

BOEKBESPREKING

Prof. mr. A. Brack

Besproken wordt:

Prof. Mr. A.T. Ottow, *De markt meester? - De zoektocht naar nieuwe vormen van toezicht*, inaugurele rede Universiteit Utrecht, 18 september 2008, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2009 (37 pp., ISBN 978-90-8974-067-0).

In deze bespreking wordt tevens aandacht besteed aan:

Peter Mascini & Eelco van Wijk, *Responsive regulation bij de Voedsel en Waren Autoriteit – Een empirisch onderzoek naar de theoretische veronderstellingen*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2009 (65 pp., incl. bijlagen, ISBN 978-90-8974-137-0)

Deze uitgave bevat een fraaie rede: mooi uitgegeven en ook aantrekkelijk van inhoud, die overzichtelijk en goed leesbaar is. De rede verdient aandacht in dit tijdschrift omdat *compliance* een van de kernonderwerpen is.

Blijkens het colofon was mevrouw Annetje Ottow ruim vijftien jaar werkzaam in de advocatuur. Onlangs nog (2006) promoveerde zij op een proefschrift over telecommunicatietoezicht en met het in verkorte vorm uitspreken van deze rede heeft zij haar benoeming per 1 augustus 2007 tot hoogleraar economisch publiekrecht aan het Utrechtse Europa Instituut aanvaard. Zij is per 1 april 2006 (tevens) werkzaam als geassocieerd lid van het college van de Onafhankelijke Post en TelecommunicatieAutoriteit (OPTA).

De rede trekt vanuit het verleden lijnen naar de toekomst en is als volgt ingedeeld:

1. Inleiding
2. Twee toezichtstijlen: verticaal en horizontaal toezicht
3. Zelfregulering en *compliance*
4. Criminalisering van het mededingingsrecht
5. Conclusie

Economisch publiekrecht kan als een neutrale aanduiding van een juridisch deelgebied worden opgevat, maar er zijn – althans waren – verwante aanduidingen gangbaar, ook in Utrecht, die als minder neutraal gelden.

Nomen sit omen, de naam is een teken: “sociaal-economisch recht” heeft een andere betekenis dan “economisch ordeningsrecht”. Terecht geeft de oratrice in het eerste deel van haar rede ruime aandacht aan wat illustere vakgenoten als Walter van Gerven en Pieter VerLoren van Themaat aan beginselen hebben onderscheiden. Ontleend aan de Franse revolutie: vrijheid, gelijkheid en broederschap. Het laatste beginsel in dit verband begrepen als coördinatie, of mooier: solidariteit. Schrijfster geeft hieraan een eigentijdse kleuring: “Solidariteit is in feite de voorloper van wat nu zou worden geduid als maatschappelijke verantwoordelijkheid (...)”, (p 11).¹ Zij noemt dit verder het verantwoordelijkheidsbeginsel (p 12): “Dit geloof in de bereidheid van ondernemingen om met de belangen van anderen rekening te

¹ Merk op dat er een subtiele verschuiving heeft plaats gevonden van overheidstaak naar ondernemingsfocus.

houden, (...)” is generaliserend en ook enigszins romantisch in de zin van de wens die de vader is van de gedachte. Hoe dan ook, het gaat over toezicht, zowel markttoezicht als gedragstoezicht, over toezichthouders of marktautoriteiten, “marktmeesters” aldus de titel. En kennelijk zijn nieuwe vormen van toezicht nodig, want anders organiseer je geen zoektocht.

Het is de verdienste van deze rede dat het onderwerp duidelijk wordt gepresenteerd en dat inzichtelijk wordt gemaakt dat over de vraag welk type toezicht wenselijk is verschillend kan worden gedacht. Zo nu en dan klinkt schrijfsters eigen mening al door en dat is te vroeg in dit deel van de rede. Verticaal toezicht duidt op de inzet van traditioneel genoemde instrumenten, zoals de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom; gedrag wordt als het ware van bovenaf gecorrigeerd, autoriteiten zoals marktmeesters zijn immers boven ons gesteld (pp 12-13). Bij de horizontale benadering daarentegen wordt volgens schrijfster samenwerking met de onder toezicht gestelde gezocht. Voorbeelden zijn zelfregulering/coregulering en het stimuleren van *compliance*-programma's.² Schrijfster ziet een tendens naar meer horizontaal gericht toezicht; marktmeesters zouden zijn gericht op het leggen van meer verantwoordelijkheid bij de onder toezicht gestelde. Dit zou dan tenminste moeten resulteren in een mix van horizontale en verticale instrumenten. Het handhavingsbeleid van de VWA is hard waar het moet en zacht waar het kan³, de AFM wil van rule-based naar principle-based toezicht, de OPTA wil meer preventie en biedt *compliance*-bijstand en bij de NMa is clementie te krijgen, al dan niet vastgelegd in toezeggingsbesluiten. Zo heeft de verzekeringssector in dit verband met de NMa samengewerkt (pp 14-15). Schrijfster verklaart deze tendens tot meer horizontalisering uit de noodzaak tot doelmatige besteding van algemene middelen, goedkoper handhaven dus, en vanuit moderne inzichten zoals die van de WRR inhoudende dat het goed zou zijn om ondernemingen op hun eigen verantwoordelijkheden te wijzen. In het midden van bladzijde 16 staat het nog duidelijker: de samenleving is te complex geworden om “alles en iedereen verticaal te blijven aansturen” en “een horizontale manier van werken leidt tot betere resultaten”. Enigszins parafrazerend: een optelsom van onmacht en geloof in het betere.

Hoewel schrijfster tussen de regels door steeds duidelijker laat blijken een groot voorstander te zijn van meer horizontaal toezicht, weet ze toch ook de nodige nuancering aan te brengen. Zo waarschuwt ze voor een overkill aan horizontaal toezicht en heeft aandacht voor multidisciplinaire benaderingen die een eenzijdige juridische focus kan helpen voorkomen (p 18-19). Ook aan empirische onderbouwingen van handhaving ontbreekt het; welk effect hebben sancties eigenlijk (p 20)? En wat is au fond de taak van een toezichthouder, is er eigenlijk niet zoiets als een handhavingsplicht (p 23)?

Vervolgens worden in het derde deel van de rede (pp 29 e. v.) twee horizontale instrumenten in het bijzonder belicht: zelfregulering en

² Het woord *compliance* is in de rede steeds cursief gezet en staat voor “regelnaleving” (p 13)

³ Mag ik zo vrij zijn te verwijzen naar kritisch werk van eigen hand? Zie het redactionele artikel Levensmiddelen: veiligheid, vertrouwen, hulp en handhaving, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2007/2, 37-38

convenanten enerzijds, *compliance*-programma's anderzijds. Compliance wordt nogal losjes met toezicht in verband gebracht, het lijkt alsof het onderwerp toevallig voorbij komt: "Het invoeren van *compliance*-programma's kan worden gestimuleerd door toezichthouders." Het kan, maar het hoeft niet en het kunnen zelfs "vrijblijvende afspraken" zijn. Ook hier heeft schrijfster wel weer oog voor mogelijke problemen, die zo voeg ik er aan toe misschien wel fundamenteel van aard zijn: publiekrecht en privaatrecht gaan door elkaar lopen. "Of anders gezegd: waar eindigt de bestuurlijke controle en begint die van de onderneming?" (p 30).

Het kleine vierde deel van de rede, Criminalisering van het mededingingsrecht, valt wat uit de toon; het is misschien wel te specifiek in dubbel opzicht. Strafrecht en antitrustrecht, is dat niet een te Amerikaanse combinatie? En om strafrechtelijke handhaving nu maar meteen van het etiket "criminalisering" te voorzien, is misschien ook iets te wild. Hoe aardig ook als contrast, het onderwerp is niet perse nodig voor dit bestuursrechtelijke betoog.

Een kernconclusie wordt als volgt geformuleerd: "Modern toezicht vereist dat toezichthouders niet slechts verticaal aansturen, maar ook oog hebben voor horizontale aspecten" (p 34). Hier ligt het aanknopingspunt met het onderzoek van Mascini & Van Wijk. **Responsive regulation** wordt volgens hen gebruikt om de tegenstelling tussen een op bestraffing gerichte handhavingsstijl (command and control, verticaal dus) en een op overreding gerichte handhavingsstijl (compliance, horizontaal dus) te overbruggen. Wie het woord *responsive* in een woordenboek opzoekt, vindt betekenissen als toegankelijk, aanspreekbaar, toeschietelijk. Dit helder geschreven onderzoekrapport heeft mij onder meer geleerd dat de kern van deze gemengde handhavingsstijl is dat de toezichthouder zijn reactie afstemt op het gedrag van burger of bedrijf. Er wordt zelfs, enigszins verwarrend, gesproken van het imiteren of kopiëren van gedrag. Is de gecontroleerde goedwillend, dan wordt hij of zij idem dito tegemoet getreden door de toezichthouder die als het ware hulp en bijstand verleent. Is de gecontroleerde in de contramine en vertoont verzet tegen de in principe goedwillende controleur, dan dient deze te veranderen in de onbuigzame handhaver die sanctionerend optreedt. Mascini & Van Wijk hebben hun buitengewoon belangrijke onderzoek uitgevoerd in samenwerking met controleurs van de VWa. Zij hebben onder meer drie veronderstellingen getoetst (p 14 e.v.):

1. zijn controleurs in staat de gewenste handhavingsstijl consistent toe te passen in concrete situaties?
2. is het eigenlijk wel mogelijk (los van het vermogen van controleurs, zie ad 1.) de meest geschikte handhavingsstijlen in de praktijk toe te passen?
3. hebben controleurs negatieve onbedoelde effecten van hun optreden wel in eigen hand?

De bevindingen (p 23 e.v.) zijn naar mijn mening opzienbarend.

Tussen controleurs bestaat geen overeenstemming over de juiste aanpak. Controleurs treden in vergelijkbare gevallen verschillend op en de verschillen zijn zelfs groot. Het maakt dus veel uit of je met controleur A of B te maken hebt. En het zijn natuurlijk niet alleen de controleurs die (soms?, consistent?) hun gedrag aanpassen aan dat van de ondernemer. Ondernemers zijn slim of sociaal intelligent genoeg om op hun beurt hetzelfde te doen zoals in de wat mij betreft hilarische case van de *geroosterde Pekingeenden* (p 24): “Veelzeggend was de vraag van een Chinese restauranthouder die bij binnenkomst van de controleur vroeg of de controleur uit het ene of het andere team kwam. Hij wist blijkbaar dat het hier van af hing of hij wel of niet beboet zou worden voor zijn Pekingeenden.” De conclusie dat er systematische verschillen bestaan in de manier waarop gecontroleerden tegemoet worden getreden is generaliseerbaar. Uit literatuuronderzoek dat in het kader van de voorbereiding van dit rapport is gedaan blijkt dat dit voor veel toezichthouders op gaat (pp 27-28). Controleurs kiezen in de praktijk ook al niet voor de meest geschikte handhavingsstijl en zij hebben het ontstaan van negatieve maar onbedoelde effecten van hun optreden niet in de hand. Hier is een scala van verklaringen voor te geven. Het is eigenlijk een festival van misverstanden, eigenzinnig optreden, onjuiste vooronderstellingen, interpretatieverschillen en allerlei interacties die wel of niet worden voorzien en doorzien. Talloze varianten van wat de directie van het Simplistisch Verbond eens *crommunicatie* noemde passeren in dit onderzoekrapport de revue. Gecontroleerden reageren niet op hoe de controleur het in al zijn goedwillendheid bedoeld heeft, maar op hoe zij de controle daadwerkelijk ervaren. Zie de pagina's 32 en 33 voor prachtige voorbeelden uit de praktijk. Mascini & Van Wijk zijn vervolgens te vriendelijk voor de VWa met medewerking van wie zij immers een belangwekkend onderzoek konden uitvoeren. Ook zijn zij niet bereid om op grond van hun bevindingen de theorie van de responsive regulation af te schrijven. Aan het einde gekomen van deze studie opperen zij enkele suggesties om de theorie te verfijnen. Bepaald speculatief lijkt mij een voorgestelde bijstelling van de kern van wat *responsive* toezicht houden zou moeten betekenen: een negatieve opstelling van de gecontroleerde zou misschien bewust juist niet gevolgd moeten worden door de toezichthouder in de hoop dat de gecontroleerde zich spontaan bekeert tot het goede. Een theorie die op deze manier overeind gehouden moet worden verdient het om afgeschreven te worden.

De auteurs van de twee publicaties waaraan in dit stuk aandacht is besteed, hebben mij gestimuleerd na te denken over modern genoemde nieuwe vormen van toezicht en handhaving. Ik denk dat horizontaal handhaven een slecht idee is. We zetten de deur naar rechtsonzekerheid open omdat de ene controleur anders reageert dan zijn of haar collega in de interactie met de gecontroleerde. We scheppen bewust een grijs gebied waarin een mate van gedogen wordt toegelaten afhankelijk van het beoordelingsvermogen van de toezichthouder. De wetgever heeft een sanctie verbonden aan maatschappelijk ongewenst gedrag, maar we staan toe dat er in de handhavingspraktijk een *indirect* verband ontstaat tussen gedrag en sanctie. Het opleggen van sancties wordt mede afhankelijk gemaakt van de

gepercipieerde (on)welwillendheid van de gecontroleerde. We belonen de calculerende ondernemer die al snel begrepen heeft dat zijn integriteit, of wat daar ogenschijnlijk voor door gaat, bepalend is voor de vraag of er boetes worden uitgedeeld of niet. De controleur zit op de stoel van de rechter. Het is een *fuzzy* toestand: non-sharp, blurred, out of focus. Onscherp, groezelig, smoezelig. Het is niet nodig om bedrijven ten overvloede nog eens op hun verantwoordelijkheden te wijzen. Er moet een transparante relatie zijn tussen het vaststellen van ongewenst gedrag en een duidelijke handhavingsreactie, zonder pedagogisch gemarchandeer. Het is niet goed om de indruk te wekken dat er onderhandeld kan worden over sanctionering. Het is een ernstige aantasting van de rechtstaat om controleurs de bevoegdheid te geven om te beoordelen of een sanctie wel of niet *verdiend* is. In onze juridische organisatie is het gelukkig nog altijd de rechter die beslissingen neemt over schuld- en strafuitsluitingsgronden. Als ik naar mijn mening ten onrechte opvoedkundig wordt toegesproken, dan wil ik zo'n modernistische toezichthouder de deur kunnen wijzen zonder een gereede kans te lopen vanwege diens te lange tenen een extra hoge boete te krijgen. De politie is namelijk helemaal niet je beste vriend!

Jaren geleden at ik in een Haags restaurant gelegen tegenover het Binnenhof. Er liepen muizen rond. Desgevraagd verklaarde de ober dat dat gebruikelijk was in dat deel van de oude stad. Ik stuurde een bericht aan de toezichthouder. Die antwoordde mij dat het probleem bekend was, dat er een compliance-traject in gang was gezet waar door de restauranthouder serieus aan mee werd gewerkt en dat er goede hoop was dat het probleem, dat weliswaar hardnekkig was, uiteindelijk beheersbaar zou blijken. Weet u wat ik denk? Ik denk dat er nog steeds muizen rondlopen in dat restaurant en dat de kans vrij groot is dat het er intussen niet minder geworden zijn. Ik onthoud mij maar van een oordeel over wat er had moeten gebeuren, want tot het opleggen van echte sancties ben ik niet bevoegd. "Command and control" heeft onmiskenbare voordelen: het is duidelijk en werkt zonder aanzien des persoons.

Tenslotte. Was de Utrechtse rede nou echt een zoektocht naar nieuwe vormen van toezicht? Of was het van meet af aan de bedoeling te pleiten voor (meer) horizontaal toezicht omdat er met het geïntroduceerde verantwoordelijkheidsbeginsel een mooie compositie van te maken is? Ottow stapt te lichtvaardig over de grote nadelen van horizontaal toezicht heen. Haar tactiek lijkt te zijn geweest: des te meer aandacht ik aan de risico's besteed, des te aannemelijker zal mijn betoog worden gevonden. De conclusies (p 34-36) kunnen echter ook gelezen worden als goede redenen om er niet aan te beginnen, in plaats van even zovele waarschuwingen voor uitglijders. "Blijkt dat de betrokken onderneming het overleg misbruikt of dat de horizontale instrumenten niet effectief zijn, dan rest de toezichthouder niets anders dan terugvallen op zijn klassieke handhavingsinstrumenten." (pp 35-36). Via een omweg terug bij af.