tot inspecteren ligt altijd een veronderstelling ten grondslag over de mate waarin een ander (de uitvoerder) geneigd is zich overeenkomstig de norm te gedragen. Die veronderstelling verwijst naar het krachtenveld waarin de uitvoerder zich bevindt. Hoe meer aanleiding er is te veronderstellen dat de uitvoerder zich niet zal houden aan de norm, hoe meer de behoefte aan inspecteren ontstaat. Verondersteld wordt dat een tijdige waarneming van een ongewenste afwijking erger kan voorkomen. Over de noodzaak tot inspecteren bestaat altijd een redenering en die redenering leidt tot inzicht over de waarschijnlijkheid dat overeenkomstig afspraak gewerkt wordt. Door het inspecteren wordt deze redenering bevestigd of weerlegd.

Inspecteren is van alle tijden en verbonden met de ontwikkeling van de maatschappelijke arbeidsdeling. Wanneer plan en uitvoering in een hand is, is er geen behoefte aan inspectie. Althans, de inspectieactiviteit is dan niet meer afzonderlijk waar te nemen en is geheel verbonden met het 'werkproces'. De macht over de norm en over het werkproces zijn in een hand. Daarmee is ook gezegd dat inspecteren verbonden is met macht. Inspecteren gaat altijd gepaard met de behoefte aan beheersing en controle. Inspecteren is in essentie altijd ook het inwinnen van informatie. In het verleden kon de informatie over de toestand van 'iets' vaak niet anders verkregen worden dan door een bijzondere waarneming te doen: er heen te gaan. Bij

gebrek aan andere kennisbronnen was het veelal ook noodzakelijk alle objecten in een bepaald domein te bezoeken, te inspecteren. De inspectie in de vorm van een organisatie voorzag zich van informatie om die vervolgens te benutten om zichzelf te sturen. Wanneer uit de informatie bleek dat een bepaalde locatie (situatie) een afwijkend en ongewenst beeld liet zien dan was dit vervolgens aanleiding tot volgende acties. In de huidige tijd zijn er veel meer bronnen waaruit informatie gehaald kan worden die voor een object waarvan men de 'staat' wil kennen, benut kunnen worden. Er zijn statistieken, studies, media en berichten van 'subjecten/objecten' zelf. Tevens heeft een casus een track-record bij de inspecterende instantie. Al deze informatie wordt tegenwoordig bijeengebracht in een 'kenniseenheid' die soms wordt aangeduid met 'intelligence'. Wat vroeger alleen verworven kon worden door een 'on site visit' kan nu in de vorm van deskresearch verworven worden. Uitwisseling en wederzijdse benutting van informatie is daarvoor een essentiële voorwaarde.

Inspecteren is een activiteit in een relatie waarin wederzijdse afhankelijkheid bestaat. Die afhankelijkheid is altijd ook macht van de normsteller ten opzichte van de uitvoerder. Maar die macht kan heel verschillend ontstaan. Er kan sprake zijn van een ruilrelatie waarin op basis van privaatrechtelijke afspraken (in de bouw, de scheepsbouw) een opdrachtgever en een uitvoerder onderscheiden worden. De opdrachtgever betaalt voor het adequaat – dat wil zeggen: volgens plan, zowel wat de tijd als wat de eigenschappen betreft – opgeleverd product. Wanneer het product niet aan de specificaties zoals overeengekomen voldoet dan wordt dit privaatrechtelijk opgelost. In de ruilrelatie is ook sprake van macht, maar het is een relatie waarin in principe alles met een ruilmiddel, meestal geld, kan worden opgelost. Er zijn andere relaties die geheel gebaseerd zijn op onderschikking en bovenschikking. Hier spreken we van een zuivere machtsrelatie. Wanneer inspecteren in zo'n relatie plaats vindt dan is het inspecteren een uitdrukking van de macht. De inspectie is niet vrijblijvend maar is ingebed in de machtsrelatie die tussen de inspecteur en de geïnspecteerde bestaat. Inspecteren vanuit de overheid is altijd vanuit de macht.

Inspecteren vanuit de overheid is historisch ten nauwste verbonden met het proces van staatsvorming. Bij het ontstaan van de eenheidsstaten deed zich het universele probleem in versterkte mate voor dat wetten verordend konden worden maar dat er weinig zekerheid bestond over de mate waarin wetten tot leven zouden komen. Voor de strafwetgeving bestond daarvoor een justitieel apparaat dat niet alleen macht kon uitoefenen maar ook geweld. Het systeem van vervolgen en straffen was goed zichtbaar in de samenleving en vervulde daarmee de afschrikwekkende functie die voor naleving van wetten en regels noodzakelijk werd geacht. Maar bij het ontstaan van de 'moderne' staat was er meer dan het strafrecht en de basale ordeningsregels waar burgers zich aan dienden te houden. Vrijwel alle activiteiten die in een samenleving werden uitgevoerd, ongeacht wie de uitvoerder er van was, kwamen na verloop van tijd te vallen onder de jurisdictie van de staat en zijn wetten en regels. Zo ontstonden er bijvoorbeeld wetten voor het bevorderen van de gezondheid van de 'burgers', voor het onderwijzen van mensen en sommige van die

activiteiten werden zelfs door de staat zelf uitgevoerd. De uitvoering had betrekking op een territorium en in dat territorium was er altijd een fysieke afstand tussen normsteller – de centrale staat – en de uitvoerder. Verder in de ontwikkeling van de staat stelde de staat eisen aan private partijen en hun activiteiten. Al in de 19^e eeuw stelde de staat eisen aan de arbeidsomstandigheden van arbeiders en de condities waaraan de scheepvaart diende te voldoen. Maatschappelijke effecten van private activiteiten kwamen steeds meer in de aandacht van de staat en regulering die vervolgens condities meegaf aan de uitvoerder van die activiteiten was daarvan het resultaat. In de 18^e eeuw ontstond de industrialisatie. De economische ontwikkeling daarvan speelde zich af onder wat geïd werd als kapitalisme. Het kapitalisme kent als onderliggend mechanisme de vrije markt. De brisante ontwikkeling van de economie op basis van het kapitalisme bracht veel goeds maar de ongewenste neveneffecten werden ook al snel zichtbaar. Niet voor iedereen even snel en er was zeker geen overeenstemming over wat er tegen die ongewenste effecten gedaan zou moeten worden. Naast de industrialisatie was er het proces van democratisering, sterk beïnvloed door de Franse Revolutie. De behoefte om de negatieve effecten van het kapitalisme te beheersen en de wens om te komen tot meer vrijheid en gelijkheid in de samenleving leidde in de 19^e eeuw tot een groot belang dat toegekend werd aan de staat. Zo werd de 19^e eeuw de eeuw van de beheersing van wat in de 18^e eeuw ontketend was.

Inspecteren vanuit de overheid is, zoals gezegd, inspecteren vanuit een machtsrelatie. In de moderne staat werd deze relatie gelegitimeerd in de wetgeving. Inspecteren vanuit de overheid is altijd gebaseerd op wetgeving. Al vroeg werd onderkend dat wetgeving tot leven diende te komen en dat dit niet vanzelf zou plaatsvinden. Immers, wetgeving was gericht op verandering en verandering komt nooit vanzelf tot stand. In de wetgeving van de zich vormende Nederlandse eenheidsstaat zien we dan ook vrijwel overal vormen van inspecteren – meestal toezicht genoemd – ontstaan. Vaak in de vorm van individuele opdrachten aan opzieners of inspecteurs. Er ontstond een ambt dat belast was met het toezicht door inspecteren ter plekke. Dat toezicht kon zich niet slechts beperken tot het waarnemen of de werkelijkheid aan de wetten voldeed. Toezicht droeg actief bij aan het toelichten van de wetten en te zorgen dat de wetten tot leven kwamen. Het inspecteren als staatsfunctie is zeker niet primair ontstaan om te handhaven maar juist om wetten tot uitvoering te brengen door 'zendelingen' die de wet en de geest van de wet in persoonlijke contacten uitdroegen. Waar geen school is, is het moeilijk toezien op het functioneren, waar geen zorg is moet die er eerst komen. Vandaar dat inspecteurs in de vroege 19^e eeuw ook vaak organisatoren waren, mensen die de helpende hand uitstaken naar het locale en private initiatief en die bevorderden dat de 'waarde' die in de wetgeving besloten lag, gerealiseerd zou worden.

De bestuurlijke organisatie van het land kent differentiatie naar verschillende bestuurlijke lagen en bestuursorganen. De verbinding tussen deze vormen van openbaar bestuur wordt gelegd door toezichtrelaties van de een ten opzichte van

de ander. Dit interbestuurlijk toezicht kent een aantal gemeenschappelijkheden met het overige toezicht maar is ook specifiek. Zo zien we dat de toezichtfunctie op sommige terreinen toegewezen is aan een gespecialiseerde toezichthouder terwijl op andere terreinen een algemene toezichtfunctie aan een hoger gelegen bestuursorgaan wordt toegekend. Momenteel wordt – volgens de beleidstheorie van de sinds 1 oktober 2012 geldende Wet revitalisering interbestuurlijk toezicht – prioriteit gegeven aan de tweede variant in plaats van het gespecialiseerde en gecentraliseerde vak-toezicht.

Inspecteren als functie in een staatsordening is inherent verbonden met de wil tot macht van de staat. De staat regelt zaken voor het geheel dat tot de staat gerekend wordt. De staat dient er vervolgens voor te zorgen dat de regels worden gekend en nageleefd. Het scheppen van regels roept de noodzaak tot aandacht voor de naleving op. Zeker wanneer in de 19^e eeuw het takenpakket van de staat in de breedte toeneemt is er behoefte aan mechanismen die de naleving bevorderen. In die periode zien we, niet alleen in Nederland, maar overal de opkomst van gespecialiseerde ambten gericht op naleving en handhaving. De ambten waren gespecialiseerd – bijvoorbeeld anders dan de politieorganisatie – en werden bezet door functionarissen met grote deskundigheid op het betreffende terrein. Op de gezondheid werd toegezien door kenners van het medische werk, op het onderwijs door ervaren onderwijzers, op de scheepvaart door rijk geschakeerde scheepvaartdeskundigen enzovoorts. Daarmee voorzag het ambt in een tweede functie: de verspreiding van de actuele kennis en inzichten in de wijze waarop de werkzaamheden onder toezicht uitgevoerd dienden te worden. De 19^e eeuw was ook de eeuw van standaardisatie en normalisatie. De toezichthouders namens de overheid vervulden in die processen een belangrijke rol. Zij beoordeelden niet alleen of iets aan de standaarden voldeed maar droegen waar nodig ook bij aan de formulering van de standaarden. Indien nodig werden deze wettelijk vastgelegd want deze ambtsdragers stonden in nauw contact met de wetgevers van de staat. Anders dan het geval is bij de algemene politiefunctie in de maatschappij had het werk van deze toezichtfunctionarissen vooral betrekking op instellingen en organisaties. Het ging hen niet om het gedrag van individuen maar om dat van organisaties zoals ondernemingen. Daar waar een onderneming slechts uit een persoon bestond, vielen uiteraard organisatie en persoon samen.

Het toezicht werd in de wet opgedragen aan ambtsdragers, en dus aan individuen. Het besef van een toezichthoudende organisatie zou in een latere fase pas tot ontwikkeling komen. Uiteraard is er van het begin af aan geprobeerd de toezichthouders bijeen te brengen en ze vanuit een zekere gezamenlijkheid te laten werken maar het accent lag niet op de toezichtorganisatie maar op de toezichtuitvoerders, de inspecteurs. Pas in de tweede helft van de 20^{ste} eeuw wordt het denken en redeneren vanuit een toezichtorganisatie het dominante gezichtspunt.

Het patroon van inspecteren is, gelet op het universele proces van staatsvorming en machtseffectuering in een territorium, geen bijzonder kenmerk van de Neder-

landse geschiedenis en samenleving. Op de meeste terreinen zijn er overeenkomstige ontwikkelingen in instituties en patronen, sommige – bijvoorbeeld de scheepvaart – hebben internationale verplichtende samenwerking. De wijze waarop de inspectiefunctie geregeld is kan per land aanzienlijk verschillen. In de Nederlandse samenleving, waar altijd veel betekenis is toegekend aan het zelforganiserend vermogen van de samenleving, zien we de inspectiefunctie heel expliciet. In andere landen is ze meer impliciet omdat bijvoorbeeld een systeem in het geheel door de overheid geregeld wordt – bijvoorbeeld op het terrein van het onderwijs en de zorg zien we nogal wat verschillen in vormgeving. Zeker in de laatste decennia wordt in de Nederlandse context veel aandacht besteed aan de inrichting van de toezichtfunctie, mede gegeven de wens tot een vermindering van de directe invloed van de staat en de bevordering van het maatschappelijk zelfregulerend vermogen. Toezichthoudende organisaties hebben in de Nederlandse bestuurlijke verhoudingen altijd gefunctioneerd in het spanningsveld van lokale autonomie, de behoefte aan een basisuniformiteit in het geheel van het land en van het naleven van professionele standaarden. Hoezeer autonomie ook geapprecieerd wordt, niemand accepteert dat door de afzondering gewerkt wordt onder een bepaald algemeen aanvaard niveau. De burger wil een gevarieerd land maar vrijwel niemand accepteert als gevolg daarvan dat daardoor uitwisselbaarheid en vergelijkbaarheid niet meer mogelijk zou zijn. Voor de marktsector wordt in toenemende mate ‘zelfregulering’ bepleit en waar mogelijk ingevoerd door de eis tot zelfregulering in de wet op te nemen. Recente ervaringen, bijvoorbeeld in de financiële crisis, hebben het enthousiasme voor zelfregulering getemperd. Alom is een herbeoordeling van het denken over de aard en wijze van regulering in de samenleving en daarmee samenhangend de rol van de overheid waar te nemen.

Inspecteren vanwege de staat vond dus aanvankelijk plaats in de vorm van ambten – nu spreken we van toezichthoudende organisaties, vaak aangeduid als ‘inspectie’. Er is toezichtbeleid dat door een minister verantwoord wordt. De toezichthoudende organisaties in de vorm van inspecties ressorteren onder een minister en vallen geheel onder de ministeriele verantwoordelijkheid, ook al zijn er bijzondere afspraken – soms in de wet vastgelegd – die moeten waarborgen dat inspecties de ruimte hebben om de dingen te zeggen die gezegd moeten worden. De verantwoordelijkheid voor het toezicht is toegekend aan de Minister. Voor de functionaliteit van de organisatie van het toezicht zitten daar belangrijke nadelen aan. De organisatie van het toezicht wordt om die nadelen tegen te gaan de laatste jaren meer bezien vanuit de onder toezichtstaande organisaties hetgeen de behoefte aan meer samenhang heeft duidelijk gemaakt. De noodzaak van samenhang in het inspecteren wordt momenteel meer gezien en is de basis voor professionele uitwisseling tussen verschillende toezichthouders. Zo kunnen ervaringen worden gedeeld en mogelijk de leerprocessen over goed toezicht en beter toezicht worden geïntensiveerd.

Het inspecteren van een organisatie is een werkzaamheid die steeds meer als een eigenstandige professionaliteit wordt gezien. Onderkend wordt dat het waarnemen

en beoordelen in de 'werkelijkheid' van een organisatie een complexe werkzaamheid is. Over de inhoud van deze professionaliteit spreken inspectieorganisaties meer met elkaar en wordt ook het gemeenschappelijke gezien tussen inspecties die in geheel verschillende velden werkzaam zijn. Belangrijk is echter ook dat over toezicht als zodanig alleen in samenhang met de regelgeving die voor een bepaald domein geldt of in ontwikkeling is kan worden gesproken. Toezicht is slechts beperkt een zelfstandig onderwerp en dat zien we bijvoorbeeld in de internationale literatuur waar toezicht veel minder als op zich zelf staand onderwerp behandeld wordt. Het is daar veeleer een aspect van de regulering. De ontwikkeling in de aard en vorm van de regulering staat daarbij voorop.

De kwaliteit van het werk van de 'eenling inspecteur' wordt sterk bepaald door zijn waarnemings- en oordeelsvermogen. Wat ziet de inspecteur en wat vindt hij er van? Bij de waarneming wordt hij in toenemende mate geholpen door 'instrumenten' en aan de normering wordt veel aandacht besteed. De eigen kwaliteitsbewaking in het inspectiewerk is evenwel binnen de Nederlandse inspecties nog zwak ontwikkeld. Dat is merkwaardig, want waar inspecties andere organisaties de maat nemen, heeft het er in elk geval de schijn van dat ze van hun eigen kwaliteit op voorhand overtuigd zijn. Wel is er de laatste tijd een toenemende aandacht voor de effectiviteit van het eigen werk. Nog steeds is veel van het toezicht op overlevering van werkwijzen en benaderingen gebaseerd. Ook is niet altijd even duidelijk welk probleem door middel van het toezicht moet worden opgelost. Door meer aandacht te schenken aan het ontwerpen met behulp van wetenschappelijke kennis en andere ervaringsinzichten zou ook zinvoller over effectiviteit gesproken kunnen worden. De vraag naar de ultieme betekenis van inspectieorganisaties voor het functioneren van een maatschappelijke sector kan vooralsnog niet door middel van wetenschappelijk onderzoek worden beantwoord.

Inspecteren is interveniëren in de zaken van anderen. Mensen en organisaties zijn daar op voorhand niet altijd gelukkig mee. Een organisatie die geïnspecteerd wordt moet in die inspectie investeren. De vraag is dan vervolgens wat het voor de organisatie oplevert. Kan er verantwoordelijkheid gedeeld worden? Krijgt de organisatie zinvolle feedback waardoor ze haar werk beter kan doen? Voor duurzaam inspecteren moeten deze vragen beantwoord worden, ook al vinden de inspecties waarover wij het hier hebben vanuit een machtspositie plaats. Inspecteren is ook een vorm van symbolisch interactionisme. De inspecteur treedt op namens de wetgever en vertegenwoordigt autoriteit. Hij kan belonen en hij kan straffen. De onder toezicht gestelde organisatie zal proberen hem te behagen en zal zich op zijn voordeligst laten zien. De interactie is een uitzonderlijke en zo ook de situatie die ontstaat door het binnentreden van een inspecteur in de organisatie. Dit is inherent aan de door het toezicht opgeroepen situatie. De inspecteur moet deze situatie weten te hanteren. In het toezichtontwerp moet er op worden geanticipeerd. In dat ontwerp moeten de vragen die zich in deze situatie voor zullen doen beantwoord worden. Daar hoort de hele encensering van de inspectiesituatie bij, dus ook de vraag of een

inspectiebezoek moet worden aangekondigd of dat een verrassingsbezoek meer op zijn plaats is. Ook de inspecteur wordt door de situatie in zijn handelen beïnvloed. Hij weet dat wanneer hij de lat hoog legt – als hij daar iets te kiezen heeft – hij het voor zichzelf minder gemakkelijk maakt. Immers, de organisatie onder toezicht neemt geen genoegen met een kritische conclusie maar wil overtuigd worden. Dat is niet altijd eenvoudig en vereist van de toezichthouder argumentatiekracht en overtuiging. In elk geval is er meestal sprake van een lokaal dispuut bij de uitvoering van een toezichtbezoek. De organisatie in kwestie spreekt terug, is mondig en heeft haar eigen duiding van de werkelijkheid die ze niet voetstoots inruilt voor die van een overheidstoezichthouder. Het symbolisch interactionisme kent het begrip 'de definitie van de situatie' waarmee bedoeld wordt dat elk individu een specifieke duiding van de eigen situatie heeft en dat het van groot belang is die duidingen te kennen en te vergelijken. De inspectiesituatie geeft aanleiding tot een geheel eigen spel van rollen. De inspecteur kan die rollen oefenen en door middel van training kan hij zich op de situatie die hij tegemoet treedt voorbereiden.

Doordat inspecteren een onderdeel van het gewone leven is, is het vaker onderwerp in de literatuur. Het werk van een inspecteur als een beoordelaar in een sociale situatie kent vele kanten en leent zich daardoor voor uitbeelding in verhalen. Over inspecteurs worden dan ook veel anekdotes verteld en lange tijd was er over inspectiewerk weinig serieus materiaal te lezen en hadden de anekdotes de overhand. In die anekdotes werd het werk niet zelden geridiculiseerd of als onbenullig voorgesteld. Vaak was het thema hoe de 'domme' inspecteur door de 'slimme' onder toezichtstaande om de tuin geleid werd. Een oud mijnwerker vertelde mij vaker over het signaleringssysteem dat in de mijn gehanteerd werd zo gauw een inspecteur van het Staatstoezicht het terrein betrad. Bij het vernemen van dat signaal diende iedereen zich de vraag te stellen naar eventuele ongerechtigheden die er op dat moment zichtbaar waren en die onmiddellijk naar vermogen moest worden hersteld. Dat verklaarde dat als de inspecteur kwam altijd alles in orde was – zo wil de anekdote.

In mijn Delftse oratie (TU Delft 2006) heb ik de ijkmeester Eibenschutz uit een van de novelle's van Joseph Roth opgevoerd. Ik weet niet of hij inmiddels door de toezichthouders gelezen wordt maar in die novelle wordt de encensering van de uitoefening van een toezichtfunctie in veel van haar facetten uitgebeeld. De vervlechting met de lokale politiek en belangenconstellatie is voor de ijkmeester een kenmerk van zijn situatie. Hij loopt risico's in de handhaving van de wet en om voorbereid te zijn 'op het ergste' gaat de veldwachter met hem mee. Door zijn afstand tot de gemeenschap, als een voorwaarde om zijn werk goed te kunnen doen, gaat de ijkmeester in de novelle lijken op een 'outcast'. De ijkmeester vereenzaamt en krijgt uiteindelijk ook nog de 'verkeerde vrienden'. Zijn integriteit wordt op de proef gesteld. Joseph Roth schreef deze historische novelle in het begin van de 20^{ste} eeuw en situeerde het verhaal in het Oostenrijks-Hongaarse rijk. Hij zag het ook als een voorbeeld hoe de staat in alle uithoeken en gaten van een zo uitgestrekt rijk overal zijn aanwezig-

heid organiseert. Door wetten af te kondigen en deze ook te handhaven! Wie wil genieten van de bizarre situaties die bij het inspecteren kennelijk kunnen ontstaan verwijs ik naar Gogols 'de Revisor' – in het Engels als de 'Inspector General' vertaald. Het is een schitterend toneelstuk dat illustreert hoe iedereen de – vermeende – inspecteur voor zijn kar probeert te spannen. Alleen al de openingszin waarbij de burgemeester enkele functionarissen toespreekt illustreert de dramatiek: 'Ik heb u laten komen, heren, om u een alleronaangenaamste mededeling te doen. Er is een revisor (inspecteur) naar ons op weg.' En bij Charles Dickens (Martin) zijn kostelijke uiteenzettingen te vinden over het optreden van de arbeidsinspecteurs in de fabrieken. Zo lang de staat bestaat is deze bij het 'gewone volk' altijd voorwerp van spot geweest. Geen groter genoegen voor 'het volk' dan te laten zien waar de staat faalt. De inspecteur als persoonlijke representant van die staat werd dan ook onvermijdelijk gemakkelijk voorwerp van hoon en spot. De staatsdienaar om de tuin leiden als een van de grootste genoemens.

Inspecteren is een activiteit met een lange traditie. Ze is in overheidsverband altijd bekleed met macht en de kwaliteit van de persoon die het ambt vervulde gaf er gezag aan. Zeker in de 19^e eeuw was dat gezag en die macht in zo'n persoon veel meer passend dan nu. De ontwikkeling die de samenleving heeft doorgemaakt op het punt van kennis, informatie en wetenschap heeft veel andere mogelijkheden geopend om in de samenleving ontwikkeling en professionaliteit te bevorderen. Ook is er nu een grote gelijktijdigheid in die kennis. En de verspreiding van kennis vindt bijna in 'real-time' plaats. In voorbije periodes waren inspecties ook vaak verspreiders van kennis vanuit een 'kennistop' naar de 'achtergebleven gebieden'. Dat is nu niet meer aan de orde. Dat stelt de vraag aan de orde in hoeverre het klassieke inspecteren nu een anachronisme aan het worden is en welke alternatieve verschijningsvormen van het toezicht door inspecteren zich aandienen.

Hoe het momentum voor betere milieuhandhaving verloren ging

Jan Mans & Gustaaf Biezeveld

1 Bestuurlijke bevoegdheden zijn heilig

'De onverbiddelijke voortgang der geschiedenis brengt het gezwets van den dag tot zwijgen' noteerde Thorbecke, worstelend met de tijdgeest in de jaren tussen 1845 en 1848. Hij was er oprecht van overtuigd dat het toenmalige vaderlandse politieke en culturele klimaat niet in de pas liep met de vernieuwingen in Europa. Hervorming was noodzakelijk. 'De wereld gaat vooruit. En ik wenschte met haar vooruit te gaan.'²

De resultanten van deze wens waren onder andere een nieuwe Grondwet en het befaamde 'Huis van Thorbecke' waarin, als een organisch geheel, de autonome bevoegdheden van de drie bestuurslagen werden geordend. Het Huis van Thorbecke: steenvast en onaantastbaar!

In het advies van de Commissie Mans *De tijd is rijp* is er zorgvuldig voor gewaakt dat dat huis aangetast werd.³

'In het voorgestelde model behouden de decentrale overheden hun formele handhavingsbevoegdheden, maar maken bij de uitoefening daarvan gebruik van de omgevingsdienst. Dat past in het Nederlandse op decentralisatie gerichte stelsel.'⁴

Het advies sluit naadloos aan bij wat Thorbecke ooit gedacht en uitgewerkt heeft. Als daarbij opgeteld wordt dat het model grote voordelen biedt aan de gemeenten omdat hen 'een lastige taak grotendeels uit handen genomen wordt',⁵ dan mag aangenomen worden dat de gemeenten het advies van de Commissie Mans, waarvan Ko de Ridder lid was, met vreugde en voortvarendheid omarmd hebben. Niets is minder waar.

Reactie VNG

Het begon al bij de start. Een paar weken na het aanvaarden van de opdracht om voorzitter te worden van de door de Minister van VROM ingestelde commissie 'blafte' de vicevoorzitter van de VNG in zijn richting dat deze als (oud)-burgemees-

1 Paragraaf 1 is geschreven door J.H. Mans, paragraaf 2 door G.A. Biezeveld.

2 G.J. Hooykaas & F.J.P. Santegoets, *Briefwisseling van J.R. Thorbecke 1830-1872*, deel 5, 1845-1853, KS 78, p. 465-466 (digitale weergave; www.historici.nl).

3 Commissie Herziening Handhavingsstelsel VROM-regelgeving, *De tijd is rijp*, Den Haag: juli 2008 (hierna: Commissie Mans).

4 Commissie Mans, p. 52.

5 Commissie Mans, p. 52.

ter die opdracht nooit had mogen aanvaarden. De gemeenten waren bang voor verlies van bevoegdheden. De beantwoording van de vraag naar betere handhaving en toezicht was daaraan volstrekt ondergeschikt.

Tijdens de door de commissie gehouden consultatie van de 'relevante anderen' kwam de VNG gewoon niet opdagen.⁶ Bij de behandeling van het voorstel in de Eerste Kamer waren de VNG-getrouwen goed geïnstrueerd. Het advies van de commissie moest van tafel.

De impasse die toen ontstond, heeft een bestuurlijke turbulentie teweeggebracht die er ander andere toe geleid heeft dat de directievoorzitter van de VNG tenslotte de voorzitter van de Commissie Mans heeft uitgenodigd 'om bij te praten' en te bezien 'hoe wij de ontstane impasse zouden kunnen doorbreken'. De rest is bekend. Er kwam een 'package deal' (19 juni 2009) tussen IPO, VNG en Rijk,⁷ waarin ander andere geregeld is dat:

1. de vorming van de regionale uitvoeringsdiensten niet wettelijk wordt afgedwongen. Het eindbeeld wordt gerealiseerd via een bottom-up proces. Vastgelegd is overigens wel dat het resultaat van het bottom-up proces wettelijk geborgd wordt.
2. de provincies de regie over het proces voeren
3. het takenpakket dat de gemeenten verplicht bij een regionale uitvoeringsdienst moeten onderbrengen, beperkter is dan oorspronkelijk was bedoeld
4. er afgeweken mag worden van de territoriale congruentie met de veiligheidsregio's
5. er ook t.o.v. de juridische vorm van de uitvoeringsdiensten meer vrijheid genomen mag worden
6. er kwaliteitscriteria worden ingevoerd voor vergunningverlening, toezicht en handhaving. Die eisen hebben ook betrekking op zaken als deskundigheid, capaciteit en ervaring.

Die 'deal' wijkt, zo blijkt, op belangrijke punten af van de, ook door het kabinet-Balkenende IV aanvaarde en overgenomen, voorstellen van de Commissie Mans.

Reactie bedrijfsleven

Van belang is te vermelden dat, nadat de commissie in 2008 haar advies had uitgebracht, er steun kwam van diverse kanten. Niet in het minst van de mensen in het veld die vaak als verzuchting het woord 'eindelijk' in de mond namen. Maar ook van de zijde van de werkgevers werd er steun betuigd.

VNO/CNV schreef:

'De problematiek is serieus en vraagt om deskundige milieuhandhavers en vergunningverleners. Wij zouden het zeer betreuren als de oprichting van regionale omgevingsdien-

6 Commissie Mans, p. 63: 'De VNG was niet in de gelegenheid deel te nemen'.

7 Brief Minister van VROM d.d. 19 juni 2009 aan Tweede Kamer met nadere kabinetsreactie handavingsstructuur en eindbeeld Mans/Wabo/Oosting.

sten alsnog wordt afgewezen, vertraagd wordt of afgezwakt. Essentieel is dat de kern van de aanbevelingen van Mans overeind blijft en dat een helder tijdspad wordt uitgezet waaraan partijen zich niet kunnen onttrekken, leidend tot de oprichting van regionale omgevingsdiensten binnen afzienbare tijd.⁸

En eerder al:

'De Commissie Mans legt haarscherp het probleem bloot. Meer dan 500 instanties zijn betrokken bij de handhaving van ruim 450 wetten en regels die schade aan milieu en mens moet voorkomen. Gevolg is ondeskundigheid, versnippering. Grote verschillen of tegenstrijdigheden in de wijze van handhaving en een gebrek aan samenwerking bij bovenlokale problemen.'

En:

'De grootste klacht van ondernemers richt zich op het gebrek aan kennis en kwaliteit in de handhaving (en vergunningverlening), vooral bij gemeenten.'

En:

'Met de Commissie Mans is het bedrijfsleven het eens dat de tijd van vrijblijvendheid voorbij is. Het gaat tenslotte om het milieu, niet om de bescherming van bevoegdheden.'

Het Financieele Dagblad schreef in een hoofdredactioneel commentaar:

'Voor het bedrijfsleven is de handhaving van de milieuwetgeving een veelkoppig bureaucratisch monster. De versnippering van deze handhaving leidt tot tegenstrijdigheden, ondeskundigheid en een gebrekkige samenwerking. (...) Ondernemers plukken hier dagelijks de wrange vruchten van bij het aanvragen en behouden van milieuvergunningen.'⁹

Reactie OM

Het college van Procureurs Generaal schreef:

'Het college is van mening dat de vorming van omgevingsregio's een belangrijke stap voorwaarts is in het verbeteren van milieuhandhaving, met name omdat hiermee de afstemming tussen de bestuurlijke en strafrechtelijke keten aanzienlijk kan worden verbeterd. Voor het OM heeft het voorstel om te komen tot een wettelijke verplichte vorming van regionale omgevingsdiensten het voordeel dat het Functioneel Parket niet meer met 500 bestuurlijke instanties afspraken hoeft te maken. Tevens worden de mogelijkheden voor een doelmatig toezicht en direct toezicht op de boa's sterk vergroot. Daarnaast is de verwachting – onder andere op grond van ervaringen met de DCMR – dat het toezicht in kwaliteit verbetert en indirect ook de opsporing. Ook kan, mede door een grotere afstand tot het bestuurlijk bevoegd gezag, de huidige vrijblijvendheid worden omgebogen naar een optreden dat wordt gekenmerkt door slagvaardigheid, proportionaliteit en eenheid. Het door de Commissie Mans beschreven organisatie-model met omgevingsregio's zal een andere rolverdeling tussen het bestuur en het OM tot stand brengen bij de handhaving van het omgevingsrecht.'

8 Brief VNO NCW d.d. 30 oktober 2008.

9 *Het Financieele Dagblad* 4 september 2008.

En:

'Het college wil daarnaast de noodzaak benadrukken dat de instelling van de omgevingsregio's en de daarbinnen vallende omgevingsdiensten wettelijk wordt geregeld. Zo kan worden voorkomen dat er omgevingsdiensten ontstaan die sterk onderling verschillen en kan de eenheid binnen de omgevingsdiensten worden gegarandeerd.'¹⁰

Brand Chemie-Pack

Op 15 januari 2011 schrijft de inmiddels oud-voorzitter van de commissie op persoonlijke titel een brief aan de Minister van Veiligheid en Justitie. De brand bij Chemie-Pack vormde de aanleiding:

'De brand in Moerdijk maakt opnieuw duidelijk hoe dringend nodig het is dat het milieutoezicht in Nederland op een andere en professionelere manier wordt georganiseerd. Daarom is het zo treurig dat nog steeds niet op een voortvarende wijze uitvoering is gegeven aan de voorstellen die de Commissie Mans in 2008 aan het toenmalige kabinet heeft gedaan. Dit ondanks de brede steun die deze voorstellen destijds in het land hebben gekregen, ook vanuit VNO, NCW en MKB-Nederland. Zoals je weet, heeft de VNG zich als enige vanaf het begin verzet tegen de voorgestelde regionalisering van het milieutoezicht. En met succes, zo moet worden geconstateerd. Het vorige kabinet zag geen kans om de opgeroepen weerstand te doorbreken. Nu het belang van de opschaling van het milieutoezicht onverminderd groot is, wil ik je vragen te bezien wat jij van jouw kant kunt doen om de ontstane impasse te doorbreken.'¹¹

Er zit, ondanks de package-deal van 2009, in 2011 nog steeds geen schot in de zaak. De vorming van uitvoeringsdiensten wordt ernstig vertraagd door geneuzel over geld, competenties, personeel en bevoegdheden. De minister herkent en erkent dat. In zijn reactie van 18 februari schrijft hij:

'Allereerst wil ik je hartelijk danken voor je signaal dat de brand in Moerdijk opnieuw duidelijk heeft gemaakt dat het milieutoezicht in Nederland op een andere en meer professionele manier moet worden georganiseerd. Ik herken je signaal. Ik kan je verzekeren – hoewel dat voor de buitenwereld niet altijd even zichtbaar is – dat de versterking van de bestuurlijke en strafrechtelijke milieuhandhaving, zoals door de Commissie Mans indertijd is voorgesteld, de voortdurende aandacht heeft van de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu en van mij. Met name over de vorming van de Regionale Uitvoeringsdiensten voer ik samen met de staatssecretaris van IenM intensief overleg met VNG, IPO en Unie van Waterschappen. Ik onderschrijf het belang van de totstandkoming van een landelijk netwerk van robuuste RUD's. En overigens ook van de uitvoering van andere maatregelen die door de Commissie Mans zijn voorgesteld ter versterking van de bestuurlijke en strafrechtelijke milieuhandhaving, zoals de verbetering van de informatie-uitwisseling en van de afstemming tussen de bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving. Ten behoeve van de uitvoering van deze verbeteringsmaatregelen hebben mijn collega's van IenM, BZK en ik – samen met IPO, VNG, Unie van Waterschappen en OM – een programma ingericht 'Uitvoering met ambitie'. Daarnaast loopt onder coördinatie van mijn ministerie een programma ter versterking van de strafrechtelijke milieuhandhaving. Hierin werken OM, politie, VROM-IOD, nVWA, IenM en VenJ samen aan de noodzakelijke

10 Brief College van procureurs-generaal aan de Minister van Justitie d.d. 26 augustus 2008.

11 Brief J.H. Mans d.d. 15 januari 2011 (persoonlijk archief). Op dat moment wist hij nog niet dat hij per 1 februari 2011 zou worden benoemd tot wvd. burgemeester van Moerdijk.

verbeteracties. Het door jou aangegeven signaal zal ik meenemen in de gesprekken met VNG, IPO en Unie van Waterschappen en bij de afwegingen die plaatsvinden in het kabinet over de borging van de RUD-vorming.¹²

Stand RUD-vorming

Het is nu december 2013. Zoals het er op dit moment uitziet, worden er in Nederland 28 regionale uitvoeringsdiensten gerealiseerd. Zes van die achtentwintig zijn tevens BRZO-RUD's, die tezamen het gehele land dekken. De politieke druk om de handhaving bij bedrijven die onder dit besluit vallen, kwalitatief aan de maat te laten zijn, is niet gering. En dat is niet vreemd na de incidenten met Chemie-Pack, Thermphos en Odfjell. Waarover later.

Een schets van de moeizame ontwikkeling van de uitvoeringsdiensten in Nederland werkt verhelderend. De situatie verschilt per regio, maar een, korte, beschrijving van de werkelijkheid in één provincie geeft aardig weer hoe de vlag erbij hangt.

Per 1 januari 2013 is in Noord-Limburg de uitvoeringsdienst aldaar van start gegaan. Als netwerk, gebaseerd op een bestuursovereenkomst. Vijftien gemeenten en de provincie werken samen om de basistaken uit te voeren. De uitvoeringsdienst heeft geen eigen personeel. Medewerkers werken vanuit hun eigen organisatie. Bij een van de gemeenten is een coördinatiecentrum ondergebracht.

Omdat het bottom-up proces in Zuid-Limburg stil viel, heeft de provincie de draad weer opgepakt en een bedrijfsplan voor de uitvoeringsdiensten laten opstellen. Ook hier gaat het alleen om de basistaken, terwijl een enkele gemeente ook specialistische milieutaken blijft uitvoeren. Dit bedrijfsplan is eind 2012 door de betrokken gemeenten en de provincie vastgesteld. In Zuid-Limburg is niet gekozen voor een netwerkstructuur maar voor een openbaar lichaam op basis van een gemeenschappelijke regeling, dat per 1 januari 2013 is opgericht. Vanaf 1 juli 2013 is de uitvoeringsdienst stapsgewijs operationeel met behulp van gedetacheerd personeel (transitieperiode totdat een sociaal plan is overeengekomen).

De schets van de wijze van aanpak in Limburg lijkt symptomatisch voor de manier waarop er ook elders in den lande met de uitvoeringsdiensten wordt omgegaan. Echt opwekkend is het niet. 'Laat ik niettemin positief eindigen' zo besluit Michiels een artikel in het Tijdschrift voor Omgevingsrecht.¹³ En vervolgt dan: 'Een half ei is beter dan een lege dop. Bovendien valt niet uit te sluiten dat bij gebleken successen steeds meer taken aan de dienst zullen worden overgedragen op basis van vrijwilligheid. Dat is altijd een goede basis, maar een wettelijke verplichting als stok achter de deur om de hele organisatie op gang te brengen en te houden, was nodig om aan de vrijblijvendheid een einde te maken. Mijn hoop is er op gevestigd dat de diensten hun nut zelf zullen bewijzen en daardoor in takenpakket en betekenis zullen groeien.'

12 Brief I. Opstellen d.d. 18 februari 2011 (persoonlijk archief).

13 F.C.M.A. Michiels, 'Regionale handhaving van omgevingsrecht: noodzakelijk goed', *TvO* 2009 (3), p. 100-106.

Zover is het dus gekomen door alle bestuurlijk gedoe. Er wordt 'hoop' uitgesproken terwijl 'noodzaak' dwingt tot adequate aanpak.

Risico's blijven aandacht vragen

Moerdijk, Thermphos, Odfjell. De namen zeggen genoeg. Ze duiden gebeurtenissen aan die geen nadere uitleg behoeven. Het is net zoals 'Enschede' en 'Volendam'. Eenieder heeft op zijn netvlies dat die namen gekoppeld zijn aan gebeurtenissen die niet hadden mogen gebeuren, of, anders geformuleerd: die waarschijnlijk niet gebeurd zouden zijn, als vergunningverlening, handhaving en toezicht meer aandacht hadden gekregen en beter georganiseerd zouden zijn.

Gelukkig wordt de (politieke) druk opgevoerd. Zo is de BRZO-status van deze dienst de belangrijkste drijfveer om de uitvoeringsdienst in Limburg-Zuid stapsgewijs operationeel te doen zijn – vooruitlopend op de definitieve status nadat het sociaal plan is vastgesteld. Ondanks het feit dat er veel voor pleit om één landelijke BRZO-RUD te formeren, is er in dit land gekozen voor een model waarbij zes BRZO-RUD's, landsdekkend, gaan opereren. 'Den Haag' is er zich, na de hierboven bedoelde incidenten scherp van bewust dat die BRZO-uitvoeringsdiensten kwalitatief zeer aan de maat moeten zijn. De Onderzoeksraad voor de Veiligheid heeft zich in dezen gelukkig niet onbetuigd gelaten.¹⁴ En dat werkt door. Ook de Raad voor de Leefomgeving en Infrastructuur (RLI) heeft, recent nog, in een brief aan de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu laten weten dat 'de veiligheid van BRZO-bedrijven en toezicht en handhaving daarop, verbetering behoeven.' De RLI bepleit vervolgens 'verregaande mandatering van toezicht- en handhavingsbevoegdheden van de zes RUD-directeuren.' En: 'Wij verwachten dat binnen de huidige structuur met zes BRZO-RUD's, in combinatie met een krachtig mandaat, een voldoende daadkracht en onafhankelijkheid tussen vergunningverlening en handhaving kan worden gewaarborgd.' En dan komt het: 'Als op termijn blijkt dat daadkracht onvoldoende tot stand komt, kan een verdergaande centralisatie overwogen worden door:

1. één landelijke BRZO-RUD in te stellen: een enkel instituut van status met sterke bevoegdheden, danwel
2. een verdergaande centralisatie waarbij het bevoegd gezag op rijksniveau wordt gebracht'.¹⁵

De tekst is tekenend. Er spreekt niet bepaald groot vertrouwen uit in de effectiviteit van hetgeen nu geregeld is op basis van en als uitkomst van getouwtrek tussen overheden waarbij het primair gaat over bevoegdheden, personeel en geld en minder over de vraag hoe vergunningverlening, handhaving en toezicht optimaal geor-

14 Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Brand bij Chemie-Pack te Moerdijk 5 januari 2011*, Den Haag: 2012; Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Veiligheid Odfjell Terminals Rotterdam, periode 2000-2012*, Den Haag: 2013.

15 Advies RLI aan staatssecretaris mw. W. Mansveld, Den Haag, juni 2013.

ganiseerd kunnen worden. Veelzeggend is ook de volgende passage uit een intern stuk van de provincie Limburg dat aangeeft hoe de werkelijkheid eruit ziet:

'De directeur van de RUD Zuid-Limburg moet nog mandaat krijgen voor de BRZO-taken van vier gemeenten in Noord-Limburg. Zij hebben allen begin juli (2013) een brief van de VNG ontvangen waarin wordt opgeroepen dit snel te doen. Geld en onwil 'vanwege verlies van zeggenschap' lijken hier de belemmering te zijn.'

2 Twijfel bij gemeenten over gekozen oplossing

Op 15 oktober 2013 berichtte NRC Handelsblad over financieel wanbeleid bij de Omgevingsdienst Regio Utrecht (ODRU), die verantwoordelijk is voor de omvorming van 26 gemeentelijke milieudiensten tot één grotere regionale milieudienst. Een fusie die is opgelegd door de rijksoverheid, zo wordt erbij gezegd. Volgens een lid van het Algemeen Bestuur schort het bij een dergelijke organisatie aan democratische legitimiteit:

'De gemeenteraden moeten deze organisatie controleren, maar het is erg ver van hun bed. Ze kunnen hun controlerende taak erg lastig uitvoeren. Dat is een gevaar.'

Bij een niet ingewijde lezer kan al snel de vraag opkomen: wie heeft er gekozen voor het onderbrengen van milieutaken bij een niet democratisch-gelegitimeerde organisatie waarop gemeenteraden controle moeten uitoefenen, terwijl ze daartoe blijkbaar niet in staat zijn? De rijksoverheid of de gemeenten zelf? Na de voorgaande schets hoe met het advies *De tijd is rijp* is omgegaan, behoeft het antwoord – rijksoverheid én VNG én IPO – geen verdere toelichting.

Gezien de lange duur van de besluitvorming over het advies mag worden aangenomen dat zij hun keuze weloverwogen hebben gemaakt. Nu bij de uitkomst ervan in gemeentelijke kring kritische kanttekeningen worden geplaatst, is het interessant nader te kijken naar de overwegingen waardoor zij zich hierbij hebben laten leiden.

Doorslaggevende overwegingen Rijk, VNG en IPO

Bij een analyse van het proces van besluitvorming en implementatie¹⁶ met betrekking tot een landelijk stelsel van regionale diensten springen drie overwegingen eruit:

1. Handhaving is een autonome bevoegdheid van de gemeenten en provincies; het is daarom niet aan de wetgever maar aan de gemeenten en provincies zelf om, gezamenlijk, door opschaling een beter toezicht te realiseren.
2. De Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) is het kader voor opschaling.
3. De regionale diensten zijn een vorm van verlengd lokaal bestuur.

¹⁶ Dit proces is in hoge mate bepaald door de package deal van 2009.

Handhaving autonome bevoegdheid van decentrale overheden

De commissie had geadviseerd tot een wettelijke regeling van een landsdekkend stelsel van 25 regionale omgevingsdiensten.¹⁷ Zij zouden een groot deel van het omgevingsrecht in de regio moeten handhaven, waaronder de handhaving van de provinciale natuur- en landschapswetgeving. De diensten zouden moeten werken voor alle gemeenten in de regio en de provincie en, bij voorkeur, ook het waterschap. Samengevat zijn de verschillen tussen de in 2008 aanwezige regionale samenwerking en het voorgestelde wettelijke model als volgt:¹⁸

Huidige samenwerking	Voorgestelde model
Deelname vrijwel alleen door gemeenten	Deelname door alle decentrale overheden
Op vrijwillige basis	Verplicht
Niet overal in Nederland	Landsdekkend systeem
Gericht op uitvoering van milieutaken	Gericht op handhaving van omgevingsrecht
Grote variatie in omvang en takenpakket	Grote mate van eenheid in omvang en takenpakket
Grote variatie in wijze van uitvoering	Grote mate van eenheid in wijze van uitvoering
Variatie in uitvoeringsvorm	Openbaar lichaam

Met haar advies heeft de commissie de toenmalige Minister van VROM, die samen met de Minister van Justitie haar opdrachtgever was, aangesproken op haar ministeriële verantwoordelijkheid voor het aanwezig zijn van een toereikende organisatie van de uitvoering *in medebewind* van het milieutoezicht door gemeenten en provincies.

Hoewel dit begrip de afgelopen decennia in vergetelheid is geraakt, vormt medebewind nog steeds een wezenlijk element van de inrichting van ons land als *gedecentraliseerde eenheidsstaat* – eenheid in verscheidenheid – en daarmee van het Huis van Thorbecke. Onder de Grondwet van 1848 kregen de provincies en gemeenten veel ruimte om hun eigen huishouding te regelen en te besturen (autonomie).¹⁹ Die autonomie kende slechts twee grenzen: de grenzen van het eigen gebied en de grenzen van wat door hoger gezag reeds aan zich getrokken is hetzij om het zelf, hetzij om het door anderen te doen regelen en besturen (medebewind). In de loop van de tijd is de autonomie van gemeenten en provincies steeds meer ingeperkt, doordat het Rijk in toenemende mate zaken aan zich ging trekken vanuit een gerechtvaardigde behoefte aan coördinatie. De belangen waarmee de gemeenten en provincies zich hadden ingelaten, gingen hetzij door de stijgende behoeften, hetzij door de technische ontwikkelingen gaandeweg hun kracht te

17 Commissie Mans, p. 48-53.

18 Ontleend aan Commissie Mans, p. 51.

19 De navolgende uitwerking van de gedecentraliseerde eenheidsstaat is ontleend aan: A.M. Donner, *Van der Pot's Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 515-517.

boven en hun gebied te buiten. Voorbeelden zijn de volkshuisvesting (Woningwet 1901), het lager en middelbaar onderwijs, de zorg voor de volksgezondheid en het milieu (Fabriekswet 1875, in 1896 gewijzigd in Hinderwet) en de sociale bijstand. 'Doch wat de gemeenten en provincies allengs als objecten van autonomie zagen verdwijnen, verdween niet noodzakelijkerwijs achter hun horizon, maar bleef voorwerp van hun bemoeiing, voortaan uit hoofde van medebewind.'²⁰ Die verschuiving van autonomie naar medebewind is gepaard gegaan met een forse uitbreiding van de ministeriële verantwoordelijkheid ten opzichte van het parlement en een toename van ministeriële aanwijzings- en inspectiebevoegdheden ten opzichte van bestuursorganen met medebewindstaken.

Het gevolg hiervan is dat de gemeenten, de provincies en, op het gebied van het waterbeheer, de waterschappen nog altijd een centrale plaats in het openbaar bestuur innemen. Het besef dat hun belangrijke rol tegenwoordig in hoofdzaak stoelt op medebewind en niet op autonomie, is echter grotendeels verdwenen. Bij die overheden zelf én bij de verschillende ministeries en het parlement. Dit verschijnsel past in een sinds ongeveer 1985 zichtbare ontwikkeling waarbij de balans tussen eenheid en verscheidenheid weer is verschoven ten gunste van 'verscheidenheid', derhalve meer beleidsvrijheid voor decentrale overheden.²¹ Het ten onrechte benadrukken van de eigen autonomie leidt er toe dat gemeenten en provincies soms te weinig oog en begrip hebben voor zaken die het belang van de eigen huishouding overstijgen. Bijvoorbeeld het belang van eenheid van overheidsoptreden ten opzichte van burgers en bedrijven, mede met het oog op het voorkomen van oneerlijke concurrentieverhoudingen ('gelijk speelveld'), of het belang van een effectieve en efficiënte aanpak van maatschappelijke problemen door middel van gezamenlijk of afgestemd optreden onder regie van één bestuursorgaan.²² Op hun beurt hebben verschillende ministeries en het parlement de afgelopen jaren onvoldoende oog gehad voor het feit dat decentralisatie van overheidstaken en -bevoegdheden hen niet ontslaat van hun verplichting ervoor te zorgen dat die taken en bevoegdheden behoorlijk kunnen worden uitgeoefend, en om in te grijpen zodra dit nodig blijkt uit een oogpunt van effectiviteit, efficiëntie of rechtsgelijkheid.

De verschuiving ten gunste van meer beleidsvrijheid wordt in toenemende mate geïnstitutionaliseerd. Met het laten opgaan van doeluitkeringen op specifieke beleidsterreinen in het Gemeentefonds en het Provinciefonds werd een eerste stap gezet op de weg naar versterking van 'algemeen bestuur' op het niveau van gemeenten en provincies ten koste van 'functioneel bestuur' in de vorm van

20 A.M. Donner a.w., p. 517.

21 Hierin hebben de decentrale overheden mede de hand gehad, als onderdeel van een gezamenlijke strategie om hun eigen positie te versterken ten koste van die van het Rijk. Typerend is dat in de jaren tachtig vanuit gemeentelijke en provinciale kring met succes is geijverd door het vervangen van de tot dan toe gangbare term 'lagere overheden', die ondergeschiktheid suggereert, door de term 'medeoverheden', die gelijkwaardigheid suggereert.

22 Zie bijvoorbeeld *Grenzeloos Gunnen. Eindrapport van de visitatiecommissie 'Bestuurlijke toekomst Groningen'*, Groningen: februari 2013.

(verticale) bestuurlijke arrangementen op maat voor specifieke beleidsterreinen. Een tweede stap werd gezet met de Wet revitalisering generiek toezicht, die op 1 oktober 2012 in werking is getreden.²³ Hiermee is een einde gemaakt aan specifieke toezichtbepalingen voor beleidsterreinen waarop gemeenten of provincies medebewindstaken uitoefenen. Generiek (algemeen) toezicht is hiervoor in de plaats gekomen. Dit generieke toezicht betekent niet alleen een verregaande gelijkstelling van het toezicht op autonome en dat op medebewindstaken, maar ook opnieuw een versterking van 'algemeen bestuur' op het niveau van gemeenten en provincies.

Tegen deze achtergrond is het niet zo verwonderlijk dat VNG en IPO zonder merkbare tegenspraak de Ministeries van VROM en BZK en ook het parlement hebben kunnen overtuigen dat milieuhandhaving een autonome bevoegdheid is van gemeenten en provincies. Met als consequentie dat het opschalingsproces zich niet van bovenaf op basis van wetgeving, maar bottom up met veel vrijheidsgraden zou moeten voltrekken. Dit heeft er niet alleen toe geleid dat op 1 januari 2014 nog steeds niet in alle delen van het land een regionale omgevingsdienst of uitvoeringsdienst in werking was. Het verklaart ook waarom er weinig terecht is gekomen van de door de commissie aanbevolen grote mate van eenheid van rechtsvorm, omvang, takenpakket en wijze van uitvoering. Ondertussen brokkelt het toch al geringe draagvlak bij veel gemeenten voor de regionale diensten verder af door de complexiteit van interbestuurlijke samenwerking en gerezen twijfel over de democratische legitimiteit ervan.²⁴

Wabo kader voor opschaling

De commissie had geadviseerd tot de vorming van regionale diensten voor de handhaving van het omgevingsrecht, in het bijzonder het milieurecht. Het grote gewicht dat het Ministerie van VROM hechtte aan de totstandkoming en invoering van de Wabo met de daarin gemaakte integratieslag van een groot aantal vergunningen, heeft meegebracht dat de discussie over het advies al snel werd omgebogen naar een discussie over de implementatie van de Wabo. De aanbevolen opschaling van het milieutoezicht werd door het Rijk en de VNG aangegrepen als een kans om de rol en kwaliteit van de gemeenten op het vlak van vergunningverlening (omgevingsvergunningen) en handhaving van de Wabo en de algemene regels ex artikel 8.40 Wet milieubeheer te vergroten en de rol van de provincies te verkleinen. Door te kiezen voor een basistakenpakket zonder ander andere natuur- en landschapswet-

23 Stb. 2012, 233. Aanleiding hiervoor was het rapport *Van specifiek naar generiek* van de Commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtarrangement onder leiding van M. Oosting (Den Haag: Ministerie van BZK 2007). Hierin werd aanbevolen het op diverse terreinen bestaande specifieke interbestuurlijke toezicht vergaand terug te dringen, ten gunste van de toepassing, indien nodig, van het generieke instrumentarium voor interbestuurlijk toezicht.

24 Het zou mij niet verbazen als uit onderzoek een causaal verband zou blijken tussen de Wet revitalisering generiek toezicht en de sterk toegenomen bezwaren tegen samenwerkingsverbanden op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen (WGR) ('bestuurlijke spaghetti') bij zowel gemeentelijke raadsfracties als de VNG.

geving en waterwetgeving, werd het werkterrein van de RUD's – en daarmee hun bestaansbasis – een stuk beperkter dan de commissie had beoogd.

Regionale diensten als verlengd lokaal bestuur

In het door commissie voorgestelde model zouden, ter vermijding van een vierde bestuurslaag, de decentrale overheden hun formele bevoegdheden behouden, maar bij de uitoefening ervan gebruik maken van de omgevingsdienst. Dit zou voor die overheden grote voordelen bieden. 'Enerzijds wordt hen een lastige taak grotereels uit handen genomen (handhaving is bestuurlijk doorgaans minder aantrekkelijk dan het mogelijk maken van activiteiten), anderzijds behouden zij de bevoegdheid om zelf de eindbeslissing te nemen. De handhaving wordt, anders gezegd, op 'afstand gezet', waardoor ze minder snel in politiek vaarwater komt en er ook minder gevaar is voor belangenverstremgeling.'²⁵ Deze benadering werd door het Rijk, IPO en VNG onderschreven.

Echter, door de keuze om de regionale dienst ook te belasten met vergunningverlening, een voor bestuurders wel aantrekkelijke bevoegdheid, pakte het allemaal anders uit dan de commissie voor ogen had gestaan. De belangrijkste reden dat de uitvoeringsdiensten er zouden moeten komen – professionelere handhaving door geïstitutionaliseerde samenwerking – , bleek als snel te zijn vergeten. Bij de discussies in de verschillende regio's over de RUD-vorming ging het niet of nauwelijks over wat de centrale vraag zou moeten zijn: wat is nodig voor een goede milieuhandhaving?²⁶ Bovendien werd al snel duidelijk dat veel gemeentebestuurders meer belang hechten aan *dienstverlening aan bedrijven en burgers* dan aan *betere handhaving*. Dit werkte door in hun opstelling ten opzichte van de komst, de schaal en de mogelijkheden van een RUD. De wens om dienstverlening, en dan vooral de (bouw)vergunningverlening, zoveel mogelijk in eigen hand te houden, maakte dat veel bestuurders nadrukkelijk greep wilden houden op de (directeur van de) RUD. Die wens was begrijpelijk. Maar wat voor vergunningverlening wel kan, namelijk een bilaterale opdrachtgever/opdrachtnemer-relatie tussen individuele gemeenten en RUD en een directe betrokkenheid van de wethouder bij de behandeling van individuele vergunningaanvragen, gaat bij handhaving niet werken. Handhaving vraagt om een gezamenlijke beleidsbepaling door alle betrokken bestuurders en om afstand van de bestuurder tot individuele gevallen. Dat handhaving een andere rol en positionering van de bestuurders en daarmee ook van de RUD vraagt dan vergunningverlening, werd maar door weinig bestuurders beseft.

Het overheersende denken in dienstverlening weerspiegelde zich ook in een geringe belangstelling voor samenwerking met politie en OM en in de gekozen kostenver-

25 Commissie Mans, a.w. p. 52.

26 Constatering van mw. S.M. Dekker, 'bestuurlijk boegbeeld', in *Bestuurlijke ronde januari-juli 2011. Bevindingen en aanbevelingen*, p. 10 (opgenomen als bijlage bij de brief van de Staatssecretaris van IenM d.d. 15 juli 2011 aan de colleges van gedeputeerde staten van de provincies).

delingsmethodiek voor de RUD.²⁷ Veel gemeentebestuurders bleken met name moeite te hebben met het feit dat zij met de komst van een RUD (mede)verantwoordelijk worden voor de aanpak van handhavingsproblemen die zich niet of maar beperkt voordoen op het eigen grondgebied.²⁸ Dus problemen waar zijzelf weinig zicht op hebben en waar zij met hun eigen bevoegdheden maar weinig aan kunnen doen. Zoals aannemers die het niet zo nauw nemen met de asbestregelgeving of met de regels voor verontreinigde grond of bouwstoffen. Deze en andersoortige ketenproblemen kunnen alleen met succes worden aangepakt, als het werkgebied van een RUD voldoende groot is en alle gemeenten bereid zijn bij te dragen in de kosten ervan. Ketenhandhaving was daarom voor de Commissie Mans een belangrijke reden om te pleiten voor een wettelijke regeling van regionale omgevingsdiensten.

In tegenstelling tot de vergunningverleningstaak van de RUD, die kan worden gefinancierd door middel van bilaterale overeenkomsten tussen de RUD en elk van de deelnemende gemeenten, vraagt de financiering van handhavingstaak van de RUD om een gemeenschappelijk budget dat volgens een bepaalde verdeelsleutel door alle gemeenten tezamen wordt opgebracht. Een verdeelsleutel die niet uitgaat van een rechtstreeks verband tussen kosten en baten. Toch is zonder veel discussie bij alle RUD's de kostenverdelingsmethodiek die voldoet voor de vergunningverleningstaak, ook op de handhavingstaak van toepassing verklaard. Zolang dit niet verandert, zijn de vooruitzichten voor een succesvolle ketenhandhaving in RUD-verband niet gunstig.

3 Conclusie

De tijd was rijp, maar al het, blokkerend, 'gedoe' van en tussen overheden maakt duidelijk dat wij er nog lang niet zijn. En wellicht ook niet zullen komen. Dat dwingt tot beantwoording van de vraag of een organisatie van milieuhandhaving onafhankelijk van politieke organen niet beter zou zijn. Er is eerder voor gepleit.²⁹ Maar een brede discussie hierover is er nog niet. Het is daarom te hopen dat het recente rapport van de WRR waarin onafhankelijkheid als een kernwaarde van toezicht op publieke belangen wordt aangemerkt, zal aanzetten tot die discussie.³⁰

27 Het is erg jammer dat bij de gedachtenontwikkeling over RUD's niet is gekeken naar de regionale politiekorpsen. In de wettelijke regeling, inrichting en financiering van deze korpsen stond de gemeenschappelijkheid voorop. Daardoor waren er sterke prikkels tot samenwerking tussen de deelnemende gemeenten onderling en met het Openbaar Ministerie.

28 Dekker, a.w. p. 8.

29 Zie G.A. Biezeveld & M.C. Stoové, 'Naar een Nederlandse Omgevingsautoriteit. Een pleidooi voor onafhankelijk milieutoezicht', *TvT* 2011 (3), p. 9-33; Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Brand bij ChemiePack te Moerdijk 5 januari 2011*, Den Haag: 2012.

30 WRR, *Toeziën op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013. Zie ook themanummer *Toeziën op publieke belangen* van het Tijdschrift voor Toezicht 2013/af. 4.

Professionaliseren van toezichthouders

Heinrich Winter, Melle Schol & Niko Struiksma

'Toezicht en de uitoefening van toezicht is geen wetenschap. Het is een kunde, en steeds meer ook een professie, en een belangrijk maatschappelijk verschijnsel. Als zodanig kan het object zijn van wetenschappelijke bestudering'.
(J. de Ridder, *Goede raad voor toezicht* (oratie Groningen) 2004, p. 5).

1 Inleiding

Toezicht wordt in onze samenleving steeds belangrijker en het heeft met grote uitdagingen te maken. Toezicht moet – zo luidt het officiële overheidsbeleid – effectiever worden, tegen minder kosten.¹ Zowel de kosten van het toezicht zelf als de lasten van het toezicht voor burgers, instellingen en bedrijven die met toezicht worden geconfronteerd, moeten naar beneden. Dit, terwijl de samenleving, de industrie, de technologie, de markt en de (financiële) dienstverleningssector waarin toezichtsorganisaties actief zijn, steeds ingewikkelder worden. De maatschappelijke behoefte aan beheersing wordt veelal vertaald in nieuwe regels, die ook weer vragen om controle en dus toezicht.² Waar gekozen wordt voor een terugtred van de regelgever, zoals op de financiële markten sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw, betaalt de samenleving soms een hoge prijs. De risicoaversie in onze hoogtechnologische samenleving brengt een voortdurende roep om toezicht met zich mee.³ Toezichtsorganisaties bevinden zich in een lastig parket. Heel duidelijk wordt dat aangetoond in het rapport van de Algemene Rekenkamer uit november 2013 over de fusie van de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit.⁴ Van die fusie werden grote besparingen verwacht. Die verwachtingen zijn niet uitgekomen. Mede als gevolg van verschillende incidenten rond onder meer de voedselveiligheid (denk aan de Q-koorts infecties, de 'gekke-koeien-ziekte', de affaire rond het paardenvlees, de met salmonella

1 Zie de titel van de tweede kaderstellende visie op toezicht: 'Minder last, meer effect', mei 2005. Zie ook het regeerakkoord Rutte II, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012, p. 10: 'We gaan de vormgeving van toezicht waar nodig herbezielen – ook in samenwerking met de medeoverheden – om met behoud van effectiviteit de toezichtlasten te verminderen.' Overigens zou de tweede kaderstellende visie worden herijkt, althans dat werd in het Uitvoeringsprogramma Compacte Overheid door het kabinet Rutte I nog aangekondigd. In de reactie van minister Blok op het WRR-rapport over toezicht van september 2013 lijkt daar niet langer sprake van te zijn.

2 Commissie Stevens, *Regels op maat. Slotaanbevelingen aan het kabinet voor de aanpak van regeldruk*, Den Haag: 4 februari 2007.

3 Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1986.

4 Algemene Rekenkamer, *Toezicht bij de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit na de fusie*, 20 november 2013.

verontreinigde zalm of de uitbraak van de boktor) worden toezichtsorganisaties gedwongen tot extra investeringen. De noodzakelijke innovatie van het toezicht blijkt kostbaarder dan verwacht en de kosten van modernisering en integratie van de ICT-systemen vallen tegen. Hoewel van toezichtsorganisaties wordt verwacht dat ze zicht hebben op de meerwaarde van hun werk, lukt het nog niet om dat stelselmatig te realiseren, ook niet bij de NVWA.⁵

Behalve de vermindering van toezichtslasten, fusies tussen toezichtsorganisaties en het werken aan 'zicht op toezicht', is er de afgelopen jaren ook aandacht voor de verhouding tussen de overheid en de burger en zijn er verschillende initiatieven genomen om deze verhouding bij te sturen en opnieuw vorm te geven.⁶ De overheid tracht waar mogelijk burgers, bedrijven en instellingen ruimte te laten en beter in de gelegenheid te stellen zelf verantwoordelijkheid te nemen. Daarmee wordt ingezet op 'gerechtvaardigd vertrouwen'. Toezicht wordt ingezet als sluitstuk.⁷ Andermaal een uitdaging voor de toezichtsorganisatie.

Burgers koesteren soms hoge verwachtingen van de overheid en van het toezicht dat door de overheid wordt uitgeoefend. Toezicht dient risico's te elimineren, naleving te garanderen, de kwaliteit van handelen van personen, marktpartijen, instellingen en overheden te vergroten en een gelijk speelveld te creëren. Wanneer zich (desondanks toch) excessen, calamiteiten of crises voordoen, wordt al snel naar de toezichthouder gekeken, die zich er in toenemende mate voor dient te verantwoorden dat hij de risico's niet goed zou hebben geanalyseerd.

Het valt niet mee de lasten van toezicht terug te dringen, voordelen te realiseren, met fusies burgers meer ruimte te laten om zelf verantwoordelijkheid te nemen,⁸ meer zicht te krijgen op de effecten van toezicht en toezicht efficiënt in te richten. De toezichtsorganisaties staan voor de uitdaging tegemoet te komen aan de hoge eisen die vanuit verschillende invalshoeken aan hen worden gesteld. Die uitdagingen gelden ook hun medewerkers, de toezichthouders.

Het begrip 'toezichthouder' verwijst hier naar medewerkers van inspecties en autoriteiten, belast met extern toezicht. Het gaat dus om een toezichthouder die, in tegenstelling tot de interne toezichthouder zoals een lid van een raad van toezicht of een raad van commissarissen, geen onderdeel uitmaakt van de organisatie

5 Zie: H.B. Winter, *Zicht op toezicht? Over de meerwaarde van toezicht in de risicosamenleving* (oratie), Rijksuniversiteit Groningen 2010.

6 *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 279, nr. 9 & WRR, *Vertrouwen in burgers*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012

7 Eindrapport Ambtelijke Commissie Toezicht II, *Toezicht: naar naleving voor de samenleving*, Den Haag: mei 2005.

8 Naast de eerder genoemde fusie van de plantengeneeskundige dienst, de AID en de voedsel- en warenautoriteit tot NVWA waren er de afgelopen twee jaar fusies van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Consumentenautoriteit en de OPTA tot Autoriteit Consument en Markt, van de VROM-inspectie en de Inspectie Verkeer en Waterstaat tot Inspectie Leefomgeving en Transport, van de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst, de Arbeidsinspectie en de Inspectie Werk en Inkomen tot Inspectie Sociale Zaken en van de Inspectie Openbare Orde en Veiligheid en de Inspectie voor de Sanctietoepassing tot de Inspectie Veiligheid en Justitie.

waarop hij toezicht houdt. Evenmin gaat het hier om het bestuurlijk toezicht, het toezicht van overheden op elkaar, waarover Ko de Ridder veel heeft geschreven en dat sinds oktober 2012 aan een ingrijpende 'revitalisering' bezig zou zijn.⁹

Om tegemoet te komen aan de eisen die de samenleving stelt, zijn inspecties en autoriteiten bezig met professionalisering. Ook beroepsverenigingen en commerciële aanbieders van opleidingen houden zich met dit thema bezig. Ko stelde het al in zijn oratie van 2004: het toezicht professionaliseert. Dat geldt ook voor individuele toezichthouders.

Professionalisering is niet alleen nodig om het vak op een hoger plan te brengen, maar ook om de kosten van de overheid voor toezicht te verminderen. Dat professionalisering nodig is wordt breed gedeeld, over de wijze waarop dat gestalte moet krijgen lopen de meningen uiteen.

Aan toezichthouders worden steeds meer eisen gesteld, gelet op de hiervoor genoemde maatschappelijke ontwikkelingen: ze moeten effectiever zijn in het beïnvloeden van het gedrag van de 'inspectees' en tegelijkertijd moet het toezicht goedkoper, dus efficiënter worden uitgevoerd. Dat kan alleen wanneer zij over voldoende kennis en vaardigheden beschikken, oftewel over toereikende competenties. Binnen inspecties en autoriteiten worden competentieprofielen gebruikt om aan te geven wat gekend en gekund moet worden om op het vereiste niveau te kunnen handelen. De competentieprofielen worden gehanteerd bij zowel de werving van nieuwe medewerkers, als bij het voeren van functioneringsgesprekken en bij functiewaarderingen. Daarnaast worden competentieprofielen gebruikt in de onderwijskundige sfeer als richtsnoer om te bepalen welke kennis en vaardigheden aangeleerd dienen te worden.

In deze bijdrage komt aan de orde hoe de verschillende professionaliseringsinspanningen op dit moment verlopen en wordt eveneens aandacht besteed aan de vraag over welke competentieprofielen toezichthouders moeten beschikken. Om een antwoord op die vragen te kunnen geven wordt onder meer geput uit de bevindingen van een onderzoek dat is uitgevoerd in opdracht van de beroepsvereniging van inspecteurs, toezichthouders, handhavers en evaluatoren, 'Vide'. In het eindrapport van dat onderzoek is in kaart gebracht hoe het vak van toezichthouder er voor staat en is stilgestaan bij de identiteit van de beroepsgroep en de mate waarin het vak is geprofessionaliseerd.¹⁰ Daarnaast is voor dat onderzoek een groot aantal competentieprofielen van verschillende toezichthouders bestudeerd.

9 Althans op papier. Of de ambities ook in de praktijk worden gebracht is nog zeer de vraag. Zie voor een kritische beschouwing: Heinrich Winter, 'Waar blijft het interbestuurlijk toezicht? Over de sanering van het specifiek interbestuurlijk toezicht en de 'revitalisering' van het generiek interbestuurlijk toezicht', in: Ine van Haaren-Dresens, Huub Spoomans & Jos Teunissen (red.), *Interbestuurlijk toezicht. Staatsrechtconferentie 2012*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 49-60.

10 M.J. Schol & H.B. Winter, *Toezichthouder: beroep, professie, of specialisatie – studie naar de identiteit en professionalisering van de beroepsgroep*, Groningen: Vide 2013.

2 Toezicht: specifiek of generiek?

Competentieprofielen kunnen worden ingedeeld naar de kennis die voor een functie is vereist, waarbij onderscheid gemaakt kan worden tussen specifieke en generieke kennis en competenties. Specifieke kennis en competenties hebben betrekking op het vakgebied waarop de toezichthouder actief is. Vrijwel alle toezichthouders moeten beschikken over dergelijke domeingebonden kennis en competenties. Voor toezichthouders van de NVWA kan gedacht worden aan kennis en competenties op het gebied van voedselveiligheid en dierenwelzijn, voor toezichthouders van IGZ gaat het bijvoorbeeld om kennis en competenties op het gebied van farmaceutica.

Het is evident dat inspecties, autoriteiten en individuele toezichthouders zich van elkaar onderscheiden voor wat betreft de domeinspecifieke kennis en competenties. Tegelijkertijd is het evenzeer evident dat toezichthouders juist grote overeenkomsten vertonen als het gaat om de vereiste generieke kennis en competenties. Het gaat dan bijvoorbeeld om:

- kennis over het verzamelen van informatie, het beoordelen daarvan en het plannen van een interventie
- het toepassen van handhavinginstrumenten
- het hanteren van verschillende communicatiestrategieën
- het gebruik van methoden voor risicoselectie,
- persoonlijke competenties als sociale sensitiviteit, gezaghebbendheid, lef, overtuigingskracht en analytisch vermogen
- kennis van handavingsstrategieën, van nalevingsmotieven en van het toezichtsinstrumentarium.

Het maakt voor dit soort kennis en competenties in feite niet zoveel uit of de toezichthouder in dienst is van de Inspectie van het Onderwijs, werkt voor de NVWA of medewerker is van de Autoriteit Consument en Markt.

Verschuillende toezichtsorganisaties menen echter dat de domeinen waarop ze werkzaam zijn, invloed hebben op de generieke kennis en competenties van toezichthouders. Dat is soms zelfs binnen de inspecties en autoriteiten het geval. Zo denken toezichthouders van de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) op het terrein van binnenscheepvaart over andere generieke toezichtkennis en -vaardigheden te (moeten) beschikken dan toezichthouders die werkzaam zijn op het domein van de luchtvaart. Toch zijn hun generieke kennis en vaardigheden in essentie identiek, zo blijkt uit de afgenomen interviews en de bestudeerde documenten.

Een vergelijking tussen de competentieprofielen die de verschillende toezichtsorganisaties hanteren, laat zien dat dezelfde generieke kennis en competenties, hoewel vaak op uiteenlopende wijze verwoord, terugkomen in de competentieprofielen. De aanduidingen verschillen soms maar marginaal van elkaar. Dat wordt inzichtelijk gemaakt in schema 1. Hierin worden enkele competenties beschreven, zoals die worden gehanteerd in competentieprofielen van drie verschillende toezichtsorganisaties.

Schema 1: Beschrijvingen uit competentieprofielen van verschillende toezichtsorganisaties

Inspectie van het Onderwijs	Inspectie Leefomgeving en Transport	Autoriteit Financiële Markten
Analyserend vermogen	Analyserend vermogen	Analytisch vermogen
Omgevingsbewustzijn	Interpersoonlijke en organisatiesensitiviteit	Omgevingsbewustzijn
Oordeelsvorming	Oordeelsvorming	Stelt gerichte vragen om een oordeel te vormen
Overtuigingskracht	Overtuigingskracht	Overtuigt anderen van een bepaald standpunt
Bijdragen aan resultaten:	Resultaatgerichtheid	Zorgt dat de eigen doelstellingen behaald worden

Behalve overeenkomsten op het punt van de kennis en competenties hebben toezichthouders ook gemeen dat ze in de verschillende domeinen waarin ze werkzaam zijn, de taak hebben een bijdrage te leveren aan het waarborgen van een bepaald publiek belang, zoals goed onderwijs, de kwaliteit van het milieu en de stabiliteit van het financiële systeem. Ook op het gebied van bevoegdheden zijn overeenkomsten waar te nemen. Toezichthouders baseren hun acties op bestuursrechtelijke bevoegdheden (op grond van de Awb), strafrechtelijke bevoegdheden (WED), bijzondere wetten of een combinatie hiervan. Die bevoegdheden strekken tot het doen van waarnemingen, en vaak ook tot het interveniëren door middel van het opleggen van sancties. De activiteiten die toezichthouders hiertoe ontplooiën, komen voor een belangrijk deel met elkaar overeen. Ze verzamelen informatie, vormen zich een oordeel, voeren risicogericht toezicht, systeemtoezicht, incidenten-toezicht en/of thematoezicht uit en maken indien nodig gebruik van verschillende interventiestijlen, zoals een proactieve of een reactieve stijl.

Op basis van die overeenkomsten is het mogelijk een uniform beroepsprofiel en vervolgens een uniform competentieprofiel (par. 3) op te stellen dat van toepassing is op alle toezichthouders. Hiermee kan de identiteit worden gedefinieerd van dé toezichthouder. Dé toezichthouder bestaat! De boodschap die daaruit voortvloeit voor de Nederlandse inspecties en autoriteiten is dat ze er – meer dan tot nu toe het geval was – goed aan doen uit te gaan van die overeenkomsten. Het benadrukken van de verschillen en het op basis daarvan blijven ontwikkelen van eigenstandige opleidingsprogramma's – zoals nog steeds gebeurt – staat haaks op deze boodschap.

3 Het beroepsprofiel en competentieprofiel van de toezichthouder

In het onderzoek is, na bestudering van literatuur en een groot aantal documenten van inspecties en autoriteiten, een uniform beroepsprofiel ontwikkeld: een beschrijving van de taken en bevoegdheden, activiteiten en kennis en vaardigheden van

toezichthouders zoals we die bij de toezichtsorganisaties aantreffen.¹¹ Dit beroepsprofiel wordt weergegeven in schema 2.

Schema 2: Het beroepsprofiel van de toezichthouder

<i>Taken en bevoegdheden</i>	<p>Een toezichthouder is wettelijk belast met de taak om namens een bestuursorgaan een bijdrage te leveren aan het waarborgen van het publieke deelbelang waarvoor het bestuursorgaan verantwoordelijk is. Hiertoe beschikt een toezichthouder over bevoegdheden die hij ontleent aan de Awb, Wed en/of bijzondere wetgeving. Een toezichthouder is niet in loondienst bij de politie.</p> <p>Een toezichthouder tracht het publieke deelbelang te waarborgen door met de uitoefening van nalevingstoezicht, uitvoeringstoezicht en/of kwaliteitstoezicht, een gewenst handelingspatroon van een persoon of organisatie waar de toezichthouder geen onderdeel van uitmaakt te bevorderen en/of af te dwingen. De werkzaamheden van toezichthouders hebben een preventieve, repressieve, signalerende, agenderende en probleemoplossende functie.</p> <p>Een toezichthouder levert met de uitoefening van zijn taak een bijdrage aan een veilige, gezonde en rechtvaardige samenleving.</p>
<i>Activiteiten</i>	<p>Een toezichthouder verzamelt informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, vormt zich daar een oordeel over, rapporteert en intervenueert indien nodig. Bij uitoefening van zijn werkzaamheden handelt een toezichthouder conform de principes van selectiviteit, slagvaardigheid, samenwerking, onafhankelijkheid, transparantie en professionaliteit. Hierbij hanteert de toezichthouder de door zijn inspectie of autoriteit opgestelde werkbeschrijvingen, checklists en protocollen die zien op: informatievoorziening, risicogericht toezicht, systeemtoezicht, incidententoezicht, thematisch toezicht en verschillende interventiestijlen.</p>
<i>Kennis en vaardigheden</i>	<p>Een toezichthouder beschikt zowel over domeinspecifieke kennis en vaardigheden met betrekking tot het onderwerp van toezicht als over generieke kennis en vaardigheden met betrekking tot het houden van toezicht.</p>

Het hierboven geformuleerde beroepsprofiel van de toezichthouder is uiteraard voor discussie vatbaar en kan gespecificeerd en geactualiseerd worden. Bij de activiteiten van de toezichthouder wordt aansluiting gezocht bij de zes principes van goed toezicht, zoals geformuleerd in de tweede Kaderstellende Visie op Toezicht uit 2005. Wanneer die visie wordt geactualiseerd, zoals de WRR adviseert in zijn advies uit 2013 over toezicht, zou het kunnen dat op dat punt aanpassing noodzakelijk wordt.¹²

11 Schol & Winter 2013.

12 WRR, *Toeziën op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op goed toezicht*, WRR-rapport nr. 89, 2013. Bij de aanbidding van het rapport gaf minister Blok, de verantwoordelijk Minister voor de Rijksdienst, geen blijk van bijzonder enthousiasme voor uitvoering van de aanbeveling te komen tot een nieuwe kabinetsvisie.

Het beroepsprofiel van de toezichthouder is zo geformuleerd dat het duidelijk maakt wat onder de professie van de toezichthouder kan worden verstaan en op welke aspecten het vak zich onderscheidt van andere beroepen of professies. Het is zo algemeen geformuleerd dat alle toezichthouders zich erdoor aangesproken kunnen voelen en tegelijkertijd zo specifiek geformuleerd dat het betrekking heeft op een coherente groep met een duidelijke identiteit.

Van het hierboven geformuleerde beroepsprofiel is het nodig een stap te zetten naar een competentieprofiel waarin de competenties worden benoemd die voor toezichthouders bij alle Nederlandse inspecties en autoriteiten relevant zijn. Dit hebben we gedaan op basis van bestudering van competentieprofielen van verschillende inspecties en autoriteiten. Op basis van de overeenkomsten tussen deze profielen is een uniforme lijst samengesteld met competenties waarover alle toezichthouders zouden moeten beschikken. De volgende competenties horen bij het competentieprofiel van dé toezichthouder.

Schema 3: Het competentieprofiel van dé toezichthouder

· Analytische vaardigheid	· Resultaatgerichtheid
· Oordeelsvaardigheid	· Rechtvaardigheid
· Schrijfvaardigheid	· Samenwerkingsgerichtheid
· Sociale sensitiviteit	· Planmatig werken
· Gezaghebbendheid	· Omgevingsbewustzijn
· Lef	· Organiseerbewustzijn
· Stressbestendigheid	· Onafhankelijkheid
· Integriteit	· Flexibiliteit

Dit competentieprofiel kan onder andere worden benut als input voor opleidingen voor toezichthouders. Het geeft richting aan de leerstof, de verhouding tussen werken en leren, de begeleiding, toetsing en examinering.

4 Samen professionaliseren

Dat de kennis en competenties van toezichthouders van verschillende inspecties en autoriteiten grote overeenkomsten vertonen en dat zelfs gesproken kan worden van één profiel van dé toezichthouder, wordt door de Nederlandse inspecties en autoriteiten op dit moment slechts in geringe mate onderkend. Competentieprofielen en opleidingsprogramma's worden door inspecties en autoriteiten over het algemeen zelfstandig ontwikkeld en aangeboden. Zo bieden bijvoorbeeld de Inspectie voor de Gezondheidszorg, de AFM, de NVWA en de Inspectie Leefomgeving en Transport toezichtsopleidingen aan voor hun medewerkers. De Inspectie van het Onderwijs oriënteert zich op het opzetten van een geïntegreerde opleiding

gericht op toezicht. Aan de andere kant zien we ook dat enkele opleidingen worden aangeboden waar toezichthouders van verschillende organisaties aan kunnen deelnemen, zoals de leergang Toezicht en Naleving van de NSOB en verschillende cursussen van de Inspectieraad.

Dat opleidingen over het algemeen uitsluitend toegankelijk zijn voor toezichthouders van de organisatie die ze aanbiedt, is vanuit het oogpunt van domeinspecifieke kennis en competenties begrijpelijk. Kennis van financiële markten is niet vereist voor een toezichthouder van de Inspectie Leefomgeving en Transport en kennis van de luchtvaart is niet vereist voor een toezichthouder van de Autoriteit Financiële Markten. Ten aanzien van de generieke kennis en competenties ligt het juist voor de hand dat de toezichthouders gezamenlijk optrekken. Opvallend is dat de hiervoor genoemde opleidingen voor een belangrijk deel bestaan uit cursussen waar het verwerven en ontwikkelen van generieke kennis en competenties centraal staat. Hier kan samenwerking duidelijk meerwaarde hebben. De presentatie van één profiel kan worden gezien als een aanzet voor meer samenwerking tussen inspecties en autoriteiten op het gebied van de professionalisering van toezichthouders en dus van het toezicht.

Dat samenwerking bij de opleiding van toezichthouders momenteel niet, of in slechts beperkte mate, van de grond komt, is niet alleen toe te schrijven aan een focus op het eigen domein en een ontbrekend besef van een gedeelde identiteit. Voor een deel kan de oorzaak hiervan ook worden gezocht in de verantwoordingsstructuur van inspecties en autoriteiten. Toezichtsorganisaties zijn in het leven geroepen om onder de verantwoordelijkheid van een ander bestuursorgaan van de rijksoverheid of van een decentrale overheid een bijdrage te leveren aan het waarmaken van het publieke deelbelang waarvoor dat bestuursorgaan verantwoordelijk is. De focus van een inspectie of autoriteit ligt op een specifiek deelbelang en op de hiërarchische lijn die de inspectie of (in mindere mate) de autoriteit bindt aan het verantwoordelijke bestuursorgaan. Het ligt vanwege die focus minder voor de hand dat een toezichthouder van zo'n organisatie zich met andere toezichthouders associeert. Inspecties en autoriteiten ervaren daarom slechts in zeer beperkte mate een prikkel om met andere toezichthouders samen te werken. Inspecties en autoriteiten zijn vooral georiënteerd op de sector waarbinnen ze werkzaam zijn, het werkveld waarop ze acteren en het bestuursorgaan waarvoor ze werken. Dat een andere oriëntatie op het houden van toezicht mogelijk zou kunnen zijn, staat niet, of in ieder geval in veel mindere mate op het netvlies.

De huidige situatie is minder vanzelfsprekend dan zij lijkt. Als bijvoorbeeld gekeken wordt naar de eerder genoemde tweede Kaderstellende Visie op Toezicht, dan valt op dat daarin wordt gesproken over 'samenwerking' als een van de zes beginselen van goed toezicht. Bij het houden van toezicht is samenwerking met andere toezichthouders dus wel een uitgangspunt van beleid. Waar dat in zijn meest vergaande vorm tot uitdrukking is gebracht, zien we fusies tot stand komen. Daarbuiten is de praktijk weerbarstiger.

Hoe goed de focus op het specifieke publieke deelbelang ook kan worden begrepen, het neemt niet weg dat de zeer beperkte mate waarin samenwerking tussen inspecties en autoriteiten op dit moment van de grond komt, kan worden aangemerkt als inefficiënt en als een gemiste kans. Inefficiënt, omdat inspecties en autoriteiten nu ieder voor zich opleidingsmodules ontwikkelen over bijvoorbeeld toezichtsvaardigheden, die zich vaak (vrijwel) niet onderscheiden van de opleidingsmodules van andere toezichthouders. Het wiel wordt bij wijze van spreken op verschillende momenten op verschillende plaatsen opnieuw uitgevonden.

Een gemiste kans, omdat het gezamenlijk ontwikkelen van competentieprofielen, professionaliseringsprogramma's en opleidingsmodules bijdraagt aan vergroting van de collectief beschikbare kennis, die de professionalisering van toezichthouders op een hoger plan kan tillen. Wanneer toezichthouders van verschillende organisaties samen opleidingen of cursussen volgen, heeft dit bovendien een socialiserende functie over de grens van de eigen toezichtsorganisatie heen. Toezichthouders worden daardoor in staat gesteld een netwerk op te bouwen, van elkaar te leren, domeinoverstijgende kennis op te bouwen en toezichtsvraagstukken te benaderen vanuit invalshoeken die door andere toezichthouders worden gehanteerd. Op dit moment vindt socialisering van toezichthouders nog vooral plaats binnen de eigen organisatie. Wanneer samenwerking niet tot stand komt, blijft de kennis onbenut die aanwezig is bij toezichthouders van andere toezichtorganisaties. Samenwerking tussen inspecties gebeurt bijvoorbeeld al door van elkaars informatie gebruik te maken, maar samenwerking kan pas echt van de grond komen wanneer toezichthouders elkaars noden en behoeften leren begrijpen. Dat vraagt om uitwisseling en interactie. Het ontwikkelen van gezamenlijke opleidingsprogramma's kan daarbij een belangrijke rol vervullen.

5 Inspanningen van diverse actoren

Of samenwerking op het gebied van professionalisering zijn basis vindt in regelgeving of vrijwillig wordt opgepakt, in beide gevallen kan ze succesvol zijn. De sleutel voor geslaagde samenwerking op het gebied van opleidingen en andere wijzen van professionalisering is het denken buiten de specifieke context van de organisatie en het denken in gezamenlijke belangen.

Wanneer toezichthouders zich op dit gebied louter laten leiden door de initiatieven van de organisaties waarin zij werkzaam zijn, maken zij zich afhankelijk van de samenwerkingsbereidheid van (de leiding van) die toezichtsorganisaties. Datzelfde geldt voor de samenwerking tussen inspecties in de Inspectieraad. Hoewel de afgelopen jaren veel tot stand is gekomen, lijkt het er op dat het proces van professionalisering op het gezamenlijke niveau stopt. Dat kan vooral worden begrepen tegen de achtergrond van de vele fusies en organisatieveranderingen van de afgelopen tijd. Die brengen een sterke interne gerichtheid met zich mee, waardoor de rijksinspecties zich momenteel terugtrekken op hun eigen domein. Een indicator daarvan is dat de Inspectieraad heeft besloten het Bureau Inspectieraad groten-

deels te ontmantelen en de programma's binnen de inspecties uit te voeren van de inspecteur-generaal die het betreffende programma leidt. Overigens wordt ook wel gesteld dat het eerder zo is dat daardoor het *commitment* aan de gezamenlijke opgave wordt vergroot. Op het vlak van opleidingen is er de afgelopen periode niet of nauwelijks sprake van een extra impuls tot het ontwikkelen van nieuwe of extra activiteiten. Dat neemt niet weg dat het aanbod op zichzelf zeker de moeite waard is.¹³

Als het gaat om de ontwikkeling van hun professie kunnen toezichthouders uiteraard ook zelf initiatieven nemen, zonder daarbij afhankelijk te zijn van hun eigen inspectie, bijvoorbeeld door zich te organiseren in een beroepsvereniging. Op die manier kunnen toezichthouders gezamenlijk de relevante thema's van de professionalisering bepalen. De beroepsvereniging Vide werkt al meer dan tien jaar aan die professionalisering en biedt een steeds beter platform voor dergelijke initiatieven. Vide is de afgelopen jaren aanmerkelijk actiever geworden bij het organiseren van workshops, symposia en congressen. In 2013 is een initiatief genomen tot het bespreken van wetenschappelijk onderzoek over toezicht binnen de vereniging. Ook daaruit blijkt dat de toezichtskunde in Nederland zich zeker professionaliseert. Zo maakt Ko de Ridder als huidig voorzitter van de vereniging zijn eigen woorden waar!

Professionalisering is een continue proces. Het vergt een gedeelde identiteit, een gezamenlijk begrippenkader¹⁴, samenwerking en een open cultuur. Wanneer daarin wordt geïnvesteerd door zowel de toezichtsorganisaties als de individuele toezichthouders, dan wordt daarmee ingespeeld op maatschappelijke veranderingen en op die manier steeds beter voldaan aan de eisen die de samenleving aan het toezicht stelt.

13 Uit het aanbod blijkt ook het generieke karakter: een training interviewtechniek, een workshop effectmeting, een basiscursus en een verdiepingcursus voor inspecteurs, een training gedragsbeïnvloeding en een cursus interveniëren bij nalevingsvraagstukken. Toch is het aanbod in kwantitatief opzicht beperkt (najaar 2013 en voorjaar 2014 in totaal zeven cursussen/trainingen), wanneer we uitgaan van het totaal van enkele duizenden inspecteurs van de gezamenlijke rijksinspecties.

14 Tegen die achtergrond moet ook het in november 2013 verschenen 'Begrippenkader Rijksinspecties', geschreven door Rob Velders en Meindert Brunia, worden gezien.

Een goede raad voor *effectief* toezicht

Paul Robben & Ine Borghans

Op 27 april 2004 aanvaardde Ko de Ridder het ambt van bijzonder hoogleraar bestuurlijk toezicht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen. De titel van zijn oratie luidde: 'Een goede raad voor toezicht'. Een titel die we voor onze bijdrage aan dit Liber parafaseren.

De leerstoel is ingesteld door Vide, de beroepsvereniging voor toezichthouders, inspecteurs, handhavers en evaluatoren. De activiteiten van deze vereniging en de bijdrage van Ko de Ridder als voorzitter van deze vereniging, komen in het tweede deel van onze bijdrage aan de orde. Maar eerst zullen we stil staan bij zijn opvattingen over evaluatie van toezicht en het wetenschappelijk werk dat hij op dit terrein heeft uitgevoerd.

1 Evaluatie van toezicht

In zijn oratie behandelt De Ridder in het bijzonder de functie van de Raad van Toezicht van privaatrechtelijke instellingen met een publieke taak. Veel Nederlandse organisaties hebben rond het begin van de 21 eeuw hun bestuursstructuur omgebouwd naar het Raad van Bestuur - Raad van Toezicht model. Hij analyseert haarfijn vanuit de bestaande toezichttheorieën waarom er vraagtekens te plaatsen zijn bij dit model. Dit onderwerp heeft niets aan actualiteit ingeboet. Een lange reeks problemen in het interne toezicht bij semipublieke organisaties (woningcorporaties Rochdale en Vestia, HBO-opleiding InHolland en de gezondheidszorginstellingen IJsselmeerziekenhuizen, Zonnehuizen en VU-Medisch Centrum) houdt het onderwerp op de politieke en onderzoeksagenda.¹

De oratie is ook te lezen als een programma voor onderzoek naar het fenomeen toezicht in de Nederlandse staatsinrichting. 'Toezicht en de uitoefening van toezicht is geen wetenschap. Het is een kunde, en steeds meer ook een professie, en een belangrijk maatschappelijk verschijnsel. Als zodanig kan het object zijn van wetenschappelijke bestudering.'² Vanuit het huidige perspectief misschien een vanzelfsprekendheid, tien jaar geleden was het dit niet. Het maatschappelijke en politieke debat over toezicht was al een aantal jaren gaande, wetenschappelijke evidentie in dit debat ontbrak grotendeels: 'na de ongebreidelde groei van het toezicht in

1 R. Goodijk, *Falend toezicht in semipublieke organisaties? Zoeken naar verklaringen*, Assen: Van Gorkum 2012; G. Minderman, *Waar is de raad van toezicht?* Den Haag: Boom/Lemma 2012.

2 J. de Ridder, *Een goede raad voor toezicht* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 5.

het afgelopen decennium dreigt nu de kater. Het was en is daarom van belang meer zicht te krijgen op de condities waaronder toezicht effectief kan zijn.³

2 Wat is toezicht

Toezicht wordt vaak gedefinieerd als 'het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren'.⁴ Naast deze instrumentele definitie schetst Ko de Ridder een analytisch concept van toezicht als een gespecialiseerde vorm van sociale controle met als doel de sociale orde in stand te houden en belangen te beschermen in situaties waarin anderen primair verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit en veiligheid van diensten of producten. Toezicht is altijd aanvullend op andere, primaire, vormen van sociale ordening.⁵ Essentieel bij toezicht is de mogelijkheid om te sanctioneren op juridische grondslag. Dit analytisch concept geeft meer dan de gebruikelijke instrumentele definiëring van toezicht de mogelijkheid om voor een bestuurskundige evaluatieve benadering te kiezen bij onderzoek van toezicht. Het gaat dan niet alleen over de effectiviteit en efficiëntie van informatie verzamelen, oordelen en interveniëren maar ook om de rol van toezicht naast andere vormen van sociale controle.

3 De wetten van toezicht

Ko de Ridder formuleert twee wetten van toezicht, die door onderzoek onderbouwd of gefalsificeerd kunnen worden. Zijn eerste wet, gebaseerd op het empirische onderzoek van de bestuurskundige Brasz uit de jaren zestig, luidt dat toezichthouders zelden de hen toegekende formele bevoegdheden toepassen.⁶ Voor beïnvloeding gebruiken toezichthouders meestal informele middelen zoals overleg, advies en waarschuwen. 'De voerman die altijd naar de zweep moet grijpen, slaagt er kennelijk niet goed in de paarden in het gareel te houden'.⁷ Dit past naadloos bij het in 1992 door Ayers en Braithwaite beschreven concept *responsive regulation*.⁸ De uitgangspunten van beide concepten zijn gelijk en bij veel Nederlandse toezichthouders zijn ze opgenomen in hun visie ('zacht waar het kan, hard waar het moet' of '*high trust high penalty*') en bijbehorende maatregelenpiramides. De

3 De Ridder 2004, p. 39.

4 Commissie Holtslag, *De ministeriele verantwoordelijkheid ondersteund. Een checklist voor een systematische beschrijving en analyse van toezichtsarrangementen*, Den Haag: Ministerie van BZK 1998. De definitie is voor het eerst door De Ridder in 1988 geformuleerd: J. de Ridder, 'Beleidsvoering door toezicht', in: A.F. Leemans e.a. (red.), *Handboek beleidsvoering overheid*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1988.

5 De Ridder 2004, p. 18.

6 H.A. Brasz, *Toezicht op gemeentebesturen. Serie bestuurskundige bouwstenen* Alphen aan den Rijn: N. Samson 1964.

7 De Ridder 2004, p. 42.

8 I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press 1992.

afgelopen twintig jaar is er veel onderzoek naar *responsive regulation* gedaan.⁹ In deze benadering is sprake van twee toezichtstijlen. Een toezichtstijl die gericht is op het lerend vermogen van ondertoezichtgestelden en gebaseerd is op vertrouwen. Deze lerende stijl van toezicht wordt gekenmerkt door coöperatie, informele maatregelen en nabijheid. De tweede toezichtsstijl is sanctionerend en gebaseerd op wantrouwen. Deze sanctionerende stijl wordt gekenmerkt door repressie, formele maatregelen en afstand. In het huidige maatschappelijke klimaat wordt (te) veel verwacht van de sanctionerende toezichtsstijl en is het lastiger ruimte te houden voor de lerende toezichtsstijl.¹⁰ Dit kan ten koste gaan van de effectiviteit van het toezicht.

Zijn tweede wet van toezicht, die in het verlengde ligt van de eerste wet, luidt: 'In elke toezichtsrelatie bestaat een tendens tot vermindering van de afstand tussen toezichthouder en ondertoezichtgestelde.'¹¹ De Ridder stelt dat harmonie goedkoper en prettiger is dan confrontatie. De toezichthouder wordt in plaats van controleur adviseur en vraagbaak en daarmee medeverantwoordelijk voor de handelingen van de ondertoezichtgestelde. Ook deze wet is onderwerp van veel onderzoek geweest onder de noemer van *capture* of de verkleving van toezichthouder en ondertoezichtgestelde waarbij de maatschappelijke belangen uit het oog worden verloren.¹²

4 De Groningse onderzoekspraktijk

Ko de Ridder heeft een groot aantal toezichtarrangementen geëvalueerd. Van het toezicht op het milieu, de universiteiten, planologie in Groningen en kinderopvang tot toegelaten instellingen. Voor een overzicht verwijzen we naar de publicatielijst die is opgenomen in deze bundel. Hoe verschillend deze onderwerpen ook zijn, juist zijn analytisch concept van toezicht als gespecialiseerde vorm van sociale controle maken evaluatiestudies op deze zo uiteenlopende terreinen mogelijk.

Het is dan ook geen toeval dat de Inspectie van het Onderwijs hem vraagt een van de aanbevelingen van de Commissie Gunning aan deze inspectie te onderzoeken en uit te werken.¹³ De Commissie Gunning, ingesteld door de burgemeester van Amsterdam naar aanleiding van zedenmisdrijven in een Amsterdams kinderdagverblijf, vraagt advies over de organisatie van het bestuurlijk toezicht op kinderdag-

9 C. Parker. 'Twenty years of responsive regulation: an appreciation and appraisal', *Regulation & Governance* 2013 (7), p. 2-13.

10 P.B.M. Robben, R. Bal & R. Grol, *Overheidstoezicht door de Inspectie voor de Gezondheidszorg*, Webpublicatie nr. 62, Den Haag: WRR 2012; WRR, *Toezien op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013.

11 De Ridder 2004, p. 43.

12 P.B.M. Robben, *Toezicht in een glazen huis. Effectiviteit van het toezicht op de kwaliteit van de gezondheidszorg*. (oratie Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit. instituut Beleid & Management Gezondheidszorg 2010.

13 J. de Ridder, *Toezicht op de kinderopvang. Rapport van een onderzoek naar aanleiding van enige vraagpunten van de Commissie Gunning over de inrichting van het toezicht op de kinderopvang*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2012.

verblijven, rekening houdend met het toezicht in het onderwijs en de jeugdzorg. Op basis van een brede bestuurskundige en juridische analyse van bestaande toezichtarrangementen en de lacunes daarin, komt de onderzoeker met een viertal mogelijke scenario's voor de vormgeving van het toezicht op de kinderopvang. Voor politici en beleidsmakers is dit een vruchtbare en hanteerbare aanpak. Politici houden de ruimte om op basis van de uitkomsten van de evaluatie zelf voor een invulling van het toezicht te kiezen.

Dezelfde bestuurskundige en juridische aanpak leidt in de evaluatie van het toezicht op een industriële omgeving tot vergelijkbare resultaten. In opdracht van het provinciaal bestuur wordt het toezicht door de provincie Groningen op North Refinery, een olieverwerkend bedrijf in Noord Groningen, geëvalueerd.¹⁴ Deze evaluatie leidt tot pittige kritiek op het bevoegd gezag maar ook tot concrete aanbevelingen om het toezicht op de naleving van milieuvorschriften te verbeteren zodat de maatschappelijke doelstelling van dit toezicht, het beschermen van het milieu, beter gewaarborgd wordt. De Ridder wijst in zijn onderzoek op het belang van een systematiek die het mogelijk maakt om risico's vroegtijdig te signaleren en daarop adequaat te reageren.¹⁵

5 De derde wet van toezicht

Op de drempel van zijn emeritaat is er ruimte voor een derde wet van toezicht. Ko de Ridder heeft deze niet geformuleerd maar deze wet komt naar boven bij beschouwing van zijn programma en uitgevoerde evaluaties. Deze wet luidt: effectief toezicht is *evidence based*. *Evidence based* toezicht is gebaseerd op wetenschappelijke kennis over de toezichtmethoden, de gebruikte instrumenten en kennis over de (neven)effecten van toezicht.¹⁶ Sinds de oratie van Ko de Ridder zijn er stevige vorderingen gemaakt met het onderzoek ter invulling van deze wet. Zo zijn er universitaire vakgroepen en leerstoelen ontstaan, die zich richten op toezicht. Het uitgevoerde onderzoek draagt bij aan theorievorming en de wetenschappelijke onderbouwing ten behoeve van de praktijk.

Onderzoek naar de doeltreffendheid en doelmatigheid van toezicht maakt het mogelijk de maatschappelijke en politieke discussies over toezicht op basis van feiten en argumenten te voeren en niet te blijven steken in het uitwisselen van beelden uit de onderbuik. Een voorbeeld: reagerend op publieke onrust over de gezondheidszorg stelde de Tweede Kamer voor om *mystery guests* in te zetten bij het toezicht en zo veel als mogelijk alleen nog maar onaangekondigde inspecties uit te voeren. Onderzoek heeft duidelijk gemaakt dat een dergelijke keuze te ongenueanceerd en niet effectief is. Alleen onder specifieke condities is de inzet van *mystery*

14 J. de Ridder, *Onderzoek naar de kwaliteit van het optreden van de provinciale overheid als bevoegd gezag WABO (Wm) in het dossier North Refinery te Delfzijl*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2011.

15 De Ridder 2011, p. 42.

16 P.B.M. Robben, 'Evalueren en verbeteren van toezicht', *Tijdschrift voor Toezicht*, (2011(2)), p. 72-74.

guests mogelijk en zinvol.¹⁷ Onaangekondigd toezicht is een goede aanvulling op het instrumentarium van een inspectie en kan in verschillende modaliteiten worden ingezet, afhankelijk van het doel van het inspectiebezoek. Echter, het aangekondigd bezoek heeft zeker ook toegevoegde waarde.¹⁸ Het meest optimale is dan ook om een mix te hanteren van aangekondigde en onaangekondigde bezoeken.

De derde wet van toezicht is door Ko de Ridder en zijn opvolger op de leerstoel van Vide, Heinrich Winter, gematerialiseerd in het advies: 'Toezicht en effectmeting. Het kan!'¹⁹ Een op de praktijk van toezichthouders en wetenschappers gericht advies om meer werk te maken van onderzoek naar de effectiviteit van toezicht en de maatschappelijke effecten van toezicht. Gebaseerd op een inventarisatie van internationale effectstudies, interviews met sleutelfiguren en eigen ervaringen, komen de auteurs met aanbevelingen voor onderzoekers en toezichthouders. Ze hebben daarbij een goed oog voor de koudwatervrees van toezichthouders om hun eigen werk te (laten) evalueren. Ze propageren een brede multidisciplinaire wetenschappelijke benadering met voor de praktijk van het toezicht realistische doelstellingen. Dit advies heeft een belangrijke rol gespeeld bij de uitvoering van het 'Meerjarenprogramma effecten van toezicht' door de Inspectieraad tussen 2008 en 2012.²⁰ Doel van dit programma is kennis te verspreiden, deskundigheid aan te bieden bij effectstudies en een netwerk van deskundigen binnen inspecties op te bouwen en te onderhouden.²¹

6 Vide

We hebben al gememoreerd dat Ko de Ridder de Vide-leerstoel heeft bekleed. Daarmee is zijn bemoeienis met deze beroepsvereniging niet geëindigd. Vanaf 2011 is hij voorzitter van het Vide-bestuur. Vide is de beroepsvereniging van professionals in het veld van toezicht, inspectie, handhaving en evaluatie. Vide wil een motor zijn in de professionalisering van de leden en bijdragen aan een continue verbetering van toezicht en evaluaties en daarmee een bijdrage leveren aan een goed functionerende overheid en maatschappij.²²

17 K.T. Paul & S.A. Adams, *Dichterbij de dagelijkse praktijk? Evaluatieonderzoek naar het inzetten van mystery guests als instrument van toezicht in de ouderenzorg*, Rotterdam: iBMG, Erasmus Universiteit Rotterdam 2013.

18 C.A.J. Ketelaars, Y.M. Grul, M.C.J.L. Klerks, V. Grom & P.B.M. Robben, 'Onverwacht bezoek: onaangekondigd toezicht vergeleken met aangekondigd toezicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2011(1), p. 42-51. M.C.J.L. Klerks & P.B.M. Robben, 'De inspecteur over de effecten van het toezicht. Een onderzoek onder de inspecteurs van twaalf rijksinspecties', *Tijdschrift voor Toezicht* 2013 (3), p. 19-30.

19 H.B. Winter & J. de Ridder, *Toezicht en effectmeting. Het kan!*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2010.

20 Regioplan Beleidsonderzoek, *Eindevaluatie meerjarenprogramma effecten van toezicht*, Amsterdam: Regioplan 2012.

21 M.C.J.L. Klerks, & P.B.M. Robben, 'De inspecteur over de effecten van het toezicht. Een onderzoek onder de inspecteurs van twaalf rijksinspecties', *Tijdschrift voor Toezicht* 2013 (3), p. 19-30.

22 <http://www.videnet.nl/actueel>.

De voorzitter van Vide heeft de afgelopen jaren de derde wet van toezicht (effectief toezicht is *evidence based*) ook in de praktijk gebracht. De bijeenkomsten van Vide hebben de kloof tussen wetenschap en praktijk kleiner gemaakt. Alleen universitair onderzoek is niet voldoende om die kloof te dichten. Uitkomsten uit onderzoek worden in de praktijk vaak niet gekend en gebruikt en de praktijk is vaak onvoldoende sturend voor de onderzoeksagenda. Om werkelijk te kunnen leren van evaluatie- en effectonderzoek is een intensieve samenwerking en uitwisseling tussen toezichtpraktijk en wetenschap noodzakelijk. De meest intensieve, maar ook meest succesvolle, vorm van deze samenwerking is een Academische Werkplaats Toezicht, gerealiseerd door een aantal inspectiediensten zoals de Inspectie van het Onderwijs en de Inspectie voor de Gezondheidszorg.²³

Onder het voorzitterschap van Ko de Ridder is een aantal nieuwe initiatieven ontplooid om het toezichtsonderzoek en de uitwisseling tussen praktijk en wetenschap verder te stimuleren. Zo is in 2012 gestart met een 'Academisch netwerk toezicht' waarin (jonge) onderzoekers uit de toezichtspraktijk en universitaire vakgroepen met elkaar in contact worden gebracht. Doel van dit netwerk is onderzoekservaringen uit te wisselen, onderzoeksvorstellen en onderzoek te bediscussiëren en methodologische kwesties te bespreken. Verder heeft de Vide publicatieprijs een nieuwe impuls gekregen. Het aantal inzendingen en de wetenschappelijke kwaliteit van de bijdragen zijn de afgelopen jaren toegenomen. Voor jonge onderzoekers genereert de prijs aandacht voor hun onderwerp en is het een stimulans hun werk voort te zetten.

Het derde nieuwe initiatief is het uitzetten van wetenschappelijk onderzoek. Op initiatief van Vide is recent een sociologische beroepenstudie uitgevoerd naar het beroep van inspecteur.²⁴ Toezicht houden is geen professie, maar het beroep van toezichthouder is in zekere mate wel geprofessionaliseerd. Toezichthouders moeten professionaliseren om het doel van het toezicht beter te dienen; om bestuurders beter te bedienen; om controle uit te oefenen op hun eigen regulering en om tegenwicht te bieden aan bureaucratische mechanismen die de discretionaire ruimte van het toezicht kunnen begrenzen. Met het onderzoek wordt een bijdrage geleverd aan de discussie over de identiteit van toezichthouders en worden aanknopingspunten geboden voor verdere professionalisering van de beroepsgroep.

We sluiten af met een persoonlijke noot. Natuurlijk, een wetenschappelijk programma, infrastructuur en knappe koppen zijn voorwaarden om verder te komen met de wetenschappelijke onderbouwing van toezicht. Zeker zo belangrijk zijn de persoonlijke eigenschappen en vaardigheden van Ko de Ridder om zowel zijn wetenschappelijke werk als het werk voor Vide effectief te laten zijn. We noemen er twee: een milde vorm van humor en spot en ruimte bieden voor reflectie. Twee eigenschappen die bijdragen aan de acceptatie van zijn kritisch wetenschappelijk werk in de praktijk. Deze eigenschappen zijn evenzeer van belang om het Vide-be-

23 Gezondheidsraad, *Op weg naar evidence based toezicht. Het onderzoek naar effecten van toezicht door de Inspectie voor de Gezondheidszorg*, Den Haag: Gezondheidsraad 2011.

24 M.J. Schol & H.B. Winter, *Toezichthouder: beroep, professie, of specialisatie*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2012.

stuur te laten functioneren als een inspirerende groep toezichtprofessionals. Regelmatig denken medebestuurleden halverwege een bestuursvergadering dat we in de vergadering niet verder komen dan het agendapunt 'mededelingen' dat uitwaaiert naar interessante discussies over toezicht, om aan het einde van de bestuursvergadering te concluderen dat de agenda is afgerond en dat er veel ruimte is voor reflectie over relevante zijpaden. We wensen je in je nieuwe levensfase en als voorzitter van Vide ruimte om deze eigenschappen te blijven inzetten. Misschien dat we later dan nog een vierde wet van toezicht, gebaseerd op deze persoonlijke kwaliteiten, aan je kunnen opdragen.

Pionieren in 'empirical legal research'

Frans Leeuw & Bert Niemeijer

1 Inleiding

'Empirical legal research' (ELR) neemt snel toe in betekenis, omvang en variëteit. Rechtsregels, juridische procedures en processen, juridische instituties en organisaties en het gedrag van juristen worden vaker dan ooit empirisch onderzocht. In de juridische wereld is de criminologie wellicht het meest bekend, maar het empirisch onderzoek op het terrein van bestuursrecht en meer recent van het privaatrecht lijken deze achterstand snel in te lopen. In Groningen wordt - niet in het minst door De Ridder - al sinds jaar en dag empirisch onderzoek op het terrein van het bestuursrecht verricht. Zonder dat aan de grote klok te hangen - de grote klok past sowieso niet erg bij De Ridder - is hij een overtuigd aanhanger van het gedachtengoed van ELR. Hij is zelfs te beschouwen als een van de Nederlandse pioniers op dit terrein. Deze bijdrage laat zien waarom. We geven eerst enkele achtergronden aan van ELR. We spitsen vervolgens toe op handhaving en toezicht, onderwerpen die De Ridder na aan het hart liggen. Eerst bespreken we enkele research reviews - een typische ELR methodiek - over dit thema. Daarna gaan we in op een voorbeeldig evaluatieonderzoek over de Gedragscode Behandeling Letselschade. We eindigen met De Ridder als 'mensch'.

2 Empirical legal research: achtergronden¹

Empirical legal research is - om Roscoe Pound (1910) te citeren - niet primair geïnteresseerd in 'law (of andere juridische arrangementen) in books', maar in 'law in action'.² ELR onderzoekt of en hoe juridische arrangementen verband houden met de 'echte' wereld. Dergelijke arrangementen worden doorgaans gemaakt door juristen, wetgevers en 'regulators' met de bedoeling om iets in die wereld te veranderen, te faciliteren of juridisch kracht bij te zetten. Echter, volgens Van Dijck et al. lijkt het meeste onderzoek door juristen op wat rechters doen: 'namelijk het analyseren van een probleem aan de hand van de wet, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en soms de doctrine. Dit wordt aangeduid als het rolmodel van de rechter en wordt wel beschouwd als illustratief en kenmerkend voor juridisch onderzoek.'³ Farnsworth (2007) formuleert het polemischer:

-
- 1 Gebaseerd op: Frans L. Leeuw, *Empirical Legal Research; a guidance book for lawyers, legislators and regulators*. To be published by Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK.
 - 2 Roscoe Pound, 'Law in Books and Law in Action', *American Law Review* (44), 1910, p. 12
 - 3 G. van Dijck, S. van Gulijk & M. Prinsen, 'Wat doen juridische onderzoekers? Een empirische blik', *Recht der Werkelijkheid*, 2010 (31), p. 44-64.

'Law tends to be taught ... as if legal rules were the most important things one could learn, and as if the tools for thinking about them were valuable but secondary.... Nice to know if someone happens to explain them, but nothing urgent.'⁴

De aandacht voor empirische en causale vragen over de herkomst en gevolgen van juridische arrangementen, hun maatschappelijke impact en het functioneren van juridische instituties loopt inderdaad achter op juridisch onderzoek. In zijn *Omstreden Rechtswetenschap* betoogt Jan Smits dat de methodologische kwaliteit van de empirische aspecten van de rechtswetenschap beperkt is. Onderzoeksvaardigheden worden doorgaans aangeleerd door ze af te kijken van meer ervaren collega's en zij zijn ook niet zeer complex of technisch.⁵ Dit beeld wordt bevestigd in Tijssens dissertatie over Nederlandse juridische proefschriften en in het rapport van de *Evaluatiecommissie Rechtswetenschappelijk Onderzoek*.⁶ Op het terrein van het mensenrechten-onderzoek concluderen Coomans et al. dat 'in academic human rights research, especially legal human rights research, little attention tends to be devoted to questions of methodology'.⁷

Het beeld is echter niet zo somber als het lijkt. In veel (westerse) landen is de empirische traditie meer dan twee eeuwen oud en de laatste decennia is de wetenschappelijke aandacht voor empirisch juridisch onderzoek sterk gegroeid. In de VS bestaan er op diverse juridische faculteiten databases en andere voorzieningen voor sociaalwetenschappelijk, gedrags- en economisch onderzoek, bijvoorbeeld in Chicago, Stanford, Harvard, Cornell. Er bestaan inmiddels meerdere tijdschriften op het terrein van ELR.⁸ Ho & Kramer (2012, p. 1195-96) spraken onlangs zelfs van een 'empirische revolutie' in de rechtswetenschap (in de USA).⁹ Het *Oxford Handbook of Empirical Legal Research* bevat niet minder dan 1000 pagina's, verdeeld over 43 hoofdstukken.¹⁰ De Nederlandse criminologie bloeit en meer recent is de civilologie, de empirische en gedragswetenschappelijke studie van het privaatrecht, op de

4 W. Farnsworth, *The Legal Analyst: A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago: Chicago University Press 2007.

5 J.M. Smits, *Omstreden Rechtswetenschap: Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom 2009.

6 H.E.B. Tijssen, *De juridische dissertatie onder de loep: de verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009; Evaluatiecommissie Rechtswetenschappelijk Onderzoek, *Kwaliteit & diversiteit: rechtswetenschappelijk onderzoek in Nederland*, Amsterdam, Vrije Universiteit 2009.

7 F. Coomans, F. Grünfeld & M.T. Kamminga, *Methods of Human Rights Research*, Antwerp: Intersentia 2009.

8 Zoals de *Law and Society Review*, *Journal of Empirical Legal Studies*, *Law & Social Inquiry*, the *Journal of Law and Economics* and *Behavioral Sciences & the Law*.

9 Ho, D. and L. Kramer, 'Introduction: the empirical revolution in law', *Stanford Law Review*, 2013(65), p. 1195-1202.

10 P. Cane & H. Kritzer, *Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press 2010.

onderzoeksagenda gekomen.¹¹ Het WODC, verbonden met het Ministerie van Veiligheid en Justitie, verricht overigens al vele jaren empirisch juridisch onderzoek.¹²

3 Enkele kenmerken van ELR

In ELR wordt kennis verworven op dezelfde manier als in andere empirische wetenschappen, volgens het klassieke model van de empirische cyclus, waarin stapsgewijs kennisvermeerdering plaatsvindt door hypotheses op te stellen en deze vervolgens te toetsen. Trefwoorden voor ELR zijn daarnaast 'evaluatie', 'interdisciplinariteit' en 'research review'.

Evaluatie

Empirisch juridisch onderzoek impliceert vaak het stellen van evaluatieve vragen. Bij ex ante evaluaties wordt, voorafgaand aan de implementatie, onderzocht of er een redelijke kans bestaat dat de voorspellingen van overheden en andere organisaties over de effecten van beleid, regels en normen, wetgeving en andere beleidsinstrumenten uit zullen komen. Een klassiek voorbeeld is het ex ante onderzoek van US GAO (1995) naar de plausibiliteit van de impact van twee mogelijke wetten, bedoeld om ongewenste tienerzwangerschappen terug te dringen.

Evaluaties kunnen ook focussen op de manier waarop juridische arrangementen worden ingevoerd en welke problemen zich daarbij voordoen (proces-evaluaties). Een verwante benadering is die van de 'compliance auditing'. Daarin richt het onderzoek zich op de mate waarin organisaties en natuurlijke personen zich gedragen in overeenstemming met regels, voorschriften en protocollen. Een vierde type onderzoek evalueert de impact van juridische arrangementen op het gedrag van personen en organisaties (impact- of effectiviteitsevaluaties). Een klassiek voorbeeld van een dergelijke evaluatie is Auberts studie over de impact van de Wet op het Huishoudelijk Personeel uit 1958.¹³

Interdisciplinariteit

Het is nagenoeg onmogelijk om empirisch juridisch onderzoek te verrichten zonder kennis van relevante juridische aspecten, zonder methodologische kennis of zonder enige kennis van gedragsonderzoek. Interdisciplinariteit is daarom normaal voor het beoefenen van ELR. Psychologie, economie and sociologie moeten hier

11 W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom 2013.

12 www.wodc.nl.

13 V. Aubert, 'Enkele sociale functies van wetgeving', in: J. Griffiths (red.), *Een kennismaking met de rechtsantropologie en rechtssociologie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri 1996, p. 113-135

worden genoemd,¹⁴ maar ook antropologie, informatie wetenschappen, statistiek, logica en – recent – neurowetenschappen.¹⁵

Research reviews

Vroeger werd literatuuronderzoek uitgevoerd op een 'exploratieve' en kwalitatieve manier, gebaseerd op suggesties van collega's, bibliotheekcatalogi, ('top')tijdschriften, e.d. De afgelopen twintig jaar heeft zich een methodischer strikter type literatuurstudie ontwikkeld, de *systematic research review*.¹⁶ Deze is gebaseerd op het online doorzoeken van de literatuur met behulp van zoekmachines als Web of Science en meta-zoekmachines die 'repositories' van verschillende disciplines combineren. Aldus wordt, met behulp van inluitings- en uitsluitingscriteria, het onderzoeksterrein doorzocht en in kaart gebracht. Zo kunnen essays en normatieve studies worden onderscheiden van empirische studies en kan de robuustheid van designs en van de validiteit en betrouwbaarheid van het onderzoek worden beoordeeld. Ook kunnen zo data van verschillende studies worden gecombineerd, teneinde tot overall uitspraken te komen over bijvoorbeeld de impact van interventies.¹⁷ Langzamerhand komen er ook op juridisch terrein dergelijke research reviews ('syntheses') beschikbaar. Hieronder gaan we in op enkele voorbeelden ervan op een favoriet onderzoeksthema van De Ridder, handhaving en toezicht. Het mag geen verbazing wekken dat ook onderzoek van De Ridder zelf langs komt.

4 Research reviews over handhaving en toezicht

Handhavingsevaluaties

Een van de eerste systematische research reviews over handhaving in Nederland dateert van 2005 en betrof een synthese van 58 evaluatieonderzoeken.¹⁸ De bevindingen lijken nog steeds actueel. De meeste evaluaties komen neer op een eenmalige meting van de resultaten van een bepaalde maatregel. De onderzoekskwaliteit blijkt wisselend. De keten-evaluaties laten vertrouwde problemen zien, zoals gebrek aan (integrale) aansturing en coördinatie en een te grote nadruk op misdaadbestrijding die ten koste gaat van preventie en kennisverwerving. Rechtshandhaving is uiteindelijk bedoeld om het nalevingsgedrag van burgers en organisaties

14 C.M. Klein Haarhuis & E. Niemeijer, 'Gedragseconomische bijdragen aan de verklaring van geschilgedrag en hun beperkingen', in W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom 2013, p. 115.

15 L. Wilson, L. & A. Scarpa, 'Criminal behavior: the need for an integrative approach that incorporates biological influences', *Journal of Contemporary Criminal Justice* 2012 (28), p. 366-388; W.M. Schrama, C.H. de Kogel & M. Smit, 'Civiel recht en neurowetenschap', *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 2011 (6912), p. 1095-1104.

16 Deze aanpak is begonnen in de medische wetenschap met de 'Cochrane library/repository'. Deze bevat inmiddels tienduizenden (experimentele en andere soorten) studies. Zogenaamde meta-analyse: R. Gomm, *Social research methodology*, Palgrave MacMillan 2008, p. 345).

18 C.M. Klein Haarhuis, M.M.J. van Ooyen-Houben, E.R. Kleemans & F.L. Leeuw, *Kennis voor Beleid*, Den Haag: WODC 2005, Cahier 2005-5.

te verbeteren. Echter, interventies zijn maar zelden rechtstreeks gericht op het veranderen van het gedrag van burgers. De beoogde 'output' – in de vorm van aanhoudingen, communicatieactiviteiten, opsporingsonderzoeken, gebruik van handhavingsinstrumenten - wordt vaak wel gehaald. Maar of dat ook effect sorteert op het nalevingsgedrag en of de uiteindelijke doelen ('outcome') worden bereikt, blijft vaak buiten beeld.

Wetsevaluaties

Dit beeld wordt bevestigd in een synthese van wetsevaluaties.¹⁹ Wetten bevatten verschillende soorten interventies. De meeste interventies in wetten betreffen zogenaamde 'bestuursinstrumenten',²⁰ gericht op organisaties met een publieke taak, zoals gemeenten, ziekenhuizen, scholen etc. Voorbeelden van bestuursinstrumenten zijn 'zelfsturing', 'regierol' of 'transparantie'. Deze werken slechts indirect in op gedrag van burgers, bijv. door bepaald gedrag aan te moedigen (transparantie) of door verantwoordelijkheid te nemen (regierol)..

Daarnaast bevatten wetten 'sociale' interventies, die dat gedrag wel rechtstreeks beïnvloeden. Voorbeelden hiervan zijn financiële prikkels, rechtsbescherming, communicatie en handhaving. Handhaving is er op gericht om naleving te stimuleren en desnoods af te dwingen. Behalve de strafrechtelijke handhaving door politie, OM en rechter, bestaan er daarbuiten natuurlijk tal van toezichthouders en handhavers die zich op allerlei terreinen en op allerlei manieren inspannen om naleving te bewerkstelligen, variërend van bestuursorganen zoals de Autoriteit Consument & Markt tot gewone burgers die hun 'broeders hoeden'.²¹

Uit de review van wetsevaluaties blijkt dat in het algemeen de bekendheid met en de acceptatie van de handhavingsinstrumenten groot is. Ook de 'output'(in de vorm van vorderingen en boeten) stijgt. Niettemin blijkt de kans op controle en detectie doorgaans klein en worden – gezien het aantal overtredingen - relatief weinig sancties opgelegd. Effectieve handhaving hangt nauw samen met de kwaliteit van de uitvoering. Als uitvoerders een kennisachterstand of onvoldoende capaciteit hebben, dan wel onvoldoende samenwerken, dan pakt dit negatief uit voor de handhaving. Zo werd in een evaluatie van de Mededingingswet (1997) vastgesteld dat civiele rechters nog onvoldoende bleken ingevoerd in de materie, waardoor zij vaak zouden hebben aangestuurd op een schikking.²² Voorts ontbreekt vaak een proactief handhavingsbeleid. Uit dezelfde evaluatie bleek dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (inmiddels opgegaan in de Autoriteit Consument & Markt) tot dan

19 C.M. Klein Haarhuis & E. Niemeijer, *Wet en werkelijkheid, bevindingen uit evaluaties van wetten*, Ministerie van Justitie, WODC, Den Haag 2008.

20 J. de Ridder, 'Bestuursinstrumenten', in: M. Herweijer & A. Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid*, Deventer: Kluwer 2003, p. 261-279.

21 H. Elffers, *Niet bij blauw alleen: de burger als zijn broeders hoeder* (Afscheidsrede), 2013.

22 Bedrijven en burgers konden bij de civiele rechter vergoeding claimen voor schade die zij hadden ondervonden ten gevolge van onvolkomen concurrentie, kartelvorming etc. P.J. Plug, *Syntheserapport Evaluatie Mededingingswet*, Den Haag: Berenschot 2002.

toe vooral gereageerd had op ontheffingsaanvragen en zich weinig inspande om kartelvorming te voorkomen.

Overall blijkt het beeld uiterst gevarieerd. Handhaving blijkt soms succesvol maar vaak ook niet of maar gedeeltelijk. Behalve in de handhaving zelf moeten de oorzaken daarvoor vooral worden gezocht in de context waarin handhaving plaatsvindt. Zo bleken grote organisaties beter op de hoogte van de Mededingingswet en deze vaker vrijwillig na te leven dan kleine organisaties.²³ En bijvoorbeeld in sectoren waarin sprake was van verflechting van markt en overheid bleek de handhaving veel moeizamer dan waar dat niet het geval was.

Effectiviteit van toezichtsinterventies

Deze resultaten worden bevestigd in twee onderzoeken van de Algemene Rekenkamer uit 2005 en 2008. Een van de hoofdconclusies uit het onderzoek uit 2005 is dat toezichthouders te weinig weten van de effecten van hun inspanningen op de naleving en op de achterliggende maatschappelijke problemen.²⁴ In 2008 stelt de Rekenkamer dat er nog maar weinig is veranderd.²⁵ Dit was voor de Inspectieraad aanleiding om een meerjaren onderzoeksprogramma 'Evaluatie Effecten van Toezicht' te starten. In dat kader kregen De Ridder en Winter de opdracht van deze raad en het WODC een researchsynthese uit te voeren van onderzoek naar de effectiviteit van toezichtsinterventies.²⁶

Hun synthese van zo'n 70 studies resulteerde in een instructief overzicht van onderzoeken op uiteenlopende terreinen met tal van behartigenswaardige inhoudelijke en methodische lessen. Sommige uitkomsten bevestigen bestaande verwachtingen, zoals de conclusie dat de meeste onderzoeken aan maatschappelijke effecten niet toekomen. Het gebeurt vooral als die effecten makkelijk meetbaar zijn, zoals op het terrein van verkeer en vervoer of voedselveiligheid. Een belangrijke conclusie heeft betrekking op de scherpheid van doelstellingen. Het blijkt dat doelstellingen lang niet altijd meetbaar zijn geformuleerd, waardoor uitspraken over effectiviteit zeer lastig worden. Een onderzoeksdesign met scherp omliggende hypothesen kan hiervoor een oplossing bieden, zo laten de onderzoekers zien. Voorts komt uit het onderzoek het belang van het onderscheid tussen de effecten van de normstelling en die van het toezicht scherp naar voren. Een onderzoeksdesign dat voorziet in een controlegroep, kan hierover meer duidelijkheid verschaffen.

De onderzoekers wijzen voorts op het probleem dat doorgaans verschillende interventies tegelijkertijd plaatsvinden. Zo heeft toezichtsoptreden in veel van de onderzochte studies een sterk communicatief aspect. Het is dan lastig het effect van

23 C.M. Klein Haarhuis & E. Niemeijer, *Wet en werkelijkheid, bevindingen uit evaluaties van wetten*, Den Haag: WODC 2008.

24 *Kamerstukken II 2004-2005*, 30 050, nr. 2 (Algemene Rekenkamer, *Handhaven en gedoegen*).

25 *Kamerstukken II 2007-2008* 30 050, nr. 4, (Algemene Rekenkamer, *Handhaven en gedoegen: Terugblik*).

26 H.B. Winter & J. de Ridder, *Toezicht en effectmeting. Het kàn!*, Groningen: Pro Facto 2010.

een bepaalde interventie te isoleren van effecten van andere interventies, zelfs indien men werkt met een controlegroep. Ten slotte formuleren De Ridder en Winter zeven handreikingen: houd het eenvoudig; formuleer verwachtingen; bed onderzoek in de toezichtsstrategie; doe ook kwalitatief onderzoek; doe (soms) ook metingen in de tijd; controleer de samenstelling van de controlegroep en let op neveneffecten.

5 De Gedragscode Behandeling Letselschade: Evaluatie onderzoek in zes stappen

Hoezeer De Ridder een toegewijd aanhanger is van ELR, illustreren we ten slotte aan een pareltje uit zijn onderzoekspraktijk: het evaluatieonderzoek van de subsidiëring van De Letselschaderaad (DLR).²⁷ De DLR stelde zich tot taak om door materiële en procedurele normering de kwaliteit en de snelheid van de afhandeling van letselschade te verbeteren.²⁸ Dat zou in het bijzonder nu ook moeten gebeuren door een normering via zelfregulering van het proces van letselschadeafhandeling. De Gedragscode, bestaande uit twintig beginselen en bijbehorende goede praktijken, was door alle betrokken partijen opgesteld en werd door allen onderschreven.²⁹ Met een subsidie van de Minister van VenJ aan DLR werd beoogd de naleving en inbedding van de code te bevorderen. Het evaluatieonderzoek moest uitwijzen of die subsidie had bijgedragen aan de naleving van de Gedragscode. In het onderzoek van De Ridder et al. worden de verschillende redeneerstappen op voorbeeldige wijze geëxpliciteerd en verantwoord. Er worden verschillende soorten theorieën toegepast en getoetst, er is een slim onderzoeksdesign, er wordt gebruik gemaakt van zowel bestaande data als zelf verzamelde data, de analyse is zorgvuldig en de conclusies overtuigen.

5.1 Probleemstelling

De probleemstelling wordt door De Ridder et al. als volgt geformuleerd:

In hoeverre is het aannemelijk dat de door de Minister van VenJ aan DLR verstrekte subsidie ten behoeve van de Gedragscode Behandeling Letselschade doeltreffend is geweest, in die zin dat de naleving door de tijd heen is verbeterd? In hoeverre kan gezegd worden dat de gedragscode nu is 'ingebed in de maatschappij'?³⁰

27 DLR (tot 2008 Nationaal Platform Personenschade) is in 1998 ontstaan als reactie op de maatschappelijke onrust en Kamervragen over de positie van slachtoffers van letselschade.

28 Al voor de totstandkoming van de GBL was de voorganger van DLR, het Nationaal Platform Personenschade, begonnen met de ontwikkeling van materiële normen, de zg. letselschaderichtlijnen.

29 De Gedragscode is opgesteld in 2006 door onderzoekers van de Universiteit Tilburg in samenwerking met (vertegenwoordigers van) slachtoffers, schadeverzekeringsbedrijven, letselschadeadvocaten, letselschadebemiddelaars en schade-experts.

30 De probleemstelling van het onderzoek bevatte ook nog de vraag of de subsidie is besteed voor het doel waarvoor zij is uitgekeerd en of over de activiteiten en prestaties van de subsidieontvanger adequaat verantwoording is afgelegd. Dit onderdeel van de probleemstelling laten we hier buiten beschouwing.

5.2 Theorie

'A theory is simply a reasonable and precise answer to the research question' (Epstein & Martin 2010, p. 906). Onderzoekers proberen op basis van theorieën verwachtingen te formuleren over hetgeen zij denken aan te treffen in de empirie. *Verklarende theorieën* proberen de vraag te beantwoorden waarom een feit of verschijnsel zich voordoet. Vaak hebben zij een label, zoals 'public choice theory' (over besluitvorming in publieke organisaties), cognitieve dissonantie theorie (over het in overeenstemming brengen van cognities, attitudes en gedrag), 'the logic of collective action', etc. *Beleidstheorieën* zijn samenhangende sets van vooronderstellingen die aan publiek/private interventies ten grondslag liggen.

In dit geval legt de beleidstheorie de vooronderstellingen bloot op grond waarvan wordt verwacht dat met de interventie (de subsidie) het beoogde doel (de DLR te laten werken aan inbedding en naleving van de Gedragscode) wordt bereikt. Behalve de beleidstheorie wordt in het onderzoek ook de plausibiliteit getoetst van twee concurrerende verklarende theorieën over naleving, namelijk: de socialisatietheorie en de instrumentele theorie.

5.3 Onderzoeksdesign

Vaak blijkt nieuw empirisch onderzoek noodzakelijk om de onderzoeksvragen te kunnen beantwoorden. Daartoe moeten eerst beslissingen genomen worden over het *research design*. De Vaus (2001, p. 8) legt dit begrip uit door de vergelijking met de constructie van een bouwwerk:

'When constructing a building there is no point ordering materials or setting critical dates for completion of project stages until we know what sort of building is being constructed. The first decision is whether we need a high rise office building, a factory for manufacturing machinery, a school, a residential home or an apartment block. Until this is done we cannot sketch a plan, obtain permits, work out a work schedule or order materials. Similarly, research needs a design or a structure before data collection or analysis can commence. (...) The function of a research design is to ensure that the evidence obtained enables us to answer the initial question as unambiguously as possible. Obtaining relevant evidence entails specifying the type of evidence needed to answer the research question, to test a theory, to evaluate a program or to accurately describe some phenomenon. In other words, when designing research we need to ask: given this research question (...) what type of evidence is needed to answer the question (or test the theory) in a convincing way? Examples of designs are the experiment, the quasi-experiment, the case study and the longitudinal (observation) study.'³¹

Het researchdesign van het onderzoek van De Ridder et al. bestaat uit een reconstructie van de werking van de subsidie aan de hand van vijf thema's: het beleid van de minister en van DLR, de effecten van dat beleid, uitvoering en besteding van de subsidiegelden, verantwoording en het functioneren van het zogenaamde Bemid-

31 D. de Vaus, *Research Design In Social Research*, Sage 2001.

delingsloket.³² Per thema wordt telkens expliciet en nauwkeurig aangegeven welke data op welke wijze waartoe worden verzameld; wordt de betrouwbaarheid ervan geanalyseerd en vindt vervolgens analyse plaats. In het onderstaande beperken we ons verder tot de eerste twee thema's.³³

5.4 Dataverzameling

Het soort gegevens dat in onderzoek wordt gebruikt, is de laatste jaren sterk uitgebreid. Behalve de vertrouwde boeken, artikelen en verslagen tegenwoordig ook contracten, e-mails, twitter, blogs, websites, video's (YouTube), beelden (tv en andere media) en fysiologische en psychologische data. Het gebruik maken van enquêtes, interviews, observatieschema's en focusgroepen, via mail, telefoon en internet, is nu al standaard. Maar de grotere variëteit aan data resulteert noodzakelijk in een grote(re) variëteit aan dataverzamelingsmethoden, zoals technieken om documenten te 'lezen', te 'categoriseren' en samen te vatten en psychologische, fysiologische en neurowetenschappelijke tests. De laatste decennia is ook geïnvesteerd in databases. De juridische faculteit van Stanford heeft bijvoorbeeld het 'Intellectual Property Litigation Clearinghouse', dat actuele data bevat over procedures omtrent intellectuele eigendom. Het WODC heeft databases met gegevens over strafrecht, privaatrecht en bestuursrecht.³⁴

Voor het onderzoek DLR is om te beginnen gebruik gemaakt van bestaande documenten en literatuur en tevens van bestaande gegevens, zoals onderzoeken uitgevoerd door de verzekeringsbranche en jaarverslagen³⁵ en gegevens over prestatie-metingen van DLR zelf naar onder andere de bekendheid van DLR.³⁶ Voorts zijn (27) interviews gehouden met sleutelinformanten. Ten slotte is er een digitale enquête gehouden onder gebruikers van het Bemiddelingsloket.

5.5 Analyse

Op welke wijze voeren empirisch-juridische onderzoekers hun analyses uit? Het antwoord is sterk afhankelijk van hun doeleinden en het type data. Als het doel is de verzamelde data overzichtelijk samen te vatten en te presenteren, dan kunnen sim-

32 Het bemiddelingsloket behoort tot de activiteiten van DLR. Als er een geschil dreigt in een letselschadedossier kan iedere betrokkene contact opnemen met het loket met vragen, problemen of klachten. Het doel van het loket is om vastgelopen zaken weer vlot te trekken.

33 Vergelijk voetnoot 16.

34 Susan W. van den Braak, Sunil Choenni, Sicco Verwer, 'Combining and analyzing judicial databases', te verschijnen in: B. Custers et al. (Eds.): *Discrimination & Privacy in the Information Society*, *SAPERE* 3, pp. 191–206.

35 Deze bestaande onderzoeken zijn daartoe beoordeeld op (methodische) kwaliteit.

36 De bestaande onderzoeken zijn daartoe beoordeeld op (methodische) kwaliteit. Het onderzoek naar de naamsbekendheid heeft een zogenaamde cross sectionele opzet. Het betreft vijf metingen die tussen 2008 en 2012 door twee verschillende onderzoeksbureaus zijn uitgevoerd (J. de Ridder e.a., *De Letsel Schaderaad, een studie over subsidiëring en zelfregulering*, Den Haag: WODC 2012, p. vii-ix).

pele technieken uit de beschrijvende statistiek volstaan. In de meeste ELR-projecten is het doel echter om verbanden te leggen en verwachtingen te formuleren: 'using facts we know to learn about facts we do not know is the goal'.³⁷ In dat geval moeten meer complexe (statistische) technieken worden aangewend. Maar uiteraard is niet elk ELR-onderzoek kwantitatief. Vaak worden in een onderzoek ook kwalitatieve data verzameld. Tegenwoordig kan ook dit type data, bijvoorbeeld documenten, zoals testamenten, contracten of vonnissen, veel systematischer worden geanalyseerd. De methoden daarvoor ontwikkelen zich momenteel snel.

Het beleid van de minister en van DLR

In het onderzoek wordt eerst de beleidstheorie geanalyseerd door de doelen en de middelen van de beide beleidsvoerders, de Minister van VenJ en DLR, te reconstrueren in de vorm van een zogenaamde doelboom, met bovenin het ultieme doel waarop de subsidie is gericht en daarmee samenhangende algemene beleidsdoelen. Onder dat doel hangen de meer specifieke tussendoelen met betrekking tot de afwikkeling van letselschade, die elk weer zijn te beschouwen als middelen voor de hoger gelegen beleidsdoelen. Aldus wordt de keten van normatieve en causale relaties zichtbaar gemaakt.³⁸

Op basis van de gegevens uit de documentanalyse en de interviews, worden de redeneerstappen in de doelboom vervolgens beoordeeld op de mate waarin zij SMART (specifiek, meetbaar, acceptabel, realistisch, tijdgebonden) zijn geformuleerd en op de mate waarin het beleid van de minister en van DLR congruent is. Het oordeel van de onderzoekers is 'gemengd'. Ten aanzien van het beleid van de minister constateren zij bijvoorbeeld dat de 'prestatieafspraken' zeer algemeen van aard zijn en zich 'laag in de doelboom' bevinden. Het blijken zelfs niet zozeer afspraken over de te leveren prestaties, als wel afspraken over de indicatoren waarmee deze kunnen worden gemeten. Daar komt bij dat de norm op basis waarvan de prestatie moet worden beoordeeld ontbreekt. Dus er bestaat bijvoorbeeld wel een afspraak over de jaarlijkse meting van bekendheid, maar niet over wanneer de prestatie als voldoende wordt beschouwd. Dit leidt de onderzoekers tot de onderkoelde conclusie dat de doeltreffendheid van de subsidie geen belangrijk item voor de subsidieverlener lijkt te zijn en dat de subsidieverlener de prestaties en activiteiten van de subsidieontvanger slechts marginaal beoordeelt en met name stuurt op de aard van de besteding van gelden. De beoordeling van het beleid van DLR leidt tot de conclusie dat DLR zich, anders dan de minister, nadrukkelijk richt op de verbetering van de positie van het slachtoffer en dat andere partijen, zoals verzekeraars, advocaten of medisch adviseurs, grotendeels buiten beeld blijven.

37 L. Epstein & A. Martin, 'Quantitative approaches to empirical legal research', in: Cane, P. & Kritzer, H. (eds), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 901-926.

38 J. de Ridder e.a., *De Letsel Schaderaad, een studie over subsidiëring en zelfregulering*, Den Haag: WODC 2012, p. 25-28.

Effecten

In hoeverre is inbedding en naleving van de code nu verwezenlijkt? Inbedding heeft betrekking op bekendheid en internalisering. Bekendheid van DLR, van de Gedragscode en van de materiële normen wordt vastgesteld op basis van metingen van die elk jaar in opdracht van DLR zijn uitgevoerd. De bekendheid onder consumenten blijkt niet erg groot, maar die onder marktpartijen wel. Zij geven aan in sterke mate te werken in de geest van de Gedragscode, ook al omdat dit doorgaans overeen komt met hun eigen visie op de afhandeling van letselschadezaken. In deze zin is de Gedragscode geïnternaliseerd. Bij de (LSA-)advocaten, is dat echter veel minder het geval.³⁹ Deze partij kent een beduidend lager gezag en onafhankelijkheid toe aan DLR.

Over naleving ontvouwen de onderzoekers twee concurrerende verklarende theorieën. De 'instrumentele theorie' stelt de gedragsregulerende werking van de code centraal. Om een bevredigende en doelmatige afhandeling van letselschadeclaims te bewerkstelligen, dienen partijen zich te gedragen volgens de normen van de Gedragscode. Dat is het geval indien de Gedragscode daadwerkelijk een rol speelt bij de afhandeling. Dit vergt bekendheid van de Gedragscode. DLR spant zich in - met succes zoals we hiervoor zagen - om de bekendheid van de Gedragscode te vergroten. Wanneer deze doorwerkt in de handelwijze van partijen is het doel bereikt. De concurrerende theorie, de 'socialisatietheorie', gaat er van uit dat in de huidige situatie de principes van de Gedragscode al nagenoeg algemeen bekend zijn en worden aanvaard als vanzelfsprekend en juist. Zij worden echter niet altijd nageleefd omdat 'free rider' gedrag te veel voordelen oplevert. In deze theorie functioneert DLR als een 'zachte toezichthouder' die de partijen wijst op de norm en daarvan afwijkend gedrag publiek maakt. Deze alternatieve theorie stelt niet de gedragsregulerende werking van de code op zich, maar die van de activiteiten van DLR centraal.

De onderzoekers spannen zich in om beide theorieën te toetsen. De mate van naleving wordt in de eerste plaats geïndiceerd door het aantal inschrijvingen in het Gedragscode-register.⁴⁰ Dit blijkt gestaag te zijn toegenomen. Het beeld van de toepassing van de Gedragscode is divers. Partijen lijken eerder met de algemene gedragsnormen uit de Gedragscode in te stemmen dan met de meer concrete normen uit de code. De attitude van de partijen in de letselschade markt lijkt sterk te zijn veranderd, vooral die van verzekeraars. Was deze in het verleden vooral gericht op het minimaliseren van de te vergoeden bedragen, tegenwoordig is men – mede uit eigen belang - meer gericht op een zorgvuldige behandeling van slachtoffers.

De meeste partijen voelen zich medeverantwoordelijk om de (procedurele en materiële) normering verder te ontwikkelen en te blijven werken aan een zo spoedig

39 De LSA is de Vereniging van Letsel Schade Advocaten.

40 DLR beheert een register waarin partijen zijn ingeschreven die de Gedragscode onderschrijven en zeggen toe te passen.

en eenvoudig mogelijke afhandeling van schadegevallen. Twee factoren blijken in het bijzonder samen te hangen met de naleving van de Gedragscode. Allereerst de aard van de betrokkenheid. LSA-advocaten hebben de Gedragscode niet ondertekend, zijn er minder bekend mee, kennen minder gezag toe aan DLR. Zij blijken de Gedragscode en de materiële normen ook minder toe te passen. De tweede factor is de mate waarin partijen de Gedragscode hebben geïnternaliseerd. Hoe meer sprake is van internalisering, hoe meer de Gedragscode en de materiële normen worden toegepast. Deze resultaten ondersteunen de 'socialisatie theorie'.

In hoeverre zijn de beoogde doelen bereikt? De afhandelingsduur van zaken, een centrale indicatie voor de doelbereiking, blijkt aanmerkelijk gedaald. Het oordeel van geënkquêteerden over de mate waarin sprake is van een meer harmonieuze, duidelijke en transparante afhandeling van letselschade, blijkt sterk samen te hangen met de vraag of men in het Gedragscode-register staat ingeschreven of niet, zoals LSA-advocaten. De groep die wel staat ingeschreven ziet duidelijk meer progressie op dit punt, terwijl de advocaten nauwelijks enige vooruitgang zien.

Last but not least beantwoorden de onderzoekers de vraag naar het verband tussen de (door de minister gesubsidieerde) activiteiten en de vastgestelde effecten. Hiertoe passen de onderzoekers de zogenaamde algemene eliminatie methode toe. Daarmee wordt zo systematisch mogelijk onderzocht of er andere plausibele oorzaken zijn aan te wijzen die verantwoordelijk zouden kunnen zijn voor het geconstateerde effect. De conclusie luidt dat het niet plausibel is dat er andere oorzaken zijn en dat het beleidsinstrument lijkt te werken.

5.6 Beantwoording onderzoeksvragen

De slotconclusie van het onderzoek luidt dat het doel in aanzienlijke mate is bereikt. Het is bovendien plausibel dat dit voornamelijk aan de Gedragscode en de activiteiten van de DLR moet worden toegeschreven. Het onderzoek was primair een evaluatie van een subsidie, maar heeft wetenschappelijke meerwaarde gekregen doordat twee rivaliserende nalevingstheorieën zijn geformuleerd en getoetst. Op dit punt luidt de conclusie dat veel meer steun is te vinden voor de socialisatietheorie – de socialiserende werking van de DLR structuur waarin partijen elkaar bij de les houden, draagt sterk bij aan internalisering van de Gedragscode, die vervolgens leidt tot naleving - dan voor de instrumentele theorie, die de gedragsregulerende werking van de Gedragscode centraal stelt en de activiteiten van DLR als ondersteunend daarvoor ziet.

Onderzoek heeft een cyclisch karakter. Na afloop kan het onderzoeksproces 'doorstarten', bijvoorbeeld omdat niet alle onderzoeksvragen (volledig) zijn beantwoord, wegens methodische problemen of bijvoorbeeld omdat er geen geschikte data zijn gevonden. In het ideale geval begint de cyclus opnieuw, omdat het onderzoek heeft geleid tot nieuwe vragen. Dat laatste is het geval bij het onderzoek van De Ridder et

al. Dit leidt bijvoorbeeld tot de vervolgvraag of de socialisatietheorie ook in andere contexten opgaat of dat de gelding ervan aan specifieke condities is gebonden.

6 De Ridder als 'mensch'

In het voorgaande is De Ridder als wetenschapper belicht. Het daarbij laten zou hem onrecht doen. De Ridder is immers ook een 'mensch': een integer en menselijk karakter met meerdere onvermoede kanten. In een wereld van havikjes, schreeuwertjes en gebakken lucht opereert De Ridder op een weldadig dempende en ingetogen wijze. Anderzijds schroomt hij niet om mensen (bestuurders, maar ook collega-onderzoekers en met name ook consultants) die duikgedrag vertonen, grosieren in immunisatiepraktijken en blabla, pittig tegemoet te treden. De Ridder zelf heeft overigens in allerlei hoedanigheden zijn sporen als bestuurder-onderzoeker verdiend. We volstaan hier met het memoreren van zijn uitstekend voorzitterschap van Vide, de beroepsvereniging van toezichthouders, inspecteurs, handhavers en evaluatoren.

Hoewel zijn – niet heel 'snelle' – voorkomen dat niet doet vermoeden, is De Ridder een innovatief mens. Hij loopt soms voorop met inzichten die pas veel later gemeengoed worden. Zo ontdekte hij, al in het midden van de jaren negentig, via een van zijn studenten dat (sommige) Groningse restauranthouders de normen van de toenmalige Keuringsdienst van Waren te laag vonden. Daarom legden zij zichzelf hogere normen op ('zelfbinding'). Dat lijkt mooi altruïsme. De Ridder stelde zich niet tevreden met deze al te makkelijke verklaring en prikte daar toen al doorheen met zijn argument dat altruïsme een minder waarschijnlijk motief was omdat betrokken restauranthouders er uitbundig reclame mee maakten. Zij gebruikten het dus als concurrentiemiddel. Met dat inzicht was hij zijn tijd in de wereld van het toezicht vooruit.

De Ridder is een toegewijde en geduldige onderwijzer geweest. Generaties studenten hebben zich in allerlei colleges aan zijn kennis en inzicht kunnen laven. In langdurige besprekingen met veel kopjes thee heeft De Ridder vele studenten succesvol begeleid bij hun scriptie. Ook de begeleiding van gevorderde onderzoekers en promovendi was bij De Ridder in goede handen. Op socratische wijze zet hij met vragen de onderzoeker aan het denken en geeft hij richting. Hij schrijft niet voor, maar denkt mee. In een socratisch dialoog probeert hij argumentaties uit en werkt zo toe naar bevredigende oplossingen.

Ten slotte, De Ridder is ontegenzeggelijk een serieuze man die in eerste instantie een gereserveerde indruk kan maken. Maar degenen die hem beter kennen - en wij doen dat gelukkig - weten dat daar achter een gezellig, gastvrij en humoristisch mens schuil gaat, belangstellend, oprecht nieuwsgierig en vol vrolijke verbazing over wat hij allemaal meemaakt. Als 'mensch' neemt De Ridder gelukkig geen afscheid. Wel als wetenschapper bij de RUG. Maar wie weet, gaat hij mee met de tijd. Dan blijven we hem hopelijk ontmoeten, maar dan in de moderne gedaante van bijvoorbeeld 'senior advisor, entrepreneur & trendsetter'.

Een grotere rol van privaat toezicht in de bouw: gaat dat werken?

Richard Neerhof¹

1 Inleiding

Veel mensen kunnen zich de berichten in de media over een ingestort parkeerdek in Tiel, naar beneden stortende balkons in Maastricht en het instorten van het dak van het FC Twente-stadion tijdens de bouw nog herinneren. De constructieve veiligheid van bouwwerken blijkt geen vanzelfsprekendheid. Moet de gemeentelijke overheid meer doen of zijn er andere manieren om de constructieve veiligheid van bouwwerken zeker te stellen?

Of het toezicht op de bouw nu door de overheid of op de markt geschiedt, steeds zit veel werk in het beoordelen vooraf van papieren (plannen, ontwerpen) en steeds is een beperking van het toezicht dat het resultaat van de werkzaamheden waarop het toezicht betrekking heeft verdwijnt 'in vloeren, wanden en achter plafonds'.²

De laatste jaren lijkt meer van privaat bouwtoezicht te worden verwacht dan van publiek bouwtoezicht. De Commissie Dekker bracht in 2008 het rapport 'Privaat wat kan, publiek wat moet' uit in opdracht van het kabinet Balkenende IV. De Commissie meende dat de bouwpraktijk meer zou moeten investeren in 'de eigen verantwoordelijkheid voor het voldoen aan de voorschriften en de wijze waarop dit wordt bereikt'.³ Zij beval aan de preventieve bouwplantoetsing door gemeentebesturen af te schaffen.⁴

Na dit rapport is een aantal studies verschenen over private kwaliteitsborging in de bouw. Sinds 2003 worden praktijkproeven uitgevoerd met de zogenoemde gecertificeerde bouwplantoets.⁵ Het kabinet Rutte II zet in op een stelsel waarbij een opdrachtgever vooralsnog kan kiezen tussen een technische bouwplantoetsing door een privaat bureau of door het gemeentebestuur.⁶

1 Met dank aan Nico Scholten en Hugo Strang voor input en Monika Chao-Duvis voor feedback.

2 J. van der Heijden, *De voor- en nadelen van privatisering van het bouwtoezicht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 83.

3 Commissie Fundamentele Verkenning Bouw (Commissie Dekker), *Privaat wat kan, publiek wat moet*, 14 mei 2008, Bijlage bij *Kamerstukken II 2007-2008*, 29 515 en 28 325, nr. 261, p. 21.

4 Commissie Fundamentele Verkenning Bouw 2008, i.h.b. p. 4, 21.

5 *Kamerstukken II 2007-2008*, 28 325 nr. 54 (Brief van de Minister voor Wonen, Werk en Integratie van 8 oktober 2007), p. 5.

6 *Kamerstukken II 2011-2012*, 28 325, nr. 146, p. 2-4; *Kamerstukken II 2012-2013*, 32 757, nr. 56, p. 11.

Kunnen wij veel verwachten van een grotere rol van private kwaliteitsborging in het publieke bouw- en woningtoezicht? Ko de Ridder ziet inschakeling van private kwaliteitsborging in het publieke domein als een optie die alleen onder specifieke condities overwogen kan worden: 'Privaat toezicht in strikte zin houdt zoveel in als we lossen het samen wel op en we hebben de overheid niet nodig.' [Dit toezicht kan] '...alleen maar functioneel zijn onder heel bijzondere omstandigheden. De baten van vrijwillige toetreding tot een groep met gemeenschappelijke normen moeten groter zijn dan de baten van free rider gedrag.'⁷ En: 'Publieke belangen die de samenleving als geheel betreffen lenen zich (...) niet voor private regulering en privaats toezicht', aldus Ko.⁸

In deze bijdrage wil ik nagaan of er voorwaarden zijn waaronder private kwaliteitsborging in het bouwtoezicht bij kan dragen aan constructieve veiligheid van bouwwerken. In paragraaf 2 schets ik de gedachtevorming en politieke besluitvorming in de afgelopen jaren. Om de vraag of grotere inzet van private kwaliteitsborging in het bouwrecht een optie is goed te kunnen beantwoorden, ga ik na welke rol private kwaliteitsborging op dit moment al speelt in het publieke en het private bouwrecht (paragraaf 3) en wat uit onderzoek bekend is over het functioneren van privaats toezicht in de bouw in het buitenland (paragraaf 4). In paragraaf 5 trek ik conclusies: kan het inschakelen van private kwaliteitsborging en een andere rol van het gemeentebestuur bij het bouwtoezicht onder omstandigheden (tóch) verantwoord zijn en zelfs voordelen hebben?

2 Naar een grotere rol van private kwaliteitsborging in het bouwtoezicht

De afgelopen jaren is gestudeerd op en geëxperimenteerd met private kwaliteitsborging en de regering zet nu voorzichtig een stap naar een grotere rol hiervan in de bouw. Hieronder bespreek ik zowel de intellectuele (paragraaf 2.1) als de politieke rijping (paragraaf 2.2) van verschillende alternatieven.⁹

2.1 Studies naar een grotere rol van private kwaliteitsborging in de bouw

Vanaf 2008 verschijnen relevante studies naar een grotere rol van private kwaliteitsborging in de bouw.

7 J. de Ridder, 'Privaat toezicht en regulering van milieubelastend gedrag', in: Arnt Mein et al, *Toezicht door private partijen: panacee voor alle kwalen?* Verslag van het Erasmus Instituut Toezicht & Compliance Symposium 26 maart 2009, Rotterdam 2009, p. 39.

8 De Ridder 2009, p. 40.

9 In de termen van de bestuurskundige Kuypers (een leermeester van Ko): de 'groene' en de 'rode' draad. G. Kuypers, *Beginselen van beleidsontwikkeling, deel A en B*, Muiderberg: Coutinho 1980.

Commissie Dekker: 'Privaat wat kan, publiek wat moet'(2008)

De Commissie Dekker bracht in 2008 het rapport 'Privaat wat kan, publiek wat moet' uit, in opdracht van het kabinet Balkenende IV. Volgens deze commissie zijn onder de huidige regelgeving in de bouw de verantwoordelijkheden van private partijen en overheden niet helder en adequaat gedefinieerd. Zowel de overheid als private partijen zouden hun verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van bouwwerken in de praktijk niet waarmaken. Bouwbedrijven moeten zelf verantwoordelijk zijn voor het voldoen aan de voorschriften van de bouwregelgeving en de wijze waarop dit wordt bereikt. De preventieve bouwplantoetsing door gemeentebesturen zou moeten worden afgeschaft. Het gemeentebestuur moet wel verantwoordelijk blijven voor toezicht en handhaving als een bouwwerk er eenmaal staat. De commissie beval aan een praktijkproef te organiseren om de condities te onderzoeken waaronder deze werkwijze zou kunnen worden gevolgd. Daarbij zou de vraag moeten worden betrokken in hoeverre het mogelijk is een 'private opleveringskeuring' te introduceren.²⁰

'Verder na Dekker' (2011)

Het kabinet Rutte I wilde de lastendruk voor burgers en bedrijven verminderen en verkennen hoe herziening van de bouwregelgeving daaraan zou kunnen bijdragen. In 2011 werd in opdracht van de Minister voor Wonen, Werk en Integratie door een onderzoeksconsortium het rapport 'Verder na Dekker. Innovatie van de bouwregelgeving' uitgebracht.²¹ De analyse is deels dezelfde als die van de Commissie Dekker: de gemeentebesturen noch de markt vervullen feitelijk een serieuze taak bij de borging van kwaliteit van bouwwerken. Eigenaar en gebruiker hebben in de praktijk beperkte verhaalsmogelijkheden als een gebouw niet blijkt te voldoen aan de bouwtechnische eisen. De bouwregelgeving zou inadequaat zijn, doordat de boodschap daarin onvoldoende kenbaar is en marktpartijen er niet mee overweg kunnen.

Het voorstel van het onderzoeksteam hield in dat de wetgever zich moet beperken tot omschrijving van doelen voor bouwwerken in termen van veiligheid, gezondheid en duurzaamheid. De doelen worden in voorschriften en instrumenten uitgewerkt door marktpartijen. In die voorschriften zou gedifferentieerd moeten worden naar complexiteit van de bouwopgaven. De preventieve bouwplantoetsing kan verdwijnen. Maar er is wel een zeer uitgesproken rol voor de gemeentelijke overheid in het voorstel weggelegd, anders dan 'bij Dekker'. Op het moment van oplevering van een bouwwerk moet de opdrachtgever van de bouw een dossier aan het gemeentebestuur overleggen waaruit blijkt of aan de voorschriften is voldaan. Private kwaliteitsborging door een onafhankelijke derde is niet dé manier, maar één van de manieren waarop de opdrachtgever zijn verantwoordelijkheid hiervoor kan

10 Commissie Fundamentele Verkenning Bouw 2008, i.h.b. p. 4, 21.

11 De Stichting Expertisecentrum Regelgeving Bouw (hierna: ERB), in samenwerking met RIGO Research en Advies & TNO.

waarmaken.¹² Als aan de voorschriften blijf te zijn voldaan, neemt het gemeentebestuur een appellabel besluit tot het verlenen van toestemming voor ingebruikname van een gebouw.¹³

Vervolgstudies naar de inrichting van een privaat stelsel van bouwtoezicht (2012-2013)

De Minister van BZK (Donner) formuleerde in 2011 uitgangspunten voor een wettelijk kader waarbinnen private kwaliteitsborgingsinstrumenten een rol kunnen krijgen. Bouwwerken moeten voldoen aan het Bouwbesluit. Het moet helder zijn wie daarvoor verantwoordelijk is en wie aansprakelijk is als daaraan niet wordt voldaan.¹⁴

Om 'Dekker' te kunnen implementeren, werden drie meer specifieke studies in opdracht van het Ministerie van BZK verricht. De studies zien in private kwaliteitsborging een goed alternatief voor gemeentelijk bouwtoezicht, mits:

- bij de uitwerking wordt gedifferentieerd naar type bouwopgave, waarbij risico's en complexiteit leidend moeten zijn;
- wordt voorzien in prikkels voor adequaat functioneren van de private kwaliteitsborging, zoals risicoaansprakelijkheid van de hoofdaannemer, die tevens verplicht wordt tot het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering.

De studies zitten niet op een lijn met betrekking tot de noodzaak van een handhavingstaak van een bevoegd gezag.¹⁵

- 12 De diepgang van toetsing door het gemeentebestuur van het dossier kan afhangen van de waarborgen die de opdrachtgever/eigenaar in het kwaliteitsborgingsstelsel heeft ingebouwd
- 13 Expertisecentrum Regelgeving Bouw, *Verder na Dekker. Innovatie van de bouwregelgeving*, Delft 2011, i.h.b. p. 3-5, 14-31, 38-39. Het rapport is op 15 december 2011 doorgeleid naar de Tweede Kamer (*Kamerstukken II 2011-2012*, 28 235, nr. 146). Zie ook N.P.M. Scholten & R. de Wildt, *De bouw de appels, de gebruiker de gebakken peren?*, Nieuwsbrief 2013-ERB-P048, <https://www.bouwregelwerk.org/>, onder Over ERB onder Nieuws en publiciteit; Verslag discussiebijeenkomst 'Toekomst stelsel bouwregelgeving', 2 september 2013, 2013-ERB-M053/snn, p. 1.
- 14 *Kamerstukken II 2011-2012*, 28 325, nr. 146, p. 2-3 (brief aan de Tweede Kamer van 15 december 2011). Hier was het rapport 'Verder Na Dekker' bijgevoegd.
- 15 Johan van der Graaf & Michiel J.F. van Pelt, *De markt als toezichthouder. Private kwaliteitsborging in de bouw*, Den Haag: Stichting Bouwkwaliiteit 2012; Spekkink C&R, *Motieven van marktpartijen voor toepassing van een privaat stelsel in het bouwtoezicht*, 2012; Ira Helsloot & Arjen Schmidt, *Risicoaansprakelijkheid als vervanging van overheidsstoezicht in de bouw? Een verkennend onderzoek naar een effectief en efficiënt kaderstellend instrument voor kwaliteitsborging*, Crisislab 2012, p. 4. De drie rapporten zijn gepubliceerd op: www.rijksoverheid.nl. Zij zijn gebaseerd op onderzoeksinstrumenten als documentenanalyse, juridische analyse, workshops en/of gesprekken met experts en branchevertegenwoordigers. In september 2013 verscheen overigens ook een in opdracht van de Minister van BZK uitgevoerde 'maatschappelijke kosten-batenanalyse' (MKBA) naar de effecten van invoering van private kwaliteitsborging in de bouw. De kosten van het gemeentelijk bouw- en woningtoezicht (€ 330 miljoen) zouden jaarlijks 1,4 % van de gemiddelde totale jaarlijkse opdrachtsom van bouwprojecten (€ 23 miljard) bedragen. Met een volledig privaat systeem van kwaliteitsborging zou hierop op jaarbasis € 140 miljoen worden bespaard. Zie: Ecorys, *MKBA Privatisering kwaliteitsborging in de bouw*, Rotterdam 2013, p. 7, 51. Ook dit rapport is gepubliceerd op www.rijksoverheid.nl. Voor een MKBA worden 'alle effecten van een systeemwijziging' in kaart gebracht met behulp van vertegenwoordigers van 'betrokken partijen' (p. 23, 59). De bevindingen zijn dus niet erg hard.

Welk privaatrechtelijk bouwrechtregime behoort bij een grote rol van preventief privaat toezicht en hoe het tweedelijns toezicht daarop moet worden ingericht, behoefde nog meer studie. In februari 2013 verscheen in opdracht van het Ministerie van BZK een rapport van het Instituut voor Bouwrecht: 'Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheden in de bouw'.¹⁶ Hierin werden – kort gezegd – de consequenties doordacht die een stelsel van preventief privaat bouwtoezicht voor het private bouwrecht heeft.¹⁷ Dit private bouwrecht moet zo zijn ingericht, dat zo'n stelsel goed kan functioneren. Naar huidig recht (art. 7:758, derde lid, BW en het autonome bouwcontractenrecht) is de aannemer ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. De regelgeving zou op dit punt kunnen worden gewijzigd, opdat een ruimere aansprakelijkheid van de opdrachtnemer in het leven wordt geroepen.¹⁸ Er is een sterke prikkel nodig om bouwkwaliteit te leveren, maar tegelijkertijd moet het economisch bestaan van aannemers zeker worden gesteld. Dit kan met een wettelijk verplichte 'verborgen gebreken verzekering' en een daaraan gekoppelde garantieregeling. Als de ondernemer zich bij een bouwwerk heeft gehouden aan bepaalde garantienormen, wordt hiervoor een garantie (of certificaat) verleend. De verzekering geldt alleen voor bouwwerken waarvoor de garantie is verleend. De slecht presterende ondernemer kan (uiteindelijk) worden uitgesloten van deelname aan de verzekering. Als ten onrechte een garantie is afgegeven, kan de beoordelende instantie (de instantie die de garantie afgaf) aansprakelijk worden gesteld.¹⁹

In de hierboven genoemde studies wordt een goed functionerend toezicht op het gebruik van de instrumenten van private kwaliteitsborging (erkenning, certificering of accreditatie) als een 'must' gezien, waarbij de overheid ook een rol kan hebben.²⁰ Over het toezicht op private kwaliteitsborging verscheen in juni 2013 een rapport van de Brink Groep, eveneens in opdracht van het Ministerie van BZK.²¹ Een 'borgende instantie' moet waken over de kwaliteit van instrumenten van kwaliteitsborging en de organisaties die ze gebruiken. Deze instantie zou geheel of voor een substantieel deel door de markt moeten worden gefinancierd. De instantie moet handhavend

16 M.A.B. Chao-Duivis & H.P.C.W. Strang, *Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw. Onderzoek naar privaatrechtelijke verbeteringsmogelijkheden van de bouwkwaliteit*, Den Haag: IBR 2013.

17 Chao-Duivis & Strang 2013, p. 3.

18 Ik kan hier niet ingaan op de ins and outs van de voorstellen die in dit rapport worden gedaan.

19 Chao-Duivis & Strang 2013, p. 3-14, 46-47, 52-54, 69-70, 101, 129-131.

20 Zie: Van der Graaf & Van Pelt 2012, p. 42-45; Helsloot & Schmidt 2012, p. 34; Chao-Duivis & Strang 2013, p. 46.

21 Marleen Hermans & Maaïke van Kats-Schouwerwou, *Ruimte voor ambitie. Quick Scan Autoriteit Private Kwaliteitsborging*, Leidschendam: Brink Groep 2013. Hierbij is gebruik gemaakt van bronnenonderzoek (dit wordt niet nader gespecificeerd), oriënterende gesprekken met direct betrokkenen en gesprekken met vertegenwoordigers van stakeholders (brancheorganisaties en gremia met een toezichtrol in het huidige stelsel) (p. 13-14).

kunnen optreden en voldoende onafhankelijk, deskundig en gezaghebbend zijn. De (centrale) overheid moet de aansluiting van de private kwaliteitsborging op publiek-rechtelijke regelgeving bewaken.²²

2.2 Experimenteren en touwtrekken

De afgelopen jaren is geëxperimenteerd met nieuwe vormen private kwaliteitsborging in de bouw. Vanaf 2003 zijn praktijkproeven met een bouwplantoets door daartoe gecertificeerde bureaus uitgevoerd en geëvalueerd.²³ Afgelopen jaren werden de proeven uitgevoerd in het kader van de implementatie van aanbevelingen van de Commissie Dekker.²⁴

De toets aan de bouwregelgeving wordt op vrijwillige basis uitgevoerd. Het 'toetsrapport' van een gecertificeerd bureau kan bij de indiening van de vergunningaanvraag worden overgelegd.²⁵ Aan het toetsrapport kent de wet geen betekenis toe. Het rapport kan hooguit aanwijzingen opleveren dat aan wettelijke eisen wordt voldaan.²⁶

Vanaf 2007 hebben achtereenvolgende ministers met wonen en bouwen in hun portefeuille zich geëngageerd aan het indienen van een wetsvoorstel voor een gecertificeerde toets van bouwplannen aan het Bouwbesluit.²⁷ Bij een meerderheid van de Tweede Kamer bestaan echter reserves. Zij aanvaardt in december 2012 de motie Jansen/De Vries waarin wordt uitgesproken dat met privatisering van de bouwplantoets 'zonder flankerende eisen' de kans dat wordt gebouwd conform het Bouwbesluit wellicht zelfs zou kunnen verslechteren. Eerst zou de 'verplichte ver-

22 Hermans & Van Kats-Schouwerwou 2013, p. 1-3.

23 *Kamerstukken II* 2007-2008, 28 325, nr. 54 (Brief van de Minister voor Wonen, Werk en Integratie van 8 oktober 2007), p. 1-5.

24 *Kamerstukken II* 2008-2009, 29 515 en 28 325, nr. 296.

25 De certificaathouder kan slechts verklaren dat hij zich bij het beoordelen van het bouwplan heeft gehouden aan de eisen die voor hem gelden op grond van het hem verleende certificaat. Deze eisen hebben betrekking op het kwaliteitssysteem dat wordt toegepast. Zie de Intentieverklaring gecertificeerde Bouwbesluittoets, te vinden op www.bpt.nu/bpt/; Chao-Duivis & Strang 2013, p. 52-53, 65; VROM-Inspectie, *Private kwaliteitsborging in de bouwregelgeving*, nr. VI-2010-40, Den Haag: VROM-Inspectie, Ministerie van Infrastructuur en Milieu 2011, p. 26-27, 29; H.J. Ligthart, m.m.v. Johan van der Graaf, *Routekaart naar private kwaliteitsborging*, Rotterdam/Utrecht 2013, p. 19-20; Henk Vischer, *Lichten op groen voor certificaat bouwplantoets*, Bouwregels in de praktijk 2011/3, p. 12.

26 Art. 2.10, eerste lid, aanhef en onder a, Wabo eist slechts een aannemelijkheidstoets. Zie: A.R. Neerhof, *Certificering en normalisatie in het publieke bouwrecht*, 's-Gravenhage: IBR 2013, p. 67-68.

27 *Kamerstukken II* 2007-2008, 28 325 nr. 54 (Brief van de Minister voor Wonen, Werk en Integratie van 8 oktober 2007), p. 2-4; *Kamerstukken II* 2011-2012, 28 325, nr. 146 (Brief van de Minister van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties van 15 december 2011), p. 2-3; *Kamerstukken II* 2012-2013, 32 757, nr. 56, p. 11 (Verslag van een algemeen overleg van 6 december 2012).

zekerde rechtsbescherming van opdrachtgevers, gebruikers en derden' afdoende moeten zijn geregeld.²⁸

Ook direct betrokkenen hebben zich de afgelopen tijd geroerd. De gemeentelijke bouw- en woningtoezichthouders geven in maart 2013 aan te opteren voor een privaat stelsel onder toezicht van de gemeente. Het gemeentebestuur zou een belangrijke rol moeten hebben bij de oplevering: het moet ingebruikname van een bouwwerk kunnen verbieden.²⁹

Op initiatief van de bouwsector is in juli 2013 een 'Routekaart naar private kwaliteitsborging' uitgebracht, waarin wordt aangesloten bij de Commissie Dekker.³⁰ Private kwaliteitsborging staat voorop, met een rol van de (centrale) overheid op afstand. Gemeentelijk ingrijpen (handhaving) komt pas in beeld als een onafhankelijk 'technisch controle bureau' niet overtuigend kan verklaren dat een bouwplan of een bouwwerk aan de eisen van de publiekrechtelijke bouwregelgeving voldoet.³¹

De Minister voor Wonen en Rijksdienst (Blok) heeft toegezegd de inbreng vanuit de Tweede Kamer en de bouwsector mee te nemen in de uiteindelijke voorstellen.³² In november 2013 kondigt hij aan met een voorstel te komen om de private kwaliteitsborging in de bouw vorm te geven. In het nieuwe stelsel kunnen private partijen instrumenten voor private kwaliteitsborging ontwikkelen. Daarbij kunnen zij differentiëren naar complexiteit van een bouwwerk en zwaarte van de verbonden risico's. Een door de minister aan te wijzen toelatingsorganisatie gaat beoordelen of de instrumenten voldoen aan door de overheid gestelde criteria en beslissen over hun toelating.

Het nieuwe stelsel zou in werking moeten treden in 2015. De minister denkt, net als zijn voorganger, vooralsnog aan een duaal stelsel. Hierbij wordt een opdracht-

28 *Kamerstukken II 2012-2013, 32 757, nr. 50 (motie - De Vries/Jansen I); Handelingen II 2012-2013, 38, p. 113. Zie ook Kamerstukken II 2012-2013, 32 757, nr. 52 (motie - De Vries/Jansen II); Handelingen II 2012/2013, 38, p. 113.*

29 Vereniging Bouw- & Woningtoezicht Nederland, *Privaat wat moet, publiek wat onvermijdelijk is. Voorlopig visiedocument private kwaliteitsborging*, versie 12 maart 2012, i.h.b. p. 3-6, 19, www.vereniging-bwt.nl.

30 De routekaart is geschreven door het 'Actieteam Private Kwaliteitsborging'. De leden namen op persoonlijke titel en vanuit specifieke deskundigheid deel aan de discussie. Ligthart 2013, p. 13. p. 7-8.

31 Ligthart 2013, p. 13-14, 18-22; p. 23-27, 41, Het onderzoeksteam 'Verder Na Dekker' kiest duidelijk voor een andere lijn: zie verslag van de door het ERB geëntameerde discussiebijeenkomst op 2 september 2013 'Toekomst stelsel bouwregelgeving', 2013-ERB-Mo53/snn.

32 Zie voor het overleg met de Kamer: *Kamerstukken II 2011-2012, 32 847, nr. 25* (brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 28 juni 2012), p. 3; *Kamerstukken II 2012-2013, 32 847, nr. 39* (brief van de Minister voor Wonen en Rijksdienst van 24 januari 2013, p. 3; TK 2012-2013, 32 847, nr. 66 (verslag van een schriftelijk overleg, vastgesteld 1 mei 2013), p. 8, 14-15; *Kamerstukken II 2012-2013, 32 757, nr. 56* (verslag van een algemeen overleg op 6 december 2012), p. 1, 11; *Kamerstukken II 2012-2013, 32 757, nr. 73* (verslag van een algemeen overleg op 23 mei 2013), p. 28; *Kamerstukken II 2012-2013, 32 757, nr. 77* (brief van de Minister voor Wonen en Rijksdienst van 28 augustus 2013), p. 2; *Kamerstukken II 2013-2014, 32 757, nr. 89* (verslag van een algemeen overleg van 12 september 2013), p. 20; *Kamerstukken II 2013-2014, 32 847, nr. 89* (verslag van een algemeen overleg van 19 september 2013), p. 6-7, 11.

gever voor een bouwwerk de keuze gelaten om voor de toetsing van een bouwplan aan het Bouwbesluit 2012 een privaat instrument toe te passen of de toetsing door het gemeentebestuur te laten uitvoeren. Het duale stelsel zou gedurende minimaal drie jaren moeten bestaan in het belang van een zorgvuldige overgang naar een volledig privaat stelsel van kwaliteitsborging. In die periode zal worden bezien of aanpassingen van het private stelsel nodig zijn.³³

Een versterking van de positie van de bouwconsument zal volgens de minister een goede prikkel zijn voor levering van betere bouwkwaliteit.³⁴ Het verplicht stellen van een verzekering voor de opdrachtgever als bedoeld in de motie Jansen/De Vries zou echter geen meerwaarde hebben in vergelijking met de huidige situatie waarin veel met een vrijwillig keurmerk wordt gewerkt (zie hierover paragraaf 3.2). De minister kondigt wel een experiment aan waarbij voor woningen gebouwd onder de garantieregeling die (onder meer) SWK en Woningborg hanteren, de preventieve bouwplantoetsing en bouwtoezicht vervalt.³⁵ Naar aanleiding van het hierboven besproken rapport van het Instituut voor Bouwrecht wil de minister in overleg met de Minister voor Veiligheid en Justitie nagaan of de aansprakelijkheidsregels en algemene voorwaarden in de bouw aanpassing behoeven om de positie van de opdrachtgever te verbeteren.³⁶ In de brief wordt niet ingegaan op de optie van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering van opdrachtnemers en een daaraan gekoppelde garantieregeling, zoals die in het rapport van het IBR aan de orde kwam.³⁷

3 De rol van private kwaliteitsborging in het huidige bouwrecht

Ook nu vervult private kwaliteitsborging al een belangrijke rol in de bouw, zowel in relatie tot het gemeentelijk bouwtoezicht als in de verhoudingen tussen marktpartijen. Voor de gedachtevorming is niet zonder belang om te weten hoe die rol er op dit moment uit ziet en welke ervaringen ermee zijn opgedaan.

3.1 De betekenis van private kwaliteitsborging voor het gemeentelijk bouwtoezicht

Van conformiteitsbeoordelingen wordt gebruik gemaakt bij het op grond van Europese regelgeving verplichte markttoezicht op bouwproducten door de Inspectie

33 *Kamerstukken II 2013-2014*, 32 757, nr. 91 (brief van de Minister voor Wonen en Rijksdienst van 27 november 2013), p. 4-7.

34 *Kamerstukken II 2013-2014*, 32 757, nr. 91 (brief van de Minister voor Wonen en Rijksdienst van 27 november 2013), p. 4.

35 *Kamerstukken II 2013-2014*, 32 757, nr. 91 (brief van de Minister voor Wonen en Rijksdienst van 27 november 2013), p. 8.

36 Als optie wordt onder meer genoemd een verbetering van het retentierecht (het recht om een deel van de aanneemsom in depot te houden) voor bouwconsumenten.

37 *Kamerstukken II 2013-2014*, 32 757, nr. 91 (brief van de Minister voor Wonen en Rijksdienst van 27 november 2013), p. 9-11.

voor Leefomgeving en Transport en bij het gemeentelijk toezicht op *bouwwerken*.³⁸ Ik beperk mij hier tot de rol ervan bij het gemeentelijk toezicht.³⁹

Conformiteitsbeoordeling is een vorm van private kwaliteitsborging waarbij een onafhankelijke instelling op basis van bepaalde normen en/of richtlijnen beoordeelt of een product, dienst, persoon of systeem voldoet aan bepaalde eisen. Een belangrijke beperking bij de conformiteitsbeoordeling waarmee nu wordt gewerkt en die ik in deze paragraaf bespreek is overigens dat zij geen betrekking heeft op bouwplan- of bouwwerkniveau, maar op bouwproducten (zoals dakpannen) en -processen.

In het Bouwbesluit 2012 en de Regeling Bouwbesluit 2012 worden eisen gesteld aan *bouwwerken*, zoals woningen, fabrieksgebouwen en ziekenhuizen. Zij maken deel uit van het wettelijk kader voor de omgevingsvergunning en het bouw- en woningtoezicht (gemeentelijke taken). In Nederland functioneert een door de Minister voor Wonen en Rijksdienst erkend stelsel van vrijwillige certificering, namelijk van kwaliteitsverklaringen. Dit stelsel heeft een basis in artikel 1, eerste lid, onder i, Woningwet jo. artikel 1.11 Bouwbesluit 2012.

Een erkende kwaliteitsverklaring houdt in dat een bepaalde toepassing van een bouwproduct of bouwproces ertoe leidt dat het bouwwerk een bepaalde kwaliteit heeft en expliciteert met welke voorschriften uit de Nederlandse publiekrechtelijke bouwregelgeving conformiteit is aangetoond (art. 1.8, eerste en tweede lid, Bouwbesluit 2012).⁴⁰ De verklaring is gebaseerd op een beoordelingsrichtlijn. Deze beoordelingsrichtlijn is met positief gevolg door de Stichting Bouwkwaliiteit (SBK) getoetst op aansluiting aan Nederlandse publiekrechtelijke bouwregelgeving en op het volgen van bepaalde procedures bij het tot stand komen ervan. SBK is door de minister (krachtens art. 1.9 Regeling Bouwbesluit 2012) aangewezen als de instelling die het erkende stelsel coördineert en zorg draagt voor de bekendmaking van kwaliteitsverklaringen die eronder vallen. Instanties die de verklaringen afgeven, moeten in beginsel zijn geaccrediteerd door de Raad voor Accreditatie (RvA). Eén

38 Verordening (EU) nr. 305/2011 van 9 maart 2011 tot vaststelling van geharmoniseerde voorwaarden voor het verhandelen van bouwproducten en tot intrekking van Richtlijn 89/106/EEG (Verordening bouwproducten ofwel Construction Products Regulation (CPR)), PbEU L 88/5.

39 Zie over de beperkte betekenis voor het gemeentelijk bouw- en woningtoezicht: Neerhof 2013, p. 29-30, 44-45, 55-56.

40 Het Besluit tot wijziging van het Bouwbesluit 2012 betreffende de uitvoering van de verordening bouwproducten en de tekst van de nota van toelichting bij dit besluit moeten nog bekend worden gemaakt in het Staatsblad. De Minister voor Wonen en Rijksdienst heeft de Tweede Kamer op 11 juni 2011 een ontwerp-besluit toegezonden. *Kamerstukken II* 2012-2013, 32 757, nr. 71. Ik baseer mij op dit ontwerp.

en ander is geregeld in een in 2006 gesloten overeenkomst tussen de minister, de RvA en SBK.⁴¹

3.2 Ervaringen met conformiteitsbeoordeling in het publiekrechtelijke bouwrecht

Belangrijke voorwaarden voor het goed functioneren van conformiteitbeoordelingen zijn draagvlak en betrouwbaarheid. Ook de mate waarin zij aan lastenverlichting voor bedrijven bijdragen, is een belangrijk aspect. Als overheden er gebruik van maken, moet dat op een zorgvuldige manier gebeuren. Het erkende stelsel van kwaliteitsverklaringen is in 2011 in opdracht van de Minister van BZK op aspecten als deze geëvalueerd.⁴² Ook is in 2011 een relevant rapport uitgebracht door de VROM-inspectie.

Voor wat betreft het *draagvlak* van conformiteitsbeoordeling in de bouw, weten wij iets over het erkende stelsel van kwaliteitsverklaringen. Het stelsel geniet geen grote mate van bekendheid bij betrokken partijen (ambtenaren, leveranciers, bouwbedrijven en installateurs) en de motivatie om er gebruik van te maken lijkt meer extrinsiek ('de klant wil het') dan intrinsiek (kwaliteitsborging) te zijn. De gebruikswaarde van de informatie in de huidige erkende kwaliteitsverklaringen voor marktpartijen wordt als zeer beperkt ervaren.⁴³ Marktafscherming is niet vastgesteld, maar er zijn wel risico's. Schemabeheerders die productief zijn in het opstellen van beoordelingsrichtlijnen zijn vaak conformiteitsbeoordelingsinstanties met een sterke positie op de markt.⁴⁴ Overheden maken een terugtrekkende beweging als het gaat om participatie in colleges van deskundigen die beoordelingsrichtlijnen vaststellen. Dat kan ongunstig zijn voor de bewaking van kwaliteit en draagvlak ervan.⁴⁵

Voor de *betrouwbaarheid* van conformiteitsbeoordelingen in de bouw is van belang dat de instellingen die conformiteitscertificaten of kwaliteitsverklaringen mogen afgeven moeten voldoen aan bepaalde eisen, maar wel opereren op een open markt. De evaluatie van het erkende stelsel in 2011 liet zien dat een meerderheid van geëvalueerde ambtenaren van bouw- en woningtoezicht weinig vertrouwen had in de markt voor de erkende kwaliteitsverklaringen. Bovendien zou de corrigerende functie van het SBK niet geheel uit de verf komen.⁴⁶ In een rapport van de

41 Tripartiete Overeenkomst tussen Raad voor Accreditatie, de Stichting Bouwkwiteit en de Minister van VROM, *Stcrt.* 2006, 132. Ook andere verklaringen dan erkende kwaliteitsverklaringen kunnen onder het erkende stelsel vallen. Ik ga hierop hier verder niet in. Zie: Neerhof 2013, p. 55-56. De overeenkomst heeft een basis in art. 1.8 Regeling Bouwbesluit 2012.

42 Andersson Elffers Felix, *Evaluatie Tripartiete Stelsel*, Utrecht 2011. In art. 8 van de tripartiete overeenkomst is een evaluatieverplichting neergelegd.

43 Andersson Elffers Felix 2011, p. 22-25; H.M. Vermande, *Marktonderzoek productinformatie door middel van CE-markering en kwaliteitsverklaring*, Bodegraven: PRC 20102010, p. 15, 17-18, 21-22, 26, 28; VROM-Inspectie 2011, p. 20-21.

44 Andersson Elffers Felix 2011, p. 24-25.

45 Neerhof 2013, p. 102-103, 110.

46 Andersson Elffers Felix 2011, p. 16, 18, 22.

VROM-inspectie uit 2011 wordt gemeld dat haar signalen bereiken van onregelmatigheden bij kwaliteitsverklaringen en beoordelingsrichtlijnen. Ook daaruit spreekt enige verontrusting over de wijze waarop SBK haar taak vervult.⁴⁷

In de evaluatie van het erkende stelsel van kwaliteitsverklaringen in 2011 is ook gekeken naar het effect ervan op de *lasten* voor leveranciers, installatie- en bouwbedrijven en de gemeenten. De lastenverlichting wordt laag ingeschat. Het proces om te komen tot beoordelingsrichtlijnen als basis voor erkende kwaliteitsverklaringen wordt als te lang ervaren en zou efficiënter kunnen.⁴⁸

Over de mate van *zorgvuldigheid* waarmee het gemeentelijk bouw- en toezicht gebruik maakt van erkende kwaliteitsverklaringen is een en ander bekend. De VROM-Inspectie wees er in 2011 op dat de controle bij bouw- en woningtoezicht te vaak beperkt is tot het aanwezig zijn van een kwaliteitsverklaring, zonder dat na wordt gegaan of de toepassingsvoorwaarden die daarin zijn opgenomen, feitelijk zijn vervuld.⁴⁹

3.3 De rol van private kwaliteitsborging in relaties tussen marktpartijen in de bouw

In de praktijk vindt bij woningbouw voor consumenten vaak een private beoordeling van conformiteit aan de normen van de publiekrechtelijke bouwregelgeving plaats door Woningborg of de Stichting Waarborgfonds Koopwoningen (hierna: SWK). Woningborg toetst bouwondernemingen vooraf, laat controles uitvoeren op een bouwplan en op de bouwplaats. Zij biedt bouwconsumenten door middel van een verzekering de garantie dat de door haar gekeurde woningen voldoen aan de eisen.⁵⁰ Ondernemers die bouwwerken leveren die niet voldoen aan het Bouwbesluit, kunnen worden uitgeschreven. Na uitschrijving kunnen zij geen projecten meer uitvoeren onder de garantie van Woningborg. Doordat Woningborg de garantie aanbiedt, is er voor haar een groot belang in gelegen dat bouwwerken daadwerkelijk voldoen aan de eisen. Bij ontoereikende controle, kan zij uit hoofde van de garantie worden aangesproken. 'Oneigenlijke druk' op toezichthouders van Woningborg kan aldus (wellicht) worden voorkomen.⁵¹

De regeling van SWK kent een andere opzet. Ook zij biedt een garantieregeling aan bouwconsumenten aan. Een garantie wordt afgegeven voor bouwprojecten die door leden van haar worden uitgevoerd. SWK oefent toezicht uit op deze leden. Bij de uitoefening van dit toezicht wordt met name gekeken naar de 'performance'

47 VROM-Inspectie 2011, p. 17-21. Zie over een en ander: Neerhof 2013, p. 110-115.

48 Andersson Elffers Felix 2011, p. 19, 22-26, 28.

49 VROM-Inspectie 2011, p. 19; Neerhof 2013, p. 119-120.

50 Woningborg en een met SWK samenwerkende verzekeringsmaatschappij kunnen worden aangesproken als een bouwwerk niet aan de eisen van de bouwregelgeving voldoet. Chao-Duivis & Strang 2013, p. 69; Ligthart 2013, p. 19-20.

51 Chao-Duivis & Strang 2013, p. 52-53, 68-69; M.A.B. Chao-Duivis, 'De gegarandeerde positie van de koper van een nieuwbouwwoning', *TBR* 2011/2, p. 115.

over een langere periode. Relevant zijn in dat verband de klachten van consumenten die SWK bereiken na oplevering van bouwwerken. Anders dan bij Woningborg, is het toezicht minder gericht op concrete projecten en hun uitvoering. Bouwplannen worden alleen (steekproefsgewijs) getoetst als de risico's daar aanleiding toe geven. In beginsel vindt geen controle in de uitvoeringsfase plaats. Toezicht op bouwwerkzaamheden vindt bij uitzondering plaats als risico's daar aanleiding toe geven, als de bouwwerkzaamheden worden uitgevoerd door een nieuw lid of op verzoek van de aannemer. Tevens wordt periodiek steekproefsgewijs de kwaliteit van de woningen gecontroleerd.⁵²

Projecten kunnen ook ter toetsing worden voorgelegd aan erkende Technical Inspection Service-bureaus (TIS-bureaus). In de praktijk wordt dit vooral gedaan bij infrastructurele projecten en niet bij woningbouwprojecten.⁵³ TIS-bureaus kunnen een ontwerp en een werk ook toetsen aan het Bouwbesluit. Een TIS-bureau identificeert risico's en stelt vast welke maatregelen zijn genomen ter vermindering van een risico. Indien gewenst, wordt op het project een Verborgene Gebreken Verzekering (VGV) afgesloten, mits een TIS-bureau toezicht houdt op de constructieve delen. Dit is een verzekering voor de opdrachtgever. De opdrachtnemer is na oplevering niet meer aansprakelijk voor zover constructies en installaties onder de VGV vallen. De opdrachtgever is verzekerd van herstel indien er een verborgen gebrek is voor zover het herstel niet de verzekerde som overstijgt. De rapportage van het TIS-bureau kan voor de verzekeraar aanleiding zijn bepaalde gebreken van de VGV uit te sluiten. Als de goedkeurende verklaring bij de rapportage van het TIS-bureau ontbreekt, kan dat voor de verzekeraar aanleiding zijn een VGV te weigeren. Het voordeel van de VGV is dat een discussie over aansprakelijkheid voor verborgen gebreken voor opdrachtgever- en nemer niet meer relevant is. Omdat een verzekeraar alleen een verzekering wil sluiten als premie en het risico op schade in een goede verhouding tot elkaar staan, wordt verwacht dat van de verzekeringsconstructie een (aanvullende) kwaliteitsprikkel op de TIS-rapportages uitgaat.⁵⁴

52 Chao-Duivis & Strang 2013, p. 53-54, 68-69.

53 TIS wordt in de praktijk door Rijkswaterstaat en door ProRail ingezet voor het borgen van constructieve veiligheid. H.P.C.W. Strang, 'Methoden van contractbeheersing en toezicht', *TBR* 2012/8, p. 779-780.

54 Het principe van de TIS-bureaus is op initiatief van ProRail en verzekeraars geïntroduceerd in Nederland. Een TIS-bureau wordt erkend, als zijn kwaliteitssysteem aan de maat is en voldoet aan eisen van deskundigheid en onafhankelijkheid. De eisen zijn neergelegd in erkenningsregeling waarvan CROW, die eigenaar en beheerder is. (Zie over CROW: <http://www.crow.nl>.) Erkenning van een TIS-bureau is een 'certificeringsachtig instrument'. De erkenning is strikt genomen geen certificering, want daarvoor is een accreditatie van de RvA vereist. Chao-Duivis & Strang 2013, p. 62-65, 123-127; Strang 2012, p. 779-780. Een prikkel voor de aannemer om goed te presteren zou ook kunnen uitgaan van een bij inschakeling van een TIS-bureau in de overeenkomst tussen opdrachtgever en opdrachtnemer op te nemen beding. Dit beding houdt in dat wanneer gedurende of na afloop van het project blijkt dat het TIS-bureau meer of minder werkzaamheden blijkt te hebben moeten verrichten dan te voren ingeschat, dit met de aannemer worden verrekend. Op dit moment is nog niet veel ervaring bij ProRail opgedaan met de werking van deze prikkel. H.P.C.W. Strang, *Contractbeheersing en toezicht*, Den Haag: IBR 2011, p. 44-45.

Een lichter instrument voor alle bouwprojecten is de eerder besproken gecertificeerde bouwplantoets. De toets speelt ook een rol in de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Zo biedt Woningborg een dergelijke toets aan.⁵⁵ Verder wordt in deze relatie ook gebruik gemaakt van het instrument van het gecertificeerde toezicht op de uitvoering van de werkzaamheden.⁵⁶

Naar de ervaringen die door marktpartijen met de bovengenoemde, in Nederland gehanteerde instrumenten van private kwaliteitsborging – private beoordelingen door Woningborg, SWK en TIS-bureaus – zijn opgedaan, is bij mijn weten geen onafhankelijk empirisch onderzoek gedaan. Is de kwaliteit ervan voldoende gegarandeerd en zijn de instrumenten voldoende toegespitst op de aard van de werkzaamheden en het bouwwerk?⁵⁷

4 Ervaringen met private kwaliteitsborging in relatie tot publiek bouwtoezicht in het buitenland

Van der Heijden bracht in 2009 verslag uit van een onderzoek naar privatisering van het bouwtoezicht in Australië en Canada. Dit onderzoek bestond voor een groot deel uit interviews met vertegenwoordigers van ministeries en gemeenten, private toezichthouders, architecten, constructeurs, aannemers en vertegenwoordigers van beroepsverenigingen.⁵⁸ Ik geef hieronder summier de meest relevante bevindingen weer.⁵⁹

In de vier door Van der Heijden in Australië onderzochte staten – South Australia, New South Wales, Victoria en Queensland – is de keuze aan de bouwaanvrager om gecertificeerde private toezichthouders één of meer onderdelen van het bouwtoezichtproces (plantoetsing, vergunningen voor bouw en oplevering en/of uitvoeringstoezicht) te laten uitvoeren. De bouwaanvrager kan deze ook door gemeentelijke organisaties laten uitvoeren.⁶⁰ Canada laat een pluriformer beeld zien. In de stad Vancouver is de markt voor bouwtoezicht door de overheid verdeeld tussen

55 Voor bouwwerken die de toets hebben doorstaan, wordt een verzekering geboden. Chao-Duivis & Strang 2013, p. 52-53, 65-66; Ligthart 2013, p. 19-20.

56 In 2012 is een nieuwe beoordelingsrichtlijn vastgesteld: aangepaste BRL 5006 (beoordelingsrichtlijn voor het KOMO-procescertificaat Toezicht op de Bouw). Onderwerpen en scopes zijn dezelfde als voor gecertificeerde bouwplantoets. Het is de bedoeling dat het instrument van het gecertificeerde bouwtoezicht nu ook kan worden ingezet als privaats alternatief voor het publiekrechtelijke toezicht in de uitvoeringsfase. Chao-Duivis & Strang 2013, p. 65-66.

57 Chao-Duivis & Strang 2013, p. 59, 66-67. Zo stellen Chao-Duivis & Strang de vraag of de verschillende instrumenten voldoende mogelijkheden bieden voor differentiatie op basis van risico's. Er ontbreken empirische gegevens om te beoordelen of erkende partijen (TIS-bureaus) en (onder accreditatie) gecertificeerde partijen verschillende kwaliteit leveren. Chao-Duivis & Strang 2013, p. 66-67. Eijlander c.s. bevelen overigens aan niet 'in zee te gaan' met niet geaccrediteerde certificatie-instellingen, terwijl dat in het bouwrecht wel gebeurt. Eijlander c.s. 2003, p. 58.

58 Van der Heijden 2013, p. 10.

59 Ik heb verder geen (literatuur)onderzoek naar ervaringen in het buitenland verricht.

60 Van der Heijden 2009, p. 86-91.

gemeente en private partijen op basis van de complexiteit van bouwactiviteiten. Vergunningverlening en handhaving zijn daar gemeentelijke bevoegdheden gebleven. In de provincies Alberta en Ontario zijn het de gemeenten die bij bouwtoezicht kunnen kiezen: zelf doen of een contract sluiten met een private organisatie.⁶¹

Introductie van privaat bouwtoezicht heeft volgens Van der Heijden zowel in Australië als in Canada bijgedragen aan de effectiviteit en efficiency van het bouwtoezicht.⁶² Hoe meer taken de private toezichthouders in het proces van bouwplan naar oplevering mogen uitvoeren, des te meer deze voordelen zich zouden realiseren.⁶³

Als de keuze tussen privaat of publiek toezicht aan de bouwaanvrager is, kan het effect optreden dat gemeentelijk toezicht zich gaat begeven op de goedkopere en laagwaardigere markt voor non-professionals en het privaat toezicht op de duurder en hoogwaardigere markt voor professionals. Gemeenten zien dan winstgevendere projecten en gekwalificeerd personeel naar de private toezichthouders gaan.⁶⁴ Maar als een verdeling van de markt door de overheid plaatsvindt, hoeft dit probleem zich niet voor te doen.⁶⁵

De financiële druk waaronder private toezichthouders staan, vormt een risicofactor voor integriteit. Het (overheids)toezicht op private toezichthouders blijkt vaak teveel gericht op processen en procedures in plaats van op de inhoud van de werkzaamheden en de sancties zijn te licht, om dit risico goed te beheersen.⁶⁶

5 Hoe privaat bouwtoezicht kan bijdragen aan kwaliteit van bouwwerken

In Nederland is enig onderzoek gedaan naar het feitelijk functioneren van vormen van private kwaliteitsborging in relatie tot publiek bouwtoezicht hier en in het buitenland. Over het feitelijk functioneren van vormen van private kwaliteitsborging in Nederland in relaties tussen marktpartijen weten wij vooralsnog weinig. Kijken wij naar de voorstellen voor een grotere rol van kwaliteitsborging in de bouw zoals die hierboven zijn besproken, dan blijkt de empirische basis niet altijd even hard te zijn. Het is onvoldoende bekend over de vraag in hoeverre van verschillende instrumenten – ruimere aansprakelijkheid van de aannemer, verplichte verzekering voor opdrachtgever of opdrachtnemer, een specifieke garantieregeling, aansprakelijkheid van en toezicht op private beoordelende instanties – effectieve prikkels uitgaan om bouwwerken te leveren die voldoen aan de eisen van publiekrechtelijke bouwregelgeving. Ik weet dat Ko aan empirische onderbouwing van uitspraken

61 Van der Heijden 2009, p. 107-112.

62 Van der Heijden 2009, p. 103-104, 123.

63 Van der Heijden 2009, p. 105, 123.

64 Van der Heijden 2009, p. 103-105.

65 Van der Heijden 2009, p. 123.

66 Van der Heijden 2009, p. 105, 124. Zie voor vergelijkbare bevindingen recentelijk: N.P.M. Scholten & R. de Wildt, *Private toetsing van en toezicht op het bouwen in het buitenland*, Nieuwsbrief 2013-ERB-Po55, <https://www.bouwregelwerk.org/>, onder Over ERB onder Nieuws en publiciteit

zeer hecht, maar als leerling van Brasz zal hij het ook niet onbelangrijk vinden of zij berusten op een gedeelde (probleem)analyse van betrokken partijen.⁶⁷ Die lijkt er in ieder geval op hoofdlijnen te zijn: constructieve veiligheid wordt nu onvoldoende gewaarborgd door de markt en door het gemeentelijk bouw- en woningtoezicht.⁶⁸ Dat lijkt te vragen om een aangepast juridisch regime dat er toe uitnodigt hiervoor wel verantwoordelijkheid te nemen. Het voorafgaande laat een aantal (voorzichtige) conclusies toe over de te stellen diagnose en de toe te passen therapieën.

Privaat toezicht ter vervanging van overheidstoezicht kan onder omstandigheden winst opleveren voor constructieve veiligheid van bouwwerken.⁶⁹ In de bouwsector is veel meer kennis aanwezig dan bij (gemeentelijke) overheden.⁷⁰ Bij private kwaliteitsborging in de bouw op een open markt blijft betrouwbaarheid echter een achilleshiel.⁷¹ Het duaal stelsel waarvoor voor de komende jaren lijkt te worden gekozen, draagt ook risico's in zich. Concurrentie tussen privaat en publiek toezicht kan leiden tot kwaliteitsverlies van beide typen van toezicht.⁷²

De meningen lopen uiteen welke rol private toezichthouders precies moeten gaan vervullen bij het bouwtoezicht. In Nederland lijken direct betrokkenen – de bouwsector en het gemeentelijk bouwtoezicht – het er over eens dat gemeentelijke overheden een rol moeten behouden bij dit toezicht, maar wel met een wat andere inhoud. Nu komt van dat toezicht vaak onvoldoende terecht. Over de exacte invulling van de gemeentelijke bevoegdheden bestaat geen eenstemmigheid. Met een toestemmingsbesluit voor ingebruikname van een bouwwerk op basis van een overgelegd dossier én onderzoek te plaatse zou het gemeentebestuur echter explicietere verantwoordelijkheid kunnen nemen voor constructieve veiligheid.

Alle betrokkenen vinden een vorm van toezicht nodig op de private toezichthouders en de door hen toegepaste instrumenten. De meningen verschillen echter over de aangewezen inrichting: meer publiek of vooral privaat?

De bij de bouw betrokken partijen worden geprikkeld om constructieve veiligheid van bouwwerken te realiseren, als de mogelijkheden om risico's op anderen af te wentelen minimaal zijn. Met een ruimere aansprakelijkheid van opdrachtnemers in de bouw, een daaraan gekoppelde verplichte verzekering van opdrachtnemers en kwaliteitsborging (door een onafhankelijke derde) en adequaat (tweedelijns)

67 Zie: H.A. Brasz, *Methoden van bestuurskunde. Een inleiding tot de praxeologie van het openbaar bestuur*, Driebergen: Stichting Public Administration Counseling 1976, i.h.b. p. 50-51. Vgl. over de beperkingen van de empirische bestuurskunde: Henk Brasz & Stavros Zouridis, 'Empirische bestuurskunde: Een bedrieglijke bril?', in: Harrie Aardema e.a. (red.), *Meerwaarde van de bestuurskunde* (Korstenbundel), Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2010, p. 27-36. De theoretische bases van de verschillende voorstellen zou overigens nadere uitwerking moeten krijgen.

68 Zie ook: *Kamerstukken II 2013-2014*, 32 757, nr. 91 (brief van de Minister voor Wonen en Rijksdienst van 27 november 2013), p. 1-2.

69 Vgl. H.J. Visscher, *Bouwtoezicht en kwaliteitszorg*, Delft: Delft Universiteit, p. 249; Chao-Duivis & Strang 2013, p. 47-48.

70 Chao-Duivis & Strang 2013, p. 35-36.

71 Zie Chao-Duivis & Strang 2013, p. 45-46 en de verwijzingen daarin naar relevante literatuur; Van der Heijden 2009, p. 76-79.

72 Van der Heijden 2009, p. 93- 96, 101-102, 104, 119, 136; Chao-Duivis & Strang 2013, p. 48-49.

toezicht op degenen die voor die kwaliteitsborging verantwoordelijk zijn, zou dit mogelijk zeker kunnen worden gesteld. Daarmee zouden de specifieke condities als bedoeld door Ko kunnen zijn vervuld waaronder een grotere rol van private kwaliteitsborging en een aangepaste rol van de gemeentelijke overheid (zelfs) een verbetering voor de constructieve veiligheid van bouwwerken kan opleveren.

Goede raad voor toezicht op de gezondheidszorg in Tanzania

Henry Mollel & Albertjan Tollenaar

1 Inleiding

Hoe organiseer je adequaat toezicht? Met deze vraag kun je eenvoudig een academisch leven vullen.¹ En die academische interesse blijft niet beperkt tot van één individu: leerstoelen² en tijdschriften³ zijn gewijd aan hetzelfde onderwerp. Daarbij is deze vraag ook maatschappelijk relevant, getuige de vele rapportages naar aanleiding van *falend* toezicht en de voornemens om dit toezicht dan te verbeteren.⁴

Deze bijdrage gaat over de vraag naar de organisatie van adequaat toezicht in de gezondheidszorg in Tanzania. De vraag die centraal staat is in hoeverre 'supportive supervision' is geïmplementeerd en welk effect dat heeft op de kwaliteit van de geleverde zorg in Tanzania.

Deze bijdrage kan op twee niveaus worden gelezen. In de eerste plaats beogen wij met deze bijdrage nader inzicht te verschaffen in het concept van 'supportive supervision'. Wat is het eigenlijk en wat voegt het toe aan wat we al weten over toezicht? In de tweede plaats is de bijdrage een voorbeeld van de opdracht aan bestuurskundigen om algemene concepten te vertalen naar de lokale (Tanzani-aanse) werkelijkheid en zoveel mogelijk met voorbeelden uit die lokale werkelijkheid te illustreren.⁵ Bestuurskunde is immers geen exclusief Westerse wetenschap, maar draait om concepten en theorieën die in elke maatschappelijke context van betekenis zijn of kunnen zijn. De uitdaging aan bestuurskundigen is om die concepten te verrijken met lokale 'narratives' die aansluiten bij de werkelijkheid van dege-

1 Een bloemlezing: J. de Ridder, *Planologisch toezicht in Groningen: de implementatie van het Streekplan Groningen 1978* en van dezelfde auteur: *Toezicht in de ruimtelijke ordening*, (diss Groningen), Kluwer: Deventer 1990 en *Een goede raad voor toezicht* (oratie), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

2 Een kleine greep: de Rijksuniversiteit Groningen en de Technische Universiteit Delft kennen een leerstoel 'toezicht'. Daarnaast zijn er nog specifiekere leerstoelen, zoals de leerstoel 'prudentieel toezichtrecht' en 'onderwijstoezicht' aan de Universiteit van Amsterdam of de leerstoelen 'corporate governance and responsibility' en 'effectiviteit van het toezicht' aan de Erasmus universiteit en de leerstoel 'effectiviteit van het toezicht' aan de Nyenrode Business Universiteit.

3 Zoals het 'Tijdschrift voor Toezicht', maar ook 'Tijdschrift voor public governance audit & control' en 'Goed Bestuur & Toezicht'.

4 Bijvoorbeeld J. de Ridder, *Toezicht op de kinderopvang*, Rijksuniversiteit Groningen 2012 naar aanleiding van de misstanden in een Amsterdams kinderdagverblijf.

5 J. Itika, J. de Ridder, A. Tollenaar (eds), *Theories and stories in African public administration*, African Studies Centre: Leiden 2011.

nen die kennis moeten nemen van het bestuurskundig onderzoek: beleidsmakers, maar zeker ook studenten.⁶

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Allereerst verkennen we in algemene zin wat onder toezicht wordt verstaan en op welke problemen toezicht in de context van de gezondheidszorg stuit (paragraaf 2). Vervolgens bespreken we in paragraaf 3 een aantal concepten die zijn ontwikkeld om deze problemen het hoofd te bieden. Dit mondt uit in een bespreking van het concept van 'supportive supervision' (paragraaf 4). In paragraaf 5 doen we verslag van een empirisch onderzoek naar de implementatie van dit concept in de Tanzaniaanse gezondheidszorg. We sluiten in paragraaf 6 af met een conclusie over de waarde van supportive supervision voor de kwaliteit van de Tanzaniaanse gezondheidszorg.

2 Toezicht als verschijnsel

Toezicht kan men definiëren als 'een proces waarbij een actor een andere actor, krachtens een daartoe strekkende bevoegdheid, tracht te behoeden voor misstapen'.⁷ Er is dus sprake van een relatie tussen toezichthouder en ondertoezichtgestelde waarbinnen de toezichtshandelingen plaatsvinden. De grote vraag is hoe een toezichthouder de ondertoezichtgestelde moet 'behoeden voor een misstap'. Het antwoord op deze vraag bevat in ieder geval twee onbekenden: namelijk de *informatie* die de toezichthouder nodig heeft om te kunnen beoordelen of de ondertoezichtgestelde een misstap begaat en de *interventie* die dan nodig is om die misstap te voorkomen.⁸ *Informatie* en *interventie* zijn twee onbekenden, omdat de context waarin toezicht plaatsvindt, bepalend is voor de vraag welke informatie beschikbaar is en welke interventie dan het meest geschikt is om de misstap te voorkomen.

Bij die twee onbekenden draait het uiteindelijk om de kenmerken van de diensten of de goederen die door de ondertoezichtgestelde worden geleverd. Er is bijvoorbeeld een verschil tussen 'inspectiegoederen' en 'vertrouwensgoederen'.⁹ Bij inspectiegoederen kan van tevoren, voor de daadwerkelijke levering, worden vastgesteld wat de kwaliteit van het geleverde goed is. Veel fysieke goederen zijn inspectiegoederen. In principe is de kwaliteit van voedsel bijvoorbeeld vast te stel-

6 Het is deze uitdaging die ten grondslag ligt aan inspanningen om via de door het Nuffic gesponsorde NFP- en NICHE-projecten een lokale onderzoekscultuur te stimuleren en lokaal onderzoek te verrichten. Ko de Ridder heeft zich in het recente verleden als 'academic supervisor' voor deze projecten in Tanzania ingespannen.

7 J. de Ridder, *Beleidsvoering door toezicht*, in: *Handboek beleidsvoering overheid 1988*.

8 J. de Ridder, *Een goede raad voor toezicht* (oratie), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 39-43. De Ridder noemt daarnaast 'oordeelsvorming' als kenmerk. Wij beperken ons tot twee kenmerken die het toezicht al moeilijk genoeg maken.

9 J. Hirshleifer, 'Where Are We in the Theory of Information?', *The American Economic Review* 1973 (2), p. 31-39. Soms worden ook wel 'zoekgoederen' onderscheiden, zie: P. Nelson, 'Information and Consumer Behavior', *Journal of Political Economy* 1970 (78), p. 311-329.

len voordat deze wordt geleverd. Misschien niet voor de individuele consument, maar wel voor een toezichthouder die monsters kan nemen en kan analyseren.¹⁰

Van vertrouwensgoederen kan pas na levering worden vastgesteld wat de kwaliteit was. Het gaat daarbij veelal om diensten die worden geleverd in een besloten relatie tussen de ondertoezichtgestelde en een cliënt.¹¹ Onderwijs, kinderopvang, zorg en re-integratie kunnen tot de 'vertrouwensgoederen' worden gerekend: de toezichthouder kan nooit precies weten of nagaan wat zich in de beslotenheid de klas, het kinderdagverblijf of de behandelkamer afspeelt en zal zich moeten baseren op secundaire informatie van degenen die deze diensten hebben genoten (cliënten, ouders). Hooguit kan achteraf, als het leed geleden is, worden gereconstrueerd wat er fout is gegaan.¹² En soms kan op basis van afgeleide indicatoren iets worden gezegd over de kwaliteit van de dienstverlening. Dit leidt tot lijstjes met schoolprestaties,¹³ of lijstjes met scores van medische handelingen.¹⁴ Deze lijsten zeggen echter louter iets over de geboden kwaliteit in het (recente) verleden, maar niets over de actuele kwaliteit van de dienstverlening.

Voor wat betreft de *interventie* is er de variatie tussen reactieve en proactieve interventies. Het reactieve model bestaat uit bestraffen naar aanleiding van geconstateerde misstappen. De redenering is dat na zo'n bestraffing de ondertoezichtgestelde in de toekomst wel beter zal uitkijken (speciale preventie) en dat de beroepsgroep waartoe de ondertoezichtgestelde hoort, in de toekomst beter zijn best zal doen (generale preventie). Het proactieve model richt zich op het voorkomen van de misstap, door vast te stellen of de organisatorische randvoorwaarden aanwezig zijn voor goede dienstverlening. Het toezicht richt zich bijvoorbeeld op de organisatiestructuur (raad van toezicht) of aanwezigheid van kwaliteitssystemen (certificering).

De vraag welke informatie beschikbaar is en welke interventie bijdraagt aan het voorkomen van de misstap, is het zoeken naar de heilige graal van het toezicht. Bij inspectiegoederen is de uitdaging het bepalen van de juiste steekproef van goederen die moeten worden geïnspecteerd. Het is immers praktisch ondoenlijk om van elk inspectiegoed na te gaan of het voldoet aan de criteria. De volgende vraag is welke interventie nodig is om de gevolgen van een in de steekproef geconstateerde misstap weg te nemen. 'Uit de handel' nemen van de hele verzameling inspectie-

10 Dat deze er niet altijd aan toekomt, is een ander verhaal: 'Voedseltoezicht fiasco; Uitgeklede inspectie kan werk niet aan', *De Telegraaf* 28 september 2013.

11 H.K. Anheier, *Nonprofit Organizations: Theory, Management, Policy*, Routledge: London 2005.

12 Dat leidt dan tot de eerder genoemde rapportages over falend toezicht.

13 Vergelijk: Rb Midden-Nederland 4 september 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:3648 en de website die daarop is ontwikkeld: www.rtlnieuws.nl/nieuws/special/publicatie-cito-scores-kijk-hoe-jouw-school-scoort.

14 Zie: www.kiesbeter.nl waarop per behandeling de succesratio van de dienstverlener kan worden gevonden.

goederen, waarschuwen en openbaar maken van meetgegevens (naming and shaming) zijn enkele van de mogelijkheden.

Bij vertrouwensgoederen is de uitdaging groter. Zoals eerder opgemerkt is van deze goederen de informatie over de kwaliteit van het gebodene sowieso lastig te verkrijgen. Bovendien werkt een reactief interventiemodel met 'hard straffen' doorgaans averechts, omdat streng straffen ertoe zal leiden dat informatie nog moeilijker kan worden verkregen. Naarmate de dreiging van een sanctie toeneemt, zal de dienstverlener immers eerder geneigd zijn om eventuele fouten te maskeren. Juist bij vertrouwensgoederen ziet men dan ook een vorm van toezicht dat zo min mogelijk reactieve elementen bevat.

Hoe het toezichtsmodel er dan uit ziet, blijkt uit de casus van 'baby Jelmer' uit 2007. Jelmer wordt als baby enkele weken na zijn geboorte geopereerd aan zijn darmen. Enkele dagen na de operatie blijkt hij vanwege een hersenbeschadiging zwaar geestelijk en lichamelijk gehandicapt. Dit incident wordt binnen het ziekenhuis uitvoerig onderzocht, onder de code 'veilig melden'. De gedachte achter deze code is dat medewerkers kunnen meewerken aan het onderzoek zonder te hoeven vrezen voor repercussies. Incidenten als bij baby Jelmer worden via deze code gerapporteerd en geregistreerd.¹⁵ Naar de buitenwereld toe wordt de werkelijke toedracht echter gemaskeerd, ook al om eventueel tuchtrechtelijke of civielrechtelijke aansprakelijkheden te voorkomen. Het gevolg is dat de pogingen van de ouders van Jelmer om te achterhalen wie welke fouten heeft gemaakt, stuklopen op een muur van zwijgzaamheid. Uiteindelijk wenden zij zich tot de Nationale ombudsman die deze gang van zaken in strijd vindt met het beginsel van transparantie.¹⁶

Daarmee blijft echter de vraag onbeantwoord hoe kan worden voorkomen dat zorgverleners informatie achterhouden, als zij – al dan niet terecht – vrezen voor tuchtrechtelijke consequenties.¹⁷ Hoe moet het toezicht bij vertrouwensgoederen worden vormgegeven, waarbij de kwaliteit van de dienst niet goed van te voren kan worden vastgesteld en de toezichthouder (dus) in grote mate afhankelijk is van de medewerking (informatie) van de ondertoezichtgestelde en bovendien niet kan dreigen met stevige sancties omdat dat averechtse effecten heeft?

15 Uit het jaarverslag van het UMCG over 2012 (UMCG, Jaarverslag 2012, p. 34) blijkt dat het accent bij de toepassing van de code veilig melden in 2012 is verschoven van registratie naar adequaat analyseren en afhandelen van meldingen, met als doel soortgelijke incidenten daarna te voorkomen. Deze constatering geeft enig inzicht in de wijze waarop het interne onderzoek bij de casus van Baby Jelmer heeft plaatsgevonden.

16 Nationale ombudsman, *Onverantwoorde zorg UMCG Onverantwoord toezicht IGZ*, Rapportnummer: 2011/357, Den Haag 2011.

17 Het zijn niet alleen de juridische consequenties die hieraan in de weg staan. De cultuur van de medische beroepsgroep lijkt een andere factor, zo blijkt uit het interview met chirurg Johan Lange in het NRC Handelsblad van 19 november 2013 ('In de OK moet iedereen zich vrij voelen om te spreken').

3 Van systeemtoezicht en proxy-toezicht naar supportive supervision

De vraag naar het adequate design van het overheidstoezicht bij vertrouwensgoederen, zoals de gezondheidszorg, houdt veel beleidsmakers en toezichthouders bezig. In de literatuur worden verschillende concepten aangedragen als oplossing van dit probleem. Vaak wordt de oplossing gezocht in een vorm van 'systeemtoezicht'. Honingh & Helderma (2010), definiëren systeemtoezicht als volgt:

'Systeemtoezicht is het verticale toezicht van de overheid waarbij de opzet, reikwijdte en werking van (kwaliteits-)systemen en bedrijfsprocessen bij organisaties wordt vastgesteld. Dit door auditachtige onderzoeken met realitychecks uit te voeren en gebruik te maken van de interne borgingssystemen binnen organisaties of sectoren.'¹⁸

Het publieke toezicht op de levering van de vertrouwensgoederen richt zich dus op de context waarin de ondertoezichtgestelde zijn producten of diensten tot stand brengt. Systeemtoezicht kent vele varianten. De constante is het object van toezicht: dat is niet de individuele zorgverlener, maar de omgeving waarin deze zorgverlener zijn werk doet. Deze omgeving bestaat uit verschillende 'regelsystemen', waarmee wordt bedoeld: concrete gedragsvoorschriften, inclusief een sanctie-instrumentarium voor het geval deze gedragsvoorschriften worden overtreden. In de zorgsector zou men kunnen denken aan de arbeidsrelatie met de werkgever (instructies op de werkvloer), de professionele vorming (protocollen, regels en opleidingseisen van de beroepsgroep), certificering en niet te vergeten: de aansprakelijkheidsverzekering.¹⁹ Deze regelsystemen voorzien in uitgebreide eisen omtrent verslaglegging, eventueel in de vorm van 'logfiles' uit computersystemen waaruit precies kan worden afgelezen wat er wanneer is gebeurd.

Met systeemtoezicht richt het toezicht van de overheid zich op de aanwezige regelsystemen. Soms worden deze regelsystemen gecreëerd om het toezicht effectiever te maken. Men zou dat 'proxy-toezicht' kunnen noemen: binnen de organisatie waarop toezicht wordt uitgeoefend krijgt een interne instantie een afgeleide toezichtsverantwoordelijkheid opgedragen.²⁰ Deze instantie is belast met de borging van het doel waarvoor toezicht in eerste instantie noodzakelijk wordt geacht, zoals veiligheid van de zorg, kwaliteit van het onderwijs of privacy van burgers. Dit proxy-toezicht kent verschillende vormen. In de profit-sector kan gedacht worden aan de raad van commissarissen, waarbij eventueel een daartoe aangewezen commissaris is belast met de borging van een buiten de organisatie gelegen (publiek)

18 M.E. Honingh & J.K. Helderma, 'Voor wie of wat is systeemtoezicht zinvol?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2010 (1), p. 6-25.

19 Dit is geen uitputtende opsomming. In de medische sector gelden bijvoorbeeld ook regels en voorschriften die te maken hebben met het gebruik van medische apparatuur, die weer voortvloeien uit eventuele aansprakelijkheid voor de leverancier van die apparatuur etc.

20 J. de Ridder, 'Proxy-toezicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2013 (4), p. 23-40.

belang.²¹ In de non-profit sector is de Raad van Toezicht het aangewezen orgaan voor zo'n functie.²² En in een enkel geval wordt het 'proxy-toezicht' opgedragen aan een specifieke functionaris, zoals de privacyfunctionaris die toezicht houdt op de naleving van de Wet bescherming persoonsgegevens,²³ of de compliance officer in het bankwezen.²⁴

Systeemtoezicht en proxy-toezicht vergen nogal wat van het zelfregulerend vermogen van de ondertoezichtgestelde. Er moet immers sprake zijn van een zekere organisatiegraad, met een verdeling van bevoegdheden, en een effectief sanctie-instrumentarium voor het geval het 'mis' gaat. Maar wat nu als aan deze voorwaarden niet is voldaan? Wanneer de ondertoezichtgestelde sector niet over een groot zelfregulerend vermogen beschikt? Wanneer regels ontbreken of wanneer de capaciteit om informatie te verzamelen en normen af te dwingen afwezig is? Dit zijn in een land als Tanzania geen irrelevante vragen.²⁵

In deze omstandigheden richt de toezichthouder zich noodgedwongen op het handelen van de individuele behandelaar, omdat er niet veel meer is. Maar om de eerder genoemde, voorzienbare gevolgen van (te) stevig toezicht te voorkomen, eindigt de zoektocht naar een adequate vorm van toezicht in een vorm van 'supportive supervision': een tamelijk nieuw concept waarmee de Westerse donoren het openbaar bestuur van menig Afrikaans land proberen te verbeteren.²⁶ Marquez & Kaen (2002) definiëren supportive supervision als volgt:

'Supportive supervision is facilitative, fostering relationships that help improve individuals' skills and performance. Supervisors are intermediaries who implement institutional goals, solve problems at lower levels and serve as a link to higher levels of authority to resolve lingering problems.'²⁷

Op het eerste gezicht onderscheidt deze definitie zich niet van de eerder aangehaalde algemene definitie van toezicht. 'Improve individuals' skills and performance' is immers uiteindelijk niet veel anders dan het voorkomen van misstappen. Toch zijn er wel verschillen. Niet voor niets wordt 'supportive supervision' geconstrueerd met een traditioneel toezicht, waarin de toezichthouder zich *reactief*

21 H.D. Stout, *Weerbare waarden, borging van publieke belangen in nutssectoren* (oratie Delft), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

22 J. de Ridder, 'Proxy-toezicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2013 (4), p. 23-40; daar komt niet altijd iets van terecht: J. de Ridder, *Een goede raad voor toezicht* (oratie), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 35-36.

23 Zie art. 62 Wet bescherming persoonsgegevens.

24 Art. 21 Besluit prudentiële regels Wft en art 31c Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, beiden gebaseerd op de Wet op het financieel toezicht dat het toezicht op de financiële markten regelt.

25 Zie ten aanzien van het onderwijs: W.L. Mafuru, *Coping with inadequacy* (diss Groningen), African Studies Centre: Leiden 2011.

26 L. Marquez & L. Kean, 'Making supervision supportive and sustainable: new approaches to old problems', *MAQ Paper No 4*, 2002. Dit rapport is geschreven in opdracht van USAID: een van de belangrijkste donoren in de 'sub sahara regio'.

27 L. Marquez & L. Kean, 'Making supervision supportive and sustainable: new approaches to old problems', *MAQ Paper No 4*, 2002, p. 12.

opstelt, eigenlijk nauwelijks discussieert over de validiteit van zijn waarnemingen en er geen echte 'follow up' plaatsvindt na een interventie.²⁸ Een belangrijke toevoeging van 'supportive supervision' is dat de toezichthouder het niet laat bij een enkele interventie, maar zich ook druk maakt over de manier waarop zijn interventie wordt verwerkt door de ondertoezichtgestelde.²⁹ Er lijkt daardoor sprake van een innige band tussen toezichthouder en ondertoezichtgestelde. Niet voor niets verwijst de definitie naar de 'institutional goals' waarvoor ook de toezichthouder zorg moet dragen. Supportive supervision haakt daarom aan bij literatuur over de werking van organisaties, en met name: leiderschap, waarin de relatie tussen leider en volger,³⁰ in dit geval: toezichthouder en ondertoezichtgestelde, het object van studie is.

In de literatuur over leiderschap wordt effectiviteit van het leiderschap afgemeten aan de mate waarin ondergeschikten geneigd zijn de leider te accepteren.³¹ Dit lijkt op de literatuur over 'supportive supervision', waarin wordt gesproken over 'perceived supervisory support', oftewel – enigszins vrij vertaald – de mate waarin de ondertoezichtgestelde genegen is de opmerkingen van de toezichthouder serieus te nemen.³² In onderzoek wordt 'perceived support' in verband gebracht met een aantal factoren die kunnen worden samengevat als: minder kans op misstappen door de ondertoezichtgestelde.³³ Het bewijs uit dat onderzoek leidt uiteraard tot richtlijnen over de wijze waarop een 'supportive supervisor' zich zou moeten opstellen. Toezichthouders....:

'act friendly and considerate, are patient and helpful, show sympathy and support when someone is upset or anxious, listen to complaints or problems, and look out for other's interests.'³⁴

Terug naar de kenmerken van 'supportive supervision': wat is het nu eigenlijk precies? Allereerst valt uit de definitie op te maken dat in het concept van 'supportive supervision' de relatie tussen toezichthouder en ondertoezichtgestelde wordt afgebeeld als een relatie binnen dezelfde institutionele context: beiden staan voor hetzelfde doel. De ondertoezichtgestelde levert de diensten, maar de toezichthouder

28 Marquez & Kean 2002, p. 7.

29 Hierin herkent men kenmerken van andere concepten, zoals 'compliance assistance', dat ook draait om de overdracht van kennis en informatie, zie: 'Compliance assistance & 'beyond compliance'' in: D. Zaelke, D. Kaniaru & E. Kružíková (eds), *Making law work: environmental compliance & sustainable development*, Cameron May 2005. Het verschil is dat dat concept vaak wordt toegepast op het toezicht in de fysieke omgeving (milieutoezicht). Wij beperken ons tot 'supportive supervision', ook al omdat dat het concept is dat door de donorlanden als panacee wordt gepredikt.

30 G. Yukl, *Leadership in organizations*, Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall 2001.

31 S.A. Haslam, S.D. Reicher & M.J. Platow, *The new psychology of leadership: identity, influence and power*, New York: Psychology Press 2010.

32 S.C. Paustian-Underdahl et al., 'Antecedents to supportive supervision: an examination of biographical data', *Journal of Occupational and Organizational Psychology* 2013 (86), p. 288-309.

33 De genoemde factoren zijn: grotere tevredenheid, betere samenwerking, betere prestaties en commitment bij de ondertoezichtgestelde.

34 G. Yukl, *Leadership in organizations*, Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall 2001, p. 60.

is evenzeer verantwoordelijk voor de kwaliteit van de dienstverlening. Dit lijkt ver af te staan van de eerder besproken concepten van systeemtoezicht en proxy-toezicht, waarin juist afstand wordt gecreëerd tussen de (publieke) toezichthouder en degene die de uiteindelijke diensten levert. Toch is dat verschil maar schijn: ook bij deze moderniteiten is het uiteindelijk (ook) de toezichthouder die wordt aangekeken en soms wordt aangesproken op het falen van de ondertoezichtgestelden. In de casus van baby Jelmer richtte de kritiek van de Nationale ombudsman zich immers niet alleen op de medisch behandelaar, maar vooral op het ziekenhuis waarin deze werkzaam was en op de inspectie die toezicht moet houden op de kwaliteit van de te leveren zorg.³⁵

Een tweede kenmerk van supportive supervision is de *aard* van de relatie tussen toezichthouder en de ondertoezichtgestelde. De toezichthouder lijkt meer de houding aan te nemen van welwillende adviseur dan die van controleur. Toezichthouder en ondertoezichtgestelde gaan samen op zoek naar de relevante informatie en zoeken naar mogelijke oplossingen voor de gesignaleerde problemen.³⁶ De gedachte is dat er een wederkerige waardeoverdracht plaatsvindt: de ondertoezichtgestelde wordt een beetje 'opgevoed' ('zo doen wij dat als medicus') en de toezichthouder wordt gedwongen om mee te denken met de realiteit van de werkvloer – die er bijna per definitie een stuk ruwer uitziet dan de mooiste protocollen of 'manuals' doen vermoeden.

4 Veronderstelde effectiviteit van supportive supervision

Wat kan men nu verwachten van 'supportive supervision'? In zijn oratie beschrijft De Ridder twee wetten van toezicht.³⁷ De eerste wet luidt dat toezichthouders zelden gebruik maken van de toegekende formele bevoegdheden. Het mechanisme dat deze wetmatigheid verklaart, is de wederzijdse afhankelijkheid van toezichthouder en ondertoezichtgestelde: beiden hebben belang bij een goede relatie, ook al omdat conflicten (te) kostbaar zijn. Met overleg en advisering hoopt de toezichthouder de ondertoezichtgestelde tot het juiste gedrag te bewegen.

Als tweede wet noemt De Ridder de tendens tot het verminderen van de afstand tussen toezichthouder en ondertoezichtgestelde. De toezichthouder wordt vraagbaak en adviseur maar in ieder geval alles behalve de controleur die ingrijpt wanneer het fout gaat of fout dreigt te gaan.

De Ridder verbindt aan deze wetten ook veronderstellingen ten aanzien van de effectiviteit van het toezicht. Deze veronderstellingen zijn enigszins paradoxaal.³⁸

35 Nationale ombudsman, *Onverantwoorde zorg UMCG Onverantwoord toezicht IGZ*, Rapportnummer: 2011/357, Den Haag 2011.

36 Th. Reilkoff, 'Advantages of supportive supervision over clinical supervision of teachers', *NASSP Bulletin* 1981 (65), p. 28-34, ihb p. 31.

37 J. de Ridder, *Een goede raad voor toezicht* (oratie), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 42-43.

38 Winter herleidt dit tot een toezichtsparadox: H.B. Winter, *Zicht op toezicht?* (oratie), Groningen 2010, p. 10.

Uit de eerste wet leidt hij de stelling af dat een toezichthouder niet erg effectief is als hij te vaak gebruik maakt van een zware interventiebevoegdheid. En met 'te vaak' wordt dan gedacht aan ongeveer 10 procent van de interventies. De overige interventies moeten 'zacht' zijn (waarschuwen, overleggen, adviseren), wil het toezicht effectief blijven. Grijpt de toezichthouder te vaak en te snel naar de stok, dan creëert dat hoge kosten en onzekerheid.³⁹

Aan de andere kant leidt een te intieme relatie tot een vermenging van de functie van toezichthouder met die van ondertoezichtgestelde. De Ridder noemt de analogie van de staart die met de hond kwispelt.⁴⁰ Men zou dit ook het gevaar van 'capture' kunnen noemen: de toezichthouder is niet meer in staat zijn eigenlijke controlerende taak uit te oefenen, en werkt misstappen min of meer in de hand door te veel mee te denken met de ondertoezichtgestelde.⁴¹

De twee door De Ridder geformuleerde wetten van toezicht zijn dus op zijn minst ambigue ten aanzien van de veronderstelde effectiviteit van 'supportive supervision'. Enerzijds moet de toezichthouder niet te vaak en niet te snel ingrijpen, anderzijds is er het gevaar dat de toezichthouder in het pak wordt genaaid en te veel meebestuurt met degene waarop toezicht wordt gehouden. Wellicht biedt de Tanzaniaanse werkelijkheid iets meer inzicht in de vraag welke van beide veronderstellingen het meest overtuigt.

5 Supportive supervision in de Tanzaniaanse gezondheidszorg

5.1 Gezondheidszorg in Tanzania

Het beeld van de gezondheidszorg in Tanzania is, op zijn zachtst gezegd, niet rooskleurig. In zijn proefschrift signaleert Mollél een groot tekort aan personeel en infrastructuur.⁴² Het gevolg: slecht toegankelijke zorg, met name voor de armeren, resulterend in onder meer een relatief hoge kindersterfte.⁴³ Het is niet zo dat er geen beleid wordt gevoerd om deze situatie te verbeteren. Er worden bijvoorbeeld meer 'health workers' in dienst genomen.⁴⁴ Het voornaamste probleem is echter

39 De Ridder 2004, p. 42.

40 De Ridder 2004, p. 43.

41 Zie over capture in de financiële wereld: Pierre C. Boyer & Jorge Ponce, 'Regulatory capture and banking supervision reform', *Journal of Financial Stability* 2012 (8), p. 206–217.

42 H.A. Mollél, *Participation for local development: the reality of decentralisation in Tanzania* (diss. Groningen), African Studies Centre: Leiden 2010. Anderen signaleren hetzelfde: Ottar Mæstad, *Human Resources for Health in Tanzania: Challenges, Policy Options and Knowledge Gaps*, CMI Reports 2006; G. Kwesigaboa et al., 'Tanzania's health system and workforce crisis', *Journal of Public Health Policy* 2012 (33), p. 35–44.

43 B. Mwele, E. Reddy & H. Reybur, 'A rapid assessment of the quality of neonatal health-care in Kilimanjaro region, northeast Tanzania', *BMC Pediatrics* 2012 (12), p. 182, zie ook: L. Gilson, M. Magomi & E. Mkangaa, 'The structural quality of Tanzanian primary health facilities'. *Bulletin of the World Health Organization* 1995 (1), p. 105–114 en meer recent: T. Kida, 'Provision and access of health care services in the urban health care market in Tanzania', *ESRF Discussion Paper No 42*, Dar es Salaam 2012.

44 'Tanzania Set to Train 10,000 New Health Workers Each Year' Tanzania Daily news 20 augustus 2013.

een gebrek aan vaardigheden en motivatie van degenen die in de medische sector werkzaam zijn. Ter illustratie: uit een onderzoek van Leonard et al. (2005) bleek dat slechts 49% van de medici aan de hand van een fictieve casus de juiste behandeling wisten. Van deze groep bleek 53% ook daadwerkelijk geneigd deze behandeling uit te voeren.⁴⁵ Er zijn tal van factoren waarom in de praktijk toch geen behandeling plaatsvindt. Ongeoorloofd verzuim is daar één van.⁴⁶ De opgave voor het toezicht is daarmee evident.

5.2 Design van het toezicht

Het toezicht op de gezondheidszorg is in Tanzania opgedragen aan de 'Council Health Management Teams' (CHMT). Deze teams werken op het niveau van het district (de laagste bestuurslaag in Tanzania). Naast de zorg voor het toezicht op de gezondheidszorg hebben deze CHMTs ook als taak de ziekenhuizen en dispensaries (tezamen aangeduid als 'health facilities') te bevoorraden.⁴⁷

In september 2010 stelt het ministerie van gezondheidszorg een document vast met de titel 'Human resource for health national supervision guidelines for quality health care services training guide on human resource for health supportive supervision' (hierna: Guidelines). Een mond vol, maar het is gewoon een richtlijn voor de wijze waarop CHMTs hun rol als 'supervisor' zouden moeten vormgeven. Dit toezicht zou de vorm moeten krijgen van 'supportive supervision', met als doel

'to help the healthcare staff on the site to identify, analyze and address needs and problems, improve skills and motivate staff, identify and plan training needs (...) facilitate teamwork or team spirit and improve communication within the facility.' (Guidelines, p. 10)

De richtlijnen bevatten enkele voorschriften over de procedure die zou moeten worden gebruikt bij het toezicht, met in vette kapitalen:

'SUPPORTIVE SUPERVISION IS NOT SEARCHING FOR MISTAKES' (Guidelines, p. 12)

Voorts wordt voorzien in een checklist met 33 'performance standards', uiteenlopend van 'does the hospital have an organogram' tot 'does the hospital staff have reasonable working conditions'.

Interessant is wat er *niet* in de richtlijnen is opgenomen. De performance standards bevatten bijvoorbeeld geen voorschriften over het object van toezicht: de wijze waarop zorg wordt verleend. Of de arts of verpleegkundige dus werkt conform medische standaarden, dan wel daarvan op de hoogte is, wordt niet getoetst, althans dat blijkt niet uit de guidelines. Evenmin voorziet de richtlijn in een norm over het aantal maal dat een ziekenhuis of dispensary bezocht zou moeten worden.

45 K.L. Leonard, M.C. Masatu & A. Vialou, *Getting Doctors to do their best: Ability, Altruism and Incentives*, National Science Foundation, World Bank: Washington 2005, p. 10.

46 F. Manzi et al., 'Human resources for health care delivery in Tanzania: a multifaced problem', *Human resources for Health* 2012 (10) 3.

47 Een dispensary is een kleinschalige inrichting waar zorg wordt verleend, vaak op het niveau van een verpleegkundige.

5.3 De realiteit

Komt er iets terecht van 'supportive supervision'?⁴⁸ Het korte antwoord is: niet bepaald. Er zijn drie waarnemingen die tot deze conclusie leiden. In de eerste plaats blijkt een groot deel van degenen die werkzaam zijn in de gezondheidszorg niet bekend met het concept 'supportive supervision'. Uit interviews met medewerkers van verschillende health facilities blijkt dat zij het concept verschillend interpreteren, uiteenlopend van 'providing guidance' en 'onsite training' tot 'inspection' en 'checking the work to find a fault'. Juist deze laatste twee opvattingen vallen nu juist *niet* onder supportive supervision. Kortom: de ondertoezichtgestelden lijken niet precies te weten wat men aan een toezichthouder heeft of wat men ervan kan verwachten.

Nu zou men kunnen stellen dat de *kennis* over het concept van supportive supervision nog niet zoveel zegt over de implementatie ervan. Maar ook het toezicht dat de ondertoezichtgestelden *ervaren* wijkt af van wat men op grond van de richtlijnen zou verwachten. Uit een onderzoek onder 80 medewerkers van 30 verschillende health facilities bleek dat zij het toezicht kwalificeerden als 'demoraliserend, frustrerend en opdringerig, zonder ruimte voor uitleg door de ondertoezichtgestelden'. Toezichthouders blijken nog altijd vooral op zoek naar fouten en deinzen niet terug voor stevige interventies, van het onthouden van een vrije dag tot een transfer naar een 'very remote area'.⁴⁹ Volgens de respondenten heeft dit een nog slechter gemotiveerde staf tot gevolg, met een grotere neiging tot verzuim en verdere verslechtering van de gezondheidszorg.

Een derde waarneming komt uit een andere bron en betreft de taakvervulling door de CHMTs. Uit het onderzoek van Manzi et al. (2012) volgt dat een CHMT eigenlijk maandelijks ter plekke zou moeten zijn om 'support' te kunnen bieden.⁵⁰ In de praktijk wordt deze frequentie bij lange na niet gehaald. Sommige facilities – met name de ziekenhuizen en dispensaries die wat slechter te bereiken zijn – worden in geen maanden bezocht.⁵¹ Van een deugdelijke 'follow up' na geconstateerde gebreken, kan dan geen sprake zijn.

6 Conclusie

De centrale vraag van deze bijdrage is of supportive supervision in Tanzania is geïmplementeerd en welk effect dat heeft op de gezondheidszorg. Uit de casus valt af te leiden dat implementatie van supportive supervision niet aan de orde is. Supportive supervision lijkt een typisch voorbeeld van hoe Tanzania-vreemde concepten klak-

48 Dit was een onderzoeksvraag van AMREF, een non-gouvernementele organisatie gevestigd in Tanzania (zie www.amref.org), waarnaar onderzoek is gedaan door de eerste auteur.

49 In Tanzania staat dat gelijk aan verbanning.

50 F. Manzi et al., 'Human resources for health care delivery in Tanzania: a multifaced problem', *Human resources for Health* 2012 (10) 3.

51 G. Kwesigaboa et al., 'Tanzania's health system and workforce crisis', *Journal of Public Health Policy* 2012 (33), p. 41

keloos worden overgenomen in het beleid, zonder daadwerkelijke implementatie.⁵² Supportive supervision is in alles een concept dat door donorlanden de Tanzaniaanse overheid is opgedrongen. Het 'brondocument' van Marquez & Kaen (2002) is uitgegeven door de Amerikaanse hulporganisatie USAID. Het beeldmerk van dezelfde organisatie is zelfs te vinden op de voorpagina van de ministeriële 'richtlijnen' die voor implementatie van dit concept zouden moeten zorgen. Het Tanzaniaanse beleid lijkt te conformeren, maar in de realiteit verandert er niets: toezicht vindt nauwelijks plaats en als het al plaatsvindt, is het allesbehalve 'supportive'.⁵³

Maar wat is nu het effect van 'supportive supervision' op de kwaliteit van de gezondheidszorg in Tanzania? Op deze vraag zijn twee antwoorden denkbaar. Enerzijds zou men kunnen stellen dat supportive supervision er niet toe doet. Blijkbaar 'werkt' supportive supervision niet in de Tanzaniaanse context waarin het tekort aan mensen en middelen immens groot is en men onmogelijk in de vraag naar gezondheidszorg kan voorzien. Anderzijds zou men ook kritischer kunnen oordelen dat het opdringen van concepten als supportive supervision afleidt van waar het eigenlijk om zou moeten gaan: zorgen voor een goede gezondheidszorg. Het directe effect van het opdringen van dit soort concepten is immers dat er een nieuwe bureaucratie ontstaat, met een scorelijst op 33 'performance standards' die nauwelijks iets zeggen over de kwaliteit van de geleverde zorg. Andere, op het oog relevantere, informatie blijft daardoor buiten beschouwing, zoals de vraag of en hoeveel medewerkers aanwezig zijn,⁵⁴ wat de kwalificaties van deze medewerkers zijn en hoe het zit met de naleving van medische protocollen.

De uitdaging voor de nieuwe generatie (Tanzaniaanse) bestuurskundigen is daarmee evident: zoeken naar concepten of concepten zodanig aanpassen dat zij passen in de Tanzaniaanse context en daarmee wél bijdragen aan een verbetering van de kwaliteit van de Tanzaniaanse gezondheidszorg. En intussen is het aanbevelingswaardig om Tanzaniaanse ziekenhuizen zoveel mogelijk te mijden.⁵⁵

52 J. Itika, J. de Ridder, A. Tollenaar (eds), *Theories and stories in African public administration*, African Studies Centre: Leiden 2011 bevat verschillende voorbeelden van dit mechanisme.

53 Dit is een constatering die bijvoorbeeld ook past bij de (gebrekkige) implementatie van het decentralisatiebeleid in Tanzania, zie: H.A. Mollel & A. Tollenaar, 'Decentralization in Tanzania: design and application in planning decisions', *International Journal of Public Administration* 2013 (5), pp. 344-353.

54 In het artikel van F. Manzi, et al. 2012 wordt 'absenteeism' van de medici als de voornaamste bedreiging van goede zorg gezien.

55 Dat dat niet altijd lukt, is hier te zien: <http://www.rug.nl/staff/a.tollenaar/ko.jpg>

Deel III: Juridisering

Juridificatie van bestuursbetrekkingen: van de Eems in de Dollard?

Herman Bröring

1 Onderwerp

Een centraal thema in het wetenschappelijke werk van Ko de Ridder is de toegevoegde waarde of juist averechtse werking van rechtsregels; de vraag dus, naar de mogelijkheden en beperkingen van juridificatie. Daarbij moet meteen worden aangetekend dat De Ridder in het gezelschap van juristen vooral die averechtse werking en beperkingen van juridificatie naar voren bracht. Wie aanvoerde dat bestuursbetrekkingen, tussen overheid en burger en tussen overheden onderling, rechtsbetrekkingen zijn, kreeg van hem meteen de tegenwerping dat bestuursbetrekkingen primair sociale betrekkingen zijn. Aan zijn gezichtsuitdrukking was dan te zien dat De Ridder van deze plagerij genoot. Maar het was en is ook een serieuze kwestie; misschien zelfs in toenemende mate. Daarmee is de belangrijkste conclusie van deze bijdrage al weggegeven, namelijk dat het eigenlijk nog lang geen tijd is dat De Ridder met emeritaat gaat.

Voordat ik aan deze conclusie toekom, sta ik stil bij het bestuursrecht aan het begin jaren tachtig, toen De Ridder tot de Groningse vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde toetrad en bovendien de voorbereidingen voor de Awb werden getroffen. Het valt op dat het algemeen deel van het bestuursrecht juist sinds de aanvang van de academische loopbaan van De Ridder enorm is gegroeid. Wie met de visie van De Ridder op juridificatie en de aard van bestuursbetrekkingen bekend is, zal zich afvragen of bestuursbetrekkingen met deze juridificatie niet aan kwaliteit inboeten. Raakt men met deze juridificatie niet van de wal in de sloot? Of, zoals een oude Groningse uitdrukking, die ook de van de Zuid-Hollandse eilanden afkomstige De Ridder zal aanspreken, het robuuster zegt: van de Eems in de Dollard?¹ In deze bijdrage wordt deze vraag aan de hand van de visie van De Ridder voor een tweetal bestuursrechtelijke onderwerpen verkend. Daartoe wordt allereerst de visie van De Ridder samengevat.

1 Deze uitdrukking ziet op de moeilijke bevaarbaarheid van de Eems en de met al zijn slikken en schorren nog veel lastiger te bevaren Dollard. De naam Dollard heeft te maken met de reeks vloed en overstromingen – onder meer de ernstige doorbraken en overstromingen van 1277, de Elizabethvloed van 1423 en de Allerheiligenvloed van 1570 – waardoor tal van dorpen zijn verdronken. Zie G.A. Stratingh, G.A. Venema, *De Dollard. Geschieds-, aardrijks- en natuurkundige beschrijving van dezen boezem der Eems*, Groningen 1855, heruitgave 1979 door de Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee en de Stichting Het Groninger Landschap. In voetnoot 1 verwijzen de auteurs naar de aan de Rijksuniversiteit Groningen welbekende Emmius, die de Dollard betitelde als 'a fluctum rabie; van deszelfs dollen aard'.

2 De visie van De Ridder

De Ridder heeft in meerdere publicaties op overtuigende wijze de stelling verdedigd dat het recht niet zaligmakend is. Zo schrijft hij in een beschouwing over de 'Problematische kanten van toenemende juridificatie' uit 1989 dat de 'perfectionering van de rechtsstaat [...] een dwangmatige neiging tot regulering en een vloed van normen tot gevolg [heeft].'² Miskening van het gegeven dat interbestuurlijke verhoudingen en relaties tussen bestuur en bestuurd primair sociale betrekkingen zijn, heeft ertoe geleid, aldus De Ridder, dat indertijd het idee van complementair bestuur is 'doodgejuridificeerd' en dat bestuur en burgers 'in de schaduw van het recht' niet meer elkaar, maar de rechter proberen te overtuigen. Het medicijn van de rechtsbescherming heeft volgens hem, naast de bekende voordelen, ook negatieve gevolgen gehad, vooral op de langere termijn, waarbij rechtsbescherming enigszins op antibiotica is gaan lijken: aanvankelijk een onovertroffen middel ter bestrijding van kwalen, vervolgens een bron van verzwakking van het eigen immuniteitssysteem en uiteindelijk een krachteloos instrument omdat men resistent is geworden.

De beschouwing van De Ridder over 'Niet-juridische voorwaarden voor juridische kwaliteit' uit 2005 komt eveneens neer op een sterke relativering van het belang van het recht.³ Zij gaat over de verklaring van juridische kwaliteit, door De Ridder opgevat als rechtsconformiteit, als keuzegedrag van actoren, en opent met de zin: 'Primaire besluitvorming is gedrag.' Daarna worden drie manieren opgevoerd van beïnvloeding van de kwaliteit van keuzegedrag. Ten eerste zijn er de opvattingen en houdingen van mensen, waarbij 'inwendige vormen als training, professionalisering en cultuurvorming' een rol spelen. Ten tweede zijn er uitwendige manieren van beïnvloeding, zoals 'hiërarchische instructie en supervisie'. Ten derde is er de vervanging van menselijk keuzegedrag door middel van 'in machines opgeslagen besluitvormingsalgoritmen': de geautomatiseerde (ict-)besluitvorming. De Ridder constateert dat de (pre-Weberiaanse) bureaucratie een belangrijke borging en zelfs grondslag van de rechtsstaat vormde, maar dat Nederland nooit veel bureaucratie heeft gehad, terwijl in dit land het primaat van de politiek duidelijk sterker was en is dan in andere West-Europese landen. Hij merkt verder op dat de klassieke ambtenaren grotendeels zijn vervangen door professionals uit niet op het overheidsbestuur gerichte disciplines, en dat mission statements van overheidsinstellingen steeds minder van doen hebben met een 'richtige' uitvoering van de wet. In samenhang hiermee concentreert de aandacht voor de juridische kwaliteit van besluitvorming zich niet op de inputzijde, maar op de outputzijde (zijn de besluiten 'judge proof?'). Het voorgaande heeft echter niet geresulteerd in een afname van de hoeveelheid

2 J. de Ridder, 'Problematische kanten van toenemende juridificatie', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, p. 191-205.

3 J. de Ridder, 'Niet-juridische voorwaarden voor juridische kwaliteit', in: M. Herweijer e.a. (red.), *Alles in één keer goed. Juridische kwaliteit van bestuurlijke besluitvorming*, Deventer: Kluwer 2005, p. 113-131.

recht. In tegendeel: beleid, beheer en techniek zijn in toenemende mate gejuridificeerd, aldus De Ridder.

Een aantal elementen uit de beschouwing uit 2005 keert terug en wordt uitgewerkt in een hoofdstuk dat De Ridder vijf jaar later samen met Tollenaar publiceerde.⁴ Hun publicatie mondt uit in drie conclusies. De eerste luidt dat 'the codification of administrative norms drives out the professional attitude of the public servant', wat 'leads to an attitude of "going by the book"'. De tweede conclusie is dat de rechtsbescherming een formeel en terughoudend karakter heeft en daarmee maar in beperkte mate kan bijdragen aan 'administrative justice'. In samenhang hiermee luidt de derde conclusie dat, ter borging van deze 'administrative justice', alternatieve of additionele instrumenten in opkomst zijn, zoals certificering en benchmarking (elders noemt De Ridder ook 'charters'), vergezeld van inspectie en toezicht. Ofschoon het veelal om vrijwillige instrumenten gaat, aldus de auteurs, 'they appear to be more crucial for administrative justice than judicial review.' Daarbij is van belang, zo tekenen zij aan, dat deze instrumenten appelleren aan professionele normen die, omdat ze door peers zijn vastgesteld, al in de eigen overheidsorganisatie geïnternaliseerd zijn.

Uit het bovenstaande komt een krachtig geloof in de klassieke bureaucratie naar voren, met haar speciaal met het oog op overheidsfuncties opgeleide ambtenaren: ambtenaren die in plaats van zich door formele regeldwang te laten, leiden inhouds- en burgergericht zijn, maatwerk kunnen leveren, en voor wie het 'sine ira et studio' een vanzelfsprekendheid is. Voorts wordt een belangrijke rol toegekend aan niet-juridische instrumenten in combinatie met inspectie en toezicht, die meer dan de rechter aan administratieve rechtvaardigheid kunnen bijdragen. Want de rechter is slechts in een relatief gering aantal zaken tot een oordeel geroepen; bovendien is zijn oordeel gewoonlijk minder inhoudelijk van aard. Ook van codificatie van algemeen bestuursrecht in de vorm van de Awb en van juridificatie meer in het algemeen moet volgens De Ridder niet te veel worden verwacht: al gauw gaan de schaduwzijden overheersen.⁵

Opgemerkt moet worden dat het ook De Ridder te doen is om wat de harde kern van het bestuursrecht vormt: belangenafweging met borging van het verbod van willekeur (inclusief rechtszekerheid en gelijke behandeling) en (met name democratische en procedurele) legitimatie. Waar het om draait, is de vraag waar de burger het best mee af is: de klassiek-bureaucratische ambtenaar die op basis van professionele deskundigheid de wet uitvoert, of bevoegdheidsuitoefening op basis van een stapeling van regels met een of andere juridische status? Niet-juridische instrumenten in combinatie met inspectie en toezicht, of rechtspraak? Een dikke of een dunne

4 Albertjan Tollenaar & Ko de Ridder, 'Administrative Justice from a Continental European Perspective', in: M. Adler (ed.), *Administrative justice in context*, Oxford: Hart 2010, p. 301-320.

5 Tegen deze achtergrond wekt het overigens geen verbazing dat De Ridder meer op heeft met de opvattingen van A.A.H. Struycken dan met die van J.A. Loeff en nog altijd voorstander is van administratief beroep.

Awb? Hieronder wordt bij deze drie punten aangesloten. Nadat in § 3 een korte blik is geworpen op de totstandkoming en ontwikkeling van de Awb, wordt in § 4 ingegaan op de (gejuridificeerde) beleidsregels en richtlijnen en in § 5 op de (formele) behandeling van geschillen in bezwaar en beroep.

3 Het kan verkeren: de Awb en haar overtroffen ambities

In het midden van de vorige eeuw kreeg het algemeen bestuursrecht de contouren van een zelfstandig rechtsgebied.⁶ Begin jaren tachtig werden de eerste stappen naar codificatie van dit algemeen bestuursrecht gezet. Wie van de reactie op het rapport van de Startwerkgroep Wetgeving Algemene Regels van Bestuursrecht (WARB) van oktober 1982 kennis neemt, leert dat dit codificatieproject lang niet door iedereen met applaus werd ontvangen. Allereerst waren daar natuurlijk de tegenkantingen van de vakdepartementen, die liever hun eigen tradities handhaafden dan zich te moeten aanpassen aan een algemene wet van Binnenlandse Zaken en Justitie.⁷ Maar ook anderszins waren er bezwaren. De tijd zou nog niet rijp zijn voor codificatie. De codificatie zou haaks staan op de dereguleringsgedachte. De beleidsvrijheid zou teveel worden ingeperkt. Velen hadden twijfels bij het ambitieuze karakter van het codificatieproject.

In een verslag van een op 11 februari 1983 gehouden VAR-studiebijeenkomst werd geconcludeerd dat niemand mordicus tegen het codificatiestreven was, maar dat er wel tal van suggesties waren voor aanpassing en beperking van de voorstellen van de Werkgroep.⁸ Zo was Nicolaï, in navolging van Van Maarseveen, van mening dat de meeste bepalingen slechts een 'adhortatief' (aansporend) karakter zouden moeten krijgen en dat door het achterwege laten van gedetailleerde bepalingen in de WARB de jurisprudentie de nodige ruimte zou krijgen om waar nodig te concretiseren. 'Zo zou de wet tot ± 20 artikelen beperkt kunnen blijven.'

Het kan verkeren. Wie in 2014, twintig jaar na de inwerkingtreding van de eerste twee tranches van de Awb, terugziet op die fase van haar concipiëring, komt tot de slotsom dat de ambities ruimschoots zijn overtroffen.⁹ Wie een stuk of twintig wetsartikelen al mooi genoeg vond, zal hoogst verbaasd zijn over de ruim vijfhonderd stuks (exclusief de bijlagen) anno 2014. Getuigt de huidige stand van het bestuursrecht met zijn kloeke algemene wet van het ongelijk van De Ridder?

6 J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

7 In het kader van het Awb-project was aanvankelijk ook de verhouding tussen beide laatste departementen trouwens niet zonder territoriumdrift.

8 R.W. Oosterhoff, 'Regeling algemene regels van bestuursrecht. Een verslag van een belangrijke bijeenkomst', *TvO*, 1983 (11), p. 287-290. Zie voor een verslag van de VAR-studiebijeenkomst tevens 'Wettelijke regeling van algemene regels van bestuursrecht. Impressies van de VAR-studiebijeenkomst op 11 februari 1983', *Bestuurswetenschappen*, 1983, (3), p. 206-210.

9 Nader over de ontwikkeling van de Awb: H.E. Bröring & L.M. Koenraad, 'Conserveren en activeren. Een beschouwing over de ontwikkeling van de Awb', *JBplus*, 2012/2 (jubileumspecial Dynamiek en turbulentie in het bestuursrecht), p. 61-86.

Of moeten we in lijn met diens visie spreken van doorgeschoten juridificatie? Hieronder wordt een aanzet tot beantwoording van deze vragen gegeven voor twee onderwerpen: beleidsregels en richtlijnen, en bezwaar en beroep.

4 Beleidsregels en richtlijnen

Deze niet-wettelijke regels (met inbegrip van 'soft law' zoals geautomatiseerde modellen en technische standaarden) hebben altijd veel aandacht van De Ridder gekregen. Enerzijds hebben zij te maken met afwezigheid van wettelijke normen waar, eigen aan mensen, aan standaarden toch behoefte is. Vandaar dat deregulering in de vorm van minder en minder gedetailleerde wettelijke voorschriften en een toename van beleidsregels en richtlijnen communicerende vaten plegen te zijn. Wie, zoals De Ridder, de invalhoek van het gedrag hanteert, krijgt dat scherp in beeld. Vervolgens is het nog de vraag of en hoe deze beleidsregels en richtlijnen in het recht dienen te worden ingepast. In de opvatting van De Ridder is hier grote terughoudendheid geboden. Anders wordt beleid doodgejuridificeerd en heeft de individuele rechtvaardigheid jegens burgers eronder te lijden. Is de vrees van De Ridder bewaarheid? Waarom 'überhaupt' een Awb-regeling van beleidsregels?

De reden is, aldus de Startwerkgroep reeds in haar rapport van 1982, p. 17, 'dat het belang van beleidsregels voor de uitoefening van de hedendaagse bestuurspraktijk van een zodanig gewicht is dat de aandacht hiervoor bij een Wet algemene regels van bestuursrecht niet mag ontbreken.' In dit rapport worden daarna als mogelijk te regelen aspecten genoemd: de bevoegdheid of verplichting tot het vaststellen van beleidsregels, de verplichting tot bekendmaking van beleidsregels, de bevoegdheid of verplichting om ten voordele of ten nadele van een beleidsregel af te wijken, en de verplichting om bij wijziging van beleidsregels met gevestigde belangen rekening te houden. De bevoegdheid is in codificerende zin in artikel 4:81 Awb geregeld.¹⁰ Idem, in artikel 4:84 Awb, de afwijkingsbevoegdheid. Tot een regeling speciaal voor beleidsregels van de andere aspecten is het niet gekomen. In zoverre heeft de wetgever de door De Ridder bepleite terughoudendheid in acht genomen.

Wel heeft de omschrijving in artikel 1:3, lid 4, Awb en de regeling in een titel (4.3) in Hoofdstuk 4 Awb (benoemde besluiten) als consequentie dat eisen van toepassing zijn die gelden voor besluiten in het algemeen. Maar voorbeelden van het onverbindend verklaren en daarom buiten toepassing laten van beleidsregels wegens schending van een of meer in Hoofdstuk 3 neergelegde beginselen van behoorlijk bestuur, zijn uiterst schaars.¹¹ De kwalificatie als een besluit heeft kortom – het zal De Ridder aanspreken – in de rechtspraktijk niet duidelijk geleid tot een

10 Tot op zekere hoogte met uitzondering van de – omstreden – bevoegdheid van de delegans van beschikkingsbevoegdheid.

11 Evenzo is de praktische betekenis van de artikelen 4:82 en 4:83 Awb gering. Van artikel 4:82 Awb, omdat beschikkingen zich ook aan de hand van andere standaarden dan beleidsregels laten motiveren, met name in het kader van geautomatiseerde beslissystemen.

zodanige juridische verzelfstandiging van beleid dat is vergeten dat beleidsregels slechts een hulpmiddel zijn bij het nemen van, vooral, beschikkingen. Anderzijds vervullen beleidsregels – en andere beleidsvormen – onmiskenbaar een belangrijke functie met het oog op de harde kern van het moederbeginsel aller publiekrechtelijke beginselen: het verbod van willekeur. Inderdaad kan dit ook worden betoogd voor andere West-Europese rechtstelsels, terwijl daar een wettelijke regeling van beleidsregels zoals Nederland deze kent – in termen van een publiekrechtelijke rechtshandeling met extern rechtsgevolg – ontbreekt.¹²

Had een wettelijke regeling van beleidsregels daarom net zo goed achterwege kunnen blijven? Zo eenvoudig is het niet. Achteraf kan worden geconstateerd dat in landen met een lichtere, niet wettelijke vorm van juridificatie van bestuursrechtelijke soft law eveneens veel soft law wordt vastgesteld én bekendgemaakt. Voor dit laatste zijn met name digitale voorzieningen van belang. In zoverre zou men de verbeteringen op het punt van transparantie eerder kunnen toeschrijven aan ict-ontwikkelingen dan aan codificatie.¹³ De kwalificatie van beleidsregels als besluit heeft echter bevorderd dat op dit punt in Nederland al eerder aanzienlijke verbeteringen werden doorgevoerd.¹⁴ Bovendien heeft het Nederlandse bestuursrecht een aantal kenmerken waarmee het zich van andere rechtsstelsels onderscheidt. Gedoeld wordt op een paar eigenschappen die zo helder door De Ridder zijn verwoord: de afwezigheid van een sterke bureaucratische traditie en de verhoudingsgewijs sterke dominantie van de politiek. Zo leert een vergelijking met Duitsland en zijn juist sterke bureaucratische traditie dat beleidsregels daar primair als een bestuursintern fenomeen worden beschouwd, namelijk als dienstaanwijzingen. Net als beleidsregels moeten deze aanwijzingen doorgaans in acht worden genomen. Vooral het perspectief – extern of intern – verschilt; niet zozeer het eindresultaat.

Het heeft enige tijd geduurd voordat bij de beoordeling van beleid en de toepassing daarvan in de bestuursrechtspraak rechtstreeks werd aangesloten bij de relevante Awb-bepalingen (art. 1:3, vierde lid, en titel 4.3); later kon die beoordeling als precies worden aangemerkt.¹⁵ De laatste jaren verschijnen er echter uitspraken die de indruk wekken van enige versoepeling. Ik geef twee voorbeelden. Allereerst de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 27 februari 2013, AB 2013/144 (Zeemotel Noordwijk). In deze uitspraak oordeelt de Afdeling dat de rechtbank, ofschoon dat gelet op de toepasselijke beleidsregels wel mogelijk was geweest, niet zelf in de zaak had mogen voorzien, 'nu het college de beleidsregels [...] voorafgaand aan het nemen van nieuwe besluiten op de bezwaren zodanig zou kunnen wijzigen dat deze beleidsregels niet langer aan de realisering van het

12 Hierover H.E. Bröring & G.J.A. Geertjes. 'Bestuursrechtelijke soft law in Nederland, Duitsland en Engeland', *NTB*, 2013 (4), p. 74-87.

13 Zie H.E. Bröring & G.J.A. Geertjes 2013, p. 82, onder verwijzing naar www.verwaltungs-vorschriften-im-internet.de.

14 Albertjan Tollenaar, 'Het succes van de codificatie van de beleidsregel in de Awb', *Netherlands Administrative Law Library*, 2014 (nog te verschijnen).

15 Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 januari 2001, *JB* 2001/46, m.nt. Schlössels, en CRvB 7 maart 2005, *AB* 2005/269, m.nt. dzz.

project in de weg en staan.’ Deze toetsing *ex futuro* impliceert het oordeel dat een geldend besluit toch niet echt geldt. Inderdaad is in het licht van de toekomst alles betrekkelijk. Maar het gaat erg ver als de Afdeling zo sterk met het bestuur meedenkt om diens probleem op te lossen. Een grens wordt overschreden wanneer zij het opzij zetten van een geldend besluit niet nader, aan de hand van de omstandigheden van het geval, motiveert. Dan ontstaat immers de schijn dat de rechter meebestuurde. Vermoedelijk zou de Ridder zeggen: Zie je wel? Administratief beroep is beter! Dat is geen compliment aan het adres van de Afdeling.¹⁶

Evenmin instemming verdient de ontkenning in de Afdelingsjurisprudentie van de juridische relevantie van deskundigenrichtlijn van de Richtlijn diagnostiek, over ongeldigverklaring van een rijbewijs op de grond dat sprake is van een stoornis in het gebruik van alcohol. Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 december 2012, AB 2013/32, en ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2494. In deze en andere uitspraken wordt de juridische betekenis van een deskundigenrichtlijn uitgehold waar de Afdeling overweegt dat deze richtlijn geen beleidsregels van het CBR weergeeft zodat het CBR niet hoeft te motiveren waarom het van de richtlijn afwijkt. Dit is curieus, want het CBR had zelf aangedrongen op en was nauw betrokken bij de totstandkoming van de richtlijn. Opmerkelijk is voorts dat de onderhavige jurisprudentie inconsistenties impliceert ten opzicht van andere Afdelingsjurisprudentie, met name die inzake milieuriichtlijnen, en ten opzichte van andere rechtsgebieden. Bij dit laatste valt naast het strafrecht te denken aan het tuchtrecht. Immers, de betrokken psychiaters zijn tuchtrechtelijk gehouden de richtlijn in acht te nemen. In dat licht is het bevreemdend dat het CBR aan de richtlijn mag voorbijgaan. Het moet helemaal verwarrend zijn voor eventuele artsen die bij het CBR in dienst zijn: zij mogen in voorkomende gevallen de richtlijn van hun superieur niet hanteren, maar moeten dat op grond van het tuchtrecht wel doen.¹⁷

In lijn met zijn vertrouwen in de competente professional, heeft De Ridder zich eveneens gekeerd tegen doorgesloten protocollering van het werk van deskundigen zoals artsen en tegen strikte handhaving van protocollen voor dergelijke professionals. Maar in het geval van de Richtlijn Diagnostiek zijn het juist de betrokken artsen zelf die de richtlijn willen volgen. Zij zullen er grote moeite mee hebben dat bestuur en Afdeling hun professionaliteit en expertise niet respecteren.

5 Bezwaar en beroep

Ook voor dit onderwerp zijn de beschouwingen van De Ridder over het gedrag van de actoren van bijzonder belang.¹⁸ Immers: ‘Primaire besluitvorming is gedrag’, en ook in bezwaar en beroep gaat het in essentie om gedrag. Is het waar dat bestuur

16 Zie nader mijn noot bij deze uitspraak.

17 Zie nader mijn noot bij de in de AB gepubliceerde uitspraak.

18 Dit onderwerp heeft van De Ridder vooral aandacht gekregen in relatie tot inspectie en toezicht. Onderbelicht gebleven is de vraag aan hoe de ontwikkeling van subjectivering van het bestuursprocesrecht zich verhoudt tot wijzigingen in omvang en aard van het toezicht

en burgers niet meer elkaar maar de rechter proberen te overtuigen en dat rechtsbescherming een formeel en terughoudend karakter heeft en daarmee weinig bijdraagt aan 'administrative justice'? Zo ja, komt dat door het gedrag of door de Awb-regeling van bezwaar- en beroepsprocedures? Volgens de waarnemingen van De Ridder is er aanvankelijk behoefte aan een wettelijke procedure en blijkt deze ook duidelijk voordelen te hebben, maar gaat de wettelijke regeling na verloop van tijd in toenemende mate vergezeld van averechtse effecten.

Bij de totstandkoming van de algemene bepalingen over bezwaar en beroep in hoofdstuk 6 Awb en de bijzondere bepalingen over bezwaar en administratief beroep in hoofdstuk 7 Awb (Eerste Tranche) en van het procesrecht voor de rechterlijke procedure in hoofdstuk 8 Awb (Tweede Tranche) is aan dergelijke gedragseffecten amper aandacht geschonken. Hoofddoel was uniformering van wat al lang op verschillende plaatsen op uiteenlopende wijze geregeld was. Dit werd indertijd algemeen gesteund. De latere tendensen tot subjectivering, nieuwe zaaksbehandeling en finale geschilbeslechting en betroffen vooral het rechterlijk procesrecht. Zij kwamen allereerst tot uiting in de jurisprudentie en leidden later tot wetwijziging (overwegend codificatie). Opmerkelijk is dat, afgezien van de mislukte voorschriften over rechtstreeks beroep,¹⁹ de wettelijke regeling van de bezwaarschriftprocedure vrijwel ongewijzigd is gebleven.²⁰

Voor de praktijk van deze procedure geldt dat niet. Terwijl oorspronkelijk haar inhoudelijke, oplossingsgerichte karakter werd benadrukt,²¹ is de praktijk van deze procedure volgens velen steeds formeler van aard geworden.²² Men lijkt te zijn aangekomen bij een keerpunt: de laatste tijd zijn er, in het verlengde van de opkomst van nieuwe zaaksbehandeling en finale geschilbeslechting, krachtige pleidooien voor een 'informele aanpak' van de bezwaarschriftprocedure.

De ontwikkelingen rond nieuwe zaaksbehandeling en finale geschilbeslechting en 'informele aanpak' onderstrepen het belang van gedrag zoals De Ridder dat heeft beschreven. Bij gelijk blijvende procedures is zowel een formele en terughoudende als een actieve, op definitieve geschilbeslechting gerichte attitude mogelijk. De wetgever kan met de beginselbepaling 'Gij zult finaliseren' (art. 8:41a Awb)

19 Zie de artikelen 7:1a en 8:54a Awb. Nader over deze mislukking H.E. Bröring, L.M. Koenraad 2012, p. 71-73.

20 In deze bijdrage wordt verder voorbijgegaan aan administratief beroep (alook aan de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, die niet ongewijzigd is gebleven).

21 Zie over de wetgeschiedenis het proefschrift van K.H. Sanders, *De heroverweging getoetst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 11-14. Op p. 266 concludeert Sanders: 'Ondanks de klachten op dit punt voldoet de huidige regeling van het horen in de bezwaarschriftprocedure. Deze is veel flexibeler dan veel bestuursorganen schijnen te denken. Het woord 'hoorplicht' is dan ook misplaatst. Bezwaarden hebben het recht gehoord te worden en er zijn tal van manieren waarop bestuursorganen met relatief minieme inspanningen kunnen bereiken dat dit recht geen geweld wordt aangedaan. Zolang de 'rek' die de huidige regeling biedt nog onvoldoende benut wordt, is een discussie over alternatieven voor het huidige hoorregime prematuur.' Het valt op dat hier nog sterk door de bril van het bestuur wordt gekeken. Bij de 'informele aanpak' krijgt de perceptie van de burger meer aandacht.

22 Aldus al vroeg en zeer stellig M.B.W. Biesheuvel, 'Weg met de bezwaarschriftprocedure', *NJB* 1996, p. 930.

en een doordachte structurering van de rechterlijke uitspraakbevoegdheden (art. 8:72 Awb) nadrukkelijk een voorkeur voor het laatste uitspreken. Maar dit is slechts een van de factoren die het gedrag van de procesactoren beïnvloeden. Ook andere maatschappelijke prikkels dan wetgeving zijn van betekenis (bijvoorbeeld uitingen van het bedrijfsleven). Van de drie door De Ridder in 2005 genoemde manieren van beïnvloeding van keuzegedrag moet vooral worden gedacht aan 'inwendige vormen als training, professionalisering en cultuurvorming' van rechters. Het zijn deze rechters, die het gedrag van partijen concreet kunnen beïnvloeden. Ofschoon sprake is van complexe interactie tussen verschillende factoren, is de conclusie niet gewaagd dat voor het doen van 'administrative justice' het gedrag van rechters cruciaal is. Het zullen dan ook vooral verschillen tussen rechters in competenties en procesopstelling zijn, die meebrengen dat de ervaringen met nieuwe zaaksbehandeling en finale geschilbeslechting wisselend zijn.²³

Iets dergelijks zal gezien de enorme verscheidenheid in procedurele inrichting en personele bezetting a fortiori opgaan voor bezwaarschriftprocedures. Nog al te vaak verlopen zij volgens een rituele dans (voorstellen commissie; de ene partij aan het woord; de andere partij aan het woord; over en weer reactie; vragenronde; een stramen waarbij de kern van het geschil gemakkelijk vervaagt),²⁴ terwijl juist dit type procedures bij uitstek geschikt is voor geschiloplossing, met inbegrip van verwijzing naar een eventuele oplossing buiten de bezwaarschriftprocedure zelf. In plaats van geschiloplossing, mede aan de hand van een 'informele aanpak' waarbij het bestuur bijvoorbeeld niet schroomt telefonisch contact met de bezwaarmaker op te nemen, lijkt het afvinken van procedurele eisen het ultieme doel te zijn.²⁵ Met dit laatste wordt bewaarde hetgeen De Ridder in 1989 zo treffend over de resistentie voor het medicijn van de rechtsbescherming schreef.

Tegelijkertijd is zijn verhaal over immuniteit tegen rechtsbescherming niet zo somber als De Ridder indertijd meende. Waar zijn verhaal met die immuniteit eindigt, blijkt in werkelijkheid de ontwikkeling te zijn doorgegaan: onder invloed van maatschappelijke druk en wetenschappelijke inzichten maken bepaalde (negatieve) neveneffecten van procedures plaats voor nieuw gedrag, dat tegemoet komt aan de functie van procedures en daaraan gestelde eisen en dat 'individual justice' weer dichterbij brengt. Opbeurend is ook het volgende voorbeeld, dat eveneens op het door De Ridder betreunde verdwijnen van de klassieke ambtenaar ziet.

23 Zie bijvoorbeeld Evert-Jan Govaers, 'De finaliserende bestuursrechter: louter een succesverhaal?', *Trema* 2013, p. 309-313, en J.P. Heinrich & H. den Herder, 'Ook gemachtigden van bestuursorganen zijn aan de slag met de Nieuwe Zaaksbehandeling', *JBplus*, 2013(4), p. 210-225.

24 Enkele advocaten vertrouwden mij toe dat zij die rituele dans als zinloos ervaren en dus in enkele gemeenten maar niet meer naar de hoorzitting gaan.

25 Het is een misverstand dat het onderscheid tussen rituele dans en 'informele aanpak' samenvalt met het onderscheid tussen de inschakeling van een artikel 7:13-commissie en een andere inrichting van de bezwaarschriftprocedure. In beide modellen is zowel een formele en terughoudende als een actieve, op definitieve geschilbeslechting gerichte attitude mogelijk. Bepalend zijn de deskundigheid en communicatieve vaardigheden van betrokkenen, alsmede de oplossingsgerichtheid flexibiliteit en van de gehele bestuurlijke organisatie.

Bij 'beschikkingfabrieken' is dit type ambtenaar in belangrijke mate vervangen door geautomatiseerde beslissystemen met hun besluitvormingsalgoritmen. Deze standaarden zijn uitermate gunstig voor een gelijke behandeling. Heeft de individuele rechtvaardigheid er dan niet onder te lijden? In zijn publicatie uit 2005 schrijft De Ridder dat de 'dominante cultuur [...] allang niet meer die [is] van een bestuur dat recht doet. Andere zelfbeelden hebben daarvoor plaats gemaakt.' Ter toelichting wijst De Ridder op de IB-Groep (thans de Dienst Uitvoering Onderwijs, DUO), die opeenvolgende mission statements hanteren, zoals 'massale dataverwerking voor uiteenlopende klanten' of 'snelle informatieverstrekking aan uiteenlopende doelgroepen', zonder dat werd gerefereerd aan wat toch de essentie is: de juiste uitvoering van wetten. Echter, waar deze bestuurlijke organisatie daartoe de mogelijkheid en haalbaarheid ziet, vaart DUO inmiddels een heel andere koers. Deze komt erop neer dat gepoogd wordt zoveel als binnen het wettelijk systeem geoorloofd en ict-technisch mogelijk is, materieel recht aan de belanghebbenden te doen. Dit gaat zo ver, dat de fasen van primaire besluitvorming en bezwaar ineen vloeien en de bezwaartermijn – van openbare orde! – zelfs geheel verdampt.²⁶

6 Slot

Aan het begin van deze bijdrage werd gesignaleerd dat het algemeen deel van het bestuursrecht juist sinds de aanvang van de academische loopbaan van De Ridder enorm is gegroeid. De gedachte dringt zich dan ook op dat een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen het wetenschappelijke werk van De Ridder en deze indrukwekkende groei van dit rechtsgebied. Op basis van de visie van De Ridder op juridificatie en de aard van betrekkingen tussen overheid en burger en tussen overheden onderling is echter aannemelijker dat de kwaliteit van deze bestuursbetrekkingen van de wal in de sloot is geraakt ofwel, van een Groningse schilderachtigheid: van de Eems in de Dollard. In deze bijdrage is voor tweetal bestuursrechtelijke onderwerpen – beleidsregels en richtlijnen, en bezwaar en beroep – verkend in hoeverre dit inderdaad het geval is.

Geconcludeerd kan worden dat juridificatie van beleid en rechtsbescherming schaduwzijden heeft. Maar het is te eenvoudig om te zeggen dat juridificatie aanvankelijk vooral pluspunten lijkt te hebben, maar dat later de minpunten op de voorgrond treden. Uiteraard kunnen vroeg of laat (ongunstige) neveneffecten optreden. Maar dit is niet het einde van het verhaal. Zoals de voorbeelden over beleidsregels en richtlijnen illustreren, kan het omwille van rechtszekerheid en respectering van professionaliteit en expertise zeer wenselijk zijn om standaarden niet te dejuridificeren. Verder maken ontwikkelingen op het terrein van bezwaar en beroep duidelijk dat binnen een vaste wettelijke context juist de door De Ridder zo belangrijk

²⁶ Zie verder mijn noot onder CRvB 31 juli 2013, AB 2013/329, over het – door de Centrale Raad niet onrechtmatig geoordeelde – herstelbeleid in het kader waarvan binnen vijf jaar na afloop van het betrokken studiefinancieringstijdvak ingediende verzoeken om terug te komen van een rechtens onaantastbaar besluit in behandeling worden genomen.

geoordeelde factor gedrag ook in voor 'administrative justice' gunstige zin kan veranderen ('informele aanpak'; nieuwe zaaksbehandeling en finale geschilbeslechting). Daarmee heeft De Ridder gelijk dat bestuursbetrekkingen vooral (ook) sociale betrekkingen zijn en dat de daarmee gepaard gaande dynamiek in gedrag voor de rechtsbescherming van grotere betekenis is dan wettelijke procedures. Meer dan De Ridder in zijn beschouwingen doet voorkomen, kan die dynamiek echter ook positieve effecten hebben. De balans van de voor- en nadelen van wettelijke regels voor rechtsbescherming kan daarom niet worden afgesloten met de vaststelling dat men voor het medicijn van de rechtsbescherming resistent is geworden.²⁷

De wetenschappelijke bijdragen van De Ridder zijn niet alleen relevant omdat zij zo inzichtelijk maken wat het belang van gedrag voor het bestuursrecht is. Zij vormen tevens een understreping van waar het op dit rechtsgebied om te doen is. Deze aandacht voor de functionaliteit van het bestuursrecht verdient hernieuwde aandacht.²⁸ In dit licht zijn fenomenen als de 'informele aanpak' en nieuwe zaaksbehandeling en finale geschilbeslechting toe te juichen. Maar deze zijn niet voldoende. Een van de vragen is of die functionaliteit en daarmee samenhangende gedragsattitude eveneens meer aandacht zouden moeten krijgen in het bestuursrechtelijke onderwijs. Dit onderwijs is bijzonder gebaat geweest met de totstandkoming en uitbreiding van de Awb. Men kan zich echter afvragen of het onderwijs daarmee niet teveel gefocust is geraakt op de systematiek en voorschriften van deze wet, met verwaarlozing van hun functionaliteit en, waar De Ridder ook zo aan hecht, bestuursrechtelijke professionaliteit, cultuur en ethiek. Het is daarom met het oog op het onderzoek én het onderwijs, nog lang geen tijd dat Ko met emeritaat gaat.

27 Zo heeft De Ridder evenmin gelijk gekregen waar hij in zijn publicatie uit 1989 (op p. 199) schreef dat met de invoering van de buitenspelregel beoogd werd het voetbalspel offensiever te maken, 'echter dat ploegen de regel vervolgens zijn gaan gebruiken in een defensieve strategie: de buitenspelval. Dat was een effect van de regel dat noch voorzien, noch bedoeld was.' Immers, het voortbestaan van buitenspelregel en buitenspelval heeft niet verhinderd dat het huidige voetbalspel in het algemeen aantrekkelijk is. Met dit soort falsificaties zal De Ridder trouwens geen enkele moeite hebben, getuige zijn 'De Damen Doctrine', in: K.J. de Graaf e.a. (red.), *Op tegenspraak. Opstellen voor prof. mr. L.J.A. Damen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 87-97.

28 De aandacht voor die functionaliteit wordt de laatste tijd vooral geïnspireerd vanuit niet-juridische disciplines zoals de sociale psychologie.

Wetgeving en bestuur als grondslag voor het vertrouwen van de burger in de democratische rechtsstaat

Rein Jan Hoekstra

Ko de Ridder en ik maakten allebei deel uit van de visitatiecommissie juridische functie en wetgeving. In ons voorwoord hebben we nadrukkelijk aandacht gevraagd voor het belang van het juridische vakmanschap binnen de rijksdienst. De waarden en de beginselen van de rechtsstaat moeten wel worden onderhouden. In de woorden van de WRR 'ze zijn niet self-executing'.

Wetgeving en bestuur vormen een belangrijk onderdeel van de democratische rechtsstaat. Wanneer is de formeel juridische rechtsstaatgedachte ontstaan?

In de tijd toen de overheid en het volk zich als twee heterogene elementen tegenover elkaar plaatsten, als eigen levenskringen. Toen als eerste eis ter verzekering van de individuele vrijheid de medewerking van de volksvertegenwoordiging in de wetgeving werd afgedwongen; toen iedere wet een nieuwe waarborg was tegen de individuele rechtskring bedreigende overheidsbemoeienis. Des te veiliger kon de burger zich voelen, des te meer recht voor hem kon worden verkregen. Toen waren de wet en de rechter de aangewezen rechtswaarborgen *tegen* de overheid. Dit zijn woorden van Struycken in zijn beschouwingen over de moderne rechtsstaatgedachte in 1910. Hij signaleerde toen al de terugtrekkende wetgever. Talrijk zijn de gevallen waar de wet niet meer dan in algemene, vage normen voor het bestuur zijn weg aanduidt, zo gaf hij aan.

Het is een antiek dilemma: de wet als bron van recht of de wet als niet meer dan grondslag voor bestuur. De wet als richtsnoer van mens en maatschappij, als de wet Gods, grondslag van de scheiding tussen goed en kwaad of de wet als uitdrukking van de staatswil of anders gezegd, het bestuur. Het accent lijkt meer en meer verschoven naar de wet als uitdrukking van de staatswil. Daarvoor zijn verklaringen te geven. Ik noem er enige.

Al vele decennia zijn kabinetsformaties een zwaar onderhandelingsproces van politieke partijen in de Tweede Kamer over de vorming van macht en in verband daarmee van het sluiten van coalitieakkoorden. Deze akkoorden binden de betrokken partijen, in de regel de meerderheid van de Tweede Kamer. Het parlement heeft zich via deze meerderheid meer en meer ontwikkeld tot betrokkene bij de macht en tot aanwijzer van de richting van beleid en is in totaliteit minder aan zijn taak als beleidsbepaler, rechtschepper, medewetgever toegekomen. Het is zelfs zo, dat in

de recente opvatting van sommigen de volksvertegenwoordiging deel is geworden van de overheid. Het Ministerie van Binnenlandse Zaken heeft zelfs een – mislukte – poging gedaan ook de Staten-Generaal onder het Rijkslogo te brengen; meer dan een zelfstandig bestuursorgaan zijn in deze gedachtegang de Kamers niet. De ontwikkeling naar onderdeel van het bestuur is versterkt door de professionalisering van het Kamerlidmaatschap; de burgemeester, de ondernemer, de werknemer/arbeider, de vakbondsman is weg uit de Kamer. Politieke partijen hebben het gewenst gevonden het ambt van Kamerlid los te koppelen van maatschappelijke functies. Functies die relevant waren voor de uitoefening van tegenkracht, van de wetgevingsfunctie, voor de legitimatie daarvan. Zij zijn niet meer aanwezig in de Tweede Kamer. In de Eerste Kamer zijn deze functies echter - en terecht - gebleven.

Een andere ontwikkeling die wetgeving meer tot instrument van bestuur, van uitvoering heeft gemaakt, is die van de internationalisering van recht en beleid. Hierbij is een effect opgetreden dat niet is beoogd. Na 1945 werd Nederland terecht voorvechter van de internationale rechtsorde. Bezetting en de politiek van het gebroken gewertje voor de oorlog waren herinneringen van eens maar nooit weer. Verdragen mogen onder voorwaarde van goedkeuring door tweederde van de Kamers afwijken van de Grondwet. Aan volkenrechtelijke organisaties kunnen bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak worden opgedragen. Wettelijke voorschriften vinden geen toepassing indien toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (art. 90-94 Grondwet). Als oud-lid van de studentenvereniging voor internationale betrekkingen en de bevordering van de wereldrechtsorde was en ben ik nog steeds zeer positief over deze internationale oriëntatie. Maar ik kan de ogen er niet voor sluiten dat hetgeen door de wetgever bij de goedkeuring van internationale verdragen is besloten, vervolgens de ruimte voor de nationale wetgever beperkt. Internationale besluiten kunnen vérstrekkende betekenis hebben. Als VN-organen besluiten over mensenrechten, de rechten van minderheden, over lijsten van internationale terroristische organisaties, hebben deze verbindende kracht voor nationale autoriteiten en ontlenen deze daaraan bevoegdheden die zij moeten uitoefenen. Dan kan ons parlement wel vraagtekens zetten bij de democratische legitimatie daarvan in Nederland en de beginselen van de Nederlandse rechtsstaat, maar die legitimatie ligt bij de wetgever, die vaak al tientallen jaren geleden de betrokken verdragen heeft goedgekeurd. Hebben die verdragen nog wel actuele legitimatie? Herinneren we ons nog de reden van totstandkoming? Het voorkomen van oorlog, van bezetting in Europa, van Europese en wereldrechtsorde? Het terrein van verdragen lijkt meer het domein geworden van bestuurlijke circuits in New York, Straatsburg en Brussel en van casuïstische toepassing en toetsing door de rechter dan de volksvertegenwoordiging. De kennis van de oorspronkelijke betekenis van verdragen is afwezig bij velen in samenleving en politiek. Het referendum over het Europese constitutionele verdrag stond al in het teken van nationale rechtsorde versus internationale rechtsorde; de eenwording van Europa als antwoord op de vele

oorlogen die hier zijn uitgevochten, wordt als argument nauwelijks meer gehoord of als achterhaald, ouderwets, aangemerkt.

De staatkundige vraag naar legitimatie van internationaal recht en doorwerking daarvan in de nationale omstandigheden is klemmend geworden. Legitimatie kan er echter alleen komen wanneer regering en parlement zich als wetgever bij de voorbereiding van internationale verdragen en besluiten meer laten gelden, bijvoorbeeld door tijdig coalities te sluiten met gelijkgestemde landen. Het verdient aanbeveling bij de goedkeuring van nieuwe verdragen en bij de wetgeving ter uitvoering daarvan de toets of de inhoud daarvan de nationale constitutionele verhoudingen raakt of verstoort, een ruime plaats te geven. Goedkeuring moet geen automatisme zijn. Die toets ligt bij de wetgever zelf, daartoe geadviseerd door de Raad van State. Een stap verder zou zijn op dit punt leentjebuurt te spelen bij de Bondsrepubliek door à la het Bundesverfassungsgericht een constitutionele toets bindend te laten uitvoeren door een daartoe bevoegd constitutioneel hof.

Binnen de internationale ontwikkeling onderscheid ik de positie van Nederland in de Europese Unie. De actuele legitimatie van besluiten en regelgeving van Europese autoriteiten vindt plaats door de betrokkenheid van het Europese Parlement als volksvertegenwoordiging en die van onze ministers bij de voorbereiding van besluiten en regels. Tegelijkertijd is er het Europese Hof in Luxemburg als belangrijke medespeler in de checks and balances binnen de Europese Unie. Maar een en ander neemt niet weg, dat de nationale wetgever niet meer de rechtschepper is of primaire besluitnemer. Zijn rol is die van uitvoerder geworden in de vorm van implementatie. De wetgever op dit terrein is sterk instrumenteel geworden. Op zich zou dit geen probleem behoeven te zijn, maar het is het wel, als de Nederlandse bevoegde instanties, met name ministerraad, Tweede en Eerste Kamer niet tijdig hun keuze bepalen welke Europese richtlijnen in ontwerp hun steun kunnen krijgen en welke alternatieven overweging verdienen. Dat vergt tijdige selectie van voor Nederland belangrijke richtlijnen in wording. Is zo'n richtlijn nodig, zijn andere instrumenten denkbaar? Is de regelgeving vanuit Brussel niet te fijnmazig en te veel geworden? Is het voor een dichtbevolkt land als Nederland wel mogelijk milieuro richtlijnen goed te implementeren, als daarin normen zijn opgenomen die wij niet kunnen naleven, omdat onze wegen dichtslibben, ruimte voor uitbreiding en voor alternatieven ontbreekt? Frankrijk en Spanje hebben nu eenmaal meer ruimte dan wij. Waarom zou je een richtlijn in ontwerp niet aan de procedure van wetgeving conform de Grondwet kunnen onderwerpen? Dit kan mogelijk worden gemaakt door de procedureregels van wetgeving overeenkomstig toe te passen; met name bij belangrijke richtlijnen zou dit als spelregel kunnen worden gehanteerd. Sinds de verwerping van het Europees Constitutioneel Verdrag in 2005 zijn beide Kamers op dit punt op hun qui-vive en maken selecties. In deze tijd van internationale financiële instabiliteit zal een extra krachtsinspanning noodzakelijk zijn om de legitimiteit van de Europese instituten te versterken. Die inspanning moet komen van de Europese instanties, maar tegelijkertijd van de Nederlandse. De protectionistische tendensen binnen de lidstaten van de Europese Unie vormen een groot risico voor de Unie.

De Unie is geen gegeven maar moet wel blijven. Een krachtige Unie is onmisbaar voor Nederland; zonder Unie valt Europa terug in rivaliteit tussen Europese staten. De geschiedenis heeft getoond waartoe dat leidt. Nederland moet uit Europees en eigenbelang wars blijven van protectionisme, ook in eigen land.

Een derde ontwikkeling die wetgeving meer tot instrument van bestuur maakt, is de betekenis van de Grondwet, vooral na de herziening van 1983. De voorstellen van de Staatscommissie Cals-Donner uit 1967-1972 behelsden een krachtige impuls voor het vitaliseren van de werking van de Nederlandse democratie en van de rechtsstaat. Door middel van de invoering van een districtenstelsel, een verkiezing van de formateur/minister-president en herformulering en invoering van (nieuwe sociale) grondrechten zou dat moeten gebeuren. De Grondwetgever heeft deze voorstellen slechts ten dele overgenomen en zich beperkt tot hetgeen de Grondwet 1983 is geworden. Op het punt van de wetgeving was de Grondwetgever in 1983 optimistisch over de toekomst en heeft zich in dat vertrouwen niet gewaagd aan een inhoudelijke benadering. Integendeel. Zo is in dat vertrouwen het tot 1983 gehanteerde begrip wetgevende macht vervangen door een aantal procedurebepalingen met betrekking tot de totstandkoming van de wet. De normatieve kracht van de oude bepaling dat de wetgevende macht wordt ugeoefend door de regering en Staten-Generaal gezamenlijk is geworden tot het toepassen van procedures, minder van inhoudelijke beoordeling.

Bovendien is wetgeving onderdeel geworden van het Hoofdstuk 'Wetgeving en bestuur'. Het principiële verschil tussen beide heeft daarmee geen uitdrukkelijke grondslag meer in de Grondwet (behoudens het tweede lid van artikel 89, dat bepaalt dat voorschriften in algemene maatregelen van bestuur die door straffen worden gehandhaafd, alleen worden gegeven krachtens de wet). De Grondwetgever ging uit van het toen gangbare beeld, dat de Grondwet een beknopt document moest zijn en alleen het noodzakelijke diende te bevatten. Aan de herziening ligt, zoals gezegd, een optimistische opvatting ten grondslag over de toekomstige werking van onze nationale staatsinstellingen; de randvoorwaarden van de nieuwe Grondwet zouden borg staan voor een kwalitatief goede invulling van de wetgevingsfunctie. De ontwikkelingen die zich nationaal en internationaal al aftekenden, werden onderschat. Interessant zou zijn, hoe in de huidige tijd de voorstellen van Cals-Donner zouden hebben uitgewerkt. In deze tijd van mediamacht, van steeds meer elementen in de dagelijkse praktijk van directe democratie, zou het opnemen van waarborgen in de Grondwet voor een zorgvuldige wetgevingsprocedure best passend kunnen worden gevonden.

Een vierde ontwikkeling is dat wetgeving haastwerk is geworden, steeds sneller en vaker wordt gewijzigd of vervangen. Wetgeving is vluchtig geworden; na het berekenen van het Staatsblad heeft de wet geen duurzaamheid. De gedachte van Montesquieu, dat in een democratie wetten de soberheid van regels in stand dienen te houden, dat de noodzaak van een wet dus moet vaststaan voordat deze tot stand komt is geërodeerd; onnodige wetten verzwakken de positie van echt noodzake-

lijke wetgeving. Anders gezegd, wetgeving moet geen voorwerp worden van politiek calculerend gedrag; het risico is immers dat de burger ook de als duurzame en rechtszekerheid scheppende beoogde wetgeving als uitkomst van calculatie ziet. Of als uitkomst van partijpolitieke standpunten. De gevolgen voor het draagvlak van de wet in de samenleving zijn dramatisch. Herstel van heerschappij van de wet zou het parool moeten zijn. Abraham Kuyper zei in 1898 in zijn Amerikaanse lezingen over het Calvinisme het volgende: 'Er zijn zwakke enghartige personen met geen breder vlerkgewip dan de huismus, maar er zijn ook sterke, brede imponerende karakters met de vleugelslag van den adelaar.' Terugkeer van de wet, van de politicus als adelaar: het beeld is onovertroffen. De weegschaal is de afgelopen decennia doorgeslagen naar de heerschappij van het bestuur: Van Maarsseveen sprak in de jaren zestig van de vorige eeuw over de heerschappij van de ministerraad. Herstel van de heerschappij van de wet legt op regering en Staten-Generaal een zware en gedeelde verantwoordelijkheid om dat doel te bereiken. Voor de Staten-Generaal als medewetgever betekent dat praktisch dat de wetgevingsfunctie moet worden versterkt door Kamerleden en medewerkers aan te trekken, die oog hebben voor de betekenis van wetgeving. Zoals het Ministerie van Veiligheid en Justitie de kwaliteit van wetgeving bewaakt van de ministeries, zal er ook een orgaan binnen Tweede en Eerste Kamer moeten zijn dat deze taak verricht. Beide Kamers kunnen op dit punt aansluiten bij de initiatieven die zij al hebben genomen met betrekking tot de beoordeling van ontwerp-richtlijnen van de Eerste Kamer.

Opvallend is dat in de top van de ministeries de zorg voor wetgevingskwaliteit als deskundigheid minder aanwezig is. In het rapport van de visitatiecommissie Juridische Functie en Wetgeving van maart 2007 is deze constatering gedaan. De top van ministeries is in handen van bekwame personen maar de vaardigheid beleid en wetgeving op een verantwoorde manier te integreren ontbreekt steeds meer. Sinds een aantal jaren wordt vooral via de Academie voor Wetgeving een goede investering gepleegd in de opleiding van jonge wetgevingsambtenaren. Aan de opleiding is toegevoegd de juridische functie. De op gezamenlijk initiatief van ministeries en van Tweede en Eerste Kamer en van de Raad van State tot stand gekomen Academie geeft perspectief op herstel van de wetgevings- en juridische functie. *Mit schlechten Gesetzen und guten Beamten lasst sich immer noch regieren, mit schlechten Beamten helfen uns die besten Gesetzen nicht.* In de rapportage van de visitatiecommissie, waarvan Ko de Ridder en ik deel uitmaakten, hebben wij deze uitspraak van Bismarck geciteerd. Waar het nu om gaat is goede wetten en goede ambtenaren.

De erosie van de wet en de wetgevende functie is nog niet gestopt. Zijn functie wordt uitgehold door toenemende delegatie van regelgeving aan het bestuur. Weliswaar worden veel algemene maatregelen van bestuur voorgehangen bij de kamers om de volksvertegenwoordiging toch enigszins te betrekken. Maar uit het feit dat die voorhangings gebeurt, blijkt reeds dat de inhoud van de AMvB eigenlijk thuishoort in de wet.

De adviezen van de Raad van State die herhaaldelijk een regeling bij formele wet bepleiten, worden soms gevolgd, soms vriendelijk bejegend, maar toch niet altijd overgenomen. Vaak met het argument, dat inmiddels in vooroverleg met de Kamer over een concept-wetsvoorstel al overeenstemming is bereikt.

Is het dan een wonder dat deze wetten en met name de toepassing ervan op onbegrip kunnen rekenen? De rechter kan dat onbegrip slechts ten delen compenseren. Het is een ondergraving van het noodzakelijke vertrouwen van de burger in de overheid.

Wetgeven tot slot is zwoegen in het vooronder, het zijn oude adagia die ik hoorde uit de mond van A.M. Donner en van Van Eijkern, hoofd van de stafafdeling publiekrecht van het Ministerie van Justitie. Het zijn uitdrukkelijke voorwaarden voor herstel van heerschappij van de wet en voor het waarborgen van de democratische rechtsstaat en het klinkt als een moeizame opgave. Maar het was ook een opgave de Academie voor Wetgeving op te richten, begin 2000. Het is gelukt en dit instituut heeft succes.

Een bredere aanpak, namelijk een opleiding voor alle toekomstige hoge ambtenaren is een volgende stap. Ambtenaarschap is een eigensoortige taak, namelijk een bijdrage leveren aan het algemeen belang, het functioneren van de democratische rechtsstaat. Denk ook na over andere maatregelen. Bijvoorbeeld: maak als wetgever tijdig een keuze tussen wetgeving die noodzakelijk is voor de inrichting van de democratische rechtsstaat en onderwerp deze aan een zware procedure van behandeling. Selecteer tegelijkertijd wetten, die via een lichte aangepaste procedure tot stand kunnen worden gebracht. Dat kan bijvoorbeeld met betrekking tot implementatie van Europese regelgeving. Selecteer ook wetgeving, die uitdrukkelijk als experiment gedurende een bepaalde tijd zal gelden.

Samenvattend wil ik zeggen, dat er een vitale opdracht ligt, namelijk herstel van de heerschappij van de wet ter wille van het functioneren van de democratische rechtsstaat en het vertrouwen van de burger in de overheid.

Informereren, overleggen, onderhandelen en vertrouwen

Leo Damen

1 Bij wie moet je zijn?

'De' overheid bestaat niet. Zij is opgedeeld in talloze bestuursorganen, die verdeeld zijn over talloze rechtspersonen, zoals gemeenten. Soms wil een burger informatie van de overheid: hoe komt hij aan betrouwbare informatie? Soms wil een burger meer dan alleen informatie: hij wil met de overheid overleggen en zelfs onderhandelen.

Een gewone burger die met een bevoegd bestuursorgaan zoals een gemeenteraad, wil overleggen of zelfs onderhandelen, komt meestal niet verder dan een niet bevoegd bestuursorgaan, bijvoorbeeld B&W, een wethouder of diens ambtenaren.

Ik behandel hierna de vraag bij wie je betrouwbare informatie kunt krijgen, met wie je kunt overleggen of onderhandelen, kortom: *bij wie moet je zijn?* Het betreft een vraag die Ko zal interesseren: bestuursrecht en bestuurlijke organisatie ontmoeten elkaar.

Burger afhankelijk van de overheid

De burger heeft in veel situaties te maken met de overheid. Het is 'de overheid' die handelt, het is 'een burger' die regelmatig van dat handelen afhankelijk is.

Soms mag een burger iets *niet doen* zonder toestemming. Soms moet een burger iets *wel doen* op straffe van een sanctie. Soms moet een burger iets *toestaan, gedogen*. Soms is een burger afhankelijk van *financiële ondersteuning* door de overheid. Vaak moet een burger *betalen*.

Kortom, de burger is in veel situaties afhankelijk van de overheid. Daarbij is allereerst adequate informatie over zijn rechtspositie van groot belang. Die zoekt hij niet zelf in de regelgeving. Hij gaat informatie inwinnen: vooral bij de overheid!¹

2 Wie komt er verder dan het loket?

Hoe 'komt' een modale burger 'binnen' bij de overheid, bijvoorbeeld bij de fiscus?

Als Jos van Rey meent een probleem met de fiscus te hebben, dan belt hij niet de Belastingtelefoon. Nee, hij schrijft aan zijn vriend, Staatsecretaris van Financiën Frans Weekers. De fout van de toenmalige Staatssecretaris van Financiën Henk

1 A.T. Marseille, *Voorspelbaarheid van bestuurshandelen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

Koning met het dossier van diens vriend Wibo van der Linde zijn ze op het ministerie nog niet vergeten.² Weekers ontvangt Van Rey dan ook niet, maar verwijst hem. Hij verwijst hem echter niet naar een commissie 1e klasse der belastingen te Roermond, maar naar een 'lid van het managementteam van de Belastingdienst'. Dit zou 'conform de gebruikelijke gang van zaken binnen het Ministerie' zijn geweest.³

Een modale burger, die niet behoort tot de politieke nomenklatura, komt doorgaans niet verder dan de Belastingtelefoon, en moet dan maar hopen daar correcte inlichtingen te ontvangen.⁴ Pas na veel aandringen wordt een modale burger teruggebeld door een ambtenaar die wel iets weet of die zelfs iets kan beslissen. Aan tafel komen voor een goed gesprek met de inspecteur of het managementteam is voor multinationals, belasting ontwijkende brievenbusfirma's en Jos van Rey gemakkelijk, maar voor een modale burger moeilijk. Dit alles 'conform de gebruikelijke gang van zaken'.

2.1 De Damen Doctrine

Als het een modale burger al lukt om 'binnen te komen', is hij vervolgens afhankelijk van de opstelling van de (fiscale) 'street level bureaucrats'. Ko heeft in 'De Damen Doctrine' geschreven:

'Altijd als ik ergens in prik dan is het mis', [zo luidt] de Damen Doctrine. 'Ergens' betekent in dit verband: in het openbaar bestuur. En 'prikken' betekent zoveel als polshoogte nemen, doorgaans via jurisprudentie.

Volgens Ko lijkt de Damen Doctrine 'vooral gebaseerd op de kwaliteiten van de juridische retorica en ideologische overtuiging en weinig op de falsificationistische trial and error methode.'⁵

Voor Ko's afscheid daarom nog maar weer eens wat prikken in het openbaar bestuur. Tijdens een bezwaarprocedure over te veel geheven heffingsrente kreeg ik een briefje van de behandelend ambtenaar dat mijn bezwaar kansloos was en beter kon worden ingetrokken, met ter aanmoediging daarbij een formulier met antwoordenvolp om het bezwaar in te trekken. De Hoge Raad stelde mij vervolgens geheel in het gelijk.⁶ Een modale burger had zich waarschijnlijk laten afbluffen.

Ruim een jaar geleden vroeg ik een bestuurlijk rechtsoordeel over de toekomstige erfbelasting van onze pleegzoon. Op mijn uitvoerig onderbouwde verzoek kwam een uiterst gebrekkig gemotiveerd 'njet' terug. Ik kreeg niet de gevraagde gelegenheid tot een mondelinge toelichting, terwijl ik toch echt niet had gevraagd om een gesprek met een 'lid van het managementteam'. Na een iets andere pre-

2 *Kamerstukken II 1985-1986*, 19 022: 'Het ingrijpen van de Staatssecretaris van Financiën in de aanslagregeling'.

3 Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II 2012-2013*, 31 066, nr. 150.

4 Zie bijv. ABRvS 23 oktober 2013, *AB 2013/376* m.nt. Damen (burger overstuur): onjuiste inlichtingen over bezwaarmogelijkheid?

5 Ko de Ridder, 'De Damen Doctrine', in: K.J. de Graaf e.a. (red.), *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: BJu 2006, p. 87-97.

6 HR 25 september 2009, *AB 2010/12* m.nt. Ortlep, *BNB 2009/295*, *AA 2010*, p. 32 m.nt. Damen (*heffingsrente*).

sentatie van dezelfde gegevens in een 'bezwaarschrift' kwam er een wel positief bestuurlijk rechtsoordeel, overigens even gebrekkig gemotiveerd. Een modale burger had zich waarschijnlijk laten afbluffen.

Ben ik nou echt de enige burger met dit soort ervaringen? Krijgen Ko's 'echte' falsificateurs en wetenschappelijk verantwoorde evaluators dergelijke gebreken aan juridische kwaliteit ook boven water?

Zo ben ik er nog niet van overtuigd dat de 'informele aanpak' van bezwaarschriften, ondanks de onmiskenbare verdiensten ervan, er niet soms toe leidt dat burgers worden aangezet tot het intrekken van 'kansloze' bezwaarschriften die helemaal niet zo kansloos zijn.

In 'Juridische kwaliteit van de informele aanpak beoordeeld' is de centrale vraag in hoeverre de informele aanpak het gevaar in zich bergt dat sommige bezwaarmakers *meer* krijgen dan waarop ze recht hebben en andere juist *minder*. Het antwoord van de onderzoekers komt er op neer dat de risico's wel meevallen: 'er zijn geen aanwijzingen dat de informele aanpak op dit punt als een riskante onderneming moet worden beschouwd'.⁷

Inzake het risico dat een bezwaarmaker *minder* krijgt dan waar hij recht op heeft, stellen zij: 'Van belang is hier dat de wijze waarop de informele aanpak is georganiseerd, voldoende compensatie biedt voor het wegvallen van de bezwaaradviescommissie als instantie die in elke bezwaarzaak een onbevangen en deskundig oordeel geeft over de juridische kwaliteit van het bestreden besluit.' Die compensatie is echter niet structureel gewaarborgd. (Dat geldt overigens ook, maar waarschijnlijk in mindere mate, als er wel een bezwaaradviescommissie aan te pas komt.) We weten niet of bij de informele aanpak het risico zich soms realiseert of niet. We weten überhaupt niet wat zich in de (telefonische) een-op-een-contacten tussen de 'informele ambtenaar' en de burger afspeelt.⁸

2.2 Het probleem van front offices

Terug naar de modale burger die aan het 'loket' informatie inwint. De burger is een en ondeelbaar, het bestuur is gefragmenteerd. De 'belastinginspecteur' heeft als front office de Belastingtelefoon. Ook veel andere bestuursorganen hebben zo'n front office. Wil je een bijstandsuitkering, dan moet je die niet aanvragen bij de gemeentelijke sociale dienst (bevoegd bestuursorgaan: B&W), maar moet je je melden bij 'UWV Werkplein', waarna de daar ingevulde aanvraag naar de sociale dienst gaat. Aan wie kunnen de ergens in deze 'keten' verstrekte foute inlichtingen worden

7 A.T. Marseille, H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, *Juridische kwaliteit van de informele aanpak beoordeeld*, Prettig contact met de overheid 5, Den Haag: BZK 2013, p. 9, 77.

8 Opvallend is dat er tussen de onderzochte gemeentebesturen grote verschillen bestaan in 'de duidelijkheid van de vastlegging van het verloop en de uitkomst van de informele aanpak': A.T. Marseille, H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, *Juridische kwaliteit van de informele aanpak beoordeeld*, a.w., p. 25. Bij sommige gemeentebesturen is dus sprake van een zwart gat.

toegerekend?⁹ Dat toerekenen blijkt in de praktijk voor burgers problematisch te zijn: zie de hierna behandelde zaak van de niet genaturaliseerde Congolees.¹⁰

Een burger die tot Nederlander wil worden genaturaliseerd, kan gemakkelijk op het verkeerde been worden gezet. Op 30 maart 2009 komt X, een Congolees, bij de dienst Publiekszaken van de gemeente Rotterdam, een front office van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), om inlichtingen vragen over een naturalisatie. Door of voor X wordt daar ten behoeve van de IND een voor een aanvraag van naturalisatie relevant 'BOT-verzoek' ingevuld. Dat BOT-verzoek kan – met enige welwillendheid – worden gekwalificeerd als een (onvolledige) aanvraag van naturalisatie. X wordt echter op 30 maart 2009 niet adequaat geïnformeerd over een voor hem ingrijpende beleidswijziging per 1 mei 2009. Het baliepersoneel heeft bijna twee maanden (!) nodig om up to date te zijn inzake beleidswijzigingen. X vraagt in november 2009 (opnieuw) naturalisatie aan, en ziet die aanvraag op 6 januari 2011 afgewezen. Tegen de afwijzing van zijn bezwaar gaat X in beroep bij de rechtbank, maar hij procedeert daarbij heel onhandig of veel te eerlijk. De rechtbank helpt hem uit het juridische moeras. Vervolgens duwt de Afdeling hem daar opnieuw in.¹¹

De overheid heeft veel publieksloketten. Hoe nu in de praktijk te handelen als een burger om enigerlei reden informatie van de overheid nodig heeft en voor hem niet, net als voor Jos van Rey of Wibo van der Linde, de rode loper wordt uitgerold? Wat moet je aan het loket wel en niet doen?

Ik kom – op basis van talloze 'prikkers' – tot enkele vuistregels:

- A ga nooit uit van de betrouwbaarheid van de informatie die aan de belastingtelefoon of aan enig ander loket namens de overheid wordt verstrekt;
- B ga überhaupt nooit uit van de betrouwbaarheid van mondelinge informatie; als het erop aan komt, valt die vaak niet te bewijzen¹², of wordt er gezegd dat je een onjuiste of onvolledige vraag hebt gesteld, dat je de casus onvolledig hebt geschetst of dat je alleen algemene in plaats van specifieke informatie hebt gekregen;
- C ga nooit uit van de toerekenbaarheid van informatie als die afkomstig is van een onbevoegde functionaris;¹³
- D ga nooit uit van informatie van bestuursorgaan A als bestuursorgaan B bevoegd is ter zake van de uitvoering van de desbetreffende regeling; ga in een dergelijk geval informatie vragen bij bestuursorgaan B;
- E alle overheidsvoorlichting met een disclaimer is inherent onbetrouwbaar;

9 CRvB 9 april 2013, AB 2013/367 m.nt. Damen, RSV 2013/169 m.nt. Van Deutekom (*aanvraag per fax*).

10 En ABRvS 23 oktober 2013, AB 2013/376 m.nt. Damen (*burger overstuur*).

11 ABRvS 8 mei 2013, JV 2013/272 m.nt. Damen, AB 2013/408 m.nt. Damen (*Me know nothing*).

12 ABRvS 13 november 2013, 201301094/1/A3, ECLI:NL:RVS:2013:1897 (*medewerkster Het vierde huis*).

13 ABRvS 12 juni 2013, AB 2013/398 m.nt. Damen (*e-mail Amsterdam*).

- F stuur altijd een 'heb-ik-het-goed-begrepen-brief' of (spoed)e-mail aan het wel bevoegde bestuursorgaan, en wacht op antwoord;¹⁴ en dan nog: zelfs op de verkregen informatie gebaseerde 'gerechtvaardigde' verwachtingen hoeven niet te worden gehonoreerd als het 'beleid' is veranderd;¹⁵
- G kortom, vertrouw de overheid niet, althans niet lichtvaardig.

Deze vuistregels klinken hard, en zo zijn ze ook bedoeld. Het gevaar van deze benadering is dat zij de overheidsbureaucratie enorm zal belasten, doordat alles schriftelijk moet, maar dat is dan de consequentie van de huidige – voor de burgers vaak uiterst frustrerende – jurisprudentie. Als het gaat om 'de auteur van de verwachtingen' of om het vertrouwensbeginsel in het algemeen, dan kan deze jurisprudentie worden samengevat als 'mijn naam is haas'.

Dit alles ligt natuurlijk anders als het gaat om 'politiek' of 'beleid'. Dan huur je figuren als Hans Hillen of Elco Brinkman in om voor je (tabaks)lobby te pleiten, en word je ontvangen door de bevoegde minister of staatssecretaris. In zaken van 'politiek bestuur' is sprake van een rechtsvrije ruimte, van het juridische Wilde Westen.

3 Hoe te overleggen en onderhandelen met een bevoegd bestuursorgaan?

Informatie inwinnen is een. Maar soms wil een burger meer: overleggen en onderhandelen. Dit speelt vaak op gemeentelijk niveau. Enkele bevoegdheden zoals die tot het vaststellen van bestemmingsplannen, komen toe aan de gemeenteraad. Maar bij 'de' gemeenteraad kun je geen informatie vragen, met 'de' gemeenteraad kun je niet overleggen of onderhandelen. Een modale burger gaat daarom vaak bij ambtenaren en/of een wethouder informatie vragen en met hen overleggen of onderhandelen. Hij kan dan in problemen komen als hij meent aan die informatie, aan dat overleg, aan die onderhandelingen een bepaald vertrouwen te kunnen ontleenen, terwijl de gemeenteraad daar uiteindelijk niet aan gebonden blijkt te zijn.

3.1 Huisje hier, huisje daar

Een volgende 'prikker' ter illustratie.¹⁶ In 2005 meldt een burger zich bij het gemeentebestuur van Tubbergen aan voor de 'Rood voor Rood regeling'. Hij wil toestemming voor het bouwen op twee percelen. Hij sluit in 2008 (met een wijziging in 2011) met 'de gemeente' een bevoegdhedenovereenkomst waarbij de inspanningsverplichting wordt afgesproken dat mag worden afgeweken van het beleid 'Rood voor Rood met gesloten beurs': nieuwbouw na sloop. Dit beleid is in 2007 door de gemeenteraad vastgesteld en in 2011 geactualiseerd. B&W zeggen toe deze afwij-

14 ABRvS 2 september 1999, *Gst.* (2000) 7122.7 m.nt. Teunissen, *RAwb* 2000/125 m.nt. Peters (*Eindhovense supermarkt*).

15 ABRvS 31 juli 2013, *AB* 2013/387 m.nt. Damen (*terras Herengracht Amsterdam*) holt in een gebrekkig gemotiveerde uitspraak het vertrouwensbeginsel uit.

16 ABRvS 27 juni 2012, *AB* 2013/346 m.nt. Damen (*Tubbergen*). Ik meld maar even voor de integriteitscommissie dat ik veel heb geautoplagieerd uit deze annotatie.

king te zullen bevorderen nadat betrokkene op grond van gesprekken met ambtenaren en een wethouder zijn aanvraag verscheidene malen heeft afgestemd op de wensen van B&W en hun ambtenaren.

De raad houdt echter onverkort vast aan de uitgangspunten van het Rood voor Rood beleid, en stelt daartoe bevoegd en gerechtigd te zijn omdat tijdens de raad geen gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat zal worden meegewerkt aan de afwijking van het beleid.

Ook volgens de Afdeling bestuursrechtspraak is het ontwerpbestemmingsplan, dat aan de wensen van betrokkene tegemoet komt, in strijd met het Rood voor Rood beleid.

Vervolgens rijst de vraag of de raad niet had moeten afwijken van dat beleid, kort gezegd omdat jegens de betrokken burger het gerechtvaardigde vertrouwen was gewekt dat er zou mogen worden afgeweken.

Inzake het vertrouwensbeginsel volgt de Afdeling de bekende lijn. Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is het nodig dat aan het bevoegde bestuursorgaan toe te rekenen concrete, ondubbelzinnige toezeggingen zijn gedaan door een daartoe bevoegd persoon, waaraan rechtens te honoreren verwachtingen kunnen worden ontleend.¹⁷ De gemeenteraad is bevoegd, maar nu juist niet de 'auteur van de verwachtingen'.

De met 'de gemeente' gesloten overeenkomst baat betrokkene ook niet: die bevat allereerst inspanningsverplichtingen. Verder kan een overeenkomst als de onderhavige volgens de Afdeling 'niet leiden tot een verplichting van de raad om aan gronden een bestemming te geven die de raad niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening zou achten. Het aanvaarden van gebondenheid van de raad aan het vastleggen van de bestemming zoals in de overeenkomst voorzien, zou zich niet verdragen met de door de wetgever in artikel 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening aan de raad toegekende bevoegdheid om, in het belang van een goede ruimtelijke ordening, bestemmingsplannen vast te stellen na het volgen van de daartoe in deze wet dwingend voorgeschreven en met waarborgen omklede procedure.' Bij de – met waarborgen omklede – besluitvorming door de raad moet rekening worden gehouden met alle relevante feiten en belangen (art. 3:2 Awb) en moeten alle relevante belangen worden afgewogen (art. 3:4, eerste lid, Awb), natuurlijk ook de belangen van betrokkene en de bij hem gewekte verwachtingen. Ook moet deugdelijk worden gemotiveerd (art. 3:46 Awb). Volgens de Afdeling heeft de raad van Tubbergen dat allemaal correct gedaan.

Toch blijft er iets wringen: hoe moet een modale burger zo'n initiatief ('huisje hier, huisje daar') wel aanpakken, met wie moet hij wel overleggen en onderhandelen?

17 Daarvan is niet snel sprake: ABRvS 12 juni 2013, AB 2013/398 m.nt. Damen (e-mail ambtenaar).

3.2 Wie neemt het initiatief?

Globaal genomen komen bestemmingsplannen op twee manieren tot stand. Doorgaans worden ontwerpbestemmingsplannen ontwikkeld door en op initiatief van B&W (en hun ambtenaren), al dan met inschakeling van een planologisch adviesbureau. Af en toe gebeurt dat echter op initiatief van een burger dan wel een projectontwikkelaar (hierna kortweg: een burger) die een huis of een project wil realiseren.

Komt een bestemmingsplan tot stand op initiatief van B&W (en hun ambtenaren), dan past het ontwerp veelal in het door de raad geaccordeerde beleid, en zie je dat burgers zich daar soms tegen verzetten met behulp van inspraak en beroep. Wordt echter een ontwerpbestemmingsplan aan een gemeenteraad voorgelegd op initiatief van een burger, dan komt het soms voor dat de raad zich daarbij niet zo volgzzaam opstelt. Dit ook dan als de burger eerst uitvoerig heeft overlegd en onderhandeld met B&W en hun ambtenaren en zijn aanvraag heeft aangepast aan hun wensen en inzichten.

Nogmaals roept dat de algemene vraag op: met wie moet een burger overleggen en onderhandelen als hij niet rechtstreeks met het bevoegde, maar 'niet benaderbare' bestuursorgaan kan overleggen en onderhandelen, dus meer dan inspreken? Soms meent hij op basis van overleg en onderhandelen met degenen met wie hij dat wél kan doen, erop te kunnen vertrouwen dat het wel goed zal komen met zijn verzoek of aanvraag, maar beroept het bevoegde bestuursorgaan zich vervolgens op de formele bevoegdheidsverdeling.

Zo ook toen B&W van Valkenburg aan de Geul toezeggingen hadden gedaan die door de gemeenteraad niet werden gehonoreerd. De Afdeling overweegt

'dat in het algemeen geen rechten kunnen worden ontleend aan toezeggingen die zijn gedaan door niet ter zake beslissingsbevoegden. [...] Appellant heeft niet aannemelijk gemaakt dat de bedoelde toezeggingen – wat daar verder ook van zij – aan de raad kunnen worden toegerekend.¹⁸

De annotatoren Kortmann en Harte zien hierin een kleine opening en geven een overzicht van de gevallen waarin een dergelijke toerekening voorstelbaar is. Veel meer dan één zwaluw die nog geen zomer maakt, is de opening echter nog niet.

3.3 Planologie met beleidsvrijheid of platte dorpspolitiek?

Enerzijds loopt de meerderheid van de raad vaak aan de leiband van het meerderheidscollege en zijn ambtenaren en is de raad soms weinig kritisch. Anderzijds ligt de raad soms dwars, op basis van politieke voorkeuren of van platte dorpspolitiek.

Bestemmingsplannen zijn typisch een vorm van 'politiek bestuur' waarop het (Awb)bestuursrecht maar weinig greep heeft. De raad heeft (een grote mate van) beleidsvrijheid. De raad mag daarbij zijn politieke voorkeuren en humeuren, zijn eigen planologische agenda volgen. Netjes wordt door de bestuursrechter aan arti-

18 ABRvS 12 juni 2013, Br 2013/128 m.nt. Kortmann, Harte (*manege Valkenburg aan de Geul*).

kel 3:2, 3:4 en 3:46 Awb getoetst, maar ja, bij beleidsvrijheid blijft de toetsing van de gemaakte keuzes terughoudend, marginaal.

In het verleden was het bestemmingsplan vaak een kader voor B&W om vanaf te kijken, met vrijstellingen, ontheffingen, afwijkingen etc. Sinds de invoering van de nieuwe Wet op de ruimtelijke ordening in 2008 komt de raad er vaker aan te pas, via (postzegel)bestemmingsplannen. Dan zit de raad er soms bovenop. Het is de vraag of dergelijke postzegelplanologie in individuele gevallen wel de taak van de raad moet zijn, in plaats van het aangeven van de grote lijnen van het beleid.

3.4 Verbod van vooringenomenheid voor gemeenteraden? Anything goes

Neemt een burger het initiatief tot een bestemmingsplanwijziging en weigert uiteindelijk de raad daaraan mee te werken, dan valt daar weinig tegen te beginnen.¹⁹ Dat is zelfs het geval bij (de schijn van) belangenverstremgeling. De jurisprudentie over artikel 2:4 Awb is in 2013 volgens de Afdeling bestuursrechtspraak 'gepreciseerd'. Volgens mij is artikel 2:4 Awb voor gemeenteraden afgeschaft.

Hierover de volgende 'prikker'. Afdeling bestuursrechtspraak 6 februari 2013 (*Graft-De Rijk*) bevat de overweging:

'Uit artikel 2:4 van de Awb volgt dus – en de Afdeling *preciseert* hiermee haar uitspraak van 22 juni 2011 [Loenen] – in het algemeen niet dat een persoon die deel uitmaakt van een democratisch gekozen bestuursorgaan zoals de gemeenteraad en die bij een besluit belanghebbende is als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Awb, zich zou moeten onthouden van deelname aan de besluitvorming. Dit zou afbreuk doen aan de taak en de fundamentele rechten van een gekozen volksvertegenwoordiger en daarmee aan het democratisch proces.'²⁰

Deze interpretatie gaat veel te ver. Natuurlijk, bijvoorbeeld de leden van de ministerraad en de Tweede Kamer moeten kunnen stemmen over een belastingwijziging inzake de hypotheekrenteaftrek, ook al hebben zij zelf bijna allemaal belang bij die aftrek. Maar zij zijn bij die beslissing geen belanghebbende in de zin van artikel 1:2, eerste lid, Awb. Die beslissing is overigens ook geen Awb-besluit, want de wetgever is geen bestuursorgaan.

Op gemeentelijk niveau is de abstractiegraad van de besluitvorming en de afstand van de raadsleden tot de beslissingen van de raad soms veel kleiner. Raadsleden kunnen dus wel degelijk bij bepaalde besluiten belanghebbende – in de zin van artikel 1:2, eerste lid, Awb – zijn, daarbij hun persoonlijk belang vooropstellen; dat is volgens de Afdeling 'ieder belang dat niet behoort tot de belangen die het bestuursorgaan uit hoofde van de hem opgedragen taak behoort te behartigen'.

Dat probleem ziet de Afdeling ook wel enigszins, en zij formuleert daarom een ont-snappingsclausule: 'Er kunnen zich evenwel bijkomende omstandigheden voordoen die maken dat de behartiging van het persoonlijk belang van een raadslid zodanig aan

19 Zie voor andere voorbeelden ABRvS 5 december 2012, *AB* 2013/347 m.nt. Damen (*Hengelo*) en ABRvS 20 februari 2013, *AB* 2013/348 m.nt. Damen (*Borne*).

20 ABRvS 6 februari 2013, *AB* 2013/210 m.nt. Neerhof, *JB* 2013/62 m.nt. Timmermans, *Gst.* (2013) 7388.49 m.a. Verstedden (*Graft-De Rijk*), cursivering toegevoegd.

de orde is bij het onderwerp van de besluitvorming dat hij daaraan niet behoort deel te nemen. Weliswaar kan de gemeenteraad niet verhinderen dat een lid deelneemt aan de besluitvorming en aan stemmingen, maar deelname van een lid kan er bij aanwezigheid van zo'n persoonlijk belang wel toe leiden dat de bestuursrechter tot het oordeel moet komen dat het desbetreffende besluit is genomen in strijd met artikel 2:4 van de Awb. De conclusie dat het betrokken bestuursorgaan in strijd met deze bepaling een besluit heeft genomen, kan echter pas worden getrokken indien aannemelijk is dat de betrokken volksvertegenwoordiger de besluitvorming daadwerkelijk heeft beïnvloed. In de hiervoor vermelde uitspraak van 22 juni 2011 [Loenen] waren bijkomende omstandigheden als vorenbedoeld om tot strijd met artikel 2:4 van de Awb te concluderen aanwezig. Het betrokken raadslid woonde en werkte op het bedrijventerrein waarvoor het aan de orde zijnde bestemmingsplan werd vastgesteld en juist hij had amendementen ingediend die tot strekking hadden dat een gunstiger woon- en leefklimaat werd gecreëerd ter hoogte van zijn eigen gronden. Bovendien is een aantal amendementen aangenomen met de kleinst mogelijke meerderheid.

In dit geval [*Graft-De Rijp*, LD] zijn bijkomende omstandigheden als hiervoor bedoeld niet aanwezig. Als zodanig is onvoldoende dat [raadslid X], die mogelijk belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 van de Awb, partij was in de hiervoor vermelde vóór 1 juli 2010 beëindigde bezwaarprocedure en over het ontwerpplan een – later ingetrokken – zienswijze heeft ingediend. Nu bijkomende omstandigheden in dit geval niet aanwezig zijn, bestaat ook al is het besluit genomen met de kleinst mogelijke meerderheid, geen aanleiding voor het oordeel dat het betrokken raadslid heeft gehandeld in strijd met artikel 28, eerste lid, onder a, van de Gemeentewet en de raad daarmee met artikel 2:4 van de Awb.²¹

In ABRvS 20 maart 2013 (*Middelburg*) wordt de soep nog heter gegeten. In dat geval had een raadslid dat – slechts gescheiden door een laan – woonde tegenover het beoogde huis, wel afgezien van deelname aan de beraadslaging en stemming over het primaire besluit, maar hij had vervolgens wel het besluit op bezwaar (handhaving van de weigering van de wijziging van het bestemmingsplan) aan de kleinst mogelijke meerderheid geholpen.

De Afdeling overweegt: 'In dit geval zijn bijkomende omstandigheden als hiervoor bedoeld niet aanwezig. Als zodanig is onvoldoende dat het desbetreffende raadslid, die mogelijk belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 van de Awb, heeft afgezien van deelname aan de beraadslaging en stemming over het primaire verzoek. Nu bijkomende omstandigheden in dit geval niet aanwezig zijn, bestaat, ook al is het besluit [op bezwaar, LD] genomen met de kleinst mogelijke meerderheid, geen aanleiding voor het oordeel dat het betrokken raadslid heeft gehandeld in strijd met artikel 28, eerste lid, onder a, van de Gemeentewet en de raad daarmee met artikel 2:4 van de Awb.'²¹

Ook na herhaalde lezing van deze passage begrijp ik niet hoe de Afdeling tot de conclusie kan komen dat er geen strijd is met artikel 2:4 Awb. Natuurlijk is het niet deelnemen aan de beraadslaging en stemming over het primaire verzoek onvoldoende om 'bijkomende omstandigheden' aan te nemen. Dat niet deelnemen was juist terecht. Het gaat er echter om dat het besluit op bezwaar is genomen met de doorslaggevende stem van dit belanghebbende raadslid. Waarom is dat geen 'bijkomende omstandigheid'? Bovendien is het desbetreffende raadslid niet 'mogelijk'

21 ABRvS 20 maart 2013, AB 2013/209 m.nt. Neerhof, JB 2013/84 m.nt. Timmermans, Gst. 2013, 7388(50) m.a. Verstedden (*Middelburg*).

belanghebbende in de zin van artikel 1:2, eerste lid, Awb, maar evident belanghebbende.

Dit heeft alle schijn van platte dorpspolitiek. Dat die er bij de Afdeling doorkomt op basis van zo'n gebrekkige overweging, verbaast mij hogelijk. Timmermans zegt het in zijn JB-annotatie wat milder: 'men kan net zo goed de andere kant op redeneren'.

Hoe dan ook, als die 'bijkomende omstandigheden' er in *Loenen* wel waren en in *Middelburg* niet, dan lijkt me dat geen 'precisering' van de eerdere jurisprudentie, maar gewoon een omgaan.

Bij de toetsing aan artikel 2:4 Awb van de besluitvorming van de gemeenteraad geldt dus voortaan: *anything goes*.

Zie al even soepel ABRvS 8 mei 2013 (*Wijdmeren*) waarin een wethouder veel te weinig afstand had gehouden tot een dossier waar hij persoonlijk bij betrokken was.²²

In een tijd waarin de kranten ongeveer elke week berichten over nieuwe gevallen van kleinere en grotere krabbelaars en ritselaars op gemeentelijk niveau, zou de Afdeling de norm van artikel 2:4 Awb niet minder streng, maar juist strenger moeten handhaven.

3.5 Beleidsvrijheid, zorgvuldig onderzoeken en motiveren

Procederen heeft al met al weinig zin voor een burger die – soms na jaren van overleg en onderhandelen met ambtenaren en wethouders – meent een aanvaardbare, aannemelijke aanvraag voor een postzegelbestemmingsplan te hebben gedaan, maar die op een *njet* van de raad stuit.

In *Graft-De Rijk* is 'in strijd met artikel 3:47, eerste lid, van de Awb' bij de bekendmaking van het bestemmingsplan geen motivering vermeld, maar met toepassing van artikel 6:22 Awb mag de raad 'in aanvulling op hetgeen uit de raadsnotulen als motivering van het besluit blijkt in het verweerschrift alsnog de motivering kenbaar' maken. Ik vraag me af of sprake is van een alsnog kenbaar maken of eerder van alsnog verzinnen.

In *Borne* wil een burger het voormalige stationsgebouw in Zenderen herbouwen.²³ Zij bereidt haar plan voor in goed overleg met onder meer GS van Overijssel²⁴ en B&W. Dat mag niet baten. De gemeenteraad stelt het op haar initiatief voorbereide bestemmingsplan niet vast.

Betrokkene klaagt er allereerst over dat de raad in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel 'in het geheel geen kennis heeft genomen van het ontwerpbestemmingsplan'. Als dat zo zou zijn, is dat een fataal gebrek. Volgens de raad is dat verwijt echter niet terecht. Het plan 'is besproken in de commissievergadering "Bijpraten Ruimte", die voorafgaand aan de raadsvergadering heeft plaatsgevonden'. In die

22 ABRvS 8 mei 2013, *JB* 2013/128 m.nt. Timmermans (*Wijdmeren*).

23 ABRvS 20 februari 2013, *AB* 2013/348 m.nt. Damen (*Borne*).

24 Zie ABRvS 3 november 2010, *ABKort* 2010/418 (*bestemmingsplan buitengebied Nuenen*): toezegging wethouder bindt GS niet.

commissievergadering 'heeft een aantal raadsleden informatie ingewonnen over het ontwerpbestemmingsplan'. Volgens de Afdeling was in die vergadering 'een aantal raadsleden aanwezig'.

Wat is daar nu precies gebeurd? 'Bespreken' is wat anders dan 'aanwezig zijn'. Je zou willen weten of daar van gedachten is gewisseld, of er argumenten voor de weigering zijn geformuleerd etc. Ik kan me goed voorstellen dat betrokkene op grond van de vergaderstijl de indruk krijgt dat haar aanvraag niet serieus is behandeld. Sommige gemeenteraden hebben een informele vergaderstijl ontwikkeld, met politieke markten en dergelijke. Is 'bijpraten' terecht in de plaats gekomen van serieus vergaderen, met een openlijke en doorzichtige uitwisseling van argumenten?

Wanneer zijn precies de argumenten voor de weigering, zoals openheid van het plangebied, behoud van het landschap, economische uitvoerbaarheid en verkeersaantrekkende werking, geformuleerd? Voordat besloten werd tot de weigering, of daarna?

Daarmee wordt de vraag nog urgenter of dergelijke postzegelplanologie in individuele gevallen wel de taak van de raad moet zijn, in plaats van het aangeven van de grote lijnen van het beleid.²⁵

4 Legitimatie van beleidsvrijheid?

De hantering van de (in *Middelburg*: 'grote mate van') beleidsvrijheid door de raad wordt slechts aan een marginale toetsing onderworpen. In haar uitspraak van 5 december 2012 (*Hengelo*) overweegt de Afdeling: de beleidsvrijheid 'vindt haar begrenzing in een goede ruimtelijke ordening en in het recht'.²⁶ Krijgt de raad met de open norm 'goede ruimtelijke ordening' (óók een rechtsnorm) niet al te veel vrijheid? Wordt een burger hiermee niet in sommige gevallen zelfs afhankelijk van de luimen van zijn buurman?

Het gaat om een vergaande beperking van de vrijheid van burgers die niet met hun eigendom mogen doen wat ze zouden willen doen: een huisje hier, een huisje daar bouwen.

De legitimatie voor de beleidsvrijheid en de keuzes van de raad moet kennelijk worden gevonden in de verkiezingen. Maar die gaan zelden of nooit over de gemeentelijke planologische agenda, maar veelal over de – ook weer bij de gemeenteraadsverkiezingen in Friesland in november 2013 – door Haagse politici opgeworpen vraag: Rutte of Moskou?

Als dan ook nog eens raadsleden hun persoonlijk belang ongestraft mogen voorstellen, komt het niet meer goed: niet voor de burger, maar ook niet voor de overheid die met gefrustreerde burgers te maken krijgt. Met wie van 'de overheid' moet een burger overleggen, als hij niet rechtstreeks met de bevoegde instantie/personen kan spreken? De burger is een en ondeelbaar, het bestuur is gefragmenteerd.

25 Zie ook Peter van Buuren, *Is er toekomst voor het bestemmingsplan?* (afscheidsrede Utrecht), Den Haag: IBR 2011, p. 21 nt. 24.

26 ABRvS 5 december 2012, AB 2013/347 m.nt. Damen (*Hengelo*) (curs. toegevoegd).

5 Wat moet de overheid dan wel doen?

Wat kan hier door de overheid aan worden gedaan, welke verbeteringen in de bestuurlijke organisatie zijn hier nuttig?

Allereerst de informatievoorziening: hier is veel winst te boeken. De Rotterdamse ombudsman accepteerde in de casus van naturalisandus X dat de Publieksdienst er twee maanden over mocht doen om haar kennis up to date te maken, met voor X fatale gevolgen. Zo'n termijn is onaanvaardbaar lang in een adequaat systeem van juridische kwaliteitszorg. Aan overheidsloketten moet altijd nauwkeurige en up to date informatie worden verstrekt: in één keer goed. Voortdurende (bij)scholing is hier het trefwoord. Zet anders maar een bord neer met de tekst van Manuel in *Fawlty Towers*: 'Me know nothing.'

Beter geen informatie dan slechte informatie. Bij onzekerheid moet de informatie worden opgehaald bij de instantie die het wel weet, en in het uiterste geval moet de burger worden doorverwezen naar die instantie die het wel weet, ook al komt dat over als het kastje en de muur. Ten slotte: foute informatie moet niet voor risico van de burger, maar van de overheid komen.

Verder moeten loketmedewerkers bij enigszins ingewikkelde vragen de burger uitnodigen om de vraag schriftelijk, met eventuele onderliggende documentatie, voor te leggen. Bij de beantwoording van een 'heb-ik-het-goed-begrepen-brief' moet nooit een disclaimer worden gebruikt. Mondelinge informatie over een ingewikkelde concrete rechtspositie moet zoveel mogelijk worden vermeden.²⁷ Leer je uitvoerende functionarissen voor dat soort situaties: snaveltjes toe!

Moeilijker is de oplossing voor het door een burger gewenste overleg en onderhandelen met een 'niet benaderbaar' bestuursorgaan als de gemeenteraad. In de Hengelose zaak is betrokkene er volgens de Afdeling regelmatig op gewezen dat de raad bevoegd is, niet die ene wethouder of die zeven ambtenaren met wie hij heeft overlegd. Dat waarschuwen is bezien vanuit de overheid een verstandige manier van het managen van verwachtingen, maar het lost het dilemma voor de burger niet op. Hij kan wel overleggen en onderhandelen met een wethouder of zeven ambtenaren, maar niet met de raad, en kan aan het eind van de rit op een njet van de raad stuiten.

Misschien kan Ko daar de komende jaren nog een oplossing voor bedenken? Een echt *otium cum dignitate* is voor Ko toch niet weggelegd.

²⁷ ABRvS 16 januari 2013, AB 2013/397 m.nt. Damen (*telefonische mededeling ambtenaar*); ABRvS 12 juni 2013, AB 2013/399 m.nt. Damen (*onbevoegde brandweerman*); ABRvS 23 oktober 2013, AB 2013/400 m.nt. Damen (*marktmeester Enschede*).

Bouwen met vertrouwen

Dick Lubach

1 Inleiding

Alweer jaren geleden was ik op een conferentie in Kentucky. Het onderwerp daar was mediation in de bouw. Een onderwerp dat destijds vrij nieuw was en ten aanzien waarvan werd geconcludeerd dat de (Amerikaanse) advocatuur daar niet erg op was ingesteld. Ik sprak daar met een voorman van een grote brancheorganisatie in de bouw. Hij had in zijn werkzame leven veel voor de overheid gebouwd en was daarbij in toenemende mate op wantrouwen tussen de contracterende partijen gestuit. Met name werd de overheid beschouwd als onbetrouwbare contractspartner. Zijn doel was nu er voor te zorgen dat er juridische en niet-juridische middelen zouden worden ingezet om dat wantrouwen te verminderen. En het was voor hem duidelijk dat een nieuw instrument als mediation daaraan zou kunnen bijdragen. Tegelijkertijd was volgens hem vertrouwen een onmisbare randvoorwaarde voor het slagen van mediation. Om door mediation vertrouwen te versterken is dus een minimum aan initieel vertrouwen nodig. Over mediations inmiddels veel geschreven en daarom zal ik dat onderwerp laten rusten.¹ In deze bijdrage wil ik 'vertrouwen' plaatsen in het kader van recente veranderingen in de wijze waarop de maatschappelijke activiteit van het bouwen zich voltrekt en de juridische inkadering en sturing daarvan.

Zowel in het privaats- als het publiekrechtelijk bouwrecht wordt gesproken over het belang van vertrouwen. In het privaatrechtelijke bouwrecht gaat het om vertrouwen tussen (beoogde) partners bij de realisering van de bouw. In het publiekrechtelijke bouwrecht gaat het om het vertrouwen tussen overheid en burger, veelal bij het bepalen van de juridische kaders waarbinnen het bouwen moet plaatsvinden. Het lijkt mij onbetwistbaar dat het belang van vertrouwen de grenzen van privaats- en publiekrecht overstijgt en geldt voor alle rechtsverhoudingen. Gelet op relevante verschillen in de rechtsverhoudingen op beide rechtsgebieden, is het echter niet onwaarschijnlijk dat de werking van vertrouwen op deze terreinen verschillend is. Het is daarom goed een aantal voorbeelden uit beide delen te bespreken, waarin in de actuele discussie het belang van vertrouwen een rol speelt. Meer dan een zeer globale beschrijving van die voorbeelden is hier niet mogelijk en wellicht ook niet nodig.

1 Een recent voorbeeld: A.T. Marseille, H.D. Tolsma & K.J. de Graaf, *Prettig contact met de overheid*, deel 5, Den Haag: BZK 2013.

Achtereenvolgens zal ik iets zeggen over

- 1 Innovatief aanbesteden
- 2 Ketensamenwerking
- 3 Veranderingen in de regelgeving in het omgevingsrecht
- 4 Verandering in de 'mix' van functionele en prestatie eisen in het Bouwbesluit 2012

2 Innovatief aanbesteden en vertrouwen

In het aanbestedingsrecht gaat het om de relatie tussen de overheid (de aanbestedende dienst) als opdrachtgever en een of meerdere private marktpartijen als beoogde opdrachtnemer(s).

Denkbaar is dat bij een aanbesteding in het bestek door de opdrachtgever zeer gedetailleerde eisen worden gesteld aan het te realiseren werk.² Op deze manier denkt de opdrachtgever het gestelde doel het beste te kunnen bereiken. In de praktijk wordt duidelijk dat een dergelijke vorm van 'de zaak in de hand willen houden' lang niet altijd het gewenste resultaat oplevert.³ In zijn meest extreme vorm kan aldus uitsluitend op de prijs worden geconcurrereerd. En al langer wordt geklaagd dat daardoor een zodanig prijsniveau wordt bereikt dat kwaliteit en productvernieuwing onder druk komen te staan.⁴

Daar komt bij dat het in lang niet alle gevallen mogelijk is om van te voren precies aan te geven aan welke eisen een werk moet voldoen. Soms ontbreekt bij de aanbesteder de noodzakelijke kennis en expertise en is hij aangewezen op de marktpartijen zelf om de juiste specificaties te kunnen geven.⁵

In dergelijke gevallen is contact met de marktpartijen in een relatief vroeg stadium van het aanbestedingsproces noodzakelijk. Het is duidelijk dat een dergelijk contact het uitgangspunt van de aanbestedingsregelgeving – de vrije concurrentie – in gevaar kan brengen. In een aantal in de regelgeving opgenomen aanbestedingsprocedures is daarom gezocht naar een evenwicht. Met name de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de concurrentiegerichte dialoog zien daarop.⁶ Tegelijkertijd worden aan de toepasbaarheid van deze procedures grenzen gesteld. Kort gezegd mogen deze procedures alleen worden toegepast als het niet anders kan.

2 Zie daarover A.D.R. Corra & J. de Ridder, 'Outsourcing Public Services. Process Innovation in Dutch Municipalities', in: Pekka Valkama, Stephen J. Bailey & Ari-Veikko Anttiroiko (eds), *Organizational Innovation in Public Services: Form and Governance*, Palgrave Macmillan Basingstoke Hampshire 2013, p. 130-148.

3 Vergelijk het betoog van S. Posthuma op de studiedag op 19 maart 2013 van Bouwend Nederland regio noord over innovatieve vormen van aanbesteden en innovatieve contractvormen in de infrasector. <http://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/verslagbijeenkomst aanbesteden infr19032013.pdf>

4 Zie: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007.

5 Iets vergelijkbaars doet zich voor bij vergunningverlening voor complexe projecten.

6 Art. 2.28 en art. 2.32 Aanbestedingswet 2012.

Recentelijk zien we daarin een verandering. De huidige Europese richtlijnen die het aanbestedingsrecht dicteren, dateren van 2004 en 2006. In 2011 zijn voorstellen voor herziening bekendgemaakt. In deze voorstellen worden meer mogelijkheden geboden om van de genoemde procedures gebruik te maken. De gedachte daarbij is dat het zowel voor de aanbesteder als voor de gegadigden aantrekkelijk is om in onderling vertrouwen gezamenlijk aan een optimaal resultaat te werken.

De toelichting op de voorstellen voor herziening van de aanbestedingsrichtlijn zegt hierover:⁷

Er bestaat een algemene behoefte aan meer flexibiliteit en in het bijzonder een ruimere toegang tot aanbestedingsprocedures met onderhandelingen, zoals nadrukkelijk is bepaald in de overeenkomst, waarin onderhandeling in alle procedures is toegestaan. Tenzij anders is bepaald in de wetgeving van de lidstaat in kwestie, moeten aanbestedende diensten een mededingingsprocedure van gunning door onderhandelingen als vastgelegd in deze richtlijn kunnen toepassen, in diverse situaties waarin openbare of niet-openbare procedures waarschijnlijk niet zullen leiden tot bevredigende aanbestedingsresultaten.

Deze procedure moet voorzien zijn van toereikende waarborgen om de beginselen van gelijke behandeling en transparantie te eerbiedigen. Dit zal aanbestedende diensten grotere vrijheid geven om werken, leveringen en diensten in te kopen die volledig zijn afgestemd op hun specifieke behoeften. Tegelijkertijd zal daardoor ook de grensoverschrijdende handel toenemen, daar uit de evaluatie is gebleken dat opdrachten die worden gegund via een procedure van gunning door onderhandelingen, een bijzonder hoog percentage grensoverschrijdende inschrijvers hebben.

Om dezelfde redenen moeten aanbestedende diensten vrij zijn om de concurrentiegericht dialogoog te gebruiken. Het gebruik van deze procedure is in waarde van de opdrachten de afgelopen jaren aanzienlijk toegenomen. Deze procedure is nuttig gebleken in gevallen waarin de aanbestedende diensten niet in staat zijn te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het stuk van technische, financiële of juridische oplossingen.

De behoefte aan meer flexibiliteit doet zich voor bij innovatieve projecten, de uitvoering van omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten,⁸ grote computernetwerken, of projecten met een complexe en gestructureerde financiering. Het belang van vertrouwen is ook zichtbaar in de in de herziening voorgestelde nieuwe aanbestedingsprocedure: het innovatiepartnerschap.

Wederom de toelichting op de herzieningsvoorstellen:

De aankoop van innovatieve goederen en diensten speelt een centrale rol in het verbeteren van de efficiëntie en de kwaliteit van overheidsdiensten en vormt een antwoord op grote maatschappelijke uitdagingen. Hiermee kan worden gestreefd naar de beste prijs-/kwaliteitverhouding en naar ruimere economische, milieu- en maatschappelijke voordelen om nieuwe ideeën te doen rijpen, deze om te zetten in innovatieve producten en diensten en derhalve een duurzame economische groei te bevorderen. Deze richtlijn moet helpen innovatieve activiteiten in aanbestedingen te bevorderen en moet de lidstaten ondersteunen om de streefdoelen van de Innovatie-Unie te bereiken. Daarom moet

7 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:NL:PDF>.

8 Hiermee worden bedoeld projecten waarin verschillende vormen van vervoer: wegspoor- water en leidingtransport in onderlinge samenhang worden bekeken.

worden voorzien in een specifieke aanbestedingsprocedure waarmee aanbestedende diensten een innovatiepartnerschap op lange termijn kunnen aangaan voor de ontwikkeling en daaropvolgende aankoop van nieuwe innovatieve producten, diensten of werken, onder de voorwaarde dat deze geleverd kunnen worden tegen een overeengekomen kwaliteits- en kostenniveau. Het partnerschap dient zodanig te worden gestructureerd dat het de nodige 'market-pull' kan opleveren om de ontwikkeling van een innovatieve oplossing te bevorderen zonder de markt af te schermen.

Gezien vanuit de beginselen van het aanbestedingsrecht levert het innovatiepartnerschap risico's op. Daarom is het begrijpelijk dat ook wordt voorzien in een nieuwe toezichtsvorm: de nationale toezichtsautoriteit. De toelichting motiveert de noodzaak daartoe als volgt:

Uit de evaluatie is gebleken dat niet alle lidstaten consequent en systematisch toezicht houden op de uitvoering en werking van de aanbestedingsregels. Dit legt een hypotheek op efficiënte en eenvormige toepassing van de Europese wetgeving. In het voorstel is derhalve bepaald dat de lidstaten één nationale instantie aanwijzen die belast is met het toezicht, de tenuitvoerlegging en de controle van de aanbestedingsregels. Alleen deze instantie met overkoepelende taken zal een overzicht verkrijgen van de belangrijkste moeilijkheden bij de uitvoering en zal in staat zijn passende oplossingen voor te stellen voor meer structurele problemen.

Uit het bovenstaande kan mijns inziens worden afgeleid dat enerzijds meer wordt ingezet op vertrouwen en partnerschap en anderzijds het toezicht wordt versterkt. Het zijn twee kanten van dezelfde medaille. Het aanbestedingsrecht en ook het mededingingsrecht beogen vrije concurrentie en transparante verhoudingen te waarborgen. De behoefte aan samenwerking in een vroeg stadium van het bouwproces staat daarmee op gespannen voet. Dat betekent dat het streven naar samenwerking soms alleen al daarom problematisch is. Het neemt niet weg dat alleen met een op vertrouwen gebaseerde samenwerking voldoende voortgang kan worden gemaakt als het gaat om technische innovatie en het waarborgen van kwaliteit.

3 Samenwerkingsvormen in de bouwketen: samenwerking en vertrouwen

In de laatste jaren is er een toenemende aandacht voor wat 'ketensamenwerking in de bouw' wordt genoemd. In een enigszins complex bouwproces is er sprake van betrokkenheid van vele partijen. Het bouwproces is een complex samenstel van processen en actoren ieder met eigen wensen, belangen en een eigen cultuur. Dit leidt in de praktijk dikwijls tot inefficiëntie en ineffectiviteit.⁹ Om daaraan iets te doen wordt gestreefd naar een betere vorm van samenwerking tussen de actoren

9 M.A.B Chao Duivis & J.W.F Wamelink *Juridische aspecten van ketensamenwerking, naar een multidisciplinaire benadering*, Den Haag; IBR 2013, p. 8.

die participeren in de 'keten' die het bouwproces vormt.¹⁰ Een van de belangrijkste voorwaarden voor het slagen van ketensamenwerking is het bestaan van vertrouwen. Dat blijkt ook uit praktijkervaringen.¹¹

Juridisch interessant is in dit verband ook de vraag welke rol de overeenkomst speelt in deze ketensamenwerking en welke betekenis partijen daaraan toekennen. Om een effectieve samenwerking te bereiken is het van belang dat het contract niet primair wordt gezien als een middel om posities te waarborgen, bij niet respecteren waarvan onmiddellijk sancties worden geformuleerd. Aan het contract moet een meer positieve rol worden toebedeeld: een regeling van de te bereiken doelen en de wijze waarop dat kan gebeuren. Daarbij kan vertrouwen er toe leiden dat in bepaalde gevallen niet alles in detail wordt geregeld. Dan komt vertrouwen in de plaats van een contractuele regeling. Er wordt wel op gewezen dat een dergelijk vertrouwen niet zo maar ontstaat en moet worden 'verdiend'.

Er is ook een keerzijde. Samenwerking die in vertrouwen is vormgegeven, leidt, als het niet goed gaat, tot aansprakelijkheidsvragen. En juist door die samenwerking en de daaruit voortvloeiende al dan niet gezamenlijke verantwoordelijkheden, worden die aansprakelijkheden gecompliceerd. Het gaat hier niet om de (fiscale) ketenaansprakelijkheid,¹² maar om wat heet de schakeljurisprudentie. In die jurisprudentie worden aan de omstandigheid dat verschillende partijen met elkaar een samenwerkingsketen vormen – maar niet in een contractuele verhouding tot elkaar staan – gevolgen verbonden voor de onderlinge aansprakelijkheid. Een richtinggevende uitspraak in dezen vormt HR 20 januari 2012 inzake Wierds-Visseren.¹³ De Hoge Raad oordeelt hier dat de onderaannemer in het algemeen binnen bepaalde grenzen rekening zal hebben te houden met de belangen van de opdrachtgever en de opdrachtgever zal er in het algemeen er op zal mogen vertrouwen dat de onderaannemer dat doet.¹⁴

Vertrouwen is dus enerzijds een onmisbare voorwaarde voor een succesvolle samenwerking. Het wekken van vertrouwen levert anderzijds, bij schending daarvan, een vergrote aansprakelijkheid op die verder reikt dan de contractuele band tussen de samenwerkende partijen. Ook hier zitten aan vertrouwen in het rechtsverkeer dus twee kanten.

10 Ketensamenwerking wordt gedefinieerd als: het managen van activiteiten die gericht zijn op de coördinatie van de verschillende schakels in de keten met als doel de gehele keten te optimaliseren als ware het een eenheid (een gezamenlijke organisatie). Dit in tegenstelling tot de situatie, waarbij iedere speler in de keten zich richt op het optimaliseren van zijn eigen individuele (schakel) prestatie.

11 CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede 2007.

12 Waarop de Wet Ketenaansprakelijkheid ziet.

13 HR 20 januari 2012, ECLI:HR:2012:BT7496, waarover P.Memelink & R.D.Lubach, 'De wanpresterende onderaannemer: verplicht rekening houden met de belangen van de opdrachtgever', *TBR* 2012 p. 681.

14 Dat betekent overigens niet dat de wanprestatie van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer per definitie een onrechtmatige daad jegens de opdrachtgever oplevert. Of daarvan sprake is moet in casu nader worden vastgesteld.

4 Minder en andere regels in het omgevingsrecht en vertrouwen

Het omgevingsrecht is in constante beweging. Als de huidige plannen doorgaan, zullen we over enige tijd een nieuwe Omgevingswet tegemoet kunnen zien. Een toetsversie is becommentarieerd en een ontwerp van wet ligt op dit moment bij de Raad van State. Het in dat verband meest besproken probleem is de versnippering van de regelgeving. Maar het initiële document waarmee het werken aan de Omgevingswet destijds in gang is gezet, noemt direct daarna als belangrijk probleem de onbalans tussen zekerheid en dynamiek, met als gevolg slepende besluitvormingsprocessen, hoge onderzoekslasten, gedetailleerde plannen, normen en voorschriften en weinig ruimte voor politieke sturing, eigen verantwoordelijkheid van de gedecentraliseerde overheidslichamen en innovatie.¹⁵ De verantwoordelijke minister zegt daarover in een recent interview:

'De Omgevingswet gaat, met meer beleidsvrijheid en afwegingsruimte voor gemeenten, heus niet ten koste van de rechtszekerheid van burgers en bedrijven. Critici zouden wat meer vertrouwen mogen hebben in de controlerende werking van de lokale democratie.'^{16, 17}

De gedachte is dat steeds minder gedetailleerde regelgeving geïndiceerd is. De keerzijde is dat de daaruit voortvloeiende (rechts)onzekerheid moet worden gecompenseerd door vertrouwen tussen overheid en burger over en weer. De Omgevingswet beoogt een (nog meer) samenhangende regeling te bieden. Hoewel de wet deze term als toetsingskader niet kent, wordt in de memorie van toelichting benadrukt dat de wet beoogt een omvattende regeling te geven voor wat genoemd wordt 'de fysieke leefomgeving'. Binnen dat kader vallen in ieder geval ook het klassieke ruimtelijk ordeningsrecht en het milieu(hygiëne)recht.

De voorgenomen Omgevingswet past in de algemene ontwikkeling in het ruimtelijk ordenings- en het milieurecht, waarin vertrouwen een steeds grotere rol speelt. Het gaat daarbij om het verminderen van vergunningvereisten en het vervangen van vergunningsvereisten door algemene regelgeving. Het preventieve toezicht dat een vergunningstelsel inhoudt, wordt vervangen door toezicht achteraf. In het milieurecht is dat laatste al langer aan de orde en de Woningwet laat meer recentelijk een vermindering zien van de gevallen waarin een bouwvergunning is vereist. Het door middel van de bouwvergunning uitgeoefende preventieve toezicht behelst tweeërlei. Toezicht op de planologische aspecten van het bouwen en toezicht op de bouwtechnische aspecten. Het verminderen van het vereiste van een bouwvergunning

15 Eenvoudig beter, Waarom een nieuwe omgevingswet, Ministerie van Infrastructuur en milieu najaar 2011, p. 13.

16 Arjan Nijenhuis plv. dir. van het project Eenvoudig Beter onderstreept in een inleiding tijdens een op 10 december 2013 gehouden expertmeeting het belang meer beleidsvrijheid en afwegingsruimte en de rol van vertrouwen daarin.

17 Minister Melanie Schultz van Haagen in een interview met Innoranje het magazine van Advies- en Ingenieursbureau Oranjewoud

heeft dus ook twee gevolgen. Vermindering van het preventieve toezicht op naleving van het bestemmingsplan en vermindering van het preventieve toezicht op de naleving van het bouwbesluit. Voor een deel gaat het daarbij om vermindering van de overheidsinvloed als zodanig, aan de burger wordt meer vrijheid gelaten om naar eigen inzicht te bouwen omdat er minder regels worden gesteld. Voor een ander deel gaat het om het vertrouwen dat de burger zich aan de toepasselijke regelgeving zal houden, ook zonder preventief toezicht.

De belangen die het milieurecht beoogt te beschermen laten evenwel een deregulering of een flexibilisering maar in beperkte mate toe. Er is discussie mogelijk over de vraag of en in hoeverre de mogelijkheid moet worden aangenomen of gecreëerd voor afwijking van de algemene normstelling. Maar in veel gevallen zullen zowel de burger als het bestuur behoefte hebben aan rechtszekerheid en zal beleidsvrijheid worden ingevuld door beleidsregels en richtlijnen.¹⁸

Binnen het domein van de fysieke leefomgeving zal de werking van het vertrouwen dus niet overal gelijkelijk kunnen leiden tot vermindering en/of het minder gedetailleerd maken van regelgeving. In ieder geval rijst ook hier de vraag in hoeverre vertrouwen moet worden gecompliceerd met een (versterkt) regime van toezicht achteraf. Deze vraag is wellicht nog sterker aan de orde in het laatste voorbeeld.

5 Functionele en prestatie eisen in het Bouwbesluit en vertrouwen

Het voldoen aan de technische eisen van het Bouwbesluit is soms van levensbelang. Hier lijken strikte regels die de veiligheid waarborgen geïndiceerd. Desalniettemin werd vaak de klacht gehoord dat het Bouwbesluit te gedetailleerde regels bevatte en ten opzichte van de ons omringende landen te weinig ruimte gaf voor experimenten en innovatie. Dat deed de vraag rijzen in hoeverre er sprake kan zijn van substitutie van gedetailleerde regelgeving door globale(re) regels in het vertrouwen dat het gewenste resultaat toch zal worden bereikt.

Het Bouwbesluit bevat een stelsel van voorschriften die zijn geformuleerd als prestatie-eisen gebaseerd op functionele omschrijvingen. Het voorschrift moet het doel bevatten en het middel waarmee dat wordt bereikt en is daarmee een combinatie van functionele en prestatie-eisen. In de laatste versie van het Bouwbesluit van 2012 wordt een trend doorgezet die al in de voorgaande editie (2003) zichtbaar was. Niet langer wordt altijd precies aangegeven aan welke eisen een bouwwerk moet voldoen, maar volstaan wordt met het aangeven welk doel moet worden bereikt, waar nodig aangevuld met specifieke prestatie-eisen. In bepaalde gevallen is er ook de keuze gelaten langs welke weg het gestelde doel wordt bereikt. Een belangrijke rol bij het geven van meer ruimte met behoud van de veiligheid, ver-

18 Zie A. Tollenaar, *Gemeentelijk beleid en beleidsregels: de toegevoegde waarde van beleidsregels voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008.

vult de mogelijkheid gebruik te maken van gelijkwaardige oplossingen. Een cruciale vraag is daarbij natuurlijk wat gelijkwaardig is. Vertrouwen in het individuele oordeel van degene die de oplossing aandraagt, kan daarbij niet snel voldoende zijn. De gelijkwaardigheid zal moeten worden beoordeeld door deskundigen.¹⁹

Voor de gebruiker mag deze verandering van regelgeving als het gaat om het beoogde doel van een voldoende constructieve veiligheid geen verschil maken. Hij moet er zonder meer van kunnen uitgaan dat het bouwwerk aan de gestelde eisen voldoet. De verandering betreft de verhouding tussen overheid en bouwer. De overheid moet het vertrouwen hebben dat de grotere ruimte die de regelgeving laat niet door de bouwer wordt misbruikt.

Juist hier is goed zichtbaar dat meer vrijheid niet alleen vertrouwen veronderstelt, maar ook toezicht nodig maakt. Gelet op de aard van vooral de technische voorschriften in het Bouwbesluit zal de grens van wat in vertrouwen aan de bouwer kan worden overgelaten snel worden bereikt. Vertrouwen zal regelgeving meestal niet kunnen vervangen. Daarbij kan wel worden opgemerkt dat er ook eisen zijn, zoals hoogte/breedtematen, die niet primair de constructieve veiligheid betreffen. In die gevallen is deregulering eerder mogelijk. En daar zijn ook voorbeelden van.²⁰

6 Verschuivingen in de balans

In elk van de gegeven voorbeelden is sprake van een zoektocht naar evenwicht tussen rechtszekerheid en flexibiliteit. Dat verbaast niet. Het vinden van een juiste balans tussen de eisen die ter waarborging van dat evenwicht van het rechtssysteem moeten worden gesteld, is een opgave die inherent is aan de functie van het recht zelf: het reguleren van maatschappelijke verhoudingen.

Daarbij geldt dat de mate waarin er in de relatie tussen rechtsgenoten – zowel tussen burgers onderling als tussen overheid en burger – sprake is van vertrouwen, een belangrijke factor is voor de uitkomst van deze zoektocht. Een belangrijke factor, maar niet altijd een bepalende. De mate waarin vertrouwen regelgeving of juridische inkadering kan vervangen, hangt af van de activiteit die het betreft. Wat dat betreft vertonen de eerste twee voorbeelden, die contractuele relaties betreffen, kenmerkende verschillen met de laatste twee, die gaan over in beginsel eenzijdig overheidsop treden.

Maar in alle gevallen waarin vertrouwen een rol kan spelen, geldt wel dat als sprake is van weinig vertrouwen, de overheid eerder zijn heil zal zoeken in strikte regelgeving en een scherp toezicht. Bij veel vertrouwen is het tegendeel het geval.

In de praktijk blijkt dat het functioneren van zowel strikte regelgeving als van scherp toezicht problemen oplevert. Kort aangeduid zal degene die aan de strikte regel-

19 Voor dat doel is een deskundigencommissie Nationale Commissie Gelijkwaardigheid Bouwbesluit ingesteld waarin overheid en marktpartijen zijn vertegenwoordigd.

20 Zie bijvoorbeeld de deregulering die in de gemeente Heerenveen heeft plaatsgevonden, leidend tot het zgn 'Heerenveens model'.

geving onderworpen is, zich zoveel mogelijk proberen aan die regels en het toezicht daarop te onttrekken. De Europese aanbestedingsregels vormen daarvan een voorbeeld.²¹ De mede daaruit voortvloeiende noodzaak om scherp toe te zien – wil er van een adequate handhaving sprake zijn – loopt tegen grenzen aan van (onder meer financiële) haalbaarheid.

Dat betekent dat er in de rechtspraktijk een noodzaak is om van een zeker vertrouwen uit te gaan. Daaraan doet niet af dat, zoals het voorbeeld van de ketensamenwerking laat zien, het wekken van vertrouwen een vergrote aansprakelijkheid met zich mee kan brengen wanneer dat vertrouwen wordt geschonden. Daaraan doet ook niet af dat bij op basis van vertrouwen nagestreefde vermindering van regelgeving vaak de noodzaak bestaat van verscherpt toezicht. Het bovenstaande laat zien dat op verschillende beleidsterreinen een verschuiving in de balans zichtbaar is tussen de verschillende aspecten die de betreffende rechtsverhoudingen kenmerken: rechtszekerheid en flexibiliteit, preventief en repressief toezicht, vrijheid en aansprakelijkheid. Al dan niet noodgedwongen en met een noodzakelijke diversiteit speelt vertrouwen tussen de rechtsgenoten bij de vormgeving van de rechtsverhouding in regelgeving, contracten en rechtspraak een belangrijke(r) rol.

7 Ten slotte

Ko heeft zich in zijn werkzame leven dikwijls en intensief beziggehouden met het zoeken naar de balans waarvan hierboven sprake is. Het meest kenmerkend in de langjarige contacten die ik met hem heb gehad vind ik zijn eigenschap om altijd door te vragen. Dat hij daarbij als van origine niet-jurist ook het juridische naadje van de kous wil weten zal duidelijk zijn. Het scherpte vaak ook mijn eigen inzicht. Ik ben hem daarvoor erkentelijk. Ik memoreer tot slot dat hij op een belangrijk moment in mijn privéleven als vervangend kerkorganist is opgetreden en aldus de plechtigheid redde.

21 Zie E.H. Pijnacker Hordijk & M.O. Meulenbelt, 'A bridge too far: Why the European Commission's attempts to construct an obligation to tender outside the scope of the Public Procurement Directives should be dismissed', *PPLR* 2005 p. 123-130.

Toezicht over de grenzen

Michiel Scheltema

1 Ko de Ridder over intern en extern toezicht

In een recent artikel heeft Ko de Ridder zich gebogen over de verhouding tussen intern en extern toezicht.¹ Onder intern toezicht, ook wel proxy toezicht, wordt door hem verstaan het toezicht door een orgaan binnen een organisatie ter borging van een specifiek publiek belang. Het externe toezicht is dan het door een publieke instantie uitgeoefende toezicht op datzelfde belang. In zijn artikel behandelde hij de vraag of een vruchtbare wisselwerking tussen intern en extern toezicht mogelijk is. Met andere woorden: kan een intern orgaan medeverantwoordelijk worden gemaakt voor de behartiging van het publieke belang? Door op deze wijze het publieke belang te internaliseren in de onder toezicht staande organisatie zou het externe toezicht daarvan kunnen profiteren. Daarmee zou de effectiviteit van het toezicht, of meer algemeen gezegd, het publieke belang, gediend zijn.

Ko toont zich in zijn artikel uiterst sceptisch op dit punt.

Theoretisch gezien zijn deze vormen van proxy-toezicht moeilijk te verwezenlijken, omdat bij het besturen van een organisatie ten principale steeds de kernfunctie van die organisatie centraal staat. Besturen betekent weliswaar een integrale afweging van alle relevante belangen, maar daarbij is de kernfunctie leidend. Proxy-toezicht veronderstelt dat een specifiek belang in die afweging voorrang krijgt boven andere belangen. Er is geen reden om aan te nemen dat een op die leest geschoeide bestuurlijke inrichting van de organisatie zonder meer levensvatbaar is. Er zal op zijn minst een aantal voorwaarden vervuld moeten zijn wil proxy-toezicht een bijdrage kunnen leveren aan de borging van een publiek belang.²

In zijn artikel wordt deze scepsis vanuit de praktijk ondersteund. Aan de hand van de ontwikkelingen op drie terreinen, het toezicht op banken, op woningbouwcorporaties en op gemeentes, wordt duidelijk gemaakt dat er veel mis gaat wanneer vertrouwen wordt gesteld op het interne toezicht.

In het stuk wordt ook ingegaan op het preadvies dat mijn zoon Arjan en ik hebben geschreven over het toezicht in de financiële sector.³ Daarin zetten wij uiteen dat het internaliseren van het publieke belang in private organisaties naar onze mening een noodzaak is geworden. Het borgen van het publieke belang in een voortdurend veranderende samenleving stelt hoge eisen. Die worden verder ver-

1 J. de Ridder, 'Proxy-toezicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2013 4, p. 23-40.

2 Ibidem, p 40.

3 A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis*, Deventer: Kluwer 2009.

zwaard door de snelle ontwikkelingen in kennis en techniek, met de vormgeving van steeds nieuwe producten als gevolg. Die ontwikkeling van nieuwe kennis en van nieuwe producten geschiedt voor het overgrote deel in de organisaties waarop toezicht gehouden moet worden. Dus bijvoorbeeld in banken die nieuwe financiële producten op de markt brengen, door producenten in de voedselketen die nieuwe productiemethoden toepassen of door bedrijven die technieken ontwikkelen om de duurzaamheid te bevorderen. In die organisaties kan men dus ook het beste beoordelen welke negatieve consequenties een nieuwe techniek of een nieuw product met zich mee kunnen brengen. Een overheidstoezichthouder staat in verhouding daarmee altijd op achterstand. Indien men er niet in slaagt het publieke belang ook binnen de onder toezicht staande organisatie te internaliseren, en daarvan bij het overheidstoezicht gebruik te maken, is een goede borging van het publieke belang welhaast onmogelijk. Het zou in ieder geval een enorme, ook financiële, inspanning vragen. En waarschijnlijk zou het publieke toezicht leiden tot een voortdurende groei van het aantal voorschriften dat de toezichthouder ontwikkelt voor de onder toezicht gestelde organisaties. Die vele regels kunnen een verstikkende werking krijgen op innovatie en vooruitgang.

Ko de Ridder is matig onder de indruk van dit betoog. Hij heeft grote aarzelingen over de levensvatbaarheid van deze benadering. In ieder geval moet in zijn ogen aan een aantal voorwaarden zijn voldaan wil deze benadering een bijdrage kunnen leveren aan de borging van het publieke belang. Kennelijk is hij geen voorbeelden tegengekomen waarin dat wel het geval is: de drie door hem behandelde casusposities leveren alle een negatief resultaat op.

In deze bijdrage wil ik nader ingaan op de verhouding tussen intern en extern toezicht in een andere setting dan waarover Ko de Ridder schreef. Dat betreft het toezicht in grensoverschrijdende verhoudingen. Doordat fysieke grenzen veel aan betekenis verliezen en de samenleving internationaliseert, wordt dat steeds belangrijker. Tegelijkertijd is er sprake van een mismatch tussen de territoriale bevoegdheden van een nationale toezichthouder, en de grensoverschrijdende activiteiten waarop het toezicht gericht is. Publieke autoriteiten kunnen hun werkzaamheden immers slechts binnen de eigen landsgrenzen verrichten.

Dit vraagt om bezinning op de inrichting van transnationaal toezicht. In allerlei vormen zoeken wetgevers en toezichthouders naar oplossingen voor dit vraagstuk. Verdragen worden gesloten om toezichthouders te laten samenwerken; toezichthouders gaan ook zonder een dergelijke grondslag samenwerken, internationale organisaties krijgen bevoegdheden in de sfeer van het toezicht, en er ontstaan vormen van samenwerking tussen publieke toezichthouders en private actoren.

Die laatste vorm, een combinatie van internalisering van het publieke belang in de private sector met een daarop afgestemd publiek toezicht, raakt dezelfde problematiek als waarover Ko de Ridder schreef. Hij had intern, privaat toezicht in combinatie met extern publiek toezicht binnen de nationale setting op het oog. Zijn scepsis over de effectiviteit daarvan zal zich waarschijnlijk ook uitstrekken over de combinatie van intern, privaat toezicht en extern, publiek toezicht in transnationale

verhoudingen. Die verhoudingen zijn immers nog complexer, waardoor goed toezicht moeilijker is.

Zoals ik hieronder zal betogen is de samenwerking tussen private vormen van toezicht en publieke toezichthouders bij het transnationale toezicht echter onontkoombaar. Bij publiek transnationaal toezicht is het – nog sterker dan wij in het preadvies voor nationaal toezicht hebben betoogd – onvermijdelijk om gebruik te maken van de verantwoordelijkheid die private actoren moeten nemen voor het publieke belang. Dus van internalisering van het publieke belang in private organisaties.

In de volgende paragraaf zal ik eerst uiteenzetten waarom het organiseren van toezicht op grensoverschrijdende activiteiten in het publieke domein, dus door publieke toezichthouders, aan grote beperkingen onderhevig is. Daarom moet private verantwoordelijkheid voor het publieke belang wel geactiveerd worden.

Daarmee ondergaat de vraagstelling van Ko de Ridder een principiële kanteling. De vraag is niet langer: in hoeverre leidt een combinatie van intern en extern toezicht tot bevredigende resultaten? De vraag wordt als volgt. Hoe kan, gegeven de noodzaak voor het publieke toezicht om in grensoverschrijdende verhoudingen gebruik te maken van privaat toezicht, de onderlinge afstemming het beste vorm krijgen? Om een antwoord op die vraag te geven, is de kritische houding van Ko de Ridder een aantrekkelijk uitgangspunt. Zijn beschouwing leidt ertoe niet te goed van vertrouwen te zijn, maar helder na te gaan aan welke voorwaarden moet worden voldaan bij het inrichten van transnationaal toezicht.

2 Grensoverschrijdend toezicht: een verkenning van een ondoorzichtig terrein

De problematiek van het grensoverschrijdende toezicht speelt al lang. Er is dan ook al veel nagedacht over de antwoorden die op deze uitdaging gegeven kunnen worden. Dat leidt tot een veelheid van ontwikkelingen. Internationaal worden regels opgesteld, toezichthouders werken samen over de grenzen, en internationale organisaties bemoeien zich met het toezicht. Daarbij valt op dat iedere sector zelfstandig naar oplossingen zoekt. Het lijkt er op dat wetgevers of toezichthouders steeds opnieuw de problematiek als een zelfstandig vraagstuk beschouwen. Dat is in zekere zin ook het geval: sectoren zijn vaak niet vergelijkbaar, en een algemeen kader in regelgeving of in de theorie van het toezicht ontbreekt. Ieder zoekt dan voor het eigen veld naar de beste oplossing. Dat heeft aanzienlijke nadelen. Er worden weinig dwarsverbanden gelegd, en men trekt daardoor geen lering uit de ervaringen op andere terreinen. Er ontstaan nog te weinig inzichten op een meer algemeen niveau, waarmee de juridische vormgeving van het toezicht en de praktijk geholpen kunnen worden.

De kern van het probleem voor grensoverschrijdend toezicht door publieke toezichthouders is dat de organisaties of activiteiten waarop toezicht moet worden gehouden, een grensoverschrijdend karakter hebben, terwijl de toezichthouders

zich moeten beperken tot het nationale territorium. Doordat hun bevoegdheden begrensd worden door het grondgebied van hun staat, valt het deel van de grensoverschrijdende activiteiten buiten hun bevoegdheden: dat is het terrein van toezichthouders van andere staten. Overigens kan de situatie verschillen, afhankelijk van de activiteit waarop toezicht moet worden gehouden. Bij territoriaal gebonden activiteiten, zoals fysieke productieprocessen, is de territoriale verdeling van bevoegdheden duidelijker dan bij minder plaatsgebonden activiteiten, zoals via de telefoon of internet gesloten contracten of geleverde diensten. In ieder geval is duidelijk dat bij grensoverschrijdende activiteiten steeds verschillende toezichthouders betrokken kunnen zijn, mogelijk met elkaar overlappende bevoegdheden. Het toetsingskader en de werkwijze van de toezichthouder worden per staat vastgesteld, en verschillen daardoor van toezichthouder tot toezichthouder. Al met al is transnationaal toezicht een lastige opgave.

Toezichthouders kunnen verschillende wegen bewandelen om op deze problematiek te reageren.

Extraterritoriale uitbreiding van het toezicht

Toezichthouders – of de nationale wetgevers – kunnen de territoriale grenzen van hun bevoegdheid oprekken, en trachten activiteiten buiten hun land onder het toezicht te brengen. Bij deze extraterritoriale uitbreiding van het toezicht gaan sommige landen ver. Op financieel terrein is dat bijvoorbeeld het geval met de Verenigde Staten. Aan deze koers zijn aanzienlijke nadelen verbonden: indien ieder land deze koers zou volgen, zou één bedrijf voor dezelfde activiteiten aan verschillende toezichthouders met ieder hun eigen eisenpakket onderworpen zijn. Andere landen kunnen het oprekken van bevoegdheden buiten de landsgrenzen als een inbreuk op hun eigen bevoegdheden beschouwen. Dit is daarom een weg die slechts in beperkte mate openstaat, vooral voor machtige landen, en die geschikt is om conflicten te genereren.

Gebruik van het internationaal publiekrecht

Een tweede mogelijkheid is dat staten door het sluiten van internationale overeenkomsten of het oprichten van internationale organisaties tot een vorm van gemeenschappelijk toezicht komen. Dit lijkt de meest voor de hand liggende oplossing: het inrichten van het toezicht op internationaal niveau op dezelfde manier als dat op nationaal niveau functioneert. Dat is echter maar zeer ten dele mogelijk. Op wereldschaal is een organisatie waarin het publieke belang wereldwijd kan worden gedefinieerd en het toezicht daarop kan worden afgestemd, bijna niet te verwezenlijken. Wel wordt er veel via verdragen geregeld, en kunnen internationale organisaties een rol spelen. De Europese Unie is het belangrijkste voorbeeld van een relatief vergaande internationale integratie. Via de EU wordt op veel terreinen voor uniforme normen voor toezicht gezorgd. De uitoefening van het toezicht blijft echter in belangrijke mate de taak van de lidstaten.

Hoewel langs deze weg een aanzienlijke voortgang kan worden gemaakt, wordt hiermee toch slechts een beperkte oplossing geboden. Allereerst omdat veel grensoverschrijdende activiteiten niet tot de grenzen van Europa beperkt blijven, en samenwerking daarbuiten lastiger is. Maar er is ook een meer principiële argument in de discussie te brengen.

Dat is ontwikkeld door Pauwelyn, Wessel en Wouters in hun studie voor het HiIL (Hague institute for internationalisation of Law) over internationale samenwerking buiten het internationale publiekrecht om.⁴ Zij menen dat in de huidige, internationaliserende samenleving het internationaal publiekrecht een gebrekkig instrument voor grensoverschrijdende rechtsontwikkeling is. Hun argumentatie ziet in de eerste plaats op de inflexibiliteit van de internationale rechtsvorming: het sluiten en wijzigen van gedragsregels vergt unanimiteit, waardoor verdragsregels veel moeilijker tot stand te brengen zijn en veel minder snel aan wisselende omstandigheden zijn aan te passen dan binnen het nationale recht mogelijk is. De besluitvorming binnen de EU is in dat opzicht een voorbeeld van grotere flexibiliteit, maar ook daar is het besluitvormingsproces veel gecompliceerder en vergt het een grotere mate van instemming dan binnen de landen nodig is.⁵

Deze argumenten zijn mijns inziens overtuigend. Zoals wij in het eerder gemelde preadvies hebben aangegeven is in een kennissamenleving als de onze, met snel toenemende kennis en snelle veranderingen, een star toetsingskader ongewenst. De werkzaamheden waarop toezicht moet worden gehouden dragen in toenemende mate een professioneel, kennisintensief karakter. Juist daarom betoonden wij ons een voorstander van internalisering van het publieke belang in de private sector. Dat is in een internationale setting nog veel meer het geval. De mogelijkheden om het normenkader voor het toezicht aan de ontwikkelingen aan te passen zijn (nog) veel kleiner, en de effectiviteit van het werk van de toezichthouder wordt sterk verminderd doordat steeds een aantal nationale toezichthouders betrokken zijn. Dat is altijd ingewikkelder en daardoor trager dan wanneer één toezichthouder binnen een nationaal kader opereert.

Pauwelyn c.s. gaan daarnaast in op de legitimiteit van het internationale publiekrecht. Zij betogen dat aan eisen van democratie en transparantie in dat deel van het recht slecht wordt voldaan. Parlementen staan grotendeels buiten spel bij het sluiten van verdragen – zij kunnen het resultaat alleen maar goed- of afkeuren – en het politieke onderhandelingsproces over verdragen is doorgaans uiterst ondoorzichtig.

Explosieve groei transnationale regulering buiten het internationale recht

Om al deze redenen is het internationale publiekrecht in veel situaties een onvoldoende instrument om het publieke belang in een grensoverschrijdende samenle-

4 Ayelet Berman, Sanderijn Duquet, Joost Pauwelyn, Ramses A. Wessel & Jan Wouters (eds.), *Informal International Lawmaking: Case Studies*, The Hague: Torkel Opsahl Academic EPublisher, The Hague 2012. Ook te vinden op http://www.ficlh.org/fileadmin/ficlh/documents/LOTFS/LOTFS_3_Web.pdf.

5 Het paper waarin deze gedachtegang wordt ontvouwd is nog niet gepubliceerd.

ving te borgen. Dat kan goed geïllustreerd worden door de grote vlucht die grensoverschrijdende rechtsvorming buiten het internationale recht om heeft genomen.

Interessant is in dat opzicht de studie naar toekomstscenario's voor het recht die het HiiL enige tijd geleden heeft gepubliceerd.⁶ Daarin werden vier scenario's uitgewerkt. In twee daarvan neemt de internationalisering van de samenleving toe, en in twee daarvan neemt die af. Die laatste twee zijn hier minder relevant. De twee scenario's waarin de internationale verwevenheid van de samenleving toeneemt, verschillen van elkaar in de manier waarop de regulering daarin plaats vindt. In het ene vindt een versterking van de internationale regulering plaats door middel van het internationale publiekrecht. In het andere is er juist sprake van een grote groei van internationale regulering buiten het internationale publiekrecht en buiten de daarop berustende internationale organisaties om. Betoogd wordt dat veel signalen juist in de richting van dit laatste scenario wijzen.

Teneinde hier meer zicht op te krijgen heeft het HiiL twee internationale onderzoeksgroepen gevraagd een studie te doen naar deze ontwikkeling.

De eerste studie, onder leiding van de al genoemde Pauwelyn, betreft internationale samenwerking met betrokkenheid van publieke actoren buiten het internationale publiekrecht om. Het gaat dan om het maken van afspraken, vaak in de vorm van het ontwikkelen van (toezicht)regels, over onderwerpen die nationaal tot hun verantwoordelijkheid behoren. Hoewel publieke actoren hierbij betrokken zijn – soms naast private actoren, soms ook niet – hebben deze autoriteiten geen enkele formele bevoegdheid om tot afspraken of het opstellen van regels te komen: noch nationaalrechtelijk noch internationaalrechtelijk bestaat daarvoor een grondslag. Een bekend voorbeeld zijn de presidenten van nationale centrale banken, die in Basel gezamenlijk regels opstellen voor het toezicht op banken (Bazel 1, 2 en 3).⁷ Het opstellen van die regels berust op geen enkele bevoegdheid, en de vraag welke juridische status zij hebben is dan ook een interessant voorwerp van discussie. Uiteraard is het doel van deze gezamenlijk opgestelde regels dat de nationale toezichthouders op dezelfde manier toezicht zullen houden op banken met grensoverschrijdende activiteiten. In het project van Pauwelyn zijn 27 case studies ondernomen van vormen van samenwerking tussen publieke actoren buiten het internationale recht om, al dan niet met betrokkenheid van private actoren. Voor de in dit kader ontwikkelde regels hebben de onderzoekers de term INLAW – informal international law – voorgesteld. De term illustreert dat van internationaal recht in de klassieke zin geen sprake is. De vraag of er bij dit soort regels eigenlijk wel van 'recht' kan worden gesproken, is dan ook interessant, en verdient verder aandacht.

6 [http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/HIIL_n21837_v1_Law_Scenarios_to_2030_v2\(1\).pdf](http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/HIIL_n21837_v1_Law_Scenarios_to_2030_v2(1).pdf)

7 Zie het hoofdstuk US Implementation of Basel II: Lessons for Informal International Lawmaking door Pierre Hugues Verdier in het boek, genoemd in noot 4.

Als complement is een tweede HiIL studie onder leiding van Caffaggi gedaan naar grensoverschrijdende regulering door private actoren.⁸ Hier zijn het uitsluitend private partijen die tot het ontwikkelen van regels overgaan. Een voorbeeld daarvan betreft de regels voor accountancy, opgesteld door een private internationale organisatie voor accountancy.⁹ Die regels beogen een internationale standaard te geven voor het opstellen van financiële stukken: het wereldwijde economische systeem vergt immers uniforme standaarden voor de beoordeling van de financiële gegevens van bedrijven. Het onderzoek omvatte ruim tien case studies. De juridische status van deze regels is meestal een andere dan die van INLAW. Private actoren gebruiken private juridische instrumenten. Dat kunnen lidmaatschapsverbanden zijn: de leden van een vereniging worden gebonden aan de voorschriften die de vereniging opstelt. Ook via het sluiten van contracten kan een juridisch verplichting ontstaan. TPR – transnational private regulation – is de term die de onderzoekers voor deze vorm van regulering gebruiken.

De studies maken duidelijk dat het inderdaad om een veel voorkomend verschijnsel gaat. Zij laten zien dat de juridische wetenschap zich nog weinig met deze problematiek heeft bezig gehouden. De verschillende manieren waarop deze vormen van regulering zich tot het nationale of internationale recht verhouden, kent nog veel onopgeloste vragen. Het komt zowel bij INLAW als bij TPR voor dat de regels in het recht worden opgenomen doordat wetgevers daarnaar verwijzen of de regels overnemen. Ook toezichthouders kunnen de regels als toetsingskader voor hun nationale toezicht gaan hanteren. Dat is ook de kennelijke bedoeling van de regels van de bankpresidenten uit Basel. Maar een goed overzicht van de manieren waarop INLAW en TPR met het nationale en het internationale recht verbonden kunnen worden, ontbreekt nog.

3 De verhouding publiek en privaat in het grensoverschrijdende toezicht

Het hierboven gegeven overzicht van de strategieën die gekozen kunnen worden om transnationaal toezicht in te richten, laten zien dat eenduidige oplossingen nog niet zijn gevonden. Toch kunnen wel enkele algemene opmerkingen worden gemaakt over de beperkingen die in het publieke domein bestaan bij het vinden van een oplossing. In de private sector spelen die beperkingen niet. Dat biedt mogelijkheden voor een oplossing die publieke actoren niet uit eigen kracht kunnen verwezenlijken. Ik noem hier drie punten.

8 Project onder leiding van Fabrizio Caffaggi, Linda Senden en Collin Scott, *Private Transnational Regulatory Regimes – Constitutional Foundations and Governance Design*. Het project is nog niet afgerond. Informatie en publicaties op de website van het project: <http://privateregulation.eu/>.

9 Dit is de International Accounting Standards Board, website <http://www.iasb.org/>. Eén van de case studies van het in de vorige noot genoemde project gaat hierover.

Territoriaal beperkte bevoegdheid van publieke toezichthouders

In de eerste plaats leidt de territoriale gebondenheid van publieke actoren ertoe dat bij grensoverschrijdend toezicht een groot aantal toezichthouders betrokken zijn. In beginsel zal van ieder betrokken land een toezichthouder een rol spelen. In een enkel geval kan een internationale toezichthouder worden opgezet, die de nationale toezichthouders kunnen vervangen. Daarvoor is een regeling op basis van het internationaal publiekrecht dan wel noodzakelijk. Maar ook dan zal de internationale toezichthouder bijna altijd moeten steunen op de nationale toezichthouders.

In alle andere gevallen kunnen toezichthouders via het klassieke internationale recht of via INLAW tot afspraken komen over het kader en de inrichting van het toezicht, maar zal een samenwerking tussen vele toezichthouders noodzakelijk zijn. Omdat ieder daarvan ingebed is in het eigen rechtssysteem en een eigen traditie kent, zal het vormgeven van die samenwerking lastig zijn en hoge coördinatiekosten kennen.

In vergelijking daarmee kent een systeem van toezicht in de private sfeer dergelijke problemen niet. Indien een bedrijf of een organisatie van private actoren tot een gemeenschappelijk toezicht willen komen, kunnen zij een uniform kader voor het toezicht vaststellen, en kunnen zij ook tot een gemeenschappelijke vorm van controle besluiten. Een veel gebruikte vorm van controle in de private sector is certificering. Het is daarbij goed mogelijk om de certificering zodanig in te richten dat over de gehele wereld op dezelfde wijze wordt gewerkt. Zo zijn er organisaties die wereldwijd certificeringswerkzaamheden verrichten. Een eenvoudige werkwijze kan dan zonder ingewikkelde coördinatie worden bereikt. Dit in tegenstelling tot het publieke domein.

Diversiteit van overheidsregulering staat toezicht in de weg

In de tweede plaats is het door de grote diversiteit in nationale normen in het publieke domein vaak moeilijk tot een gemeenschappelijk toetsingskader te komen. Ieder land heeft zijn eigen wetgeving, ontwikkeld volgens de eigen prioriteiten in overeenstemming met de eigen traditie. Daardoor verschillen de regels van land tot land. Internationaal wordt veel werk gemaakt van het uniformeren en harmoniseren van al die regels, maar de diversiteit die overblijft maakt het op veel terreinen onmogelijk om tot een uniform grensoverschrijdend toezicht te komen. Het gaat hierbij overigens niet alleen om de specifieke normen die het toezichtproces bepalen, maar ook om het gehele rechts- en bestuursstelsel waarin de toezichthouder ingebed is. Snelheid van werken, transparantie van het toezichtproces en rechtsbescherming zijn belangrijke bijkomstige factoren.

In de private sector is men niet gebonden aan deze beperkingen. Men kan een eigen systeem van normen ontwikkelen. Op het terrein van TPR ziet men dat bij keurmerken in het belang van de duurzaamheid of certificeringen in verband met de voedselveiligheid. Indien overheidsregulering van het betreffende onderwerp ontbreekt of slechts in weinig landen bestaat, heeft men in dit opzicht een grote speelruimte. Overheden kunnen ook een dreiging met publieke regulering gebrui-

ken om private regulering te stimuleren. Dat speelt onder meer bij een onderwerp dat al decennia lang een systeem van private transnationale regulering kent: de inhoud van advertenties.¹⁰ Voor adverteerders is een voldoende geloofwaardigheid van mededelingen in advertenties essentieel. Anders kan het publiek daar niet meer door overtuigd worden. Overheidsregulering ontbrak indertijd, en het private systeem dat regels geeft waaraan de inhoud van advertenties moet voldoen, leidt er mede toe dat het publieke belang van het voorkomen van misleiding wordt geborgd. In andere gevallen, indien al wel publieke regulering bestaat, maar die regulering een grote diversiteit kent, kan een privaat stelsel een normenkader trachten te ontwikkelen dat – meestal door een hogere bescherming van het publieke belang te bieden dan de meeste landen doen – tevens aan de nationale regels voldoet. Op het terrein van de veiligheid kan dit spelen. Uniforme eisen en een daarop afgestemd toezicht zijn nodig voor producten die wereldwijd circuleren. Dat is het geval bij de veiligheid van vliegtuigen en andere transportmiddelen, en bij de voedselveiligheid. Private organisaties kunnen standaarden ontwikkelen waaraan producten moeten voldoen, en kunnen controlesystemen opzetten om na te gaan of die standaarden worden gevolgd. Bij die controle komt in veel gevallen certificering in aanmerking. Indien de standaarden voldoende hoog zijn, en de vorm van certificeren voldoende garanties geeft, kan daarmee een vorm van grensoverschrijdend toezicht worden gerealiseerd dat als alternatief voor publiek toezicht kan dienen. Het komt er dan vaak op neer dat publieke toezichthouders het hanteren van private standaarden, verzekerd door certificering, aanvaarden als in overeenstemming met de eisen van het eigen toezicht.

Gebrekkige rechtssystemen

Een derde factor die een oplossing in het publieke domein kan bemoeilijken is het feit dat er wereldwijd veel landen zijn waar overheid en rechtssysteem niet goed functioneren. In die landen is adequaat publiek toezicht niet te verwachten. Corruptie, onvoldoende kennis en financiële middelen, en politieke inmenging zijn dan verstorende factoren. Toezichthouders uit andere landen kunnen deze leemte niet opvullen: hun werkzaamheden zijn gebonden aan hun territorium. Soms biedt een sterke extraterritoriale reikwijdte van het nationale toezicht enig soelaas, maar controles ter plekke blijven ook dan uitgesloten.

Deze problematiek is een ernstig verstorende factor bij ieder grensoverschrijdend toezichtssysteem in de publieke sector. Het geldt zowel indien klassieke internationale verdragen daaraan ten grondslag liggen als wanneer het gaat om informele afspraken in de sfeer van INLAW. Publieke toezichthouders kunnen de gaten die vallen doordat in bepaalde landen geen adequaat toezicht wordt uitgeoefend niet opvullen. Immers, het is in strijd met de soevereiniteit van het betrokken land

10 Zie hierover Paul Verbruggen, *Case Study Report, Transnational Private Regulation in the Advertising Industry*, geschreven in het kader van het in noot 8 genoemde project o.l.v. Caffaggi.

indien toezichthouders van andere landen zich binnen dat land zouden manifesteren.

Een privaat toezichtstelsel kent deze beperkingen niet. Standaarden voor het toezicht zijn niet aan een territoriale beperking gebonden, en dat geldt ook voor private toezichtactiviteiten. Zo kan certificering wereldwijd volgens dezelfde normen en identieke methoden geschieden. Er zijn, zoals gezegd, certificeringsbedrijven die internationaal werken en dus op iedere plaats kunnen optreden en dezelfde methodiek kunnen toepassen.

Zeker indien het publieke belang dat door het toezicht moet worden gediend, in belangrijke mate verbonden is met activiteiten in landen met matige bestuursystemen, kan TPR de enige manier zijn om het toezicht enigszins effectief te maken. Dat geldt bij bescherming van het milieu, bijvoorbeeld door onverantwoorde kap van hardhout tegen te gaan of vormen van milieuverontreiniging te voorkomen.

De conclusie uit het voorgaande moet zijn dat het publieke belang bij grensoverschrijdende activiteiten niet uitsluitend door publieke autoriteiten kan worden geborgd. De inherente beperkingen waarmee nationale publieke toezichthouders kampen, vloeien in wezen voort uit hun gebondenheid aan territoriale grenzen. Dit behoort tot de grondbeginselen van het publiekrecht. Daardoor kan men wel trachten. In het publieke domein daarvoor oplossingen te zoeken, maar die kunnen slechts in beperkte mate soelaas bieden. Voor de grote diversiteit van rechtsnormen is veelal geen oplossing te vinden, en gebrekkige rechtssystemen verhinderen een effectief grensoverschrijdend toezicht op activiteiten die mede in die landen plaatsvinden.

Private transnationale regulering: kansen en gebreken

Private transnationale regulering biedt mogelijke oplossingen voor deze problemen. Dat wil niet zeggen dat TPR de plaats van publieke regulering kan innemen. Om dat te beseffen heeft men maar terug te gaan naar de beschouwingen van Ko de Ridder die in het begin van dit stuk werden genoemd. Private organisaties zijn opgericht om andere belangen te dienen dan het publieke belang. Er is dan ook geen reden om aan te nemen – zo zou Ko stellen – dat een stelsel van transnationaal toezicht door private actoren zonder meer levensvatbaar is. Er zal een aantal voorwaarden vervuld moeten zijn wil een dergelijk toezicht een bijdrage kunnen leveren aan de borging van het publieke belang.

Dat is inderdaad het geval. Twee voorwaarden die Ko de Ridder aan het slot van zijn artikel noemt, lijken mij daarbij bijzonder relevant.

In de eerste plaats de eis dat de private actoren verantwoording moeten afleggen voor de wijze waarop zij het publieke belang behartigen. Dat is een kernpunt. Het is immers juist niet vanzelfsprekend dat private actoren zich dit belang voor ogen stellen. Dan valt het op dat zowel in de sfeer van INLAW als van TPR veelal nog weinig aandacht is besteed aan die verantwoording. Indien normen worden opgesteld die als toetsingskader moeten dienen, wie zijn daar dan bij betrokken? Is

dat alleen een eenzijdig samengestelde groep van belanghebbenden, of zijn inderdaad alle relevante stakeholders deelnemers aan de besluitvorming? En wat is er te zeggen over de transparantie van de beraadslagingen die tot de normen hebben geleid? En op welke wijze wordt verantwoording afgelegd over het toezicht op de naleving? In feite betekent dit alles dat private actoren, willen zij het publieke belang dienen, zich moeten houden aan de eisen van democratie en rechtsstaat die daarbij behoren.

Deze vragen kwamen bij de studie over TPR aan de orde. Overigens is dat ook een belangrijke thematiek bij INLAW. Hierbij zijn weliswaar publieke actoren betrokken, maar het informele karakter van de samenwerking betekent dat zij treden buiten de rechtsstatelijke kaders waarin zij nationaal opereren. In een aantal gevallen is er een ontwikkeling in de richting van meer rechtsstatelijke vormgeving te bespeuren. Bij de opstelling van achtereenvolgens Basel 1, 2 en 3 wordt meer gebruik gemaakt van inspraakprocedures zoals die in het bestuursrecht zijn ontwikkeld. Daarbij wordt sterk geleund op de *notice and comment* procedure uit het Amerikaanse recht.¹¹ Zowel bij TPR als bij INLAW ziet men vormen van samenwerking met verschillende groepen van stakeholders. Keurmerken kunnen bijvoorbeeld worden opgezet in een samenwerking tussen producenten en *ngo's* (*non governmental organisations*) die milieudoelstellingen nastreven.

Verder onderzoek is hier nodig. De verhouding tussen regulering in het kader van TPR en het nationale en internationale recht is in algemene zin nog weinig verkend. Er zijn vele verbanden aan de orde. Indien bijvoorbeeld de nationale regelgever TPR regels in de eigen wetgeving overneemt, zou die kunnen verlangen dat die regels zodanig tot stand zijn gekomen dat aan minimale rechtsstatelijke eisen is voldaan. Bijvoorbeeld doordat alle stakeholders betrokken zijn, en het proces voldoende transparant is geweest. Eenzelfde eis zou een toezichthouder kunnen stellen indien hij de regels als toetsingskader accepteert.

Dergelijke vragen kunnen ook op geheel andere wijze in het rechtssysteem opkomen. Indien een producent wordt aangesproken op onvoldoende zorg voor de kwaliteit van zijn producten, rijst de vraag in hoeverre hij zich zou kunnen beroepen op het feit dat hij internationaal ontwikkelde TPR standaarden heeft nageleefd. Zou daarbij ook niet een rol moeten spelen hoe die regels tot stand zijn gekomen?

De tweede voorwaarde die Ko noemt betreft de ondersteuning van het private toezicht door een sterke publieke toezichthouder. In de transnationale context moet dat enigszins anders geformuleerd worden. In een aantal gevallen wordt TPR ontwikkeld op een terrein waar geen sprake is van publiek toezicht. Dat was bijvoorbeeld eertijds op het terrein van advertenties het geval. Vaak zijn of komen er wel publieke toezichthouders die zich met dezelfde materie bezig houden. Over de onderlinge verhouding zijn nog weinig algemene opmerkingen te maken: ook hier geldt dat op ieder terrein naar een oplossing wordt gezocht zonder dat van alternatieven elders wordt geleerd. Overigens zal het inderdaad sterk van de omstandighe-

11 Zie daarover Pierre- Hugues Verdier, *US Implementation of Basel II: Lessons for Informal International Lawmaking*, in het werk van Pauwelyn c.s. (ed), aangehaald in noot 4.

den afhangen wat de beste benadering is. Samenwerking en afstemming kan zowel op nationaal als op internationaal niveau worden gezocht, en men ziet beide in de praktijk gestalte krijgen. Nu TPR en INLAW nogal wat overeenkomsten vertonen – beide vormen van regulering hebben een transnationaal karakter en voltrekken zich buiten het internationale publiekrecht om – kan samenwerking tussen publieke en private actoren in dat kader een aantrekkelijke mogelijkheid zijn. In de INLAW studie zijn verschillende voorbeelden te vinden van publieke en private actoren die gezamenlijk tot transnationale regulering komen. De waarschuwing van Ko de Ridder dat niet te gemakkelijk op privaatrechtelijke borging kan worden vertrouwd, is daarbij zeker op zijn plaats. De redenen waarom men in de private sector tot regulering besluit zijn doorgaans niet beperkt tot het dienen van het algemeen belang, zodat de afwegingen die daar worden gemaakt andere kunnen zijn dan bij publieke regulering. Men behoort dus niet te snel aan te nemen dat het publieke belang werkelijk door de private actoren is geïnternaliseerd.

4 Ter afronding

De scepsis van Ko de Ridder over de mogelijkheid van internalisering van publieke belangen in de private sector wordt ondersteund door voorbeelden waarin dat tot volstrekt onvoldoende borging van het publieke belang leidt. Dat neemt niet weg dat het internaliseren van publieke belangen in private organisaties in de huidige samenleving in veel situaties een noodzaak is geworden. Publieke toezichthouders kunnen het dan niet alleen meer af. Naar wij eerder in een preadvies betoogden, doet die situatie zich binnen een nationaal kader soms voor. Hierboven heb ik betoogd dat toezicht op transnationaal niveau door de publieke sector niet of volstrekt onvoldoende kan worden georganiseerd. Private regulering en private vormen van toezicht bieden mogelijkheden die de publieke sector eenvoudig niet kan bereiken. Internalisering van publieke belangen in de private sector is daarom essentieel om tot een adequaat transnationaal toezicht te komen.

Bij verder onderzoek behoort die noodzaak tot uitgangspunt te worden genomen. De vraag is dan niet langer of internalisering van publieke belangen in de private sector tot een goede borging van die belangen leidt, maar op welke wijze die borging het beste kan geschieden. Dat zal nog veel onderzoek vergen. Tegelijkertijd bieden de vele casestudies die in het kader van de HiiL onderzoekprojecten INLAW en TPR zijn gedaan, veel materiaal. Best practices kunnen op die manier worden opgespoord en ontwikkeld.

Eerstelijns rechterlijk toezicht op boetebesluiten van de ACM

Annalies Outhuijse & Jan Jans

1 Inleiding

In het jaarverslag van 2012 vermeldt de Nederlandse Mededingingsautoriteit dat iets meer dan de helft (17 van de 32) van de zaken waarin boetebesluiten van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) wegens overtreding van de Mededingingswet (Mw) voor de rechter werden aangevochten met een positief resultaat voor de ACM is afgerond.¹ Met andere woorden: in bijna de helft de gevallen wordt het boetebesluit geheel of gedeeltelijk vernietigd.² Ook al betreft het niet hele grote aantallen, de afwijking van de 'standaard' vernietigingsratio van bestuursbesluiten in het algemeen – ongeveer 30% - is opmerkelijk.³ Derhalve is er voldoende reden om de beoordeling door de rechter van dit type besluiten nader onder de loep te nemen. Waarom worden boetebesluiten van de ACM zo vaak vernietigd?

Hiervoor hebben we alle eerstelijns uitspraken inzake boetebesluiten wegens overtreding van artikel 6 Mw van de (exclusief bevoegde) rechtbank Rotterdam in de periode tussen 1 januari 2003 en 1 januari 2013 in kaart gebracht. Overige besluiten van de ACM en ook de uitspraken in hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven zijn buiten beschouwing gelaten. Op deze in totaal 74 uitspraken hebben we zowel een kwantitatieve als een kwalitatieve analyse losgelaten. Deze bijdrage bevat een verslag van onze bevindingen. Voorafgaand aan deze bevindingen volgt een aantal inleidende opmerkingen over de boetebevoegdheid van de ACM.

-
- 1 <http://nmajaarverslag2012.acm.nl>, p. 40. Hierbij dient te worden opgemerkt dat deze 32 uitspraken allerlei facetten van de bevoegdheid van de ACM betreffen. Bijvoorbeeld: machtsmisbruik, concentratie, kartelverbod, klachten en ontheffingen betreffende kartel. Zoals bekend mag worden verondersteld is met ingang van 1 april 2013 de Nederlandse Mededingingsautoriteit (samen met de Consumentenautoriteit, en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit) 'opgegaan' in de nieuwe toezichthouder de Autoriteit Consument & Markt (ACM).
 - 2 Volgens het jaarverslag van 2012 is het vernietigingspercentage beduidend hoger dan de voorafgaande jaren.
 - 3 In 2011 bijvoorbeeld was het vernietigingsratio in algemene bestuursrechtelijke procedures 32% (aantal gegronde beroepen); zie Rechtspleging Civiel en Bestuur, uitgave van het WODC 22 november 2012, tabel 6.1. <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/publicaties/archief/2012/2012-civiel-bestuur-2011-art.htm>.

2 De boetebevoegdheid

Artikel 6 Mw verbiedt, kort gezegd, mededingingsbeperkende praktijken van ondernemingen. Het eerste lid ervan luidt:

'Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.'

Op grond van artikel 56 Mw kan de ACM bij overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw aan de overtreder een bestuurlijke boete opleggen. Het gaat hier om een *punitieve bestuurlijke* sanctie. Uit het woord 'kan' blijkt dat het hier gaat om een discretionaire bevoegdheid. Alhoewel *bestuurlijk* (en niet *strafrechtelijk*) van karakter is de toepassing van die bevoegdheid wel een *criminal charge* in de zin van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). De onderneming die een boete heeft gekregen geniet daarom de bescherming van artikel 6 van dat verdrag.

Bij de vaststelling van de hoogte van de boete beschikt de ACM over ruime beoordelings- en beleidsvrijheid, zij het dat haar discretionaire bevoegdheid in belangrijke mate is 'ingevuld' door beleidsregels, de zogenoemde 'boeterichtsnoeren'.⁴ Wij laten de inhoud van deze beleidregels verder onbesproken.

3 De kille cijfers en een eerste ruwe analyse

Zoals gezegd, richt ons onderzoek zich op de beroepsfase bij de rechtbank Rotterdam en niet op de daaraan voorafgaande fase van bezwaar.⁵ Indien de ACM een door de belanghebbende als ongewenst ervaren besluit op bezwaar heeft genomen, kan de belanghebbende beroep instellen bij de rechtbank Rotterdam. De rechtbank Rotterdam heeft hier een exclusieve bevoegdheid. In totaal hebben we alle ons bekende uitspraken tussen 1 januari 2003 en 1 januari 2013 geanalyseerd. Het ging om 74 uitspraken. De kwantitatieve analyse leidde tot het volgende resultaat.

Tabel 1: Afdoening beroepszaken

Uitspraak	Aantal	Percentage
Besluit gedeeltelijk of geheel vernietigd	44	59
Besluit in stand gelaten	25	34
Beroep ingetrokken	5	7
Totaal	74	100

⁴ 19 april 2013, *Stcrt.* 2013, 14 079.

⁵ Zie hierover J.H. Jans & A. Outhuijse, 'De afschaffing van de bezwaarfase bij boetebesluiten van de ACM', *SEW* 2013(1), p. 2-11.

Om maar eens een understatement te gebruiken: een vernietigingsratio van 59% van ACM-boetebesluiten over de periode 2003-2013 is aanmerkelijk. Voldoende reden derhalve om ook een kwalitatieve analyse uit te voeren om te bezien wat nu de overwegingen van de rechtbank Rotterdam zijn die deze aanmerkelijke hoeveelheid vernietigde besluiten kunnen verklaren.

Uit onze analyse van de 44 geheel of gedeeltelijk vernietigde beslissingen op bezwaar blijkt dat de gronden voor rechterlijke vernietiging in drie grove categorieën kunnen worden onderverdeeld. Deze zijn:

1. *Kan er überhaupt een boete worden opgelegd?* Het gaat hier om zowel *materiële* als *procedurele* gebreken met betrekking tot het boetebesluit zelve. Vragen die hier spelen: is er een overtreding van artikel 6 Mw, is de procedure zorgvuldig genoeg, is het besluit voldoende gemotiveerd, etc. In 25 van 44 zaken (57%) ging het mis.
2. *Is de boete niet te hoog?* In deze categorie van vernietigingen gaat het uitsluitend om de hoogte van de boete. Zijn de boeterichtsnoeren goed toegepast, is de 'besmette' omzet correct berekend, is er sprake van een onevenredig hoge boete zijn hierbij de belangrijke vragen. In 14 zaken, ofwel 32% ging het hier mis.
3. *Schending van de 'redelijke termijn' ex artikel 6 EVRM?* In deze categorie gaat het derhalve om terecht opgelegde boetes en waarvan de hoogte van de boete in eerste instantie ook correct is berekend, maar desalniettemin diende te worden verlaagd wegens schending van de redelijke termijn ex artikel 6 van het EVRM. Schending van de redelijke termijn was in 5 van de 44 zaken aan de orde (11%). In al deze zaken voorzag de rechter zelf in de zaak. De boete werd gemiddeld genomen met 13,5% verlaagd.

In de onderstaande paragrafen vindt aan de hand van bovengenoemde categorieën een nadere analyse plaats.

4 Kan er überhaupt een boete worden opgelegd?

Zoals bekend, verzet het EVRM zich er niet tegen dat een bestraffende sanctie door een bestuursorgaan wordt opgelegd, mits daarna maar een beroep bij een onafhankelijke rechter openstaat dat voldoet aan alle eisen van artikel 6 EVRM. Indien het bestuursorgaan besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie, dient het boetebesluit uiteraard wel adequaat te worden onderbouwd. Dit betekent dat er zware eisen worden gesteld aan de voorbereiding van het besluit, in het bijzonder aan de bewijsvoering en motivering van het sanctiebesluit.⁶ Deze procedurele behoorlijkeheidsnormen vormen echter vaak aanleiding voor de vernietiging van het besluit. De procedurele normen worden door de rechter indringend getoetst.

Zoals eerder vermeld, het opleggen van een bestuurlijke boete ingevolge artikel 56 Mw betreft een discretionaire bevoegdheid van de ACM. De rechter staat bij

⁶ *Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 127 (MvT).*

de inhoudelijke beoordeling van deze discretionaire bevoegdheid slechts een marginale toetsing ter beschikking. Het is opvallend dat wij in de geanalyseerde uitspraken geen voorbeelden zijn tegengekomen waarbij de rechtbank op *inhoudelijke* gronden, bijvoorbeeld door toetsing aan het rechtszekerheids-, vertrouwens- of gelijkheidsbeginsel,⁷ een boetebesluit heeft vernietigd. Met andere woorden, het zijn met name de eisen die voortvloeien uit de procedurele behoorlijkheidsnormen en de bewijsproblematiek die voor problemen zorgen voor het bestuursorgaan. De gronden voor vernietiging worden in de volgende tabel samengevat.

Tabel 2: Materiële en procedurele vernietigingsgronden

Gronden voor vernietiging	Aantal
Onvoldoende bewijs om de overtreding bewezen te achten	5
Onvoldoende de economische context bekeken	5
Ontbrekende, niet-tijdige of ontoereikende motivering	13
Varia ⁸	2

Aan de hand van uitspraken van de rechtbank zal hieronder een meer gedetailleerd beeld van deze subcategorieën worden geschetst.

4.1 Onvoldoende bewijs om de overtreding bewezen te achten

De ACM is slechts gerechtigd een boetebesluit te nemen indien zij voldoende bewijs voor de overtreding kan aandragen. Bij een ambtshalve genomen besluit draagt het bestuursorgaan in beginsel de bewijslast.⁹ Naarmate een besluit meer belastend is, worden er hogere eisen aan het bewijs gesteld. Bij een punitieve sanctie, zoals bij een boetebesluit, wordt dit nog eens versterkt vanwege de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM. Het bewijs van feiten die de overtreding constitueren, wordt indringend getoetst door de rechter. Het EVRM omschrijft dit als *full jurisdiction*.¹⁰ Bij gebreke van voldoende bewijs wordt het besluit vernietigd.

In 3 van de 25 zaken achtte de rechtbank het bewijs te gering om deelname aan de overtreding door eiseres bewezen te achten, zodat niet vaststond dat artikel 6 Mw was overtreden. Hierdoor is het boetebesluit onrechtmatig en komt voor vernietiging in aanmerking. In alle drie de zaken voorzag de rechtbank zelf in de zaak en herriep daarbij het primaire besluit.

7 Zie overigens paragraaf 4.3 waar we twee zaken vermelden waar het besluit werd vernietigd wegens strijd met het motiveringsbeginsel, omdat onvoldoende was gemotiveerd waarop het in die zaken gemaakte onderscheid was gebaseerd.

8 Rb. Rotterdam 20 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX7991; Rb. Rotterdam 14 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BK6812.

9 A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht* (diss. Utrecht UU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 98.

10 Wij laten dit vraagstuk verder rusten.

Ter illustratie kan worden gewezen op de zaak *Clabbers*.¹¹ Clabbers ontkende te hebben deelgenomen aan een systeem van vooroverleg zoals beschreven in het onderzoeksrapport van de ACM. De twee door de ACM ingebrachte algemene verklaringen van clementieverzoekers¹² waren onvoldoende overtuigend om deelname van Clabbers aan het systeem van vooroverleg bewezen te achten. Het stond daarom niet vast dat eiseres artikel 6, eerste lid, van de Mw had overtreden. Het besluit werd vernietigd. De rechtbank achtte het hoogst onwaarschijnlijk dat bij nader onderzoek, tien jaar na dato, nog betrouwbare informatie naar voren zou komen die als basis zou kunnen dienen voor een bewezenverklaring. De rechtbank achtte het belang van eiseres bij het verkrijgen van zekerheid omtrent haar positie in deze zaak doorslaggevend. De rechtbank zag hierin aanleiding om zelf in de zaak te voorzien door het primaire besluit te herroepen.

Uit de door ons geanalyseerde zaken blijkt dat de eisen betreffende de bewijsstandaard en de bewijslast niet altijd even duidelijk zijn.¹³ De jurisprudentie ter zake blijkt onvoldoende houvast te geven voor het bestuursorgaan. Daardoor lijkt het in deze categorie relatief vaak mis te gaan.

Wat wel duidelijk is, is dat de bewijskracht van een onderzoeksrapport mede afhankelijk is van de zorgvuldigheid waarmee het is opgesteld. Ook is relevant de mate waarin de onderneming, door het aanbieden van tegenbewijs, twijfel weet te zaaien over de juistheid van de analyse van de ACM. Bij gegronde twijfel die in onvoldoende mate door de ACM kan worden weerlegd, wordt het besluit vernietigd op grond van artikel 3:2 of 7:12 Awb.¹⁴ Een voorbeeld hiervan biedt de zaak *Soletanche Bachy*.¹⁵

Het bestuursorgaan moet feiten aandragen die het besluit kunnen schragen.¹⁶ Ter illustratie kan worden gewezen op de zaak *Mobiele Operators*.¹⁷

In deze zaak constateerde de ACM dat er op 13 juni 2001 om 19.00 uur in het congrespartycentrum 't Veerhuis een bijeenkomst had plaatsgevonden tussen de directeuren van vijf mobiele telefoonaanbieders (Vodafone, Telfort, Orange e.a.). Tijdens deze bijeenkomst zou door de aanwezige personen bedrijfsvertrouwelijke en concurrentiegevoelige

11 Rb. Rotterdam 1 oktober 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ9175 (*Clabbers*).

12 Het verzoeken van clementie is karteljargon voor klikken. Deelnemers aan een verboden kartel kunnen besluiten het kartel te melden aan de toezichthouder. Degene die als eerste het kartel meldt komt in aanmerking voor 'immunitet' indien de ACM het kartel nog niet op het spoor was (geen boete). Heeft de ACM het kartel al wel in het vizier dan heeft de clementiezoeker recht op boetevermindering. Ook een eventuele 'tweede melder' heeft recht op boetevermindering. Dit clementie-systeem heeft tot gevolg dat kartels per definitie instabiel zijn: als deelnemer kun je er namelijk nooit op vertrouwen dat jouw 'partner in crime' niet naar de ACM gaat.

13 Behalve de zojuist besproken zaak *Clabbers* kan ook verwezen worden naar: Rb. Rotterdam 28 april 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:BI3337 (ETB Vos) en Rb. Rotterdam 10 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP3914 (*Kolthof Beheer BV*).

14 L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht deel 2, Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 299.

15 Rb. Rotterdam 4 maart 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC8958 (*Soletanche Bachy*).

16 L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht deel 2, Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 291.

17 Rb. Rotterdam 13 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY4035 (*Mobiele operators*). Zie voor een ander voorbeeld: Rb. Rotterdam 4 maart 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC8958 (*Soletanche Bachy*).

informatie zijn uitgewisseld over het verlagen van de standaardvergoedingen aan dealers voor het afsluiten van mobiele telefoonabonnementen. Allen hadden de standaardvergoeding in de periode van 1 augustus tot 1 september 2001 verlaagd. De ACM concludeerde dat de bijeenkomst tot doel had om te komen tot een coördinatie van prijsbeleid en andere contractuele voorwaarden, waardoor de mededinging was beperkt. De ACM besloot tot het opleggen van boetes, aangezien er sprake was van horizontale prijsafspraken, die werden gekwalificeerd als zeer zware overtredingen. De rechtbank was van oordeel dat het opleggen van boetes aan Telfort en Orange op een ontoereikende motivering berustte, doordat de ACM niet (voldoende) had aangetoond dat Telfort en Orange deel hadden genomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Met betrekking tot de overige partijen was de rechtbank van oordeel dat de uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie met betrekking tot de prepaid-abonnementen ertoe strekte de mededinging te beperken. Nu de ACM de door partijen naar voren gebrachte bewijsvoering zonder daarop in te gaan had gepasseerd, berustte het bestreden besluit op een ontoereikende motivering. Met betrekking tot de prepaid-pakketten was naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende vast komen te staan dat er sprake was van een overtreding van artikel 6 van de Mw en artikel 81 van het EG-verdrag [thans art. 101 VWEU], zodat niet kon worden vastgesteld dat de ACM rechtmatig een boete had opgelegd.

4.2 Onvoldoende de economische context bekeken

Het opleggen van een boete is een ingrijpende maatregel en om die reden dient een dergelijke maatregel met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te worden voorbereid. Voor boetebesluiten geldt een zware bewijsmaatstaf, waardoor van het bestuursorgaan voldoende inhoudelijke diepgang van het onderzoek mag worden verwacht. In gevolge artikel 3:2 Awb dient de vaststelling van feiten deugdelijk, grondig en nauwgezet te geschieden.

In een vijftal gevallen oordeelde de rechtbank dat de ACM bij het voorbereiden van het besluit de economische context onvoldoende had bekeken.

Een voorbeeld biedt de zaak waarin een boete werd opgelegd aan onder andere de Stichting Thuiszorg Gooi en Vechtstreek.¹⁸ De rechtbank stelde in deze zaak dat de ACM onvoldoende had aangetoond dat de in deze zaak beboete thuiszorginstellingen in de jaren 2005-2007 daadwerkelijk met elkaar konden concurreren. De rechtbank was er om die reden niet van overtuigd dat de eventuele afspraken - om elkaars werkgebieden te respecteren - daadwerkelijk de concurrentie konden beperken. Volgens de rechtbank had de ACM nader onderzoek moeten instellen naar een aantal specifieke aspecten, zoals de betekenis van het garantiebudget, de rol van het zorgkantoor, de aanwezigheid van een wachtlijst en de groei ruimte voor mogelijkheden tot concurrentie. Nu niet duidelijk was geworden welke invloed deze aspecten hadden op de concurrentiemogelijkheden, kon de vraag of de mededingingsbeperkende afspraken geschikt waren om concurrentie te beperken, niet worden beantwoord op basis van de meer algemeen-theoretische analyse van de ACM.

Uit deze rechtspraak blijkt dat er een verschil van opvatting tussen de ACM en de rechtbank met betrekking tot de onderzoeksplicht van de toezichthouder bij

18 Rb. Rotterdam 12 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1335 (Thuiszorginstellingen). Zie ook Rb. Rotterdam 4 maart 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC8958 (*Soletanche Bachy*) en Rb. Rotterdam 28 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX1341 (*Bovag/NCBRM*).

zogenoemde 'strekingsbeperkingen'.¹⁹ De ACM lijkt in deze zaken van oordeel te zijn dat, indien zij vaststelt dat het om een strekingsbeperking gaat, de concrete gevolgen van de afspraak niet nader onderzocht behoeven te worden.²⁰ Het gaat de reikwijdte van dit artikel te buiten om dit vraagstuk uitputtend te belichten. Wij volstaan met de opmerking dat de rechtspraak, zowel nationaal als Europees, in beweging is, waardoor 'ongelukjes' relatief snel kunnen ontstaan.²¹

4.3 Ontbrekende, niet tijdige of ontoereikende motivering

Aan een besluit op bezwaar moet een draagkrachtige en deugdelijke motivering ten grondslag liggen. Dit is bepaald in artikel 7:12 Awb. Een deugdelijke motivering is begrijpelijk, bevat een juiste uitleg van de wet en een juiste kwalificatie van de feiten. Bij de kwalificatie van feiten verricht de rechter een integrale toetsing. De motivering moet ook – wil zij als deugdelijk worden gekwalificeerd – een weerlegging inhouden van wat door andere partijen naar voren is gebracht.²² Op dit laatste punt gaat de ACM meer dan eens de fout in. De volgende tabel maakt dit duidelijk.

Tabel 3: Motiveringsgebreken nader bezien

Motiveringsgebrek	Aantal
Gemaakt onderscheid niet (voldoende) gemotiveerd	2
Motivering pas op zitting en in verweerschrift	7 ²³
In het verweerschrift wordt pas gemotiveerd gereageerd op stelling eiser	2
Geheel niet op stelling van eiser gereageerd.	1
ACM had niet zonder nader onderzoek zomaar om bewijsstuk omheer mogen gaan (naar voren gebracht door eiser m.b.t. beperkte mate betrokkenheid)	1

19 Een strekingsbeperking is een overeenkomst die *tot doel* heeft de mededinging te beperken. Voorbeelden hiervan zijn prijsafspraken of afspraken om de markt te verdelen. Daarnaast bestaan er overeenkomsten die *tot gevolg* hebben dat de mededinging wordt beperkt.

20 J.P.L. Marissing, *NMa in actie*, Amsterdam: Elsevier 2004, p. 46.

21 Zie bijvoorbeeld: Hof van Justitie 14 maart 2013, zaak C-32/11, Allianz; HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3745 (*Texel*); CBb 28 oktober 2005, ECLI:NL:CB-B:2005:AU5316 (*Modint*) en CBb 7 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU8309 (*Secon*).

22 Een voorbeeld hiervan kwam ook in de hiervoor genoemde zaak *Mobiele operators* terug.

23 Het ging hier om een repeterende fout ging in de zogenoemde 'bouwfraudezaken'. De rechtbank stelde vast dat de ACM pas in het verweerschrift en ter zitting het instrument van de ijkjaarcorrectie inzichtelijk had gemaakt. In deze zaken werden de rechtsgevolgen in stand gelaten, door ter zitting alsnog ontbrekende motivering werd hersteld. Rb. Rotterdam 23 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD8225, BD8231, BD8517, BD8569, BD8265, BD8558, BD8550.

In twee zaken werd het door de ACM gemaakte onderscheidingen niet goed gemotiveerd.²⁴ Het ging in deze zaken in wezen om een 'verkapte' toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Het gaat dan om een verschil in behandeling van – op het eerste gezicht – vergelijkbare gevallen. In plaats van een vernietiging van het besluit wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel wordt door de rechtbank de meer 'voorzichtige' weg van strijd met het motiveringsbeginsel gekozen.

Daarnaast gaat het af en toe mis omdat de ACM niet, te laat of anderszins ontoereikend reageert op stellingen van de beboete ondernemingen. De volgende zaken illustreren de regel dat de motivering ook – wil zij als deugdelijk kunnen worden gekwalificeerd – een weerlegging moet inhouden van wat door andere partijen naar voren is gebracht.²⁵

5 Is de boete niet te hoog?

De tweede categorie van vernietigingen betreft de hoogte van de boete. Hier kunnen vier subcategorieën worden onderscheiden. Opvallend is dat ook in deze categorie slechts de subcategorie 'onevenredig hoge boete' een *inhoudelijke* beoordeling van de boete betreft. De overige categorieën betreffen meer formele aspecten.

Tabel 4: Vernietigingen op het punt van boetehoogte

Soort	Aantal keer
Onjuiste boetegrondslag	5
Verkeerde kwalificatie van de overtreding	2
Onevenredig hoge boete	6
Motiveringsgebreken	1

5.1 Onjuiste boetegrondslag

De ACM bepaalt de hoogte van de bestuurlijke boete op basis van de boetegrondslag, die per overtreding wordt vastgesteld.²⁶ Het vaststellen van een verkeerde boetegrondslag levert dan ook per definitie een onrechtmatig besluit op. Het gaat

24 Rb. Rotterdam 17 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG0948 (*Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf BV*) en Rb. Rotterdam 5 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL6819 (*Vialis*).

25 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 23 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD8231 (*Schelvis*); Rb. Rotterdam 17 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG0951 (*Bruil*).

26 Zie art. 2.3 lid 1 Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM.

in dit soort gevallen veelal om het vaststellen van de omzet op basis waarvan vervolgens de boete wordt berekend.²⁷

5.2 Verkeerde kwalificatie van de overtreding

Na het bepalen van de boetegrondslag bepaalt de ACM de basisboete door de boetegrondslag bij te stellen aan de hand van de ernst van de overtreding en, voor zover van toepassing, de basisboetetoeslag en het gewicht van de overtreder.²⁸

Tweemaal werd de hoogte van de boete vernietigd omdat de rechtbank, in tegenstelling tot de ACM, van mening was dat het in het onderhavige geval om een 'zware' overtreding ging in plaats van een 'zeer zware' overtreding.²⁹ Hierbij beoordeelt de rechtbank de kwalificatie van de feiten, waarbij zij een indringende toetsing uitvoert.

5.3 Onevenredig hoge boete

De rechter dient de hoogte van de opgelegde boete volgens de jurisprudentie van de bestuursrechter, het Hof en het EVRM 'vol' te toetsen. Dat wil zeggen dat de rechter ten volle beoordeelt of er, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, onevenredigheid bestaat tussen de overtreding en de opgelegde boete. Deze norm ligt besloten in zowel artikel 3:4, tweede lid, van de Awb als in artikel 6 van het EVRM. Indien de rechter oordeelt dat deze norm is geschonden, mag hij ook – met gebruikmaking van de bevoegdheid om zijn uitspraak in de plaats te stellen van het door hem vernietigde besluit – zelf een lagere boete opleggen of eventueel de boete op nihil stellen.

Een voorbeeld van een zaak waarin de boete onevenredig was, is de uitspraak in *Wallaard Noordeloos*.³⁰ De ACM had aan partijen een boete opgelegd wegens structurele overtreding van het kartelverbod in de GWW-sector (bouwfraude). Deelname aan een systeem van vooroverleg was door partijen erkend, maar eiseressen stelden slechts in beperkte mate te hebben deelgenomen. De rechtbank stelde vast dat de ACM voor maximaal 20 projecten bewijs heeft geleverd van deelname aan vooroverleg. Dit afgezet tegen het onweersproken totaal van 530 aanbestedingen leidde de rechtbank tot de conclusie dat Wallaard Noordeloos slechts in beperkte mate aan vooroverleg had deelgenomen. Het hanteren van de gehele aanbestedingsomzet 2001 als boetegrondslag voor eiseressen achtte de rechtbank gelet hierop onevenredig.

Tenslotte kan in dit verband ook nog worden gewezen op de volgende zaak waar een 'gemengde' toepassing van het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel aan de orde was. Het ging hier om een ogenschijnlijk verschil in behandeling door de ACM in de zoge-

-
- 27 Zie bijvoorbeeld de volgende uitspraken: Rb. Rotterdam 13 februari 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AO3912 (*Chilly en Basilicum versus G-Star/Secon Group*), Rb. Rotterdam 8 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI7165 (*Aan de Stegge*), Rb. Rotterdam 8 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI7388 (*Landustrie Sneek*) en Rb. Rotterdam 1 juli 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM9911 (*Boomkwekerij*).
- 28 Zie art. 2.3, tweede lid Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM.
- 29 Rb. Rotterdam 19 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY4888 en Rb. Rotterdam 20 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX9223.
- 30 Rb. Rotterdam 14 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI1203. Zie ook de vergelijkbare zaken Rb. Rotterdam 23 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD8259 (*Jagro Holding*) en Rb. Rotterdam 17 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI2195 (*Van Hemert*).

noemde 'bouwfraude-zaken'.³¹ Beboete ondernemingen konden kiezen voor hetzij de 'reguliere', hetzij de 'versnelde' procedure. Bij keuze voor de 'versnelde' procedure verplichtten de ondernemingen zich de feiten niet te betwisten en kregen daarvoor een boetevermindering. In die zaak kon de ACM de rechtbank niet overtuigen waarom er een onderscheid gemaakt diende te worden tussen ondernemingen met een concernomzet van minder dan € 10 miljoen die na het verkrijgen van de boetevermindering in de *versnelde* procedure doorprocederen tegen het boetebesluit - en de boetevermindering ook behouden - en ondernemingen met een concernomzet van minder dan € 10 miljoen die de *reguliere* procedure volgen en eveneens doorprocederen tegen het boetebesluit. In beide gevallen geldt immers dat door het procederen tegen het boetebesluit ingevolge artikel 63 van de Mw de (directe) opeisbaarheid van de boete wordt geschorst. De werking van het boetebesluit wordt immers opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken of totdat op het beroep is beslist. De rechtbank oordeelde dat het onderscheid onevenredig was.

Van belang is nog op te merken dat het vaststellen van de hoogte van de boete niet slechts een rekenkundige exercitie is. De zaak van de *Bredase notarissen* is daar een mooi voorbeeld van.³²

De ACM was tot de conclusie gekomen dat het om een zeer ernstige overtreding ging. Volgens de ACM werd onderlinge concurrentie tussen notarissen uitgeschakeld of tenminste beperkt. Het ging hier om marktverdelingsafspraken, die naar hun aard de strekking hebben om de mededinging te beperken. De mededingingsbeperkende gevolgen stonden ook buiten alle twijfel en een hoge boete was geïndiceerd volgens de ACM. Het bestuursorgaan verlaagde de boetebedragen in het besluit op bezwaar omdat de omzet een gering percentage vormde van de totale jaaromzet van eisers. De ACM legde in het besluit op bezwaar een boete op aan de notarissen variërend tussen 5.000 en 8.000 gulden, terwijl dit in het primaire besluit tussen de 15.000 en 20.000 gulden lag. De rechtbank was echter de mening toegedaan dat een symbolische boete in dit geval beter op zijn plaats was. De rechtbank stelde vast dat – ook na de door de ACM doorgevoerde verlaging – de ACM niet c.q. niet afdoende alle feiten en omstandigheden had afgewogen met betrekking tot de vraag of er (on)evenredigheid bestond tussen de overtreding van de notarissen en de daarvoor opgelegde boete. De rechtbank achtte daarbij allereerst van belang dat het in het onderhavige geval ging om een overtreding waarmee een zeer gering percentage van de totale omzet van eisers was gemoeid. Zij betrok daarbij tevens dat de mededingingsbeperkende overeenkomst ook binnen de relevante markt van onroerend goed transacties te Breda slechts gold ten aanzien van één – weliswaar belangrijke, maar niet de enige – speler op die markt, de gemeente Breda. De rechtbank achtte in dit geval doorslaggevend dat de ACM onvoldoende acht had geslagen op de geringe betekenis van de boeteoplegging in het licht van speciale preventie. De rechtbank vond - gelet op het karakter van de beroepsgroep - zeer onaannemelijk dat deze groep wederom een soortgelijke overtreding zou begaan. Weliswaar kan een boete ook van belang zijn voor de generale preventie, maar de rechtbank zag niet in waarom in het kader hiervan niet met een symbolische boete zou kunnen worden volstaan en stelde vervolgens een symbolische boete vast van € 1.000.

Naar de aanleiding van de door ons geanalyseerde uitspraken zijn wij tot de conclusie gekomen dat, met betrekking tot het vaststellen van de hoogte van de boete, er een verschil van inzicht bestaat tussen de ACM en de rechtbank. Ingevolge de beleidsregels van de ACM wordt de bestuurlijke boete op een zodanige hoogte vastgesteld dat deze, in het kader van specifieke preventie, een overtreder weerhoudt

31 Rb. Rotterdam 8 januari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BK8717.

32 Rb. Rotterdam 18 juni 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AH9702.

van het begaan van een volgende overtreding en, in het kader van algemene preventie, potentiële andere overtreders afschrikt. De nadruk bij de ACM ligt derhalve op de afschrikkende werking van de boete en de autoriteit stelt de hoogte van de boete daarop af. Men zou kunnen zeggen dat bij de ACM de *instrumentele* functie van het boetebesluit voorop staat. Bij de rechtbank Rotterdam lijkt de *waarborg-functie* van het evenredigheidsbeginsel meer op de voorgrond te staan. Dit verschil in benadering kan wellicht het aantal vernietigingen verklaren.

6 De redelijke termijn

De rechter dient ambtshalve te onderzoeken of er een inbreuk is gemaakt op de eis van afhandeling van de procedure in een redelijke termijn, volgens artikel 6, eerste lid, EVRM.³³ De redelijke termijn begint te lopen wanneer door de ACM jegens de betreffende onderneming een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting heeft ontleend, dan wel in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlenen, dat haar wegens overtreding van de Mw een boete zal kunnen worden opgelegd.³⁴

De rechtspraak ter zake kan als volgt worden samengevat. In beginsel zal dit zijn wanneer een onderzoeksrapport is uitgebracht in de zin van artikel 59 Mw. Er kunnen zich echter omstandigheden voordoen waar de redelijke termijn eerder begint te lopen. De redelijkheid van de termijn moet in iedere zaak worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van dat specifieke geval. Hierbij moet in aanmerking worden genomen de ingewikkeldheid, zowel feitelijk als juridisch, van de zaak en het gedrag van zowel de betrokken onderneming als van het bestuursorgaan, waarbij mede van belang is wat er voor de betrokken onderneming op het spel staat.³⁵ Daarbij komt dat alleen vertragingen die moeten worden toegerekend aan het bestuursorgaan of in voorkomend geval aan rechterlijke instanties, bepalend kunnen zijn voor de motivering van het oordeel dat de redelijke termijn is overschreden.

In het algemeen zijn procedures strekkende tot naleving van artikel 6 van de Mw als *ingewikkeld* aan te merken.³⁶ Zij zijn namelijk zeer divers en hebben een gering repetitief karakter. Voor de berechting van de zaak in eerste aanleg dient als uitgangspunt te gelden dat deze niet binnen een redelijke termijn geschiedt indien de rechtbank niet binnen twee jaar nadat die termijn is aangevangen uitspraak doet,

33 Zie over de redelijke termijn in bestuursrechtelijke procedures thans de conclusie van Advocaat-Generaal Widdershoven in ECLI:NL:RVS:2013:1586.

34 De rechtbank Rotterdam volgt hierbij de volgende uitspraken van het Cbb 3 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD6629 en BD6635; 7 juli 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0540; 29 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO5197.

35 Rb. Rotterdam 26 oktober 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK1215. In deze uitspraak verwijst de rechtbank naar de volgende zaken: Cbb 3 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD6629 en BD6635. Zie ook Rb. Rotterdam 10 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP3913.

36 Rb. Rotterdam 10 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP3913.

tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden.³⁷ In deze termijn is derhalve de duur van de bezwaarfase inbegrepen. Overschrijding van de redelijke termijn behoort te leiden tot vermindering van de boete, afhankelijk van de mate waarin de redelijke termijn is overschreden. In geval van vermindering van de boete wegens overschrijding van de redelijke termijn dient de rechter in zijn uitspraak aan te geven in welke mate de boete is verlaagd.

In de door ons onderzochte uitspraken zijn wij een verlaging van de boete wegens overschrijding van de redelijke termijn vijfmaal tegen gekomen. In een van de vijf gevallen was de rechtbank van oordeel dat de overschrijding toch vooral te wijten was aan inactiviteit van de ACM.³⁸ In een zaak lag de oorzaak bij de rechtbank³⁹ en in 3 zaken vond de overschrijding van de redelijke termijn haar oorzaak in een combinatie van bezwaar- en beroepsprocedures.⁴⁰

Uit het jaarverslag van 2012 blijkt overigens dat de ACM een boeteverlaging wegens overschrijding van de redelijke termijn als gevolg van te lange beroepsprocedures niet als haar 'verlies' beschouwt.⁴¹

7 Conclusies

Uit onze kwantitatieve analyse blijkt dat de vernietigingsratio van boetebesluiten van de ACM op meer dan 50% lag. Dat is aanmerkelijk hoger dan gebruikelijk in bestuursrechtelijke geschillen. Welke verklaringen kunnen hiervoor worden gegeven?

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat boetebesluiten van de ACM over het algemeen complexe besluiten zijn, waarbij ingewikkelde juridische en economische analyses moeten worden gemaakt. Eveneens betreft het vaak besluiten met een casuïstisch karakter, waardoor het leereffect van vernietigingen gering is.

In de tweede plaats blijkt dat schending van procedurele normen veelal de grond voor vernietiging van het besluit vormen: onvoldoende bewijs, onvoldoende de economische context bekeken en ontbrekende, niet-tijdige of ontoereikende motivering.⁴² Met betrekking tot de onvoldoende gemotiveerde boetebesluiten valt het op dat het relatief vaak mis gaat doordat de ACM te laat haar besluiten adequaat motiveert of te laat een weerlegging geeft op wat door andere partijen in de procedure naar voren is gebracht. Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat er op dit vlak nog wel enige winst valt te boeken voor de ACM.

37 Rb. Rotterdam 22 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX8425 (*AUV*) en AX8428 (*Aesculaap*); Rb. Rotterdam 10 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP3913.

38 Rb. Rotterdam 5 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL3913.

39 Rb. Rotterdam 26 oktober 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK1215.

40 Rb. Rotterdam 22 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX8425 en AX8428; Rb. Rotterdam 10 februari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP3913.

41 Jaarverslag 2012, p. 40.

42 Dit is overigens in lijn met het algemene beeld van vernietigingen door de bestuursrechter; A.T. Marseille & R.R. van der Heide, 'De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale geschilbeslechting door de bestuursrechter', *JBplus* 2008 (2), p.78-92.

Ter zake van het vereiste onderzoek naar de economische context valt een zeker verschil in benadering tussen de ACM en de bestuursrechter op, voor zover het gaat om de beoordeling van de merkbaarheids-effecten van zogenoemde 'strekkingen'. Het lijkt er op dat de Nederlandse rechter hier een strengere maatstaf hanteert dan de Europese rechters. En dat de ACM zich meer spiegelt aan de Europese benadering dan aan die van de nationale rechter. Nader onderzoek naar dit interessante verschijnsel is aan te bevelen.

Met betrekking tot de bewijsproblematiek kan worden opgemerkt dat de juridische onduidelijkheden rond de vereiste bewijsstandaard en de bewijslast het leven er voor de ACM niet makkelijker op maken. De rechtspraak zou hier meer duidelijkheid moeten bieden voordat er op dit punt aanmerkelijke winst kan worden geboekt.⁴³

Opvallend is dat wij in het geheel geen zaken hebben aangetroffen, behalve bij het beoordelen van de *hoogte* van de boete, waarbij het besluit is vernietigd wegens strijd met materiële beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwens-, rechtszekerheids- of het gelijkheidsbeginsel. Men kan dus niet stellen dat de rechtbank Rotterdam de boetebevoegdheid als zodanig te indringend de bij het bestuursorgaan aanwezige beoordelings- en beleidsvrijheid toetst.

Met betrekking tot de beoordeling van de hoogte van de boete, met name ook in het licht van het evenredigheidsbeginsel, viel ons het volgende accentverschil op. Bij de ACM staat, niet zo heel verassend, voorop dat de boete een preventieve werking behoort te hebben. Men zou kunnen zeggen: een *instrumentele* benadering van het boetebesluit. Bij de rechtbank Rotterdam lijkt wat meer nadruk te worden gelegd op de *waarborgfunctie* van het evenredigheidsbeginsel. Dit verschil in optiek en benadering biedt, althans gedeeltelijk, een verklaring voor de vernietigingen in deze categorie.

Met betrekking tot de derde categorie van vernietigingsgronden – overschrijding van de redelijke termijn – kunnen nauwelijks harde conclusies worden getrokken. De oorzaak voor de overschrijding ligt soms bij de ACM, soms bij de bestuursrechter en soms bij beide. Boetebesluiten van de ACM blijven nu eenmaal complexe besluiten.

43 Wij verwijzen hier met name naar de gedachten die A. Gerbrandy ter zake heeft ontwikkeld: *Convergentie in het mededingingsrecht; de invloed van het EG-recht op materiële toepassing, toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter in het licht van effectieve rechtsbescherming* (diss. Universiteit Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Repressieve verzorgingsstaat

*Gijsbert Vonk*¹

1 Inleiding

Fraude en misbruik in de sociale zekerheid zijn een steen des aanstoets. Fraudeurs worden publiekelijk aan de schandpaal genageld en uitgejouwd in de sociale media. Burgers geven elkaar aan op speciaal geopende kliklijnen. Kranten verspreiden geruchten over massale ontduiking van regels. Politici van rechts en links roepen om hardere maatregelen en strengere straffen. Is er ooit een tijd geweest dat handhaving in de sociale zekerheid een taboe was,² inmiddels is het een obsessie geworden. Het past niet om daarover kritisch te zijn, want fraude en misbruik werken ontwrichtend en ondermijnen het van de sociale zekerheid. Het zijn kwaden die met wortel en tak moeten worden uitgeroeid. Om die reden worden steeds strengere verplichtingen geformuleerd die steeds zwaarder worden gesanctioneerd. Dit proces dat al geruime tijd aan de gang is, is de laatste tijd verder in een stroomversnelling terecht gekomen.

In deze bijdrage wordt de spiraal van strenger wordende verplichtingen en sancties in een breder perspectief geplaatst. Waaruit blijkt deze trend? Wat zijn de achtergronden en de gevolgen van het strenge beleid en hoe reageert de rechter? Is het een typisch Nederlands verschijnsel?

Voor deze bijdrage is de rol van de rechter van bijzonder belang. In de rechtsstaat houden de machten elkaar in een evenwicht. Waar de wetgeving strenger wordt en de uitvoering harder, biedt de rechter bescherming. Hoe compromislozer de wetgeving, des te robuuster en principiëler de rechterlijke respons, zou je verwachten. Het is interessant om te bekijken of de rechter deze rol inderdaad oppakt.

Hieronder wordt allereerst enige conceptuele verduidelijking verschaft over de begrippen fraude en misbruik (paragraaf 2). Vervolgens wordt de spiraal van strenger wordende verplichtingen en sancties beschreven vanuit het perspectief van veranderingen in de wetgeving. Daarbij kijken we niet alleen naar Nederland maar ook de situatie bij de grote burens Duitsland en het Verenigd Koninkrijk (paragraaf 3). Vervolgens doe ik een poging om de spiraal van strenger wordende verplichtingen en sancties kritisch te duiden. Wat is de achtergrond van deze ontwikkeling en welke effecten gaan ervan uit? (paragraaf 4). Ten slotte wordt bezien hoe de rechter reageert op de onderhavige trend in de wetgeving waarbij opnieuw Nederland, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk de revue passeren, maar en passant ook nog

1 Om beschuldigingen van zelfplagiat te vermijden, vermeld ik dat de tekst van deze bijdrage tevens is verschenen in het Nederlands Juristenblad 2014 (2), p. 95-102.

2 F.M. Noordam, 'Hoe fraude en handhaving Nederland en de Sociale Verzekeringsbank veranderden', *SMA* 2003, p. 16-29.

aandacht wordt besteed aan een uitspraak van het Tsjechische Constitutionele Hof uit november 2012. De behandeling van de rechtspraak staat vooral in het teken van de rechterlijke respons op de invoering van onbetaalde activiteiten die onder dreiging van uitkeringsstrafsancties moeten worden verricht (paragraaf 5).

2 Fraude en misbruik: verboden vruchten van dezelfde boom

Hierboven worden fraude en misbruik in één adem genoemd. Het zijn echter juridisch gesproken verschillende dingen. De term *fraude* is gerelateerd aan overtredingen van de inlichtingenverplichtingen zoals die in de socialezekerheidswetten en in het Wetboek van Strafrecht (Sr) (bij wijze van delictomschrijving) zijn opgenomen.³ Wie onjuiste informatie doorgeeft of relevante omstandigheden verzwijgt voor de uitkeringsinstanties, kan daarvoor worden beboet door de uitkeringsinstelling of worden gestraft door de rechter. De sancties hebben een punitief karakter en vallen onder de waarborgen die artikel 6 EVRM biedt aan degenen jegens wie een 'criminal charge' wordt uitgesproken. De term *misbruik* moet eerder worden geassocieerd met de situatie dat de diverse medewerkingsverplichtingen niet voldoende worden nagekomen: er wordt dan bijvoorbeeld een uitkering genoten, terwijl de betrokkene eigenlijk met werk een inkomen kan verdienen. De term die hiervoor in het jongste wetsvoorstel tot aanpassing van de WWB wordt gehanteerd 'onnodige gebruik', klinkt neutraler dan misbruik maar er wordt waarschijnlijk hetzelfde mee bedoeld. Ook overtredingen van de medewerkingsverplichtingen kunnen worden gesanctioneerd. Het gaat dan om herstelsancties die zich manifesteren in het tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk korten van de uitkering.

Fraude en misbruik zijn dus verschillende zaken, maar er zijn ook raakvlakken. Beide worden bestreden door middel van verplichtingen die bij niet-nakoming kunnen worden gesanctioneerd. Op zowel schending van de medewerkingsverplichting als schending van de inlichtingenverplichting volgt een negatieve correctie. De verplichtingen fungeren als grenspalen die aangeven wie de uitkering verdient en wie niet. Daarbij zitten de fraudeur en de profiteur naast elkaar op hetzelfde bankje.

Het is vanwege deze samenhang dat in deze bijdrage verplichtingen en sancties in onderlinge samenhang worden besproken met referentie naar zowel de inlichtingen- als de medewerkingsverplichtingen.

3 De spiraal van verplichtingen en sancties

3.1 Nederland

Het startschot voor de aanscherping van de verplichtingen en sancties werd gegeven in 1996 met de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid (Wet BMT). Met deze wet werd een eenvormig sanctie- en terugvorderingsregime in het leven geroepen. Doel van deze wetgeving was om uitvoerings-

3 Zie bijvoorbeeld art. 25 WW en overeenkomstige bepalingen in andere socialezekerheidswetten en art. 227a en art. 227b en art. 447c en art. 447d Sr.

instellingen te dwingen in alle gevallen tot terugvordering over te gaan en bij normovertreding een sanctie op te leggen. 'Lik op stuk' was het devies. Handhaving is sedert de Wet BMT steeds meer geïnstitutionaliseerd. Sinds 2003 heeft het Ministerie van SZW een eigen handhavingsprogramma. Ook de uitvoeringsinstellingen, inclusief de gemeenten, moeten handhavingsbeleid ontwikkelen. Over de naleving daarvan moet periodiek worden gerapporteerd aan de toezichthouder, de Inspectie voor Werk en Inkomen. De staatssecretaris van SZW brengt deze rapportages bijeen en stuurt ze vervolgens door aan de Tweede Kamer in de vorm van een 'integrale handhavingsrapportage'. Binnen de uitvoeringsorganisatie is sprake van een leger van handhavingsmedewerkers. Bij het UWV, de SVB en gemeenten gezamenlijk werken zo'n 550 sociaal rechercheurs. Daarnaast zijn er nog controleurs, speciale opleiders en allerlei andere soorten handhavingsbeleidsmedewerkers. Gemeenten hebben hun eigen legertjes. Soms maken de sociaal rechercheurs onderdeel uit van interventieteams. In dergelijke teams trekken opsporingsambtenaren van verschillende instellingen gezamenlijk op om gecombineerde vormen van fraude aan te pakken. Dit kan bijvoorbeeld gaan om illegale tewerkstelling en huisvesting, ontduiking van belastingen en sociale premies en uitkeringsfraude. Soms voegen zich bij deze delegaties ook weer hulpverleners die tot 'achter de voordeur' de scherven van de handhavingsoperatie moeten opvegen, zoals maatschappelijk werkers en schuldhulpverleners.

Ondanks de onmiskenbare vooruitgang die was geboekt met de handhaving, kondigde het Kabinet Rutte I een Fraudewet aan. De laatste, hardnekkige fraudeurs moesten nu definitief de toegang tot het gebouw van de sociale zekerheid worden ontzegd. Met de inwerkingtreding van de Fraudewet per 1 januari 2013 zijn de boetes flink verhoogd, sommigen zouden zeggen 'uit de bocht gevlogen'.⁴ Bij de eerste overtreding is de norm 100% van het benadelingsbedrag. Dit is het brutobedrag dat ten onrechte aan uitkering is verstrekt als gevolg van het overtreden van de informatieverplichting. Als de inlichtingenplicht is overtreden, zonder dat sprake is van enige benadeling, kan een boete worden opgelegd van maximaal € 3.900; een bedrag dat overeenkomt met de tweede categorie boeten zoals genoemd in artikel 23 lid 2 Sr. In geval van herhaalde overtreding van de inlichtingenplicht (recidive) bedraagt de bestuurlijke boete ten hoogste 150% van het benadelingsbedrag. De aanvankelijke sanctie die het kabinet Rutte I in petto had voor recidivisten, was een totale uitsluiting van een uitkering voor een periode van vijf jaar. Dit kwam het kabinet op zware kritiek te staan van de Raad van State, waarop werd besloten een andere route te bewandelen. Nu wordt voor het innen van de boete de beslagvrije voet voor een periode van vijf jaar buiten toepassing gelaten. Dit kan feitelijk op hetzelfde neerkomen als een uitsluiting maar de volksvertegenwoordiging zag er geen probleem in. Voor de WWB is de uitsluitingsperiode niet vijf jaar, maar drie maanden. Dit omdat de bijstand het allerlaatste vangnet vormt.

4 Albertjan Tollenaar, 'Aanscherping sanctiebeleid SZW-Wetten: vliegt de wetgever uit de bocht?', *Beleid en Maatschappij*, 2013(2), p. 118-131.

Het Kabinet Rutte II werkt inmiddels alweer aan een volgende aanscherping. Ditmaal gaat het erom om bijstandsgerechtigden tot meer werkdiscipline aan te sporen. Nadat in de vorige kabinetsperiode al een verplichting was ingevoerd tot het verrichten van een maatschappelijk nuttige tegensprestatie,⁵ is nu een voorstel ingediend om de medewerkingsverplichtingen voor alle bijstandsgerechtigden te uniformeren.⁶ Tevens wordt het sanctieregime, dat nu nog het voorwerp is van gemeentelijk beleid (via het zogenoemde afstemmingsbeginsel), gecentraliseerd. Onder de medewerkingsverplichtingen treffen we onder meer het kledingvoorschrift aan. Het krijgen of het behoud van werk mag niet belemmerd worden door kleding, gebrek aan persoonlijke verzorging of gedrag.⁷ Schending van de uniforme medewerkingsverplichtingen leidt tot een standaardsanctie van drie maanden uitsluiting van uitkering. Dit is onmiddellijk het maximum. Een bijstandsgerechtigde die zijn leven wil beteren, kan om een verkorting van de periode vragen. Het voorgestelde systeem komt niet alleen neer op een uniformering, maar tevens op een volgende aanscherping van het sanctieregime. De Memorie van Toelichting verpakt het voorstel handig in het jargon van de decentralisatie-doelstelling. Het is maatwerk wat de klok slaat, maar ditmaal uitsluitend bedoeld als individualisering van de gevalsbehandeling en niet langer als aanpassing aan de lokale omstandigheden. Maar maatwerk is slechts nog mogelijk bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een dringende reden. Van de vrijheid voor de gemeente om zelf het sanctiebeleid voor in te richten, is vrijwel niets meer over. Hoe mooi de Memorie van Toelichting het ook zegt, in feite gaat het om een centraliseringsmaatregel.

3.2 Duitsland en het Verenigd Koninkrijk

In Engeland werd de spiraal van verplichtingen en sancties in werking gesteld door de regeringen van Tony Blair. De veranderingen die in deze periode tot stand zijn gekomen zijn systematisch bestudeerd door Peter Dwyer, die ze aanduidde met de term *creeping conditionality*:⁸ een patroon van steeds strenger wordende verplichtingen dat geleidelijk de socialezekerheidsrechten ondermijnt. Dwyer observeert dat een soortgelijk proces zich afspeelt op het gehele terrein van sociaal overheids-optreden zoals het onderwijs, de zorg en de huisvesting.

Antifraudebeleid vormt onderdeel van het pakket van Britse maatregelen. In 1997, één jaar nadat bij ons de Wet BMT tot stand kwam, werd in het Verenigd Koninkrijk een *Social Security Fraud Act* ingevoerd. Deze wet werd nadien tweemaal aangescherpt, eerst in 2001 en daarna nog eens in 2009. Het systeem is gebaseerd op de notie van *one strike* en *two strike* overtredingen. One strike levert een korting

5 Art. 9 lid 1 sub c WWB.

6 Wetvoorstel maatregelen Wet werk en bijstand en enkele andere wetten, *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 801.

7 Art. 18, lid 4 onder f zoals geformuleerd in het voorstel van Wet tot wijziging van de Wet werk en bijstand en enkele andere wetten.

8 Peter Dwyer 'Creeping Conditionality in the UK: From Welfare Rights to Conditional Entitlements?', *Canadian Journal of Sociology* 2004 (2), p. 265–287.

op van één uitkeringsmaand; bij two strikes (recidive) wordt die periode aanzienlijk verlengd.

Op het gebied van de medewerkingsverplichtingen introduceerde de huidige Britse regering in 2011 de zogenoemde *Mandatory Work Activity*. De maatregel die geldt voor werkzoekenden in de bijstand, wordt aangeprezen als een kans voor de uitkeringsgerechtigde werkdiscipline aan te leren en tegelijkertijd iets nuttigs te doen voor de samenleving. Deelname is verplicht. Op de weigering te participeren staat een uitkeringsstraf. De duur van de verplichte werkzaamheden is vier weken voor maximaal 30 uur per week. Er is geen recht op loon. De Interne richtsnoeren van het *Department for work and pensions* bevatten rechten en waarborgen voor de uitkeringsgerechtigde. Deze hebben niet alleen betrekking op werktijden, arbeidsomstandigheden en dergelijke, maar ook op de eis dat de werkzaamheden aantoonbaar moeten bijdragen aan de ontwikkeling van de bijstandsgerechtigden, dat ze niet in tegenspraak mogen zijn met iemands persoonlijke overtuiging en niet mogen neerkomen op vernederende behandeling.⁹

In Duitsland werden strengere verplichtingen en sancties ingevoerd als onderdeel van de systematische herziening van het bijstandstelsel in de regeringsperiode van Schröder. Deze herziening resulteerde in de *Grundsicherung für Arbeitssuchende*, in de volksmond aangeduid als Hartz IV (naar de architect van het systeem Peter Hartz) of technischer: *Arbeitslosengeld II*. Het systeem introduceerde op 1 januari 2003 een apart regime voor alle bijstandsgerechtigden die kunnen werken, met strikte medewerkingsverplichtingen en strenge sancties voor hen die zich daar niet aan houden. Onderdeel van het systeem zijn de *Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung*, ook wel aangeduid als de *ein-Euro-jobs*. Dit zijn aanvullende maatschappelijk nuttige werkzaamheden voor bijstandsgerechtigden. Bijstandsontvangers behouden hun uitkering en krijgen daar bovenop één Euro per uur bij wijze van vergoeding. Om ervoor te zorgen dat *ein-Euro-Jobs* niet in strijd komen met de Duitse constitutionele verplichtingen, zijn de rechten van de bijstandsgerechtigden wettelijk gereguleerd.¹⁰ Het werk moet proportioneel, passend en in overeenstemming met de arbeidsomstandighedeneisen zijn. Ook moeten de werkzaamheden duidelijk worden omschreven in een publiekrechtelijke overeenkomst tussen de uitvoerende instanties en de gerechtigde. De betrokkene is verzekerd voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Er is geen tijdsbeperking, maar de maximale werkweek is 30 uur. De sanctie op onvoldoende medewerking is minimaal 30% korting op de uitkering per maand, oplopend tot een volledige weigering van de uitkering in geval van hardnekkige werkweigering.

Wat betreft het fraudebeleid verlaten de Duitsers zich op de continuïteit van het *Sozialgesetzbuch* waarin informatieverplichtingen zijn opgenomen en sancties zijn geregeld. Een intensivering van sanctiebeleid komt niet van de wetgever maar van

9 Mandatory Work Activity Provider Guidance – Incorporating Universal Credit (UC) Guidance (August 2013) op <http://www.dwp.gov.uk/docs/pg-part-p.pdf>.

10 § 16 Sozialgesetzbuch II.

de uitvoerder, vooral van de *Bundesagentur für Arbeit* die steeds meer onrechtmatig gebruik van *Arbeitslosengeld II* opspoort.¹¹

4 Achtergronden en implicaties van het strenge beleid

De spiraal van strenger wordende rechten en plichten kan op verschillende manieren worden geduid. Velen zouden zeggen dat de trend in het verlengde ligt van de hervormingsnoodzaak in de sociale zekerheid: het stelsel moet activerender en goedkoper worden. Een alternatieve duiding komt van de socioloog Willem Trommel.¹² Hij wijst op structurele veranderingen die de traditionele verzorgingsstaat ondermijnen, zoals de globalisering en de individualisering. Dit leidt tot een beleidsreactie die hij aanduidt met de term *new social governance*. Volgens Trommel is dit een 'gulzig bestuur', dat wordt gekenmerkt door een overheid die krampachtig bezig is het sociale weefsel van de samenleving te herstellen. Daarbij probeert de overheid de samenleving te plooiën in een uniform patroon van waarden en normen, alsof van bovenaf een maatschappelijk middenveld met verantwoordelijke burgers gecreëerd kan worden. De Franse socioloog Loïc Wacquant wijst in het kader van dit verschijnsel op de rol die symboliek speelt bij het hedendaags beleid. Door een beschuldigende vinger te wijzen naar degenen die steun van de verzorgingsstaat niet zouden verdienen: de onderklasse, de outcasts, de onverantwoordelijken, de nieuwkomers en bovenal de frauderende immigranten, is de staat bezig een band te creëren met de rest van de bevolking die die steun wel verdient, waarmee een basis voor het eigen voortbestaan wordt gecreëerd.¹³ Het is de verklarende theorie voor Henk en Ingrid en de hardwerkende Nederlander. Wat er ook kan worden gezegd van theorieën zoals deze, ze bieden in ieder geval een verfrissend alternatief voor de ingesleten politieke deuntjes waarmee we in slaap worden gewiegd: fraude en misbruik zijn ontwrichtend en ondermijnen het draagvlak voor de sociale zekerheid, het zijn kwaden die de bijl leggen aan de wortel van de verzorgingsstaat, etc.

Er kleven ook schaduwzijden aan het 'streng-strenger-strengstbeleid'. In de eerste plaats valt op dat het niet zo is dat de spiraal van verplichtingen en sancties één op één loopt met cijfers die suggereren dat fraude en misbruik in de sociale zekerheid verergeren.¹⁴ Het komt ook nogal eens voor dat met veel misbaar grootschalige fraudekwesities worden aangekaart die niet hard kunnen worden gemaakt. Neem de kwestie van de 'massale'fraude van Turken en Marokkanen met dubbele kinderbijslag. Nadat het desbetreffende onderzoek was afgerond, bleek bijvoorbeeld dat er maar twaalf personen onterecht dubbele kinderbijslag hebben ontvan-

11 Bundesagentur für Arbeit, *Jahresbericht Grundsicherung für Arbeitssuchende*, 2010, 2011 en 2012.

12 Willem Trommel, *Gulzig bestuur* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Lemma 2009.

13 Loïc Wacquant, *Punishing the Poor, the Neoliberal Government of Insecurity*, Duke University Press 2009

14 Dit was ook observatie van de Raad van State in zijn advies bij de Fraudewet.

gen in plaats van 25% van de populatie, zoals eerder door sommigen was gesteld.¹⁵ Evenzeer bleek na twee jaar onderzoek dat er in Amsterdam maar zes spookburgers woonden in plaats van vele honderden.¹⁶ Geen enkele politicus wordt naderhand ter verantwoording geroepen als blijkt dat er valse geruchten zijn verspreid die achteraf zwaar overtrokken blijken te zijn of gewoon onjuist.

In de tweede plaats is de veronderstelling dat bij normovertreding altijd moreel verwerpelijk gedrag aan de orde is, niet juist. In de systematiek van het socialezekerheidsrecht geldt niet de eis dat willens en wetens de inlichtingenverplichting moet zijn overtreden met het oogmerk om een wederrechtelijk voordeel te verkrijgen. Ook het per ongeluk schenden van de inlichtingenplicht moet worden beboet. Hetzelfde geldt voor personen die medewerkingsverplichtingen overtreden. Dat 'fraude en misbruik' ook gepleegd kunnen worden door mensen die de regels niet bewust omzeilen maar eerder onhandig manoeuvreren in het woud van bureaucratistische voorschriften,¹⁷ wordt vaak vergeten. Men verkeert dan bijvoorbeeld in de veronderstelling dat bepaalde wijzigingen niet hoeven te worden doorgegeven of dat ze al bekend zijn. Bovendien worden niet alle onrechtmatige betalingen door de burger veroorzaakt. Ze kunnen ook worden veroorzaakt door interne problemen bij het bestuursorgaan. Te denken valt aan een uitvoeringsinstelling met achterstanden in de gevalsbehandeling die niet in staat is tijdig mutaties te verwerken of aan een klantmanager die een verkeerd beeld geeft van de medewerkingsverplichtingen.¹⁸ Niet voor niets heeft de uitvoering vaak moeite de centraal voorgeschreven sanctienorm te realiseren.¹⁹

In de derde plaats gaat het strenge beleid gepaard met paternalistische interventies. De pijlen zijn dan bijvoorbeeld gericht op piercings, tattoos, decolletés, hoofddoeken en boerka's. Als het waar is dat deze de arbeidskansen van de werkzoekenden negatief beïnvloeden, dan geldt evenzeer dat de overheidsbemoeienis de waardigheid en individualiteit van de burgers kan aantasten. In Engeland discuteert men over uitkeringsafhankelijkheid en obesitas. De populaire pers heeft er al een slogan voor bedacht: *no dole for fatties*.

In de vierde plaats zijn de hervormingen eenzijdig gefocust op disciplineren; alleen de verplichtingen worden gearticuleerd maar niet de rechten. Het gevolg is dat uitkeringsgerechtigden verregaande inmenging in hun privéleven moeten aanvaarden en dat zij willekeurige aanwijzingen moeten opvolgen of vernederende behandelingen moeten ondergaan, zonder dat daar en behoorlijk rechtsmiddel

15 Sociale Verzekeringsbank: evaluatie onderzoek uitwonende kinderen in Turkije en Marokko, 2008 via <http://www.journalistiekennieuwemedia.nl/NC/?p=742>.

16 Reinart Barth, *NRC Handelsblad*, 12 september 2013.

17 Cf. Kaaryn & S. Gustaafson, *Cheating Welfare, Public Assistance and the Criminalization of Poverty*, NYU-press 2012. Voor wat betreft de Nederlandse situatie, zie onder meer B. Post & F.H.J. Miedema, *Fraude onderzocht, oorzaken en achtergronden van fraude in de AOW, ANW en AKW*, Nijmegen: ITS 2001.

18 Zie voor een markant voorbeeld Nationale Ombudsman, *Zzp-ers met een valse start 2010/025*.

19 M. den Uijl, A. Tollenaar, H.E. Bröring, N.J.M. Kwakman & B.F. Keulen, 'Boetes in het strafrecht en het bestuursrecht: de rationaliteit van boetehoogte en vormgeving in boetestelsels', *Tijdschrift voor sanctierecht & compliance* 2012(6), p. 238-245.

tegenover staat. Dit doet afbreuk aan de verheffende functie voor de burger die onze verzorgingsstaat geacht wordt te hebben.²⁰ De disciplineringsdoelstelling verdrijft als het ware de sociale doelstelling van het uitkeringsbeleid. Dit mechanisme is zichtbaar bij de verplichting om een tegenprestatie naar vermogen te verrichten. De vraag rijst hier zelfs wat het bepalende onderscheid is tussen mensen die in het kader van een strafvonnis een vervangende taakstraf opgelegd hebben gekregen en degenen die onbetaalde werkzaamheden moet verrichten.²¹ Veel zal afhangen van de kwaliteit van de rechten van degenen die de verplichte werkzaamheden moeten uitvoeren. Die rechten zijn echter in de WWB helemaal gereguleerd. Het jongste voorstel voor de Wet maatregelen Wet werk en bijstand verplicht de gemeente de tegenprestatie te reguleren door middel van een gemeentelijke verordening. Deze verplichting lijkt echter eerder te zijn ingegeven door de wens gemeenten te dwingen de tegenprestatie ook daadwerkelijk vorm te geven, dan door de wens de rechten van de bijstandsontvangers te versterken. Het doel van de reguleringsplicht wordt in de wet in ieder geval niet omschreven.²² We moeten het doen met de zalvende woorden van een staatssecretaris die meent dat de bijstandsgerechtigde een keuze moet hebben wat betreft de uitvoering van de activiteiten.

Ten slotte staat de verplichtingeninflatie nogal op gespannen voet met het ideaaltype van de gevalsbehandeling volgens de jongste decentralisaties in het sociale domein. Volgens dit ideaal moet de mens in al zijn behoeften en vermogens centraal worden gesteld en niet worden opgesplitst als willoos voorwerp van allerlei verschillende wetten met verschillende doelgroepen en doelstellingen.²³ Deze benadering vraagt om een humanisering van de verhouding tussen burger en bestuur en een dejuridisering van de uitvoering. De Wmo en al helemaal het jongste Wmo-wijzigingsvoorstel stellen deze benadering centraal. Maar als deze benadering enig succes wil hebben dan kan het niet zo zijn dat de wetgever via de achterdeur een barrage van verplichtingen oplegt aan de uitkeringsgerechtigde, gepaard gaande met strengere sancties. Wie verplichtingen zaait, oogst rechten.

5 De rechterlijke respons

De rechtspraak blijkt inderdaad een tegenwicht te bieden aan de strenge lijn in de wetgeving op het terrein van verplichtingen en sancties. Een dergelijke trend kan

20 Over deze functie zie WRR, *De verzorgingsstaat herwogen, over verzorgen, verzekeren, verheffen en verbinden*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006

21 Vergelijk over deze vraag Alex Corra, 'De maatschappelijke nuttige tegenprestatie', in: G.J. Vonk & A. Tollenaar (red.), *Lokale verzorgingsstaat, nieuwe uitdagingen voor de sociale rechtsstaat*, Groningen 2012, p. 115-128.

22 Het voorgestelde art. 8, lid 1, sub c luidt slechts: 'het opdragen van een tegenprestatie als bedoeld in artikel 9, eerste lid, onder c. Daar moet dus een verordening over worden gemaakt. Geen woord over de rechten van de bijstandsontvangers.

23 Zie hierover onder meer Albertjan Tollenaar & Gijsbert Vonk, 'Maatwerk, ontschotting en soberheid, uitdagingen voor het (bestuur)srecht', in: H. Bosselaar & G. Vonk (red.), *Bouwplaats lokale verzorgingsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013, p. 47-62, in het bijzonder p. 49-51.

worden waargenomen in ons eigen land,²⁴ maar ook in de ons omringende landen.²⁵ De rode draad die we in de jurisprudentie kunnen ontwaren is in ieder geval dat op zijn individuele merites moet worden beoordeeld, hoe strikt en gestandaardiseerd de sanctienorm ook moge zijn. Als individuele omstandigheden in overweging worden genomen, heeft dit vaak tot gevolg dat de sanctie door de rechter gematigd wordt.

Een andere trend, althans in ons eigen land, is dat de jurisprudentie een 'constitutioneler karakter' krijgt, dat wil zeggen: de rechter schrikt er niet voor terug een principiële houding aan te nemen en regels te destilleren uit fundamentele rechten en beginselen. Een reden hiervoor kan zijn dat rechtswaarborgen in de organieke wetten steeds verder worden teruggedrongen, waardoor de rechter als het ware zelf een anker uit moet werpen naar het hogere recht. De huisbezoekjurisprudentie van de CRvB is hiervan een voorbeeld. Volgens de CRvB volgt uit het grondwettelijk verankerde huisrecht (art. 8 Gw) en het recht op privacy (art. 8 EVRM) dat huisbezoek alleen is toegestaan na een 'informed consent'.²⁶ Als een dergelijke toestemming niet wordt gegeven, mag de uitkering alleen worden gestopt bij een concreet vermoeden van fraude. Al schijnt het voor advocaten moeilijk te zijn om in concrete situaties een dergelijk vermoeden te weerleggen, toch heeft de wetgever inmiddels een 'Wet op het huisbezoek' ingevoerd om de gevolgen van deze jurisprudentie terug te dringen.²⁷ Of deze wet de toets der rechterlijke kritiek kan doorstaan, moet nog worden afgewacht.

Een andere interessante kwestie is onder welke voorwaarden uitvoeringsinstellingen sancties kunnen opleggen voor onvoldoende medewerking aan onbeoordeelde activiteiten. Het gaat hierbij om work first activiteiten, participatiebanen en de maatschappelijk nuttige tegenprestatie. In hoeverre kunnen deze in strijd komen met het verbod op verplichte arbeid zoals verankerd in onder meer artikel 4 EVRM? Lange tijd werd door rechters in ons land (en elders in de wereld²⁸) aangenomen dat de arbeidsplicht als tegenprestatie voor het recht op uitkering geen kwestie is die binnen het bereik ligt van het grondrechtelijk verbod op verplichte arbeid. Het algemene uitgangspunt waarvan uit wordt gegaan is dan dat de arbeidsplicht mag worden opgelegd als een uitkeringsvoorwaarde. Als niet aan die voorwaarde wordt voldaan, mag de uitkering worden ingetrokken of gekort. Niemand is verplicht een uitkering aan te vragen. Dit uitgangspunt is tot dusverre ook steeds aangehangen door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), in zaken waarin het

24 Cf. G.J. Vonk, 'Kroniek jurisprudentie werknemersverzekeringen en bijstand 2011', *Tijdschrift voor recht en arbeid* 2012, p. 20-25 en G.J. Vonk, *Hoofdzaken zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer, hoofdstukken 13 en 14.

25 Voor de situatie in het VK zie Grainne McKeever, 'Balancing rights and responsibilities: the case of social security fraud', *Journal of Social Security Law* 2009.

26 Zie de CRvB zaken van 11 april 2007, onder andere LJN BA2447.

27 De officiële titel luidt: een regeling in de sociale zekerheid van de rechtsgevolgen van het niet aantonen van de leefsituatie na het aanbod van een huisbezoek, *Kamerstukken II* 2011-2012, 31 929.

28 Zie het overzicht van uitspraken over deze problematiek in Danny Pieters & Bernhard Zaglmayer, *Social security cases in Europe: national courts*, Antwerp 2006.

ging om personen die weigerden betaalde arbeid te verrichten.²⁹ Maar hoe zit het met werkzaamheden waarvoor geen loon wordt ontvangen? Volgens het EHRM moet onder verplichte arbeid in de zin van artikel 4 EVRM worden verstaan 'labour exacted under menace of any penalty and performed against the will of the person involved, that is work for which he has not offered himself voluntarily'.³⁰ Als het werk onbetaald en verplicht is onder dreiging van uitkeringssancties, in welke situatie moet er dan van een dergelijke *penalty* worden gesproken?

De eerste Nederlandse rechter die zich over deze vraag heeft uitgelaten, was de Rechtbank Arnhem.³¹ Het ging om een bijstandsgerechtigde met een academische achtergrond die verplicht werd te participeren in het work-first-programma van de gemeente Arnhem. De betrokkene werd gedwongen een werkervaringsovereenkomst te tekenen waarbij hij de keuze had te werken in de groenvoorziening (onkruid wieden, schoffelen) of dozen met lijm te verpakken. Hij tekende de overeenkomst, maar weigerde na onenigheid met zijn case manager de werkzaamheden nog langer uit te voeren, hetgeen resulteerde in een straf van 40% korting op zijn bijstandsuitkering gedurende een maand. In haar oordeel kwam de rechtbank tot de conclusie dat de handelingen van de gemeente Arnhem als zodanig niet in strijd waren met artikel 4 EVRM. Het feit dat de werkzaamheden niet geheel vrijwillig waren, deed hier niet aan af omdat, aldus de rechtbank, de bijstand een vangnetregeling is die uitgaat van een zo spoedig mogelijke terugkeer naar betaald werk. Tegelijkertijd benadrukte de rechtbank dat het niet uitgesloten is dat work-first-projecten met artikel 4 EVRM in strijd kunnen komen. Op zich was de rechtbank van oordeel dat, ten tijde van weigering het traject bij het trainingscentrum voort te zetten, de werkzaamheden nog niet een zodanig disproportionele of excessieve belasting vormden dat om die reden al sprake zou zijn van verplichte arbeid in de zin van de hier bedoelde verdragsbepalingen. Toch zou daarvan sprake kunnen zijn, namelijk indien een persoon gedurende langere tijd op straffe van een verlaging van zijn uitkering werkzaamheden had moeten verrichten waarvan volstrekt duidelijk was dat deze voor hem geen enkele positieve invloed op re-integratie in het reguliere arbeidsproces zouden kunnen hebben. In het geval zelf had zich dit echter niet voorgedaan.

Inmiddels heeft de CRvB een algemeen kader ontwikkeld op grond waarvan kan worden bepaald binnen welke grenzen verplichte onbetaalde tewerkstelling geoorloofd is zonder met artikel 4 EVRM in strijd te komen.³² Factoren waarmee onder meer rekening moet worden gehouden zijn de aard van de werkzaamheden, de mogelijkheden, de werkervaring, de opleiding en de gezinssituatie van de bijstandsgerechtigde en de zwaarte van de sanctie. Het is spannend om te bezien

29 EHRM 26 februari 1997, J.H. Talmon v. Netherlands, Application No. 30300/96 en meer recentelijk EHRM 4 mei 2010, Schuitemaker v. The Netherlands, Application no. 15906/08.

30 EHRM 23 November 1983, Van der Mussele v. Belgium, Application No. 9819/80, para 34.

31 Rb. Arnhem, 8 oktober 2008, LJN BF7284.

32 CRvB 8 februari 2010, LJN BL109.

hoe deze jurisprudentie zich ontwikkelt nu de gemeenten verplicht worden tot het organiseren van de maatschappelijk nuttige tegenprestatie. De eerste voortekenen in de jurisprudentie wijzen op een kritische benadering. Zo moest de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (Breda) recentelijk oordelen over een 60-jarige metselaar die had geweigerd te tekenen voor een jaar lang werken in een werkleerbedrijf bij wijze van maatschappelijk nuttige tegenprestatie.³³ Volgens de rechtbank had de gemeente op geen enkele wijze het aanbod aangepast op de situatie van de persoon. De uitspraak geeft alvast een belangrijk schot voor de boeg: maatwerk is niet louter een politiek verkoopmiddel, maar moet in de praktijk worden waargemaakt.

Intussen heeft ook het Britse Supreme Court een uitspraak gedaan over de rechtmatigheid van de *Mandatory Work Activity*.³⁴ De zaak was aangespannen door een net afgestudeerde geologiestudente, miss Caitlin Reilly. Zij deed vrijwilligerswerk in een museum, totdat haar werd opgedragen een maand lang te werken in een *Poundland*-winkel in Birmingham; de Britse variant van Euroland. Na een paar dagen werken hield ze het voor gezien, omdat ze geen cent wijzer werd van het ongeschoolde werk. Een uitkeringskorting was het gevolg. Het Supreme Court verwierp het argument dat sprake was van verplichte arbeid in strijd met artikel 4 EVRM. Het Hof leidt uit de Straatsburgse jurisprudentie af dat dit alleen aan de orde kan zijn als er tevens sprake is van een vorm van uitbuiting:

To amount to a violation of article 4, the work had to be not only compulsory and involuntary, but the obligation to work, or its performance, must be 'unjust', 'oppressive', 'an avoidable hardship', 'needlessly distressing' or 'somewhat harassing'.

Overigens bevestigde het Supreme Court het eerdere oordeel van de lagere Britse rechter dat de regelgeving met betrekking tot de *Mandatory Work Activity* niet voldeed aan de formele wet. Het kwam erop neer dat deze regelgeving hooguit de vage termen van de wet herhaalde en deze niet nader invulde. Inmiddels heeft de Britse wetgever met terugwerkende kracht alsnog haar zegen gegeven aan de vage lagere regelgeving.

De Duitse ein-Euro-jobs van Hartz IV zijn in 2008 getoetst door het Bundessozialgericht.³⁵ De zaak ging over een 58-jarige ingenieur die door een Beierse gemeente werd verplicht voor 30 uur per week plastic cilindertjes rondom jong aangeplante boompjes te plaatsen. Voor het werk kreeg hij geen loon maar een onkostenvergoeding. Hij weigerde het werk met als voornaamste argument dat hij niet langer beschikbaar was voor de reguliere arbeidsmarkt. Dit argument werd verworpen omdat het werk een maatschappelijk nuttig doel diende en moest worden aangemerkt als aanvullend op de arbeid op de reguliere arbeidsmarkt.

Voor de meest verregaande uitspraak over de grondrechtelijke implicaties van verplichte onbeloonde activiteiten moeten we doorreizen naar Tsjechië. Hier oordeelde het Constitutionele Hof op 27 november 2012 over een nieuwe wet die

33 Rb. Zeeland-West-Brabant 25 februari 2013, *LJN BZ5171*, uitgebreid becommentarieerd door A. Eleveld in *TRA* (6/7), 2013.

34 Supreme Court 30 October 2013 [2013] UKSC 68 | UKSC 2013/0064.

35 BSG 16 Dezember 2008 AZ: B 4 AS 60/07 R.

werklozen verplicht onbetaald werk te doen.³⁶ Het betrof een procedure over de grondwettigheid van de wet, aangespannen door een aantal parlementariërs die ertegen hadden gestemd. Volgens hen was de wet in strijd met ILO-Conventie nr. 29 inzake de afschaffing van gedwongen arbeid, het verbod op verplichte arbeid van artikel 4 EVRM, het ESH en het grondrecht der sociale zekerheid van de Tsjechische grondwet. De uitspraak van het Hof is zeer kritisch, compromisloos en uniek in zijn soort. De Tsjechische variant van de maatschappelijk nuttige tegenprestatie nodigde hiertoe ook wel uit. Iedereen die langer dan drie maanden werkloos was, moest meedoen aan verplicht werk. Bij weigering volgde uitschrijving uit het werkloosheidsregister met als gevolg een volledig verval van het recht op een werkloosheidsuitkering. Behalve in geval van een dringende reden, had de uitkeringsgerechtigde geen enkele zeggenschap over het werk en de omstandigheden waaronder het moest worden uitgevoerd. Deze onbarmhartige houding ten opzichte van uitkeringsgerechtigden, ging het Constitutionele Hof duidelijk te ver:

'the state treats them in the same manner as persons sentenced for a crime, only for the reason that they became unemployed and are exercising their legal rights, without violating any legal obligation. Therefore, the obligation to accept an offer of public service does not serve to limit social exclusion, but to intensify it, and it can cause those performing it, whose work has the same elements externally (for other people) as serving a sentence, humiliation to their personal dignity'.

De beslissing van de Tsjechische rechter is alleszins lezenswaardig. Alle mogelijke aspecten die kleven aan de verplichte tewerkstelling passeren de revue: de bijzondere aard van de arbeidsverhouding, het risico van willekeur, het toevallige karakter van de beschikbare werkzaamheden en de vraag of het werk nodig is 'om werkevaring op te doen'. Daarbij wordt de vloer aangeveegd met menig argument waarmee de noodzaak van de verplichte activiteiten (ook hier te lande) aan de man werd gebracht.

Je vraagt je af hoe het Tsjechische Hof zou hebben aangekeken tegen onze maatschappelijk nuttige tegenprestatie en de equivalenten daarvan in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Zouden ze de toets der kritiek doorstaan? Het ein-Euro-job-stelsel waarschijnlijk wel, gegeven het strikte wettelijke kader voor de bijstandsontvangers. Waarschijnlijk zou hetzelfde gelden voor het Britse Mandatory Work Activity vanwege de korte duur van het verplichte werk (niet langer dan één maand voor 30 uur per week). Maar wat te denken van onze maatschappelijk nuttige tegenprestatie die mag worden opgelegd voor onbepaalde tijd, zonder dat enig zicht bestaat op een behoorlijke regulering van de rechten van de bijstandsontvangers?

Wat we kunnen leren van het Tsjechische Hof is dat verplichte werkprogramma's goed gereguleerd moeten worden. Het werk mag niet vernederend zijn, er moet sprake zijn van een zekere keuzevrijheid, het moet tegemoet komen aan de ontwikkeling van de uitkeringsgerechtigde, er moet rekening worden gehouden

36 http://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/PI_US_1-12.pdf.

met de krachten en bekwaamheden van een persoon, het werk mag niet indruisen tegen iemands levensovertuiging, de arbeidsomstandigheden moeten zijn gewaarborgd etc. Dit soort kwesties moeten geregeld worden bij wet als tegenhanger van de plicht die wordt opgelegd. De rechten mogen niet louter worden opgenomen in interne instructies zoals het geval is in het Verenigd Koninkrijk en helemaal niet ongeregeld gelaten worden, zoals in ons land tot dusver gebeurt.

Het zijn lessen zoals deze die op perfecte wijze illustreren op welke manier de rechter tegenwicht kan bieden aan de spiraal van strenger wordende verplichtingen en sancties.

6 Afsluiting

In deze bijdrage is ingegaan op de trend om steeds strengere verplichtingen en sancties in te voeren in de sociale zekerheid. Ik betoogde dat deze trend kritisch moet worden gezien omdat hij de balans tussen rechten en verplichtingen verstoort en de verheffende functie van de sociale zekerheid ondermijnt. Rechters spelen een belangrijke rol in het bewaken van de rechten- en plichtenbalans. Wij hebben hiervan voorbeelden gezien uit Nederland, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. De kampioen van alle rechters is echter het Tsjechische Constitutionele Hof dat in november 2012 de weg bereidde voor een meer fundamentele, constitutionele benadering van het vraagstuk van de opkomst van de 'repressieve verzorgingsstaat'.

De term repressieve verzorgingsstaat heb ik alleen maar gebruikt in de titel en duikt nu weer mee op in deze afsluiting. Elders in de bijdrage heb ik hem zorgvuldig vermeden. Het is een teaser, een rode lap voor een boze stier. De repressieve verzorgingsstaat, wat is dat eigenlijk? Hebben we die nu wel of niet?

Met deze bijdrage hoop ik niet alleen in de discussie over dit thema aan te zwengelen maar tevens een kleine belofte in te lossen aan Ko de Ridder. Hij is mijn buurman op de Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde. Laatst kwam ik hem in gedachten verzonken tegen op de gang. Plotseling keek hij mij aan en vroeg: 'dat verhaal over die repressieve verzorgingsstaat uit je oratie, heb je daar ooit nog iets meer mee gedaan?' Ik beloofde hem dat spoedig te doen. Ik weet niet wat de aanleiding was maar zo'n spontane vraag is typerend voor de persoon van Ko zoals ik hem heb leren kennen, oprecht geïnteresseerd in de denkbeelden van de mensen om hem heen en met zijn ogen open voor de ontwikkelingen in de samenleving. Ko moedigt aan en combineert zijn *logos* met een grote dosis *pathos*: de wereld om hem heen is er niet alleen om te begrijpen maar ook om te verbeteren. Daarin is Ko voor mij niet alleen een goede collega maar ook een nestor.

Lijst van publicaties

- 1978 Stadsvernieuwing en gemeentelijke organisatie: advies over een op participatie van bewoners afgestemd bestuursapparaat, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij (met: F. Fleurke & P.L. Polhuis).
- 1979 De gemeente en haar beordelaars, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij (met: F. Fleurke, H. Bonfrer & J.R. Hulst)
- 1982 Stadsvernieuwing als provinciale activiteit: een bestuurskundige studie naar de beoogde en feitelijke betrokkenheid van de provincie Zuid-Holland bij stadsvernieuwing, Distributiecentrum Overheidspublicaties (met: F. Fleurke & E Palstra).
- Vier studies voor een wet op de stadsvernieuwing, 's-Gravenhage: Distributiecentrum Overheidspublicaties (met: F.Fleurke, J.R.Hulst en A. Rook)
- 1986 Planologisch toezicht in Groningen: de implementatie van het Streekplan Groningen 1978: Streekplan en planologisch toezicht, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde (met: B.H.M. Koopman).
- 1987 Planologisch toezicht: aanbevelingen voor de praktijk en beschouwingen over de theorie van het planologisch toezicht, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde.
- Planologisch toezicht in Limburg: een bestuurskundige studie naar planologische beleidsvoering in een overgangperiode, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde (met: H. Hummels)
- Planologisch toezicht in Noord-Holland: een bestuurskundige studie naar provinciale beleidsvoering en het Streekplan ANZKG, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde (met: B.H.M. Koopman & H.R. Heikema van der Kloet)
- 1988 Beleidsvoering door toezicht, in: A.F. Leemans e.a. (eds.), *Handboek beleidsvoering overheid*, Alphen aan den Rijn: Samsom.
- 1989 Zelfstandige bestuursorganen in soorten. Verslag van een onderzoek naar de praktijk van zelfstandige bestuursorganen, Deventer: Kluwer (met: J.L. Boxum & M. Scheltema).
- 1990 Toezicht in de ruimtelijke ordening. Een empirische studie naar de intergouvernementele betrekkingen tussen provincie en gemeente in het kader van het planologisch toezicht (dissertatie), Deventer: Kluwer.

LIJST MET PUBLICATIES

- 1991 Communicatieve sturing in onzekerheid, paper voor het Politicologen-
etmaal, Enschede
- Functioneel bestuur getoetst, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde (met: G.M. Kuiper, J.J. van Vliet, M. Klijnstra, J.L. Boxum & M. Scheltema)
- 1992 Planning van bouwlocaties, sturing en onzekerheid, in: I. Pröpper & M. Her-
weijer, *Plannen en convenanten*, Deventer: Kluwer.
- Verzelfstandiging: publiek of privaat? Organisatievormen voor beschik-
kingverlening door de Informatiseringsbank, Deventer: Kluwer (met: G.M.
Kuiper, J.J. van Vliet, J.L. Boxum, C.A. Schreuder & M. Scheltema).
- Gemeentelijke (re-)organisatie en arbeidssatisfactie. Een empirisch onder-
zoek naar de arbeidssatisfactie onder de medewerkers van de gemeente
Hoogeveen, Groningen: Onderzoekscentrum voor Criminologie en Jeugd-
criminologie (met: J.A. Nijboer).
- Teaching public administration in a law school, paper for the 15th National
conference on Teaching Public Administration, South Carolina: College of
Charleston.
- Controlling the bureaucracy: a ministerial responsibility?, paper for the
National Conference of the ASPA, Chicago Illinois.
- Bureaucratic accountability in The Netherlands and the United States,
paper for the Institute for Law and Society, Berkeley: University of Califor-
nia.
- 1993 Zelfstandige bestuursorganen, de juridische dimensie, in: W.J.M. Kickert,
N.P. Mol & A. Sorber (red.), *Verzelfstandiging van overheidsdiensten*, 's-Gra-
venhage: VUGA, p. 63-77 (met: M. Scheltema)
- De toekomstige besturing van de Politie Friesland: rapport eerste fase eva-
luatieonderzoek 'Beheer op maat', Rijksuniversiteit Groningen (met: N.
Struiksmā).
- Het legislatief toezicht op de ambtelijke regelgeving in de Verenigde Sta-
ten, in: J.L. Boxum e.a. (red.) *Aantrekkelijke gedachten. Beschouwingen over
de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer, p. 223-241.
- Rijk, provincie en gemeenten: spelregels en bestuursinstrumenten, in: A.
Hoogerwerf (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn: Samsom, p. 278-
293 (met: M. Herweijer).
- Doorbroken driehoek, in: Evaluatie 1998, overheid en omroep in Europees
perspectief, Hilversum, p. 49-97 (met: I. van Steenis & M. Vermeeren).

- 1994 Autonome bureaucraten, zelfstandige bestuursorganisaties in de Verenigde Staten en Nederland, *Bestuurskunde*, p. 169-176.
- Ministeriele verantwoordelijkheid en politiek-ambtelijke verhoudingen, in: D.J. Elzinga (red.), *Ministeriele verantwoordelijkheid in Nederland* Zwolle: Tjeenk Willink, p. 279-292.
- 1995 Politieke controle van ambtelijke organisaties in de Verenigde Staten en Nederland, in: A.F.A. Korsten (red.), *Internationaal-vergelijkend onderzoek*, Den Haag: VUGA, p. 303-317.
- De WRO in de steigers*, Deventer: Kluwer.
- Interdisciplinaire themadagen 1994*, Groningen: CRBS.
- Eindrapport evaluatieonderzoek 'Beheer op Maat'*, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde.
- Over de implementatie van nationaal ruimtelijk beleid*, Den Haag: Rijksplannologische Dienst.
- Bespreking van: K.van Kersbergen en I.M.A.M.Pröpper, Publiek debat en democratie, *Beleidswetenschap*, p. 303-317.
- 1996 1976-1996. *Openbaar Bestuur*, p. 11-15.
- Bestaat het Awb-bestuursorgaan?, in: R.L. Vuksan (red.), *De Awb-mens: Boeman of Underdog?* Nijmegen: Ars Aequi Libri, p. 211-223.
- Overwegingen bij het kiezen van toezichtsarrangementen, in: Tijdelijke commissie onderzoek CTSV, *Heel het raderwerk*, Den Haag: TK, p. 149-165.
- Van groeistad naar stedelijk knooppunt, twintig jaar ruimtelijk beleid in Nederland, in: P. Hulsen & R. Reussing (red.), *Keuzen Maken*, Enschede: Universiteit Twente, p. 89-106.
- Het kerndepartement, fijnzinnige onderscheidingen en de rauwe werkelijkheid, *Tijdschrift Privatisering*, (8), p. 6-8.
- 1997 Spierballen, smeerolie en andere strategieën: nieuwe procedures voor grote projecten, *Bestuurswetenschappen*, (1), p. 11-26.
- Toezicht op zelfstandige bestuursorganen, in: M. Herweijer, K.F. Schuiling & H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid*, Deventer: Kluwer, p. 347-358 (met: G.M. Kuiper).
- Met de nodige bezwaren. Een onderzoek naar behandeling en voorkoming van bezwaarschriften bij de gemeente Groningen*, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde (met: S. Borger & H.B. Winter).

- Onderzoek integrale milieuvergunning*. Zoetermeer: VROM (met: M.S. Beerten, M.B. Scholtens, T. Brouwer, C. Lambers & A.J. Schilstra).
- Toezicht op toegelaten instellingen*, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde (met: J.G. Lindeman & M. Scheltema).
- De Algemene wet bestuursrecht en de premieheffing werknemersverzekeringen*, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde (met: A.J.M.G. van Montfort, F.M. Noordam & W. G. Verkruisen)
- 1998 Postmoderne verleidingen: over de publieke taak van de woningbouwcorporatie en de positie van de rijksoverheid, *Bouwwrecht*, (4), p. 265-273.
- Verzelfstandiging en het primaat van de politiek: de Britse executive agency, *Beleid en Maatschappij*, (3), p. 125-142.
- Academische vrijheid en de universitaire organisatie, in: K. Willemen, G. Heijnen & G. Termeer (red.), *Het heilige vuur*, Groningen: Wolters-Noordhoff, p. 204-218.
- Bestuursinstrumenten. In A. Hoogerwerf & M. Herweijer (red.), *Overheidsbeleid*, Alphen a.d. Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, p. 229-248.
- Meer dan de som der delen?*, Zoetermeer: VROM (met: C. Lambers, A. Casstelein, P.O. de Jong, & A.J. Schilstra).
- Bestuurlijke samenwerking bij de Actualisering Vinex*, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde (met: K.H. Sanders, P.A.A. van Velzen & H.B. Winter).
- Boekbespreking van: A.J.G.M. Bekke, R. Bekker en A.D.J. Verhoeven, "Haagse Bazen" een verkenning van de topstructuur van de ministeries, *Beleidswetenschap*, (4), p. 370-371.
- 1999 De externe besturing van de politie. Over belemmeringen voor een integrale besturing van de regiokorpsen, *Beleidswetenschap*, (3), p. 232-258.
- De WRO in de Wolken, in: J. de Ridder & N.S.J. Koeman (red.), *Naar een hernieuwd ruimtelijk planningstelsel?* (preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht), Deventer: Kluwer, p. 1-51.
- Lokale overheden in de Verenigde Staten, in: *Berichten van de Staatscommissie II, rapportage extern onderzoek*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 1999 (met: A. Battishill).
- 2000 Fundamentele herziening van de WRO: Inleiding tot de preadviezen, *Bouwwrecht* (4), p. 281.
- Toezicht op de universiteiten, in: J. de Ridder (red.), *Meervoudig Toezicht*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, p. 45-53.

- Toezicht: een bestuurlijk arrangement van de toekomst. In J. de Ridder (red.), *Meervoudig Toezicht*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, p. 1-5.
- 2001 De bestuurlijk-juridische inbedding van de interregionale fraudeteams, *Openbaar Bestuur* (12), p. 21-27 (met: D.J. Elzinga).
- Geen weloverwogen redenen, *Openbaar Bestuur*, (4).
- 2002 De Nederlandse mededingingsautoriteit op eigen benen, *Openbaar Bestuur* (5), p. 23-26 (met: D.R. Kloosterman).
- Inertie en aanpassing: de implementatie van artikel 19 lid 2 WR, *Beleidswetenschap* (3), p. 236-258 (met: R.H.C. Kemkers).
- Artikel 19 in de praktijk*, Deventer: Kluwer (met: R.H.C. Kemkers & G. Dijkstra).
- Overheidsinstanties volgens Aarhus*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen (met: D.R. Kloosterman).
- In zelfstandigheid geregeld. Een onderzoek naar de omvang van de regelgevende bevoegdheden van zelfstandige bestuursorganen en de kwaliteit van de regelgeving van zelfstandige bestuursorganen*, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde (met: D.R. Kloosterman, H.B. Winter & F.M. Noordam).
- 2003 Bestuursinstrumenten, in: M. Herweijer & A. Hoogerwerf (red.): *Overheidsbeleid*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2003, p. 261-279.
- Ontwikkelingsplanologie in historisch perspectief*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen.
- 2004 *Ontwikkelingsplanologie in historisch perspectief. Een essay over ervaringen met planologische beleidsvoering*, in: J. de Ridder (red.), *Essays ruimtelijke ontwikkelingspolitiek*, Den Haag: VROM-Raad, p. 1-37.
- Een goede raad voor toezicht* (oratie), Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Essays ruimtelijke ontwikkelingspolitiek*. Den Haag: VROM-Raad.
- 2005 De onttovering van de handhaving, *Justitiële Verkenningen*, (6), p. 138-146.
- Het debat over de gekozen burgemeester, *Openbaar Bestuur*, (12), p. 25-29.
- Niet-juridische voorwaarden voor kwaliteit, in: M. Herweijer, A.T. Marseille, F.M. Noordam & H.B. Winter (red.), *Alles in één keer goed*, Deventer: Kluwer, p. 107-137.
- Oordelen over effecten van bestuursrecht*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen (met: M. Herweijer & P.O. de Jong).

- 2006 De Damen Doctrine, in: K.J. Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 87-98.
- Interbestuurlijk vertrouwen: de onzichtbare bestuurlijke cohesie, in: A. Korsten & P. de Goede (red.), *Bouwen aan vertrouwen. Diagnoses en remedies*, Den Haag: Elsevier, p. 245-258 (met: H.B. Winter).
- Ministeriële verantwoordelijkheid en zelfstandige bestuursorganen, in: J.Th.J. van den Berg, L.F.M. Verhey & J.L.W. Broeksteeg (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen* (Publicaties van de staatsrechtkring), Alphen aan den Rijn: Kluwer, p. 97-107.
- Wetgevingskwaliteit: het gedrag van de normadressaat, in: M. Herweijer, G.J. Vonk & W.A. Zondag (red.), *Sociale zekerheid voor het oog van de meester. Opstellen voor prof.mr. F.M. Noordam*, Deventer: Kluwer, p. 79-86. (met: R.G.P. Doeschot).
- Risicoanalyse met betrekking tot de uitvoering van de wet inburgering*. Leusden: BMC (met: J. Koster).
- 2007 Administrative decision-making and legal quality: an introduction, in: K.J. Graaf, J.H. Jans, A.T. Marseille & J. de Ridder (eds.), *Quality of Decision-Making in Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing, p. 3-10 (met: K.J. de Graaf, J.H. Jans, & A.T. Marseille).
- Factors for Legal quality of administrative decision-making, in: K.J. de Graaf, J.H. Jans, A.T. Marseille & J. de Ridder (eds.), *Quality of Decision-Making in Public Law* Groningen: Europa Law Publishing, p. 31-49.
- Het aanharken van het interbestuurlijk toezicht. Een historische en bestuurswetenschappelijke analyse, in: F.L. Leeuw, J.S. Kerseboom & R. Elte (red.), *Turven, tellen, toetsen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, p. 28-46.
- Interbestuurlijk toezicht gedeeld, achtergrondstudie voor de Commissie Doorlichting Interbestuurlijke toezichtarrangementen, in: Commissie doorlichting Interbestuurlijke toezichtarrangementen, *Van specifiek naar generiek. Doorlichting en beoordeling van interbestuurlijke toezichtarrangementen*, Den Haag: Ministerie van BZK, Bijlage IV.
- Naar een realistisch model van interbestuurlijke verhoudingen, in: *Tien jaar financiële verhoudingen*, Den Haag: Raad voor de Financiële Verhoudingen, p. 39-56.
- De effectiviteit van bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom juridische uitgevers (met: N. Struiksmas & H.B. Winter).
- Nieuwe principes: de officiële toezichtleer in de praktijk, *Pensioen Bestuur & Management* (1), p. 33-35.

- 2008 De effectiviteit van milieuhandhaving; wanneer is welk instrument geëigend?, in: M.J.C. Visser & A. de Lange (eds.), *Milieustrafrecht. Onderzoek en aanbevelingen voor theorie en praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 197-204 (met: N. Struiksmā & H.B. Winter).
- De Kern van de Zaak? Evaluatie van het veldexperiment Kernbepalingen*, Den Haag: WODC (met: N. Struiksmā).
- De Tijd is Rijp, rapport van de commissie Herziening Handhavingstelsel VROM-regelgeving*, Den Haag: Ministerie VROM (met: J. Mans, F.C.M.A. Michiels & H.A. Jansen).
- De CEAS aan het werk: bevindingen over het functioneren van de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken 2006-2008*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (met: C. Klein Haarhus & W. de Jongste).
- 2009 The Role of the Competent Authority in Regulating CCS, in: M.M. Roggenkamp & E. Woerdman (eds.), *Legal Design of Carbon Capture and Storage (Energy & Law, 10)*, Antwerp - Oxford - Portland: Intersentia, p. 300-319 (met: A. Haan-Kamminga).
- Privaat toezicht en de regulering van milieubelastend gedrag, in: A. Meind & K. van Wingerde (red.), *Toezicht door private partijen: panacee voor alle kwalen?*, Rotterdam: Erasmus Instituut Toezicht en Compliance, p. 29-40.
- Zijn de gemeenten rijp voor zelfbestuur?, in: J. de Ridder, P.L. Polhuis & L.W.J.C. Huberts (red.), *Eigenzinnig bestuur. Opstellen aangeboden aan Fred Fleurke*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 77-92.
- Grip op milieuzaken. Evaluatie van de strafrechtelijke milieuhandhaving*, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde (met: N. Struiksmā & M.J. Schol).
- 2010 Bestuurskundigen, juristen en de ZBO discussie, in: H. Aardema & e.a. (red.), *Meerwaarde van de bestuurskunde*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, p. 255-262 (met: S.Zijlstra).
- Instrumentalisation of public values in social security, in G.J. Vonk & A. Tollenaar (eds.), *Social Security as a Public Interest*, Antwerpen: Intersentia, p. 137-152.
- Administrative justice from a continental European perspective, in: M. Adler (ed.), *Administrative Justice in Context*, Oxford: Hart Publishing, p. 301-320 (met: A. Tollenaar).
- 2011 Choosing Whether to Buy or Make: The Contracting Out of Employment Reintegration Services by Dutch Municipalities, *Social Policy & Administration*, 45, p. 245-263. (met: M. Plantinga & A.D.R. Corra).

- Theories and stories in Africa public administration*, Leiden: ASC (met: J. Itika & A. Tollenaar).
- Handhaving Verkeer en Waterstaat: instrumenten voor de handhaving van V en W toezichtsdomeinen en het gebruik daarvan*, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde, Rijksuniversiteit Groningen (met: A. Tollenaar & H.B. Winter).
- De externe besturing van de politie in de Politiewet 102x. *Het Tijdschrift voor de Politie*, 73 (10/11), p. 9-11.
- Het primaat van de politiek in Benesov, *Tijdschrift voor Toezicht*, p. 61-63.
- 2012 *De Letselschade Raad*, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde / Pro Facto (met: C. Bloemhoff).
- Toezicht op de kinderopvang*, Groningen: vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde
- 2013 Het publieke belang van professionele toezichthouders, *Tijdschrift voor Toezicht*, p. 64-68.
- Proxy-toezicht, *Tijdschrift voor Toezicht*, p. 23-40.
- Outsourcing Public Services: Process Innovation in Dutch Municipalities, in: P. Valkama, S.J. Bailey & e.a. (eds.), *Organizational Innovation in Public Services* (p. 130-148), Hampshire: Palgrave Macmillan (met: A.D.R. Corrà).
- De griffier als uitkijkpost*, Den Haag: Vereniging van Griffiers (met: F. Hijlkema).

Gepromoveerd bij Ko de Ridder

- 1991 Bert Niemeijer - Geschillen over bouwplannen: een rechtssociologisch onderzoek naar de betekenis van regels en afhankelijkheid voor de beslechting van geschillen tussen burger en gemeente over bouwen en ruimtelijke ordening.
- 1993 Arlene Battishill - Cash management and local government: can cities afford their 'lack of interest'?
- 1995 Richard Neerhof - Het geschil voorbij: een studie naar de bruikbaarheid van bestuursrechtelijke jurisprudentie als kenbron van recht.
- 1997 Luuk Boxum - Algemene wetgeving voor zelfstandige bestuursorganen.
- 1999 Gerard Kuipers - Financiële controle op zelfstandige bestuursorganen.
- 2001 Abraham Kiflemariam - Governance without government: community managed irrigation in Eritrea.
- 2002 Sonja Hoogendoorn - Toezicht in meervoud: een bestuurskundig onderzoek naar het ontwerp en de werking van drie toezichtarrangementen.
- 2004 Maïke Beerten - Afstemming van besluiten: een onderzoek naar een algemene afstemmingsregeling voor samenhangende besluiten.
- Hansko Broeksteeg - Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht.
- 2006 Avelien Haan-Kamminga - Supervision on takeover bids: a comparison of regulatory arrangements.
- 2008 Albertjan Tollenaar - Gemeentelijk beleid en beleidsregels: de toegevoegde waarde van beleidsregels voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening.
- 2010 Henry Mollel - Participation for local development: the reality of decentralisation in Tanzania.

Over de auteurs

Gustaaf Biezeveld (1947) was tot zomer 2012 bijzonder hoogleraar Milieurecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en coördinerend milieu-officier van Justitie bij het Functioneel Parket van het Openbaar Ministerie.

Ine Borghans (1962) is coördinerend/specialistisch adviseur bij Inspectie voor de Gezondheidszorg. Ze promoveerde in 2012 op de dissertatie 'Reducing hospital length of stay by improving quality and safety of care?'.

Luuk Boxum (1960) promoveerde in 1997 bij Ko. Hij is rechter bij de rechtbank Noord-Nederland.

Barbara Brink (1977) is docent bij de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen. Ze promoveerde in 2009 op 'Constructing the role of the city in EU multi-level governance: a comparative analysis of the URBAN programmes in Rotterdam and Strathclyde'.

Hansko Broeksteeg (1974) werkt aan de Radboud Universiteit Nijmegen als universitair hoofddocent Staatsrecht. Ko was co-promotor bij zijn promotie in 2004.

Herman Bröring (1959) is hoogleraar Integrale rechtsbeoefening aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen.

Chris Coolsma (1946) was docent bij de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen en fietste decennia lang met Ko tussen Roden en Groningen.

Leo Damen (1945) was hoogleraar Bestuursrecht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen tussen 1991 en 2006. Op dit moment is hij raadsheer-plaatsvervanger bij de Centrale Raad van Beroep en honorair hoogleraar Bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Douwe Jan Elzinga (1950) is hoogleraar Staatsrecht aan de faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen.

Fred Fleurke (1942) is emeritus hoogleraar Bestuurskunde aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij was de eerste functioneel leidinggevende van Ko, die bij hem (en bij Marten Oosting) promoveerde.

Avelien Haan-Kamminga (1977) is werkzaam als senior-lecturer Bestuurskunde aan de Thorbecke Academie en onderzoeker bij het lectoraat i-Thorbecke. Ko was co-promotor bij haar promotie in 2006.

Michiel Herweijer (1955) was van 1989 tot en met 2008 hoogleraar bestuurskunde aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen. Sinds medio 2011 is hij bijzonder hoogleraar bestuurskunde aan de Faculteit Managementwetenschappen, Radboud Universiteit Nijmegen, en directeur van de Noordelijke Rekenkamer te Assen.

Rein-Jan Hoekstra (1941) was van 1994 tot 2001 lid van de Raad van State en daarvoor secretaris-generaal van het ministerie van Algemene Zaken. Hij was voorzitter van de visitatiecommissie Juridische functie en wetgeving en van de evaluatiecommissie Wet veiligheidsregio's; in beide commissies had Ko de Ridder als lid zitting.

Jan Jans (1956) is hoogleraar Bestuursrecht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen.

Gerard Kuiper (1966) promoveerde in 1999 bij Ko. Momenteel is hij bedrijfsjurist & senior adviseur bij de Christelijke Hogeschool Windesheim.

Frans Leeuw (1953) is directeur van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het ministerie van Veiligheid en Justitie en hoogleraar Recht, openbaar bestuur, sociaal-wetenschappelijk onderzoek aan de Universiteit Maastricht.

Dick Lubach (1948) is bijzonder hoogleraar Bouwrecht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen en counsel bij Damsté Advocaten en Notarissen te Enschede.

Jan Mans (1940) was burgemeester van onder meer Kerkrade en Enschede en voorzitter van de commissie Herziening handhaving VROM-regelgeving (2008), waarvan Ko de Ridder lid was.

Bert Marseille (1961) is werkzaam bij de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde, Rijksuniversiteit Groningen, en, als bijzonder hoogleraar Empirische bestudering van het Bestuursrecht, bij het Departement Staats- en Bestuursrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis van de Universiteit Tilburg.

Annalies Outhuijse (1992) is student aan de research-master, Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen en is daar student-assistent bij de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde.

Ferdinand Mertens (1946) is co-decaan voor toezichtopleidingen aan de Nederlandse School voor Openbaar Bestuur (NSOB). Hij was lid van de Onderzoeksraad voor Veiligheid en hoogleraar aan de Technische Universiteit Delft. Daarvoor was hij onder meer inspecteur-generaal van het Onderwijs en inspecteur-generaal van Verkeer en Waterstaat.

Henry Mollel (1972) promoveerde in 2010 bij Ko. Hij werkt nu bij de School of Public Administration and Management van Mzumbe University, Morogo, Tanzania.

Richard Neerhof (1964) is hij werkzaam als universitair hoofddocent Staats- en Bestuursrecht aan de VU. Hij promoveerde in 1995 bij Ko.

Bert Niemeijer (1954) promoveerde in 1991 bij Ko de Ridder. Hij is bijzonder hoogleraar Empirische Rechtssociologie aan de Juridische Faculteit van de Vrije Universiteit en werkzaam bij de directie Strategie van het ministerie van Veiligheid en Justitie.

Peter Polhuis (1949) werkte in 1974-1977 samen met Ko de Ridder als bestuurskundige in het project Bestuur-Bestuurden aan de VU en was paranimf bij zijn promotie (1990). Zijn laatste hoofdfunctie was secretaris-directeur van Wetterskip Fryslân. Momenteel is hij voorzitter van de rekenkamer van Leeuwarden en directeur van het bestuurskundig adviesbureau Dextera Advies BV.

Paul Robben (1950) is adviseur bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg en bijzonder hoogleraar Effectiviteit van het toezicht op de kwaliteit van de gezondheidszorg bij het instituut Beleid & Management Gezondheidszorg van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Michiel Scheltema (1939) was tussen 1972 en 1997 hoogleraar Bestuursrecht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen en staatssecretaris van Justitie in 1981-1982. Van 1998 tot 2004 was hij voorzitter van de WRR. Op dit moment is hij regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht.

Melle Schol (1981) is senior-onderzoeker bij juridisch en bestuurskundig onderzoeks-, advies- en opleidingsbureau Pro Facto in Groningen, is bij Ko afgestudeerd en was student-assistent bij Ko van 2003 tot 2007.

Niko Struiksmā (1969) is directeur van juridisch en bestuurskundig onderzoeks-, advies- en opleidingsbureau Pro Facto in Groningen, is in 1994 bij Ko afgestudeerd en was tussen 1990 en 1997 werkzaam voor Ko als student-assistent en projectonderzoeker.

Albertjan Tollenaar (1978) is universitair docent bij de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen. Hij promoveerde bij Ko in 2008.

Gijsbert Vonk (1960) is als hoogleraar Socialezekerheidsrecht verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen.

Han Warmelink (1963) is universitair hoofddocent bij de vakgroep Staatsrecht en Internationaal Recht, faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen.

Heinrich Winter (1962) is als bijzonder hoogleraar Toezicht verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde, Rijksuniversiteit Groningen en is daarnaast werkzaam als directeur bij juridisch en bestuurskundig onderzoeks-, advies- en opleidingsbureau Pro Facto in Groningen.