

GEREGELD TOEZICHT

JURIDISCHE MODALITEITEN VOOR DE REGELING VAN HET TOEZICHT; I.H.B. TOEGEPAST OP DE NIEUWE CONSUMENTENAUTORITEIT

Michiel A. Heldeweg¹

" ... Zo raakten overheid en markt, ambtenaren en deskundigen, private en semi-publieke functionarissen via allerlei tussenstructuren oncontroleerbaar met elkaar verstrengeld."²

De nieuwe ConsumentenAutoriteit belichaamt een belangrijke noviteit in de waarborging van het publieke/maatschappelijke belang van consumentenbescherming. Tot heden was uitsluitend sprake van waarborging door zelfregulering en privaatrechtelijke rechtsbescherming. Met de ConsumentenAutoriteit wordt een bestuursorgaan geïntroduceerd dat toezicht gaat uitoefenen, met typisch overheidshiërarchische instrumenten, en dat aansluitend publiekrechtelijke sanctiebevoegdheden kan aanwenden. Betekent dit het einde van stelsel? In deze bijdrage staat de vraag centraal of 'oud en nieuw' zich, zoals de bedoeling is, op een goede manier laten verenigen.

1. GOVERNANCE VAN TOEZICHT

1.1 Object van bespreking

Toezicht is een belangrijke schakel in de waarborging van publieke belangen. Dit geldt zowel als private actoren zijn betrokken bij de productie of levering van goederen of diensten die van publiek belang worden geacht (zoals bij openbaar vervoer en energie) – kortom, bij de *realisatie* van publieke belangen - als bij private activiteiten die mogelijk negatieve effecten hebben op door overheidsregels *beschermde* publieke belangen (zoals bijvoorbeeld het milieubelang).

Regulering is een belangrijk instrument om uitdrukking te geven aan betrokken publieke belangen (*articulatie*) en om voor de realisatie of bescherming daarvan waarborgen te bieden (*operationalisatie*). Deze regulering kan, naast de *regeling* van de publieke belangen zelf, door het geven van normatieve uitgangspunten (waaronder beginselen en waarden)³ en van juridische instrumenten (zoals geboden en verboden, concessies en vergunningen, uitkeringen en subsidies), tevens *toezichtsmechanismen* omvatten, bedoeld om de naleving van eerstgenoemde regels te verzekeren (zoals de instelling en regeling van toezichthoudende organen en hun handhavinginstrumenten).

Zoals de behartiging van publieke belangen in belangrijke mate kan worden overgelaten aan de private sector, zo kan ook het toezicht op de naleving (van regels ter bescherming of ter realisatie van publieke belangen) in belangrijke mate in handen worden gelegd van betrokken private partijen. Deze laatste optie speelt een belangrijke rol in deze bijdrage. Zij sluit aan bij de thematiek van *Rechtsvorming en Governance* doordat geprivatiseerd en zelfregulerend toezicht een interessant contrast vormt met het beeld van overheidsregulering – ook wel getypeerd als *top-down* of *command&control* regulering. De casus van de *ConsumentenAutoriteit* is interessant omdat een hybride vorm van toezicht is beoogd: zelfregulerend naast overheidsregulerend, publiekrechtelijk naast privaatrechtelijk, nationaalrechtelijk naast Europeesrechtelijk.

¹ UHD Staats- en bestuursrecht, Universiteit Twente
(<http://www.bbt.utwente.nl/legs/staff/heldeweg/home.doc/>)

² Aldus de vice-president van de Raad van State, Jaarverslag Raad van State 2003, 's Gravenhage 2004, p. 22-23. Zie ook L.F.M. Verhey and N. Verheij, *De macht van de marktmeester, Markt toezicht in constitutioneel perspectief*, Handelingen NJV, 2005-I, Deventer, Kluwer, 2005, p. 135-332 (hierna 'Verhey en Verheij'), i.h.b. p. 187.

³ Waarden kunnen in vage termen worden uitgedrukt, als onderdeel van een taak- of doelomschrijving, bij bevoegdheden of zorgplichten, of als een beslissingscriterium (zoals weigeringsgronden voor een beschikking), maar ook concreet, zelfs nummeriek, zoals bij algemene milieunormen of verbodsbepalingen.

1.2 Leidende vraag

De leidende vraag van deze bijdrage is hoe moet worden geoordeeld over de introductie van de *ConsumentenAutoriteit* als hoofdrolspeler in een hybride nationaalrechtelijke systeem van toezicht op de naleving van consumentenrecht. De *ConsumentenAutoriteit* is een uitvloeisel van de Europese verordening 2006/2004⁴ die strekt tot het instellen van toezichthoudende autoriteiten ten behoeve van coördinatie bij het optreden tegen grensoverschrijdende vormen van collectieve inbreuken op het communautaire consumentenrecht (zoals bij misleidende reclame).⁵

Eerzijds wordt de *ConsumentenAutoriteit* ingepast in een geheel van reeds bestaande nationale toezichts- en handhavingsmechanismen, die vooral zelfregulerend en civielrechtelijk van aard zijn, terwijl de *ConsumentenAutoriteit* daaraan een publiekrechtelijke component toevoegt die vooral direct-overheidsregulerend is.⁶

Anderzijds moet de *ConsumentenAutoriteit* zich een positie verwerven in zowel het nationale als het Europese veld van bestaande en nieuwe toezichthouders, alsmede van andere relevante 'spelers'. In Europees verband betreft het vooral de zusterorganisaties (consumentenautoriteiten uit andere lidstaten) en de Europese Commissie en nationaal betreft het contacten met 'neven en nichten', dat wil zeggen publiekrechtelijke organisaties werkzaam op aanverwante gebieden (zoals de *Autoriteit Financiële markten* en de *Voedsel- en warenautoriteit*) en privaatrechtelijke organisaties (zoals de *Consumentenbond* of de *Stichting Reclame Code*).

De leidende vraag is vooral bedoeld om te kunnen beoordelen of met de vormgeving van het nieuwe stelsel een goede balans tussen deze aspecten wordt gevonden of dat we moeten verwachten dat de balans op enig moment (definitief) zal 'doorslaan', bijvoorbeeld in de richting van een volledig publiekrechtelijk stelsel, gedomineerd door communautair beleid.

1.3 Opbouw

In de volgende paragrafen wordt eerst de vormgeving van de *ConsumentenAutoriteit* nader uitgewerkt (par. 2). Vervolgens wordt (in par. 3) het perspectief van borging van publieke belangen met het oog op de centrale vraagstelling van deze bijdrage besproken. Daarop volgt een reflectie op de rol van toezicht en toezichthouders in algemene zin (par. 4). Tegen die achtergrond worden vervolgens (in par. 5) enkele overwegingen en opvattingen over de positionering van de *ConsumentenAutoriteit* gepresenteerd. Ten slotte volgt (in par. 6) de afsluiting van deze bijdrage.

2. DE CONSUMENTENAUTORITEIT

2.1 Instelling

Bij brief van de staatssecretaris van Economische Zaken van 29 april 2005⁷ wordt het wetsvoorstel handhaving consumentenbescherming aangekondigd, met als belangrijkste onderdeel (het besluit tot) de oprichting van een consumententoezichthouder. Daarmee wordt met name uitvoering gegeven aan bovengenoemde EG-verordening 2004/2006, betreffende samenwerking m.b.t. consumentenbescherming (*Vsc*).

Uiterlijk 29 december 2006 moet volgens de *Vsc* daadwerkelijke samenwerking tussen dergelijke nationale instanties mogelijk zijn. Daarom wordt in de zomer van 2005 het wetsvoorstel terzake naar de Raad van State gezonden.⁸ Op 19 december 2005 wordt

⁴ Verordening 2006/2004, 9 december 2004, PbEG(2004) 364/1, betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming ("verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming").

⁵ Bijvoorbeeld in de sfeer van de Richtlijn TV zonder grenzen; Richtlijn 97/36/EG, PbEG(1997) L202

⁶ De nieuwe Autoriteit krijgt overigens ook een nieuwe civielrechtelijke bevoegdheid; zie hierna.

⁷ Brief aan de Voorzitter der Tweede Kamer, 29 april 2005, kenmerk EP/MW/5025561, onderwerp: Wetgeving toezicht Consumentenrecht.

⁸ Persbericht ministerraad, Ministerie van Economische zaken, RVD, 8 juli 2005.

het wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer: voorstel Wet handhaving consumentenbescherming (*Whc*).⁹

Kort daarvoor, bij brief van de staatssecretaris van EZ van 1 december 2005, werd het besluit tot aanwijzing van een consumentenautoriteit bekend gemaakt; ingevolge de *Vsc* zijn de lidstaten namelijk verplicht tot aanwijzing, voor 29 december 2005, van nationale instanties belast met consumentenbescherming.¹⁰ Het instellingsbesluit loopt vooruit op voornoemde wet en voorziet in de instelling van een apart dienstonderdeel binnen het ministerie van EZ, direct onder de Secretaris-Generaal.¹¹ Dit dienstonderdeel zal de voorbereidende werkzaamheden verrichten opdat vanaf 2007 de echte autoriteit met de eerst dan wettelijk toegekende bevoegdheden van start gaat (op basis van de *Whc*).

2.2 Taken en bevoegdheden

Volgens de Memorie van Toelichting *Whc* zijn de belangrijkste taken van de *ConsumentenAutoriteit*:

- optreden als verbindingsbureau en daarmee als partner in de samenwerking bij de aanpak van collectieve en grensoverschrijdende schendingen van communautair consumentenrecht (in het Europese netwerk van samenwerkende consumenten toezichthouders) – zie ook art. 2.3 *Whc*;
- optreden als bevoegd gezag, dat wil zeggen bevoegd tot het toepassen van toezichts- en handhavingsbevoegdheden (als bedoeld in art. 3 onder c *Vcs*), met het oog op de naleving door burgers en bedrijven van regels ter bescherming van consumenten, in het bijzonder bij collectieve en grensoverschrijdende schendingen van communautair consumentenrecht – zie art. 2.2 en art. 2.4 *Whc*;
- optreden als informatieloket, in feite een informele taak, ten behoeve van alle publieke en private toezichthouders met relevantie voor consumentenbescherming.

De toezichthoudende en handhavende taak is niet beperkt tot communautair consumentenrecht. De relevante bevoegdheden (in art. 2.2 en 2.4 *Whc*) zijn zo omschreven dat zij ook zien op de naleving van in Nederland geldend consumentenrecht. Aldus wordt eventuele discriminatie door de *ConsumentenAutoriteit* tussen ingezetenen van de eigen en van andere lidstaten voorkomen. Overigens bestaat de mogelijkheid dat de *ConsumentenAutoriteit*, in geval van een verzoek om assistentie vanuit een autoriteit van een andere lidstaat, het consumentenrecht van die lidstaat moet toepassen.¹²

Ter verwezenlijking van deze taken worden aan de *ConsumentenAutoriteit* verschillende bevoegdheden toegekend. De belangrijkste zijn:

- het uitoefenen van *toezicht* – zie art. 2.4 *Whc* (met als gevolg toepasselijkheid van afd. 5.2 *Awb*);
- het *handhaven* van consumentenrecht – zie art. 2.2 *Whc*, alsmede § 2.2 en 2.3 *Whc* (resp. privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk);
- het verstrekken en uitwisselen van informatie – met name in het kader van relaties met andere publieke en private organisaties, deels op wettelijke basis, zie art. 2.17 *Whc* en art. 6 en 13 *Vsc*, maar tevens buitenwettelijk.¹³

2.3 Positionering

De *ConsumentenAutoriteit* kan nationaal worden gepositioneerd in een drietal relaties: de relatie tot de rijksoverheid, de relatie tot andere toezichthouders en de relatie met overige maatschappelijke actoren. Europeesrechtelijk is sprake van twee relaties (gevoegd in één verband): de relatie tot consumentenautoriteiten van andere lidstaten en de relatie met de Europese Commissie; een en ander binnen het Europese netwerk.

⁹ TK 2005-2006, 30 411, nr. 1-3 (hierna aangehaald als, Kamerstukken, nr...).

¹⁰ Instellingsbesluit *ConsumentenAutoriteit*, Besluit van de Staatssecretaris van Economische Zaken dd. 15 november 2005 (EP/MW 5714784); brief aan Voorzitter der Tweede Kamer, dd. 1 december 2005, EP/MW 5718738.

¹¹ Art. 2.1 lid 1 Wetsvoorstel Wet Handhaving Consumentenbescherming. Zie ook Kamerstukken, nr. 3, p. 28

¹² Zie het gebruik van de term 'wettelijke bepalingen' in art. 2.2 en art. 2.4. Dit verwijst naar de definitie van die term in art. 1.1 onder n *Whc*, 'communautaire wetgeving ... zoals geïmplementeerd in het Nederlands recht en het recht van de lidstaten.'

¹³ MvT, a.w., p. 24.

De verhouding van de *ConsumentenAutoriteit* tot het ministerie van Economische Zaken kwam hierboven al kort aan de orde. Art. 9.2 *Whc* voorziet in een evaluatie van de wet vier jaar na inwerkingtreding; onderdeel daarvan, aldus lid 2, is de vraag of de bestuurlijke vormgeving van de *ConsumentenAutoriteit* alsdan aanpassing behoeft. Externe verzelfstandiging, door omvorming tot zelfstandig bestuursorgaan (zbo) is dan een optie.¹⁴ Daarmee zou de *ConsumentenAutoriteit* uiteindelijk buiten de algemene ministeriele verantwoordelijkheid komen te staan. Wel zal de minister ook dan een stelselverantwoordelijkheid behouden¹⁵ en voorts een verantwoordelijkheid voorzover aan hem specifieke bevoegdheden (zoals benoeming van bestuurders, financiering of anderszins) zijn toegekend; meer hierover in § 3.

Andere toezichthouders

Wat betreft de verhouding tot andere nationale toezichthouders moet worden onderscheiden tussen:

- a. de relaties met sectoraal bevoegd gezag. Naast de *ConsumentenAutoriteit* zijn nog vijf sectorale toezichthouders aangewezen als bevoegd gezag in de zin van de *Vsc*, te weten de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM; zie art. 3.1 en 3.2 *Whc*), het Staatstoezicht op de volksgezondheid (art. 3.3 en 3.4 *Whc*), het Commissariaat voor de Media (art. 3.5 en 3.6), de Inspectie Verkeer en waterstaat (art. 3.7 en 3.8) en de Voedsel en warenautoriteit (Vwa; art. 3.9 en 3.10 *Whc*). De demarcatie van toezicht en handhavingsbevoegdheden verloopt aan de hand van de bijlage bij de *Whc*: de *ConsumentenAutoriteit* is enkel bevoegd wat betreft de verordeningen en implementatie van richtlijnen genoemd onder a en b van de bijlage en de andere toezichthouders zijn bevoegd ten aanzien van de regels genoemd onder c tot en met h van de bijlage.¹⁶
- b. de relaties met andere overheidsorganen met toezichthoudende taken en bevoegdheden, te weten de (in art. 4.1 lid 1 *Whc* genoemde) Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit OPTA, de Nederlandse mededingingsautoriteit (NMa), de belastingdienst/FIOD-ECD en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA).¹⁷ De taakafbakening met deze organen wordt tot uitdrukking gebracht in de voorrangregel van art. 4.2 *Whc*: bij samenloop van bevoegdheden tussen de *ConsumentenAutoriteit* en een van de genoemde andere organen wordt toezicht en/of handhaving overgelaten aan dat andere orgaan. Volgens de MvT is aannemelijk dat deze organen over het algemeen beter zijn geoutilleerd om het benodigde toezicht uit te oefenen.¹⁸

Ten behoeve van afstemming en samenwerking met voornoemde organen voorziet de *Whc* enerzijds in verplichtingen tot informatie-uitwisseling (zoals in art. 2.17, 3.11 en art. 4.3 tot en met 4.5), alsmede in de mogelijkheid tot het afsluiten van zogenoemde samenwerkingsprotocollen (art. 5.1 *Whc*; zoals over de uitleg van wettelijke begrippen, effectief en doelmatig gebruik van toezichts- en handhavingsbevoegdheden, alsmede over consumentenvoorlichting). De afspraken die in deze protocollen worden vastgelegd worden, althans voor de *ConsumentenAutoriteit*, gemaakt door de minister van Economische Zaken.

Private organisaties

Voorts positioneert de *ConsumentenAutoriteit* zich in relatie tot private maatschappelijke actoren, in het bijzonder tegenover organisaties zoals de Consumentenbond en de Stichting Ombudsman, alsmede organisaties die zijn ontstaan uit zelfregulering tussen

¹⁴ Ibidem, p. 26.

¹⁵ Zie Verhey en Verheij, a.w., p. 190-192; een verantwoordelijkheid voor een goede wettelijke regeling van het toezicht op naleving van consumentenregels, (in casu) mede met het oog op Europeesrechtelijke verplichtingen.

¹⁶ Wat betreft de andere bevoegde autoriteiten wordt aangenomen dat hun bestaande bevoegdheden tot optreden tegen niet-communautaire overtredingen voldoende zijn om (ook) op hun gebied te voorkomen dat een discriminatie optreedt tussen intracommunautaire en louter nationale overtredingen. MvT, a.w., p. 5.

¹⁷ Deze lijst is uitbreidbaar bij Amvb – zie art. 4.1 lid 2 *Whc*.

¹⁸ MvT, a.w., p. 41.

consumentenorganisaties en organisaties van verkopers, zoals de Stichting Geschillencommissie en de Stichting reclamecode. De relatie tussen de *ConsumentenAutoriteit* en deze private organisaties kan verschillende vormen aannemen:

- a. maatschappelijke organisaties kunnen worden ingezet bij de uitvoering van de *Vsc* (zie art. 4 lid 2), in het bijzonder indien een consumentenautoriteit uit een andere lidstaat, als verbindingsbureau, een verzoek doet aan de Nederlandse *ConsumentenAutoriteit*, als verbindingsbureau, tot handhavend optreden (zie art. 8 lid 3 *Vsc*).¹⁹
- b. de minister kan met consumentenorganisaties komen tot afspraken inzake informatie-uitwisseling, doorverwijzing van klachten, afstemming (zoals over het instellen van collectieve belangenacties) en wederzijdse ondersteuning tussen deze organisaties en de *ConsumentenAutoriteit*. Ook deze afspraken kunnen worden vastgelegd in een samenwerkingsprotocol – zie art. 6.1 *Whc*.
- c. maatschappelijke organisaties (van consumenten en verkopers) kunnen partij zijn bij het maatschappelijk overleg, o.a. over trends en nieuwe ontwikkelingen in overtredingen van consumentenrecht resp. in consumentenbescherming.²⁰ Het achterliggende doel is dat het werk van de *ConsumentenAutoriteit* zo goed mogelijk aansluit op hetgeen reeds door private partijen wordt bewerkstelligd – zie art. 6.3 *Whc*.

Toezichtsvangnet; subsidiariteit

Deze schets van de nationale positionering van de *ConsumentenAutoriteit* maakt duidelijk dat de *ConsumentenAutoriteit*, als bevoegd gezag, is bedoeld als vangnet. Waar andere publieke instanties – sectoraal bevoegd gezag en andere overheidsinstanties – toezicht en handhaving voor hun rekening kunnen nemen wijkt de *ConsumentenAutoriteit*. Daarnaast geldt dat de *ConsumentenAutoriteit* is gebouwd op een privaatrechtelijk fundament²¹ en dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling is dat de *ConsumentenAutoriteit* optreedt als private partijen zelf tot oplossingen komen. Wat dit betreft geeft het wetvoorstel uitdrukking aan het *subsidiariteitsbeginsel*.²² Dit veronderstelt dat:

- a. individuele consumenten in beginsel in staat moeten worden geacht zelf zorg te dragen voor hun consumententransacties, resp., indien nodig een beroep te doen op rechtsbescherming;
- b. dat rechtsbescherming wordt geboden via de burgerlijke rechter volgens burgerlijk recht, dan wel volgens de mogelijkheid van beroep om een in zelfregulering tot stand gebrachte geschillenbeslechtende instantie, al dan niet beslissend (mede) op basis van in zelfregulering ontworpen normen, zoals algemene voorwaarden;
- c. dat de wet voorziet in de mogelijkheid van collectieve actie voor consumentenorganisaties (art. 3:305a e.v. BW);
- d. dat de *ConsumentenAutoriteit* zelf pas moet ingrijpen als 'de markt' de handhaving van regels met deze instrumenten zelf niet weet te realiseren en het een onderwerp betreft van collectieve schending van consumentenrecht (al dan niet inter-communautair) – waarvoor het dan vervolgens wel nodig is om in afstemming (zoveel mogelijk vooraf) vast te stellen welke rolverdeling het meest geschikt is en ook om opvattingen over regels van consumentenrecht uit te wisselen (denk aan uitleg die geschilcommissies resp. de *ConsumentenAutoriteit* geven aan algemene voorwaarden, of aan de toepassing of toepasbaarheid van collectieve actie).

Duaal stelsel

¹⁹ Een erkende mogelijkheid hiertoe ligt bij de Stichting Reclamecode, zie MvT, a.w., p. 48.

²⁰ Het moet gaan om 'bodies having a legitimate interest in the cessation or prohibition of intra-community infringements'- Aldus art. 4 lid 2 *Vsc*. In Nederland kennen we natuurlijk de belangenorganisaties in de zin van art. 3:305a lid 1 BW.

²¹ MvT, a.w., p. 28 en 47.

²² Ibidem, p. 6.

Voorts wordt in het wetsvoorstel de handhavingstaak van de *ConsumentenAutoriteit* zo opgezet dat zij:

- bij schending van civielrechtelijke bepalingen van consumentenrecht handhaaft met gebruikmaking van civielrechtelijke instrumenten – zie art. 2.5 en 2.6 *Whc* (resp. een nieuwe verzoekschriftprocedure ex art. 3:305d BW en de algemeen verbindendverklaring van een overeenkomst (waarbij de *ConsumentenAutoriteit* partij is) tot het afwikkelen van massaschade). Het betreft de civielrechtelijke voorschriften als bedoeld onder a in de bijlage van de *Whc* (thans de regels uit het BW inzake misleidende reclame, vakantiepakketreizen, oneerlijke bedingen, time-sharing, overeenkomsten op afstand, consumentenkoop en e-commerce).
- bij schending van publiekrechtelijke bepalingen van consumentenrecht handhaaft met gebruikmaking van bestuursrechtelijke instrumenten – zie art. 2.9 *Whc* (bestuurlijke last onder dwangsom en de bestuurlijke boete) en art. 2.16 *Whc* (openbaarmaking van een beschikking inhoudende dat geen last onder dwangsom of bestuurlijke boete wordt opgelegd omdat de overtreder heeft toegezegd de overtreding te zullen staken). Het betreft hier de publiekrechtelijke voorschriften als bedoeld onder b in de bijlage van de *Whc* (thans voorschriften uit de Prijzenwet en de Colportagewet)

Deze aanpak van een scheiding tussen privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke handhaving (van privaatrechtelijke resp. publiekrechtelijke voorschriften) wordt in de toelichting op de *Whc* aangeduid als het 'duale stelsel'.²³ De keuze voor dit stelsel moet voorkomen dat de bestuursrechter tevens wordt geroepen tot het uitleggen en toepassen van burgerrechtelijke begrippen en bepalingen – met het risico van verschillen ten opzichte van de burgerlijke rechter met rechtsonzekerheid als gevolg. Voorts wenste de regering zoveel mogelijk het huidige privaatrechtelijke stelsel te handhaven. Keuze voor een enkelvoudig bestuursrechtelijk handhavingssysteem zou een ingrijpende wetsherziening hebben meegebracht.²⁴

Verbindingsbureau en Europees netwerk

Wat betreft de Europese relaties schrijft de *Vsc* voor dat per lidstaat een uniek verbindingsbureau wordt aangewezen (art. 4 lid 1 *Vsc*); een positie die in Nederland berust bij de *ConsumentenAutoriteit* (aldus art. 2.3 *Whc*). Het verbindingsbureau vormt het 'doorgeefluik' voor verzoeken tot wederzijdse bijstand bij redelijk vermoeden van intracommunautaire inbreuk. Het initiatief daartoe kan uitgaan van een Nederlandse toezichthouder (inclusief de *ConsumentenAutoriteit*) of van een buitenlandse toezichthouder. In beide gevallen legt de toezichthouder het verzoek voor aan het eigen verbindingsbureau dat dit verzoek doorspeelt aan het desbetreffende buitenlandse verbindingsbureau, dat vervolgens weer de eigen binnenlandse toezichthouder van het verzoek in kennis stelt. Het verzoek kan betrekking hebben op het verkrijgen van informatie (al dan niet door het verrichten van toezichtshandelingen) of op het ondernemen van handhavingsactiviteiten – zie art. 6 e.v. *Vsc*).

In samenhang met het voorafgaande maakt de *ConsumentenAutoriteit* deel uit van het Europese netwerk voor consumentenbescherming waarbinnen toezichthouders, in samenspraak met de Europese Commissie, informatie uitwisselen over trends en nieuwe ontwikkelingen op het gebied van consumentenbescherming, alsmede hun handhavingsactiviteiten – zo nodig – onderling afstemmen – zie art. 9 *Vsc*. Daarbij is dit netwerk een belangrijk forum voor het maken van afspraken over uitleg en toepassing van communautair consumentenrecht – in dit opzicht kan de Commissie haar invloed aanwenden om de uniforme uitleg en toepassing van dat recht te bevorderen (zie ook art. 9 lid 3 jo art. 19 lid 2 *Vsc*).²⁵

3. BORGING: TUSSEN PUBLIEK EN PRIVAAT EN TUSSEN NATIONAAL EN EUROPEES

²³ Ibidem, p. 6 en p. 30-31.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Zie ook de toepasselijkheid van de regels van de Comitologie-procedure: Besluit 1999/468/EG.

Helder mag zijn dat de *ConsumentenAutoriteit* als publiekrechtelijke instantie – in de toekomst mogelijk als zelfstandig bestuursorgaan, thans nog als onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken – wordt ingesteld in het kader van een functie die tot heden in Nederland, de vorm had van *private borging*. Relevante rechtsnormen (ter bescherming van belangen van consumenten) zijn geregeld in het Burgerlijk Wetboek en bij geschillen wordt gebruik gemaakt van in zelfregulering ontwikkelde normen en georganiseerde geschillenbeslechting, geruggensteund door civiele rechtspraak. Thans wordt aan deze systematiek van private borging een systeem van *publieke borging* toegevoegd. Publieke borging door de instelling van een nieuw publiekrechtelijk orgaan en door de introductie van nieuwe publiekrechtelijke instrumenten. Deze organisatorische en instrumentele vernieuwingen zijn weliswaar als aanvullend bedoeld (subsidiair en dual), maar dit neemt niet weg dat zij een nieuwe 'doctrine' toevoegen aan de bescherming van consumentenrechten.

Natuurlijk wordt de *ConsumentenAutoriteit* ingesteld in reactie op een Europeesrechtelijke verordening, maar de instelling gaat ook verder dan die verordening voorschrijft. Niet alleen coördinatie of samenwerking bij grensoverschrijdende collectieve schendingen wordt mogelijk gemaakt, maar tevens wordt de consumentenbescherming in het algemeen uitgebreid met publiekrechtelijke instrumenten. We kunnen wel zeggen dat de regering met het wetsvoorstel van 'de nood een deugd' heeft gemaakt.

De regering is, mede op basis van onderzoek naar klachten – tienduizenden, over de jaren 2001-2003 - tot de overtuiging gekomen dat het Nederlandse Consumentenrecht, wat betreft zaken met een collectief karakter niet de bescherming biedt die thans wenselijk is.²⁶ De introductie van een *ConsumentenAutoriteit*, met de bevoegdheid om juist terzake van collectieve schendingen op te treden en dit, mede omwille van het non-discriminatiebeginsel, zowel voor intracommunautaire als voor louter nationale schendingen, biedt een extra waarborg om de zogenoemde 'witte vlekken' in het Nederlands consumentenrecht in te vullen en, meer in het algemeen gesproken, naast 'sterke markten' een 'sterke overheid' (in de figuur van de *ConsumentenAutoriteit*) te plaatsen.²⁷ Willens en wetens kiest ook de Nederlandse overheid voor een publiekrechtelijke versterking van het bestaande stelsel.

Mede uit overtuiging volgt Nederland zo de verplichting uit de Vsc tot oprichting of aanwijzing van een publiekrechtelijke autoriteit voor toezicht en handhaving²⁸ - met de noodzaak daaraan een aantal publiekrechtelijke bevoegdheden toe te kennen. Dat laatste geldt vooral voor eenzijdige toezichtsbevoegdheden.²⁹ Wat handhavingsbevoegdheden betreft werd aan de lidstaten de keuze gelaten om het bevoegd gezag uit te rusten met sanctiebevoegdheden of om de toezichthouder het recht toe te kennen om bij de rechter te vragen om toepassing van sancties.³⁰

In de toelichting op de Vsc³¹ wordt uitdrukkelijk overwogen dat een publiekrechtelijke autoriteit een noodzakelijke schakel is in de intracommunautaire bescherming van consumentenbelangen. Daarmee wordt aangesloten bij het feit dat de meeste lidstaten op consumentenrechtelijk gebied reeds een publiekrechtelijke vorm van toezicht en handhaving kennen. Doorslaggevend is echter dat publiekrechtelijke vormgeving wordt gezien als noodzakelijke voorwaarde om juist bij grensoverschrijdende inbreuken een effectieve, efficiënte, gelegitimeerde en non-discriminatoire waarborging van consumentenbelangen te kunnen realiseren. Tegelijkertijd stelt de toelichting heel nadrukkelijk dat deze keuze de lidstaten met een nationaal stelsel waarin civielrechtelijke en/of zelfregulerende mechanismen voorop staan, niet dwingt om hun

²⁶ MvT, a.w., p. 2-3.

²⁷ Ibidem.

²⁸ De regering had ook een bestaande autoriteit, zoals de NMa mogen aanwijzen. Daarvan is echter op verschillende gronden afgezien – zie MvT, a.w., p. 3-4

²⁹ Art. 4 lid 5 Vsc.

³⁰ Art. 4 lid 4 Vsc.

³¹ Memorie van Toelichting Vsc, p. 7-8, nrs. 29-36.

nationaalrechtelijke bescherming aan te passen³² - en op voet daarvan heeft Nederland de ruimte gezocht van subsidiariteit en dualisme. De publiekrechtelijke hoedanigheid van de consumentenautoriteiten zal daarin - zoals reeds werd aangegeven - niet alleen nationaalrechtelijk zijn verankerd (zoals uit hoofde van een wettelijke regeling en controlemechanismen zoals de ministeriele verantwoordelijkheid), maar ook Europees(rechtelijk) (omdat de autoriteiten zijn geplaatst in een Europees netwerk van toezichthoudende autoriteiten en, wat betreft de intracommunautaire schendingen, Europees consumentenrecht moeten toepassen - weliswaar zoals nationaal geldend, maar bestuurlijk natuurlijk toch in lijn met de opvattingen van de *Europese Commissie*, vanuit een communautaire verantwoordelijkheid).

Zo beschouwd is sprake van een zowel in 'multi-actor' opzicht, dat wil zeggen met het oog op de positionering tussen publiekrecht en privaatrecht (en tussen dienovereenkomstige actoren), alsmede in 'multi-level' opzicht, dat wil zeggen met het oog op de verhouding tussen nationale en communautaire verantwoordelijkheden (denk aan de ministeriële verantwoordelijkheid en de betrekkingen tot de *Europese Commissie*), sprake van een opmerkelijke regeling.

Enerzijds gaat deze regeling mee met de trend van participatie door de overheid in multi-actor netwerken over de grens van 'publiek en privaat'. Zij is daarbij in die zin afwijkend dat dergelijke netwerken meestal ontstaan doordat de overheid zich terugtrekt en bepaalde vormen van dienstverlening overlaat aan de private sector (door *privatisering* en *liberalisering*; eventueel met openingen voor zelfregulering). In het onderhavige geval echter neemt de overheidsbemoeienis juist toe en groeit de publieke sfeer en neemt de ruimte voor zelfregulering misschien wel juist af (door *publicisering* en eenzijdige overheidsregulering).

Anderzijds is sprake van een aansluiting bij een trend tot internationalisering en Europeanisering, oftewel van multi-level governance, in casu van regulering in de zin van gecoördineerd toezicht op het gedrag van marktpartijen bij consumententransacties.

Focus

Juist in relatie tot het toezicht is in het bijzonder aan de orde hoe de verantwoordelijkheid voor toezicht is geregeld, respectievelijk hoe deze verdeeld is over nationale en Europese autoriteiten en politiek-bestuurlijke ambtsdragers, en hoe dit de nationale keuze voor een stelsel gebaseerd op subsidiariteit en dualisme beïnvloed.

Om te kunnen beoordelen of hierin, zoals aan het slot van par. 2 werd opgemerkt, een goede balans is gevonden, behoeven we allereerst een scherpere typering van de taak van de ConsumentenAutoriteit in de context van toezicht. Daarop is par. 4 toegesneden.

4. TOEZICHT IN CONTEXT

4.1 Toezicht en regulering

Het tamelijk ruime pakket aan taken en bevoegdheden van de *ConsumentenAutoriteit* maakt deze verkenning van het verschijnsel toezicht eens te meer relevant. Wat zijn eigenlijk de belangrijkste taken en bevoegdheden van toezichthouders en hoe is de realisatie resp. het gebruik daarvan doorgaans gereguleerd?

Toezicht is een schakel in de *reguleringsketen*. Die keten begint met *normering*, oftewel de vaststelling van gedragsregels (inhoudende geboden, verboden, aanspraken en plichten) en de toekenning van taken en van bevoegdheden tot het scheppen, wijzigen of doen tenietgaan van gedragsregels. Het toezicht kunnen we omschrijven als het geheel van feitelijke handelingen en rechtshandelingen verricht teneinde vast te stellen of in concrete situaties sprake is van naleving van geldende normen (dat wil zeggen naleving

³² Ibidem, p. 8, nr. 35.

van gedragsregels en correct of adequaat gebruik van bevoegdheden en taken).³³ Zo beschouwd onderscheiden we toezicht van de *handhaving*, oftewel van het door toepassing van sancties ongedaan maken van een geconstateerde normschending. In de praktijk zien we ook wel dat toezicht, naast sanctionering, wordt gebracht onder *handhaving* in ruime zin. Omgekeerd zien we dat toezichthouders vaak veel meer bevoegdheden hebben dan alleen toezichthoudende in de bovenbedoelde zin. In dat verband valt wel de term *Regulators*, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van zogenoemde *marktautoriteiten*. Het gaat dan om de volgende clusterings van bevoegdheden:³⁴

- *bestuursbevoegdheden* - in feite normstellende bevoegdheden, met name in de vorm van beschikkingen, zoals vergunningverlening (NMa; NEa³⁵), vrijstelling en ontheffing, weigeren of toelaten bestuurders (DNB/AFM), toelating (zoals van geneesmiddelen - ZOI³⁶) en aanwijzingsbevoegdheden, bijv. over tarieven en aansluitingsvoorwaarden van netwerken (OPTA);
- *regelgevende bevoegdheden* - normstellende bevoegdheden in de vorm van algemeen verbindende voorschriften, zoals door DNB en AFM. Op het grensvlak tussen bestuursbevoegdheden en deze regelgevende bevoegdheden vinden we ook de zogenoemde beleidsregels inzake de uitoefening van bestuursbevoegdheden, zoals bij de OPTA en bij de NMa;
- *geschilbeslechtende bevoegdheden* - bevoegdheden in de sfeer van rechtsbescherming, opgedragen aan een (zelfstandig) bestuursorgaan (!), zoals de OPTA deze heeft op het vlak van geschillen tussen marktpartijen over overeenkomsten uit de wet of ter uitvoering daarvan. (Notabene, partijen kunnen hierbij wel kiezen tussen geschilbeslechting door de OPTA of door de gewone rechter.);
- *overige bevoegdheden*: toezichthouders kunnen (natuurlijk) hun standpunten ook, gevraagd of ongevraagd, in de vorm van een advies, of in de vorm van schriftelijke opmerkingen kenbaar maken.

Voor de *ConsumentenAutoriteit* zijn – gelukkig – niet al deze bevoegdheden relevant. De bestuursbevoegdheden, toezichthoudend en sanctionerend, zijn het belangrijkste. In relatie daarmee kan de *ConsumentenAutoriteit* ook beleidsregels stellen, waardoor duidelijk wordt hoe de bestuursbevoegdheden zullen worden gebruikt. Daarnaast kan ook de minister beleidsregels geven (zie hierna) en we zagen al dat de minister eveneens afspraken met netwerkpartners kan maken (via de samenwerkingsprotocollen) – maar strikt genomen gaat het daarbij niet om bevoegdheden van de *ConsumentenAutoriteit*.

Fasering in toezichtsbeleid

In het kader van de liberalisering van publieke dienstverlening (zoals bij energie, telecommunicatie, openbaar vervoer en zorg) is het algemene beeld dat in de eerste fase van liberalisering regulering een belangrijk aandachtspunt is; binnen algemene 'marktregels', moeten vaak nog verfijningen worden aangebracht, zoals over toegang en tarifiering van gebruik van netwerken. Toezichthouders kunnen hierin, vooral ook omdat technische expertise vaak een rol speelt, een nuttige functie vervullen. In deze fase van liberalisering wordt het toezicht veelal nog georganiseerd vanuit politieke verantwoordelijkheid; toezichthouders vormen deel van een ministerie zodat, als het erop aan komt, de minister kan sturen en verantwoordelijkheid neemt voor (m.n. regulerings)handelingen van de toezichthouder.

In een latere fase van liberalisering beperkt de toezichthouder zich tot het toezicht in meer strikte zin (van naleving) en daarmee zien we veelal ook een verzelfstandiging van de toezichthouder ten opzichte van ministeriële verantwoordelijkheid. Mede afhankelijk van de aard en het gewicht van de betrokken publieke belangen is voorstelbaar dat

³³ Volgens de Kaderstellende visie op toezicht, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 831, nr. 1, te omschrijven als: "het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren."

³⁴ Zie Verhey en Verheij, p. 157-162

³⁵ Nea-Nederlandse emissie autoriteit.

³⁶ ZAO-Zorgautoriteit in oprichting (toek. NZa).

specifiek toezicht, dat wil zeggen op een bepaalde (markt)sector, wordt ingeruild voor algemeen toezicht (dat wil zeggen op marktwerking in het algemeen – oftewel van eerlijke concurrentie). Voorstelbaar is tevens dat in die latere fase van liberalisering het bestaan van mogelijkheden tot private borging van toezicht, met civielrechtelijke instrumenten resp. in vormen van zelfregulering, al dan niet naast publiekrechtelijk toezicht, een complementaire rol gaan spelen (waarmee een terugtred van het publiekrechtelijk toezicht kan worden verantwoord).³⁷

Dat toezicht steeds vaker organisatorisch wordt verzelfstandigd hangt – kortgezegd – vooral samen met de behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming o.g.v. specifieke deskundigheid.³⁸ Veelvuldig gehoorde nadere motieven zijn: het voorkomen belangenverstrengeling (staat als aandeelhouder); scheiding van beleid en toezicht (geen wetgever in eigen zaak); bescherming van de markt tegen politieke waan van de dag. Verzelfstandiging wordt afgeraden zolang rechtsnormen nog niet zijn uitontwikkeld.³⁹

Publicisering

Zoals hierboven al werd vastgesteld is de introductie van de *ConsumentenAutoriteit* niet de uitkomst van een liberaliseringsproces, maar veeleer van een *publiciseringsproces* (in het toezicht op naleving van consumentenrecht), waarbij de uitkomst trekken vertoont van het hiervoor beschreven – denkbare – eindstadium van toezicht in geliberaliseerde sectoren. Daarbij moeten we ons tevens realiseren dat een nader onderscheid mogelijk is in vormen van toezicht.

4.2 Soorten toezicht

Volgens de recente BZK-nota inzake toezicht (*'Toezicht: Minder last, meer effect; zes principes van goed toezicht'* – hierna de *'Nota Toezicht'*)⁴⁰ kunnen we drie vormen van toezicht onderscheiden. Deze toezichtsvormen houden direct verband met een drietal *'objecten'* van toezicht, te weten: de handelingen van burgers en bedrijven; de uitvoering van publieke taken door zelfstandige organisaties; de uitvoering van publieke taken door medeoverheden. Voor elk type handelen is een aparte vorm van toezicht aan te wijzen.

Nalevingstoezicht

Het *nalevingstoezicht* betreft de hierboven genoemde toezicht op de correcte naleving van gedragsregels door burgers en bedrijven. Een bijzondere vorm hiervan is het zogenoemde markttoezicht. Daarbinnen kunnen nog weer verschillende deelvormen van toezicht worden onderscheiden, te weten:⁴¹

- *algemeen en specifiek mededingingstoezicht*, gericht op resp. het in algemene zin – dat wil zeggen los van een specifieke sector – waarborgen van eerlijke concurrentie (in Nederland door de NMa), of het in goede banen leiden van liberalisering van een bepaalde vorm van dienstverlening – m.n. het tot stand brengen van marktwerking (zoals door de OPTA, de Dte en de Nza). Bij voltooiing van het liberaliseringsproces zou het specifiek mededingingstoezicht moeten opgaan in het algemeen mededingingstoezicht;
- *gedrag van marktpartijen*, gericht op waarborging van markttransacties in overeenstemming met daarvoor geldende gedragsregels. Voorbeelden hiervan zijn de AFM (voor transacties op financiële markten – zoals bij sparen, lenen, verzekeren en beleggen) en de *ConsumentenAutoriteit* (ter handhaving van consumentenrecht, i.h.b. bij collectieve en grensoverschrijdende schendingen). Het belang van de bescherming van consumenten wordt wel gesplitst in meerdere deelbelangen, zoals: van transparantie (infovoorziening); keuzevrijheid (reële keuze; overstap mogelijk);

³⁷ Verhey en Verheij, p. 169 en p. 200-201.

³⁸ Zie ook art. 124c Ar.

³⁹ Ibidem, p. 203. Kaderstellende visie op toezicht, a.w., p. 12

⁴⁰ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), *Minder Last, meer effect. Zes principes van goed toezicht*. Oktober 2005. Aangeboden door de minister van BZK aan de Tweede Kamer bij brief van 12 oktober 2005

⁴¹ De nu volgende indeling is ontleend aan de Nota Toezicht, a.w., p. 14 e.v, alsmede aan Verhey en Verheij, a.w., p. 146-147.

eerlijke handel (redelijke prijzen en leveringsvoorwaarden; geen koppelverkoop); klacht en verhaal (betrouwbare mogelijkheden).

- *toezicht op andere publieke belangen*, gericht op waarborging van bescherming respectievelijk realisatie van specifieke publieke belangen, zoals monetaire stabiliteit (DNB), emissiehandel (Nea), voedselveiligheid (VWA) en toegang en kwaliteit van de media en van informatievoorziening (Commissariaat voor de Media).

Het werk van de *ConsumentenAutoriteit* spitst zich geheel toe op het toezicht op het gedrag van marktpartijen.

Uitvoeringstoezicht

Het *uitvoeringstoezicht* betreft toezicht op de correcte uitvoering van publieke taken door zelfstandige organisaties. Het betreft uitvoering door zelfstandige bestuursorganen (zbo's; zoals universiteiten) enerzijds en door rechtspersonen met een wettelijke taak (rwt's; zoals scholen) anderzijds. Voor het uitvoeringstoezicht is nationaal de ministeriële verantwoordelijkheid uitgangspunt – dit vloeit voort uit de zogenoemde stelselverantwoordelijkheid van de minister, d.w.z. voor de behartiging van het publieke belang met het oog waarop wettelijke regels zijn gesteld (zowel gedragsnormen als toezichtsbevoegdheden). (Europeesrechtelijk ligt het primaat bij de Europese Commissie.)⁴²

Wat betreft de *ConsumentenAutoriteit* is duidelijk dat controle op de uitvoering van taken (voorlopig nog) het karakter zal hebben van interne controle binnen de muren van het departement van Economische Zaken; binnen de ministeriële verantwoordelijkheid. Mocht de *ConsumentenAutoriteit* in de toekomst worden omgevormd in een zbo, dan zal het toezicht door de minister een ander karakter krijgen; qua indringendheid mede afhankelijk van de concrete bevoegdheden die de minister nog heeft (zoals ten aanzien van bekostiging, personele bezetting en taakverwaarlozing) en van voornoemde stelselverantwoordelijkheid (aansluitend op de bevoegdheid van de minister om in de sfeer van regelgeving het functioneren van de *ConsumentenAutoriteit* te beïnvloeden).⁴³ Daarbij zal beslist ook meespelen dat de *ConsumentenAutoriteit* deel uitmaakt van een Europese netwerk van toezichthouders en aldus opereert in ondergeschiktheid aan de Europese Commissie – we komen hierop nog terug.

Interbestuurlijk toezicht

Het *interbestuurlijk toezicht* betreft toezicht op de correcte, dat wil zeggen doel- en rechtmatige taakbehartiging van de lagere overheden door hogere overheden en kan wat betreft de *ConsumentenAutoriteit* buiten bespreking blijven.⁴⁴ Het enige dat hier opmerking verdient is dat de Staat der Nederlanden wat betreft de naleving en uitvoering van Europees recht kan worden aangesproken door de Europese Commissie. De minister van Economische Zaken zal moeten zorgen dat de *ConsumentenAutoriteit* op adequate wijze uitvoering geeft aan Europees consumentenrecht anders loopt Nederland ook financieel risico's.

4.3 Nederlandse principes voor toezicht

In alle gevallen zijn volgens de reeds aangehaalde Nota Toezicht de kernactiviteiten van het toezicht (op burgers, bedrijven, zelfstandige organisaties en lagere overheden): informatie verzamelen (uitwisselen); op basis van deze informatie oordelen over de situatie en vervolgens, indien nodig geacht, interveniëren (hetgeen eigenlijk wil zeggen

⁴² Zie R. van Ooik, The growing importance of agencies in the EU: shifting governance and the institutional balance, in: D.M. Curtin en R.A. Wessel (reds.), *Good Governance and the European Union, Reflections on concepts, institutions and substance*, Antwerpen, Intercientia, 2005, p. 125-152, i.h.b. p. 126.

⁴³ Er zijn ook algemene normering voor het functioneren van zbo's. In de toekomst via de (aanstaande) Kaderwet zbo's (Kamerstukken 27 426 – de behandeling hiervan in de Eerste Kamer is inmiddels weer hervat). Thans gelden de Aanwijzingen voor regelgeving (art. 124a e.v.).

⁴⁴ Begin 2006 wordt een kabinetsstandpunt inzake interbestuurlijk toezicht verwacht (mede op voet van het rapport *Interbestuurlijk toezicht herijkt, Toe aan nieuw zicht op overheden*, van de Bestuurlijke werkgroep Commissie Alders, 7 december 2005).

handhaven).⁴⁵ Voor de uitoefening van deze activiteiten worden in de Nota Toezicht voorts zes *principes* van toezicht onderscheiden:⁴⁶ *selectiviteit* (de overheid beperkt zich tot aanvullend of ondersteunend toezicht – het primaat ligt bij de eigen verantwoordelijkheid van burgers en bedrijven – geven het uitgangspunt van subsidiariteit zeer herkenbaar voor de *ConsumentenAutoriteit*); *slagvaardigheid* (zakelijk, op maat en gericht op optimaal effect); *samenwerkend* (geen onnodige lasten; samenwerking kan daarbij helpen); *onafhankelijkheid* (ministeriële verantwoordelijkheid mag niet in de weg staan aan de autonomie van zelfstandige toezichthouders, vanwege vertrouwen op onafhankelijke oordeelsvorming); *transparantie* (het waarom en hoe van toezicht moet goed worden toegelicht); *professionaliteit* (in het bijzonder voor de persoon van de individuele toezichthouder, mede op basis van zijn positie in de beroepsgroep).

4.4 Europese dimensie van toezicht

De Nederlandse organisatie van en de Nederlandse normering van toezicht behoeft toenemend reflectie op de Europeesrechtelijke context. Steeds vaker wordt immers door EU-recht voorgeschreven dat nationale toezichthouders moeten worden ingesteld of aangewezen.⁴⁷ Met name marktmeesters, in de zin van toezichthouders in de sfeer van algemeen en specifiek mededingingstoezicht, hebben dankzij de Europese Unie/Gemeenschap een plaats verworven in het lidstatelijke rechtsbestel.⁴⁸ De Europese voorschriften voor toezicht(houders) gaan ook steeds nadrukkelijker in op inhoud en methode van toezicht, waaronder de eis van afstemming en samenwerking met toezichthouders in andere landen. Wat het laatste betreft beleven we in het laatste decennium de opkomst van Europese netwerken van nationale toezichthouders; soms samen met een Europese toezichthouder, zoals de Europese autoriteit voor Voedselveiligheid.⁴⁹ Hierop wordt nog teruggekomen.

Een belangrijke eis die juist ook vanuit Europa wordt gesteld aan nationale toezichthouders is die van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.⁵⁰ Zo schrijft de Kaderrichtlijn telecommunicatie⁵¹ voor dat nationale toezichthouders (in Nederland de Onafhankelijke Post en telecommunicatie Autoriteit - OPTA) onafhankelijk moeten zijn van aanbieders; een scheiding is nodig tussen regulering (hoofdzakelijk in technische zin) en met eigendom of zeggenschap verbandhoudende activiteiten (in Nederland tussen met name de Staat en KPN). In overeenkomstige zin verlangt 'Europa' van het toezicht in de elektriciteitsmarkt dat instanties met de functie regelgeving (in Nederland de Directie Toezicht Energie - DTe) geheel onafhankelijk zijn van belangen in de elektriciteitssector.⁵² Volgens Verhey en Verheij kan niet steeds gezegd worden dat het Europese recht hier dwingt tot het instellen van een zbo, kortom, tot het doorbreken van ministeriële verantwoordelijkheid, maar een dergelijke figuur wordt wel wenselijk geacht.

Europese Netwerken

Als gezegd is sprake van een toename van Europese netwerken waarin nationale toezichthouders en de Commissie (en/of, in voorkomende gevallen autonome Europese toezichthouders)⁵³ samenwerken; in het bijzonder ter bevordering van een consistente en meer effectieve toepassing van het Europese recht. Veelal speelt mee dat voordeel wordt gezien in de inzet van nationale autoriteiten omdat deze dichter staan bij de lidstatelijke praktijk – zonder dat nu van subsidiariteit kan worden gesproken – terwijl het anderszins ook vaak gaat om beleidsterreinen waarin 'Europa' niet exclusief bevoegd is.

⁴⁵ Nota Toezicht, a.w. p. 10.

⁴⁶ Ibidem, p. 18 e.v.

⁴⁷ Vgl. *Visie op Markttoezicht*, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 200 XIII, nr. 50.

⁴⁸ Verhey en Verheij, a.w., p. 321-322.

⁴⁹ Ingevolge Verordening 178/2002, PbEG 2002, L31/1.

⁵⁰ Verhey en Verheij, a.w., p. 165.

⁵¹ PbEG 2002, L108/33.

⁵² Richtlijn 2003/54, 26 juni 2003.

⁵³ Het bestaan van nationale en Europese toezichthouders, naast elkaar op hetzelfde beleidsterrein, noodzaakt natuurlijk tot 'verticale afstemming'.

Europese netwerken zijn thans reeds ingesteld voor⁵⁴ telecommunicatie,⁵⁵ energie,⁵⁶ voedselveiligheid,⁵⁷ monetair beleid,⁵⁸ algemeen mededingingstoezicht⁵⁹ en (nu dan) de consumentenbescherming.

In sommige gevallen kan de Commissie in dergelijke netwerken dwingend optreden. Opvallend voorbeeld hiervan is het Telecommunicatie-netwerk; volgens art. 15 lid 3 en art. 7 lid 4 Kaderrichtlijn voor elektronische communicatienetwerken en diensten⁶⁰ beschikt de Commissie zelfs over een veto-recht. In het voorgestelde netwerk voor *ConsumentenAutoriteiten* is – in formele zin – van een dergelijke bevoegdheid geen sprake. Wel is ook daar relevant dat de Commissie meer in het algemeen aanbevelingen en richtsnoeren kan uitbrengen, eventueel op voet van adviezen vanuit het netwerk, waarmee nationale autoriteiten, gelet op art. 10 EG-Verdrag (het beginsel van gemeenschapstrouw) zoveel mogelijk rekening moeten houden.

Ministeriële beleidsregels voor nationale autoriteiten waarmee in Europese netwerken gemaakte afspraken worden doorkruist, kunnen worden beschouwd als strijdig met het voornoemd beginsel van gemeenschapstrouw.⁶¹ Dit sluit weliswaar niet uit dat de minister algemene beleidskaders geeft waarbinnen de autoriteit dient te opereren bij het functioneren in Europese netwerken – zoals op grond van art. 5d Mededingingswet – maar zijn speelruimte wordt geringer naarmate nationale autoriteiten in een netwerk meer succesvol zijn in het maken van beleidsafspraken.⁶²

In verband hiermee moet bedacht worden dat de lidstaten aansprakelijk zijn voor de niet-nakoming van Europees recht door alle bestuursorganen in het eigen land. De vraag is hoe bij zelfstandige toezichthoudende autoriteiten de 'systeemverantwoordelijkheid' van de Staat (lees, minister) voor effectuering van het Europese recht moet worden ingevuld, gegeven de beperkingen van de nationale speelruimte.

Legitimatie van netwerken

In deze context rijst natuurlijk toch de vraag naar de legitimatie van de besluitvorming in netwerken. Door de nieuwe Europese netwerken en de rol van de Europese Commissie daarin dreigen nationale toezichthouders, in de woorden van Verhey en Verheij, als het ware geleidelijk aan te worden 'weggezogen uit de nationale institutionele structuur'. Het risico daarvan is dat zij worden onttrokken aan nationale democratische waarborgen, zonder dat daar compensatie voor wordt geboden. Zij wijzen in dat verband in het bijzonder op de volgende twee problemen:⁶³

- de Europese regelgeving inzake het toezicht is van een gebrekkige kwaliteit, met name in de zin van vaagheid en gebrek aan uniformiteit, alsmede met het oog op waarborging van onafhankelijkheid, inspraak en openbaarheid, en een heldere allocatie van bevoegdheden. Ook wijzen zij op de veelheid aan regels met onduidelijke status, zoals verklaringen en mededelingen; deze zijn juridisch niet bindend, maar de facto kunnen zij wel bindend effect hebben, met name in relatie met art. 10 EG (het beginsel van gemeenschapstrouw);
- het ontbreken van heldere verantwoordingsstructuren. In praktijk wordt veel sturing in het toezicht op de naleving overgelaten aan de Europese Commissie. Via voornoemde netwerken kan de Commissie "in belangrijke mate aan nationale

⁵⁴ Zie ook Verhey en Verheij, a.w., p. 166.

⁵⁵ Besluit Commissie 2002/627/EG, PbEG 2002, L200 – gewijzigd 2004/3445/EG, PbEG 2004, L293.

⁵⁶ Besluit Commissie 2003/796/EG, PbEG 2003, L296/34 (de European Energy Regulators Group).

⁵⁷ Verordening 178/2002/EG, PbEG 2002, L031.

⁵⁸ Het Europese Stelsel van Centrale Banken (ESCB), ingevolge art. 8 EG-Verdrag. Dit stelsel is zelfs zover ontwikkeld dat lidstaten in het geheel geen zeggenschap meer hebben.

⁵⁹ Verordening 1/2003, 16 december 2002, PbEG 2003 L1, alsmede Gezamenlijke Verklaring van de Raad en de Commissie betreffende de werking van het netwerk van mededingingsautoriteiten, www.register.consilium.eu.int (nr. 15435/02 ADD 1) en de Mededeling van de Commissie betreffende samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, PbEG 2004 C101.

⁶⁰ Richtlijn 2002/21/EG van 7 maart 2002, PbEG 2002, L108/33.

⁶¹ Vergelijk ook de Nota Toezicht, a.w., p. 13. Verhey en Verheij, a.w., p. 217.

⁶² Verhey en Verheij, a.w., p. 217-218.

⁶³ A.w., p. 321-322.

toezichthouders haar wil (..) opleggen.”⁶⁴ Onder de noemer van ‘multi-level governance’ ontstaat naar de smaak van beide auteurs een vorm van besluitvorming waarin transparantie en adequate verantwoording “ontbreekt” en democratische controle zelfs geheel lijkt te zijn “zoekgeraakt”.⁶⁵

Het vermag, tegen deze achtergrond, niet verbazen dat schrijvers een appel doen op een meer systematische constitutionalisering, waarmee rechtstatelijkheid en democratisch gehalte van de Europese Unie in termen van de concepten en structuren voor het toezicht, op een hoger peil worden gebracht – in lijn met de grondslagen als genoemd in art. 6 EU-Verdrag (vrijheid, democratie, rechten van de mens, rechtsstatelijkheid – mede gezien het Witboek inzake Good Governance)⁶⁶ en van het Verdrag tot vaststelling van een Europese Grondwet (participatie, openbaarheid, democratie, rechtstaat en behoorlijk bestuur).

5. DE JUISTE BALANS?

Onze leidende vraag is hoe wij moeten oordelen over de introductie van de *ConsumentenAutoriteit* en of de daarmee belichaamde hybride systematiek van subsidiariteit en dualisme in het toezicht op de naleving van consumentenrecht levensvatbaar lijkt.

5.1 Toezicht en verantwoording

Onvermijdelijk moet ook bij deze probleemstelling vooreerst de vraag worden gesteld wie verantwoordelijk is voor de uitoefening van aan de *ConsumentenAutoriteit* gealloceerde toezichtsbevoegdheden, respectievelijk voor de correctie van eventueel gebrekkige uitvoering of voor eventuele tekortkomingen in het (gehele) stelsel van toezicht op de naleving van consumentenrecht? Het antwoord op deze vraag is belangrijk omdat het doorwerkt in zowel de verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden over publieke en private actoren, als over nationale en Europese actoren.

Bevoegdheid

In de nationale context is de eis van wetmatigheid van bestuur ons natuurlijke vertrekpunt. Kenbaarheid en herkenbaarheid van het overheidsoptreden wordt hierdoor verzekerd⁶⁷ en dit voorkomt ondoorzichtigheid en vergroot de mogelijkheid van controleerbaarheid. Bevoegdheden van toezichthouders tot het nemen van eenzijdige rechtshandelingen behoeven daarom, net als bij andere bestuursorganen, een wettelijke grondslag.

In de *Whc* zijn toezichts- en handhavingsbevoegdheden rechtstreeks toegekend aan de *ConsumentenAutoriteit*, niettegenstaande dat deze autoriteit onderdeel vormt van het ministerie van Economische Zaken. Als gezegd heeft de *ConsumentenAutoriteit* daarmee impliciet ook de bevoegdheid tot beleidsregelgeving - ook wat betreft de toepassing van civielrechtelijke instrumenten. Een en ander vloeit voort uit art. 4:81 jo 1:3 lid 3 Awb en in de praktijk wordt van deze bevoegdheid door toezichthouders ruim gebruik gemaakt, door bijvoorbeeld marktautoriteiten zoals de NMa⁶⁸ en de OPTA.⁶⁹

Juist omdat de *ConsumentenAutoriteit* deel uitmaakt van het ministerie van Economische Zaken kan de desbetreffende minister eveneens beleidsregels geven voor het optreden door de *ConsumentenAutoriteit* – vergelijk hiertoe art. 10.1.3.1 Awb. Afwijking daarvan (door de *ConsumentenAutoriteit*) is mogelijk (zie art. 4:84 Awb), maar ook voor een bijzonder geval kan de minister aanwijzingen geven. Niettemin geeft de Memorie van Toelichting bij de *Whc* er blijk van dat het de bedoeling is om ingrijpen in het doen en laten van de *ConsumentenAutoriteit* minimaal te doen zijn⁷⁰ – het eerder genoemde

⁶⁴ A.w., p. 322.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ COM(2001) 428.

⁶⁷ Vgl. prof.mr. S.E. Zijlstra, Zbo's, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheid, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2005-1, p. 2 t/m 6, i.h.b. p. 4.

⁶⁸ Vgl. ook art. 51 Mededingingswet; enigszins verhullend 'uitvoeringsregels' genaamd.

⁶⁹ Vgl. art. 6a en 6a.2 Tw

⁷⁰ MvT-*Whc*, p. 26.

beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van toezicht vormt hiervoor een belangrijke overweging.

Ministeriële verantwoordelijkheid

De rol van de ministeriële verantwoordelijkheid zal ten principale een issue worden als de *ConsumentenAutoriteit* inderdaad wordt omgevormd tot zbo. Veel zal echter afhangen van de bijzondere bevoegdheden die de minister ook in een dergelijk regiem nog zal behouden, zoals de bevoegdheid tot het geven van beleidsregels voor het handelen van zbo's,⁷¹ een algemene vernietigingsbevoegdheid, de bevoegdheid tot benoeming en ontslag, financieringsbevoegdheden en (andere) bevoegdheden in de sfeer van taakverwaarlozing.⁷² Uiteraard moet gebruikmaking van deze bevoegdheden zo geschieden dat het oogmerk waartoe een zbo werd opgericht nog voldoende tot z'n recht kan komen.⁷³ Met het oog hierop wordt – in het algemeen – een bevoegdheid tot het geven van bijzondere aanwijzingen afgewezen. Als gezegd is naast deze specifieke bevoegdheden en de bijbehorende specifieke ministeriële verantwoordelijkheid, steeds sprake een ministeriële systeem- of stelselverantwoordelijkheid; samenhangend met het vermogen van de minister om bij te dragen aan wijziging van het regelsysteem waarvan de zelfstandige toezichthouder deel uit maakt, hetzij door gebruikmaking van de zelfstandige ministeriële regelgevende bevoegdheid, hetzij door initiatieven te nemen tot aanpassing van regels bij Amvb of wet in formele zin.⁷⁴

De ministeriële verantwoordelijkheid voor het handelen van meer of minder zelfstandige toezichthouders staat, zo werd hiervoor al aangegeven, niet op zich zelf, maar moet mede worden bezien in de context van de invloed die uitgaat van andere verticale en van horizontale verantwoordingsrelaties. Dit speelt vooral ook bij de *ConsumentenAutoriteit*, gelet op de verschillende netwerken waarin deze autoriteit moet opereren. Nog een enkele opmerking daarover.

Horizontale verantwoording

In reactie op de zelfstandigheid van menig toezichthouder zijn alternatieve publieke verantwoordingsvormen op de voorgrond getreden; in contrast met de verticale verantwoording in de relatie zbo-minister, wel aangeduid als horizontale vormen van publieke verantwoording.⁷⁵ Te denken valt aan: het rechtstreeks afleggen van verantwoording aan het parlement; de introductie van nieuwe instituties (in feite een 'toezichthouder voor toezichthouders' – vgl. de Algemene rekenkamer); het organiseren van interne controle, met name in de vorm van een zogenoemde Raad van toezicht; verantwoording aan belanghebbenden, al dan niet geïnstitutionaliseerd in een bepaalde overleg/zeggenschapsvorm; actieve toepassing van openbaarheid van bestuur.

Hoewel beslist niet onbetekenend, moet aan deze horizontale verantwoordingsvormen vooral een aanvullende rol worden toegekend. Daarbij spelen twee overwegingen een belangrijke rol:

- voorkomen moet worden dat zich vormen van *regulatory capture* voordoen, waarbij de toezichthouder via horizontale verantwoording afhankelijk wordt van degenen die zij geacht wordt te controleren;
- bedacht moet worden dat de genoemde vormen veelal meer de strekking hebben van aansporingen tot 'good governance' en naleving van algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan dat het om echte verantwoording gaat, die kan uitmonden in sanctionering (tot en met consequenties voor genomen besluiten en zittende bestuurders).⁷⁶

⁷¹ Zie Nota Toezicht, a.w., p. 16. Zie ook art. 124I lid 5 Ar; na amendement keert een regeling van die strekking ook terug in het wetsvoorstel Kaderwet zbo's (Kamerstukken 2000-2001, 27 426, nr. 57). Vgl. voorts art. 19 Wet OPTA, art. 2.13 Wm (NEa) en art 5d Mw (NMa) voor specifieke voorbeelden.

⁷² Zie over de wenselijkheid van dergelijke bevoegdheden t.a.v. zbo's in het algemeen: Verhey en Verheij, a.w., p. 326.

⁷³ Zie de beperking in art. 74 Wbp en zie t.a.v. financieel toezicht door DNB en AFM art. 108 EG-Verdrag.

⁷⁴ Verhey en Verheij, a.w., p. 224-226.

⁷⁵ Ibidem, p. 191

⁷⁶ Zie ook Verhey en Verheij, a.w., p. 252.

Beide bedenkingen gelden in het bijzonder waar het accent wordt gelegd op goede relaties en misschien zelfs de vorming van netwerken met het maatschappelijke veld – iets dat juist ook bij de *ConsumentenAutoriteit* als zeer belangrijk wordt gezien, vooral omwille van het subsidiariteitsbeginsel en de werking van het duale stelsel. Hier moet een balans worden gevonden tussen publiekrechtelijke verantwoordelijkheid belichaamd door de minister en maatschappelijke verantwoordelijkheid belichaamd door het netwerk met vooral de maatschappelijke belangenorganisaties. Als de nadruk te veel op de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid komt te rusten zou een verdere publicisering van het consumentenrecht de uitkomst kunnen zijn. Omgekeerd zou te veel nadruk op maatschappelijke verantwoordelijkheid de politieke doelen (verbetering collectieve consumentenbescherming) en de waarborging van de doorvoering van Europese regels van consumentenrecht problematisch kunnen maken.

Europees verticale verantwoording

In par. 4.4 kwam reeds uitgebreid naar voren dat afspraken en afstemming in Europese netwerken, juist vanwege de gerichtheid op een gecoördineerde en consistente toepassing van het Europese recht, de mogelijkheid van ministeriële interventies – ook op het niveau van algemene aanwijzingen/beleidsregels – beperkt; 'op straffe van' schending van het beginsel van gemeenschapstrouw. Cruciaal punt hierbij is dat netwerken zich bewegen op het gebied van centraal/communautair beleid, uitmondend onderlinge afstemming, maar ook in (impliciete of expliciete) aanbevelingen en richtsnoeren van de Commissie, het meest expliciet als daartoe de comitologieprocedure wordt ingezet – daargelaten dat mogelijk ook inzichten worden uitgewisseld over decentraal/lidstatelijk beleid. Hoewel de minister in deze context (nu, maar waarschijnlijk ook in de toekomst) een interventiemogelijkheid heeft in termen van algemene aanwijzingen over de opstelling van nationale autoriteiten in het netwerkoverleg, moet de invloed niet worden overschat. De kans is groot dat de Europese besluitvorming de nationale beleidsopvattingen zal overvleugelen – denk bijvoorbeeld aan het geval waarin binnen het Europese netwerk, in wisselwerking met de *Europese Commissie*, uitleg wordt gegeven aan bepalingen van Europees consumentenrecht.

Zo beschouwd kan het Europese netwerk van consumentenautoriteiten een belangrijke rol spelen en, niettegenstaande de vraagtekens die bij de verantwoordingsstructuur kunnen worden geplaatst, kan daarmee krachtig invloed worden uitgeoefend op de nationale toezichtspraktijk. Mitigerende factor is wel dat in het onderhavige toezichtstype, te weten op naleving van gedragsregels voor marktpartijen, veel regelgeving al behoorlijk is uitgekristalliseerd en dat het netwerk vooral is bedoeld om een specifieke component van dit gedrag, te weten grensoverschrijdende collectieve schendingen van communautair consumentenrecht, te kunnen beteugelen. Met andere woorden, de beleidsgevoeligheid van het onderwerp lijkt relatief gering – zeker als we dit afzetten tegen bijvoorbeeld het algemeen en specifiek mededingingstoezicht en het toezicht op (andere) publieke belangen.

5.2 Hybride toezicht; publiek versus privaat

De publiekrechtelijke voorzieningen, te weten, in het algemeen, toezichtsbevoegdheden en, ter zake van de overtreding van publiekrechtelijke voorschriften, bestuursrechtelijke sancties, behoren onder de nieuwe regeling te functioneren als vangnet. Enerzijds een vangnet met het oog op grensoverschrijdende collectieve schendingen van consumentenrecht (op grond van wederzijdse ondersteuning – een voorziening die nog ontbrak); anderzijds met het oog op andere schendingen binnen nationale verhoudingen (op grond van afstemming met andere publieke en private toezichthouders – die er tot heden alleen voorstonden en nu kunnen worden ondersteund). Ook de toepassing van de nieuwe civielrechtelijke sanctie – de nieuwe verzoekschriftenprocedure van art. 3:305d BW – is bedoeld als een middel dat slechts wordt ingezet als niet anderszins, dat wil zeggen door private partijen, een oplossing gevonden kan worden. Ten slotte is het de bedoeling dat de *ConsumentenAutoriteit* actief nagaat of private, maatschappelijke

organisaties, kunnen worden betrokken bij het geven van een reactie op een verzoek om wederzijdse bijstand (zie art. 4, lid 2 Vsc).

Voor dit hybride model zijn nationaal de protocollen, afgesloten door de minister, sterk bepalend. Ook overigens kan de minister, o.a. via beleidsregels of bijzondere aanwijzingen invloed uitoefenen op toezichts- en handhavingspraktijk. Hier ligt een eerste gevaar voor het wederzijds vertrouwen binnen het nationale netwerk: partijen in het nationale netwerk moeten op elkanders uitspraken en toezeggingen kunnen afgaan en moeten ruimte hebben om tot afspraken te komen die dat vertrouwen mogelijk maken. Het is op dit punt dat de voorgenomen afstand die de minister ten opzichte van de *ConsumentenAutoriteit* in acht zou nemen ook bewaarheid moet worden.

Een tweede gevaar is dat 'de politiek' en mogelijk ook de maatschappelijke organisaties zelf een beroep gaan doen op inzet van publiekrechtelijke instrumenten in handen van de *ConsumentenAutoriteit*, respectievelijk vragen om een 'activistische' opstelling van de *ConsumentenAutoriteit*. Als grensoverschrijdende handel, mede door toedoen van het Internet, in omvang en snelheid toeneemt, vergroot dit ook de kans dat deze actoren de druk zullen opvoeren en daarmee zelf – eigenlijk op opportunistische gronden – bijdragen aan het slechten van het subsidiariteitsbeginsel.

Een derde gevaar is dat de *ConsumentenAutoriteit* als actor in het Europese netwerk opvattingen van 'Europese snit' zal ontwikkelen en zal meebrengen naar het nationale toezichtsdiscours. Voor het ontwikkelen van vertrouwen in het nationale netwerk is belangrijk dat het overleg daarbinnen zich niet versmald tot uitvoering van Europees consumentenbeleid; een al te dominante input vanuit het Europese netwerk kan schade berokkenen aan de uitgangspunten van subsidiariteit en dualisme.

Een vierde gevaar ligt in het debat over voorwaarden van toelating van maatschappelijke organisaties aan het nationale discours. Ook deze organisaties zullen voldoende vertrouwen moeten uitstralen, willen zij aanspraak kunnen (blijven) maken op erkenning, deelname aan overleg met de *ConsumentenAutoriteit* en op het bijdrage aan het gevolg geven aan verzoeken om wederzijdse bijstand. Subsidiariteit rust op een gemeenschappelijke normatieve grondslag en partners zullen moeten voldoen aan eisen van 'good governance' of anderszins aan eisen van representativiteit, behoorlijkheid, effectief en efficiënt optreden.

Een kernpunt is of de *ConsumentenAutoriteit* een autonome positie mag en kan gaan innemen, zowel tegenover 'Brussel' als tegenover 'Den Haag'. Beide polen zijn een potentiële bedreiging voor de nationale subsidiariteit. 'Brussel' zal moeten waarmaken wat het verkondigd, namelijk dat lidstaten ruimte moeten hebben om hun eigen nationale systemen te kunnen handhaven. 'Den Haag' zal moeten zorgen voor heldere regels (waaronder protocollen) waarbinnen de *ConsumentenAutoriteit* in zelfstandigheid kan bouwen aan het nationale netwerk; onder meer doordat partijen onderling een code van goed samenwerken kunnen ontwikkelen. Zo'n geschreven of ongeschreven code zal nodig zijn om voldoende vertrouwen te generen waardoor subsidiariteit en dualisme kunnen werken.

6. Tot slot

De nieuwe regeling voor grensoverschrijdende consumentenbescherming tegen collectieve inbreuken is nuttig en het streven om nationale stelselkeuzes voor nationale consumentenbescherming te respecteren verdient lof, maar feit is dat verticale verhoudingen (tussen resp. Brussel en Den Haag) grote risico's inhouden voor de poging om door horizontale netwerken het bestaande Nederlandse stelsel in stand te houden. Wat gevestigd was, is daardoor toch minder vanzelfsprekend geworden. Vertrouwen moet nu worden ontwikkeld in een veel complexer spel dan tot heden werd gespeeld. Het vinden van een goede balans is vooral afhankelijk van de wil tot samenwerken enerzijds van velen en anderzijds van enkele potentieel dominante, publiekrechtelijke spelers.

Multi-level en multi-actor governance vormen elk voor zich reeds een forse uitdaging voor sturingsambities. In de casus van de *ConsumentenAutoriteit* zien we een combinatie

van beide governancevormen. De ambities zijn om governance in de zin van horizontale sturing in netwerkverbanden mogelijk te maken. Dat gezegd zijnde zijn er Europees en nationaal publiekrechtelijke verantwoordelijkheden die enerzijds betekenis kunnen geven aan netwerk-governance maar er anderzijds ook de belangrijkste bedreiging voor vormen. In beide opzichten is geboden dat bevoegdheden en verantwoordelijkheden zo helder mogelijk worden geformuleerd. Governance als alternatief voor government is slechts mogelijk als government helderheid biedt over de eigen positie en daarin tevens een bruikbaar speelveld voor horizontale samenwerking aangeeft. Gebeurt dit niet dan valt voor de consumentenbescherming in Nederland te vrezen dat een volledige publicisering de uiteindelijke, ongewilde, uitkomst zal zijn.