

2013

Universiteit Twente
Faculteit Management en Bestuur
Master Public Administration
Track Recht & Bestuur

Arjan Heupers (s0019046)

Begeleiders:

Mr. drs. M.Harmsen

Prof. mr. dr. M.A. Heldeweg

»GRENZEN AAN DE BELEIDSRUIMTE VAN DE PUBLIEKRECHTELIJKE TOEZICHTHOUDER«

Afstudeeropdracht voor de Master Public Administration track Recht & Bestuur aan de Universiteit Twente

Inhoudsopgave

Voorwoord	6
Hoofdstuk 1: Inleiding	7
1.1. Aanleiding	7
1.2. Probleemstelling	9
1.3. Onderzoeksvraag	11
1.4. Deelvragen en methode van onderzoek.....	11
Hoofdstuk 2: Wat is toezicht en wie zijn de toezichthouders?	12
2.1. Begripsbepaling.....	12
2.1.1. Toezicht	12
2.1.2. Handhaving.....	13
2.2. Soorten toezicht.....	14
2.2.1. Inleiding.....	14
2.2.2. Indeling toezicht	14
2.2.3. Systeemtoezicht	15
2.2.4. Samengevat	16
2.3. Doel van toezicht	16
2.3.1. Inleiding.....	16
2.3.2. Vertrouwen	17
2.3.3. Samengevat	18
2.4. Toezichthouder	18
2.4.1. Definitie	18
2.4.2. Verschillende soorten toezichthouders	19
2.5. Instrumenten toezichthouder.....	20
2.5.1. Last onder bestuursdwang	21
2.5.2. Last onder dwangsom	21
2.5.3. Bestuurlijke boete	21
2.6. Tussenconclusie	21

Hoofdstuk 3: In hoeverre is toezicht en het houden van toezicht juridisch genormeerd?	23
3.1. Legaliteitsbeginsel	23
3.2. Beginselplicht tot handhaving	24
3.2.1. Inleiding	24
3.2.2. Concreet zicht op legalisatie.....	26
3.2.3. Overige bijzondere omstandigheden	26
3.3. Beleidsruimte	27
3.3.1. Evenredigheidsbeginsel	27
3.3.2. Beleidsvrijheid	27
3.3.3. Beoordelingsvrijheid.....	28
3.3.4. Rechtmatigheid	29
3.4. Beleid en beleidsregels	29
3.4.1. Afwijken van beleid	30
3.4.2. Toezichthouder en beleid.....	31
3.4.3. Toezichthouderdilemma	32
3.5. Prioriteringsbeleid.....	32
3.6. Beginselplicht tot toezicht	35
3.7. Tussenconclusie	36
 Hoofdstuk 4: Welke rechtsgevolgen heeft het niet houden van toezicht?	 38
4.1. Inleiding	38
4.2. Functies van aansprakelijkheid	39
4.3. Onrechtmatige daad	40
4.3.1. Onrechtmatige daad.....	40
4.3.2. Toerekenbaarheid	41
4.3.3. Schade	42
4.3.4. Causaliteit	42
4.3.5. Relativiteit	43
4.3.6. Formele rechtskracht	43
4.4. Jurisprudentie	44
4.4.1. Zolderraamarrest.....	44
4.4.2. Restaurant Buddha.....	45
4.4.3. Duwbak Linda	46
4.4.4. Vuurwerkkramp Enschede	46

4.4.5.	Vie d'Or	48
4.4.6.	CMI	48
4.5.	Strafrechtelijke aansprakelijkheid	49
4.6.	Tussenconclusie	49
Hoofdstuk 5: Conclusie.....		51
5.1.	Inleiding.....	51
5.2.	In hoeverre zijn publiekrechtelijke toezichthouders verplicht tot het houden van toezicht	51
5.1.1.	Wat is toezicht en wie zijn de toezichthouders?	51
5.1.2.	In hoeverre is toezicht en het houden van toezicht juridisch genormeerd?	52
5.1.3.	Welke rechtsgevolgen heeft het niet houden van toezicht?	53
Bibliografie		54
Lijst van aangehaalde jurisprudentie		57

"La liberté se définit comme le droit de faire tout ce que les lois permettent ; et si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir."

"Vrijheid is het recht om alles te doen wat de wet toestaat, en als een burger zou kunnen doen wat bij wet is verboden, dan zou hij niet langer vrij zijn, omdat zijn medeburgers hetzelfde zouden kunnen."

Charles Montesquieu

Voorwoord

De organisatie van een maatschappij kan niet zonder regels. Hoe die regels eruit moeten zien en tot hoeverre zij moeten ingrijpen in het handelen van overheid, burgers en bedrijven is een vraag die mij tot op de dag van vandaag nog altijd boeit.

Ook tijdens het onderzoek naar de beleidsruimte van de publiekrechtelijke toezichthouder is gebleken dat deze vraag niet makkelijk te beantwoorden is. Vele onderzoekers hebben zich door de jaren heen gestort op dit onderwerp en ongetwijfeld zullen velen dit ook in de toekomst nog gaan doen. Voor mij was het wederom een enorme uitdaging om de weg te vinden binnen een breed scala aan wetboeken, jurisprudentie en juridische vakliteratuur. Wat de uitdaging nog groter maakte was om dit onderzoek te combineren met een volledige baan. Ik had deze uitdaging dan ook niet kunnen volbrengen zonder de steun van mijn zeer geduldige en meedenkende vrouw. Daarnaast heb ik het geluk dat mijn grootste supporters tevens mijn familie zijn. Ontzettend bedankt voor jullie steun, begrip en geduld.

Ook wil bedanken mijn afstudeerbegeleiders Marc Harmsen en Michiel Heldeweg. Niet alleen wil ik jullie bedanken voor de tijd die jullie hebben besteed aan de goede en zeer bruikbare feedback tijdens de voortgang van het afstudeertraject. Tevens wil ik jullie bedanken en complimenteren voor de altijd zichtbaar met passie gegeven colleges rondom de vele aspecten van het bestuursrecht. Jullie colleges zijn altijd een bron van inspiratie geweest.

Hoofdstuk 1: Inleiding

In zijn oratie bij het aanvaarden van het ambt van hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder handhavingrecht, aan de Universiteit van Tilburg stelde Michiels in 2006 de vraag wanneer, hoe vaak en hoe intensief toezicht moet worden gehouden en kwalificeerde hij deze als een van de meest cruciale vragen in het huidige handhavingrecht.¹ Deze belangrijke vragen, nu ruim zeven jaar later, staan ook centraal in deze thesis waarin onderzoek wordt gedaan naar de grenzen aan de beleidsruimte van de publiekrechtelijke toezichthouder.

1.1. Aanleiding

Steeds vaker wordt de overheid aansprakelijk gesteld voor nalatigheid in het houden van toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften. Enkele voorbeelden hiervan zijn de arresten rond de aansprakelijkheid van de gemeente Rotterdam en de Dienst Centraal Milieubeheer Rijnmond (DCMR) wegens falend toezicht naar aanleiding van een brand bij het bedrijf CMI, de aansprakelijkheidsstelling voor falend toezicht naar aanleiding van de vuurwerkramp in Enschede en, internationaal gezien, een zaak wegens falend overheidstoezicht naar aanleiding van een ontploffing op een vuilnisbelt in Turkije. Ook werd de overheid aansprakelijk gesteld inzake falend toezicht bij een legionella besmetting in Bovenkarspel en werd de overheid naar aanleiding van falend financieel toezicht aansprakelijk gesteld voor schade in de zaak van levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or. Deze arresten doen vermoeden dat er een mismatch bestaat tussen hetgeen van een toezichthouder wordt verwacht ten opzichte van wat deze levert. Hieronder worden de genoemde arresten nader toegelicht:

Brand bij containerbedrijf CMI, Rotterdam

In het arrest CMI stond het volgende centraal: Op 11 mei 1995 werden bij een controle door een medewerker van de DCMR overtredingen geconstateerd bij het containerbedrijf CMI. Er worden hier diverse waarschuwingen over gegeven aan het bedrijf CMI, maar een half jaar later ontstaat er brand en gaat het bedrijf in vlammen op. Ook een naastgelegen bedrijf wordt hierdoor getroffen en de opgeslagen goederen in dat bedrijf gaan uiteindelijk in vlammen op. De verzekeraars stellen hierbij de gemeente Rotterdam en de DCMR aansprakelijk. De rechtbank overweegt in 2004 als volgt:

“In het licht van die acute en ernstige gevaren en de aanmerkelijke kans op ernstige schade die, gelet op de aard en de hoeveelheid van de bij CMI opgeslagen gevaarlijke stoffen, zou ontstaan indien deze gevaren zich zouden verwezenlijken, mocht in beginsel een voortvarend en dwingend optreden van de Gemeente en de DCMR verwacht worden, ook in de omstandigheden van 1995. In het licht van het bovenstaande is het hof van oordeel dat de Gemeente en de DCMR geen blijk hebben gegeven van een voldoende inzichtelijke belangenafweging en dat de belangen van degenen die door de vergunning worden beschermd, door het onvoldoende voortvarend en niet dwingend optreden van de Gemeente en de DCMR onevenredig zijn geschaad ten opzichte van het belang van CMI bij voortzetting van haar onrechtmatig handelen. Het hof komt tot de slotsom dat de Gemeente en de DCMR onrechtmatig nalatig zijn geweest.”²

Ook in hoger beroep oordeelt het Haagse Gerechtshof dat de gemeente Rotterdam en de Dienst Centraal Milieubeheer Rijnmond (DCMR) aansprakelijk zijn voor vermogensschade van derden wegens het niet voldoende handhavend optreden tegen geconstateerde milieuovertredingen, terwijl zij bekend waren met het acute en ernstige gevaar van de hierdoor ontstane situatie.³

In de literatuur wordt dit arrest als voorbeeld genomen dat lang niet altijd een toezichthouder die niet voortvarend optreedt de pech zal hebben dat de bovengenoemde gevolgen zich voordoen, maar dat het risico wel bestaat. Een adequaat handelende toezichthouder moet dit risico niet willen nemen.⁴ Een te afwachtende toezichthouder loopt niet alleen het risico dat gevaren zich verwezenlijken, maar ook dat de toezichthouder hiervoor aansprakelijk kan worden gesteld.

¹ Michiels 2006.

² Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *L/N* AR2320 (brand CMI 1996).

³ Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011, *L/N* BP8578 (brand CMI 1996).

⁴ Michiels 2012, p. 170.

Vuurwerkkramp, Enschede

In de nasleep van de vuurwerkkramp die zich voltrok op 13 mei 2000 in de gemeente Enschede werden de Staat en de gemeente Enschede aansprakelijk gesteld wegens falend toezicht. Door een verbond van slachtoffers en verzekeraars werd de gemeente Enschede verweten onrechtmatig te hebben gehandeld, omdat de gemeente de belangen van appellanten bloot had gesteld aan grote, vermijdbare risico's wegens onvoldoende zorgvuldig vergunningbeleid, onvoldoende daadkrachtig toezicht en handhavingsbeleid en onvoldoende informatieverschaffing over het risico dat de gemeente kende. Ook de Staat werd aansprakelijk gesteld niet te hebben gehandeld terwijl de Staat verplicht werd geacht te handelen teneinde het altijd dreigende gevaar van een massa explosie, van welke de Staat op de hoogte was, effectief te bestrijden.⁵

De rechtbank oordeelde op 13 december 2006 dat zowel de Staat als ook de gemeente Enschede niet aansprakelijk zijn voor onrechtmatig handelen en ook het Hof heeft op 24 augustus 2010 in hoger beroep het gewezen vonnis van 13 december 2006 bekrachtigd.⁶ Een van de overwegingen hierbij waren:

“Overheidsaansprakelijkheid kan niet worden aangenomen op de enkele grond dat zich een risico heeft verwezenlijkt waarvan de overheid op de hoogte was of had moeten zijn. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het optreden van de gemeente en de Staat is bepalend of het risico dat zij kenden of hadden moeten kennen — gelet zowel op de ernst van de mogelijke effecten als de kans dat deze zouden optreden — dermate groot was, dat bij afweging van de (maatschappelijke) kosten tegen de voordelen van zodanig overheidsoptreden daaruit voor een overheidsinstelling de rechtsplicht voortvloeide om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico.”

Dit neemt echter niet weg dat er diverse vraagtekens zijn gesteld bij de wijze waarop het toezicht op en handhaving van vergunningen van het betreffende bedrijf, SE Fireworks, is verlopen. Zo stellen Albers en Heinen (2010) dat er wel degelijk sprake zou zijn van (onrechtmatig) toezicht- en handhavingsfalen.⁷

Vuïlnisbeltexplosie, Turkije

In een internationaal gelijksoortig arrest uit 2002 stond tevens de aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder na een grote ramp centraal. In dit arrest draaide het om een (methaan)explosie op een vuïlnisbelt in de nabijheid van Istanbul, waar in de buurt tevens een sloppenwijk was gevestigd. Bij deze explosie lieten uiteindelijk 39 mensen het leven, waaronder 9 leden van de familie Öneriyildiz. Masallah Öneriyildiz stelde de Turkse regering aansprakelijk voor de geleden schade. Na een procedure in Turkije wende Öneriyildiz zich tot het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in Straatsburg.

Centraal in de procesvoering staat hierbij dat de Turkse overheid geen passende maatregelen heeft genomen om het drama te voorkomen. Hier zou de Turkse overheid wel toe verplicht zijn op grond van artikel 2 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Dit artikel beschermt het recht op leven. In eerste aanleg is het EHRM het met het bovenstaande eens en stelt dat de overheid heeft nagelaten om in verband met de veiligheid van de betrokken burgers maatregelen te nemen, terwijl zij via het rapport van de deskundige op de hoogte was geraakt van de onveilige situatie rond de vuïlnisbelt. De (lokale) overheid heeft ten onrechte nagelaten om de omwonenden over het gevaar te informeren. Het EHRM is hierbij van oordeel dat het artikel met zich meebrengt dat lidstaten de positieve verplichting hebben om het leven van burgers te beschermen. In het geval van Öneriyildiz had de lokale overheid op grond van het deskundigenrapport maatregelen moeten nemen om het leven van de mensen die op de vuïlstort woonden te beschermen. Omdat dit is nagelaten heeft de overheid het artikel geschonden.⁸ Ook in tweede aanleg, na beroep van de Turkse overheid, wordt deze uitspraak bekrachtigd.⁹ In dit beroep werd onder anderen door de Turkse overheid aangevoerd dat de EHRM zich zou inmengen in de beleidsvrijheid van de lokale overheid. Het EHRM gaat hier niet in mee en stelt dat de overheid heeft verzuimd om maatregelen te treffen die, gezien het grote risico, in alle redelijkheid van de overheid verwacht hadden kunnen worden.

⁵ Rb. 's-Gravenhage 13 december 2006, *LJN AZ4247*, *NJ* 2007, 197.

⁶ Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, *LJN BN4316*, *NJ* 2011, 418.

⁷ Albers & Heinen 2010, p.8.

⁸ EHRM 18 juni 2002, zaak 48939/99, *NJB* 2002, p. 1615 (Öneriyildiz/Turkije).

⁹ EHRM 30 november 2004, zaak 48939/99, *NJB* 2005, p. 357–358 (Öneriyildiz/Turkije).

Legionella-uitbraak, Bovenkarspel

Bij een legionella-uitbraak in Bovenkarspel werd de Staat als toezichthouder mede aansprakelijk gesteld voor de schade. Samengevat was het hierbij de Consumentenbond die de Staat namens de slachtoffers verweet dat preventieve regelgeving ontbrak, hetgeen er op neer komt dat de Staat onrechtmatig nalatig zou zijn geweest door geen adequate regelgeving in formele zin tot stand te brengen. De Consumentenbond legde aan deze vordering ten grondslag dat de Staat het risico van een legionellabesmetting door tentoongestelde, met water gevulde Whirlpools kende, althans behoorde te kennen, op grond van artikel 2, 5 en 8 EVRM, artikel 12 van het Internationaal Verdrag inzake de Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR), artikel 11 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) en artikel 22 van de Grondwet. Tevens had de Staat het dreigende risico kunnen en behoren te vermijden door het nemen van adequate maatregelen onder meer bestaande uit: Het stellen van regels, het houden van toezicht, informatieverstrekking over het risico en het maken van beleid in de zin van het uitvoeren van onderzoek en het opstellen van beheersplannen en risicoprofielen.¹⁰

Levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or

In dit arrest is het de Verzekeringskamer die mede aansprakelijk wordt gesteld voor de schade die schuldeisers hebben geleden bij het failliet gaan van Vie d'Or.

De Stichting Vie d'Or, een stichting waarin de schuldeisers zijn verenigd, vordert een verklaring voor recht dat o.a. de Verzekeringskamer onrechtmatig heeft gehandeld jegens alle voormalig polishouders van Vie d'Or en dat zij alsmede de Staat deswege jegens hen hoofdelijk gehouden zijn tot voldoening van de schade die de polishouders in het faillissement van Vie d'Or hebben geleden. De stichting stelt deze vordering in op basis van artikel 3:305a BW. Waar het ten opzichte van de Verzekeringskamer vooral om gaat is het verwijt dat de Verzekeringskamer heeft nagelaten tijdig van haar bevoegdheid tot het benoemen van een stille bewindvoerder als bedoeld in artikel 34 Wet financieel toezicht (Wft) gebruik te maken, geldt dat de Verzekeringskamer ten opzichte van de polishouders onrechtmatig handelt indien zij in de omstandigheden van het geval, uitgaande van de gegevens waarop zij beschikte dan wel behoorde te beschikken en gelet op het geheel van de reeds getroffen maatregelen en de gebleken (in)effectiviteit daarvan, alle belangen in aanmerking genomen – de mogelijke effecten van de benoeming van een stille bewindvoerder daaronder begrepen – met het oog op de aantasting van de individuele vermogensbelangen van de polishouders in redelijkheid niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat ook zonder de benoeming van een stille bewindvoerder het gevaar van een uiteindelijke deconfiture zo veel mogelijk bleef afgewend.¹¹

De hierboven gegeven voorbeelden betreffen slechts een kleine selectie uit een veelheid aan zaken waarin aansprakelijkheidsstelling van overheden wegens het niet of onvoldoende mate houden van toezicht een rol speelde. In de volgende paragraaf zal duidelijk worden gemaakt wat hier de reden van is en welke belangrijke vragen dit oproept bij het functioneren van toezichthouders.

1.2. Probleemstelling

Opmerkelijk aan de in de vorige paragraaf besproken arresten rond de aansprakelijkheidsstelling van de publiekrechtelijke toezichthouder is dat wanneer er zich een ramp of ongeluk voordoet er niet alleen wordt gekeken naar de overtreder. Peters & Fransen(2010) merken op dat wanneer er schade ontstaat als gevolg van een overtreding van wettelijke voorschriften, de primaire verantwoordelijkheid voor de gevolgen van deze schadeveroorzakende gebeurtenis ligt bij degene die de wettelijke voorschriften heeft overtreden. Naast deze verantwoordelijkheid en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van de overtreder, primaire dader genoemd, bestaat er ook een verantwoordelijkheid aan de zijde van de overheid. De overheid heeft namelijk tot taak om toezicht te houden op de naleving van wettelijke voorschriften en indien nodig handhavend op te treden. De verantwoordelijkheid van de overheid voor het ontstaan van de schade is slechts een indirecte verantwoordelijkheid en men pleegt in het kader van de aansprakelijkheid van de overheid wegens het niet of

¹⁰ Zie hof Amsterdam (Handelskamer) 25 oktober 2007, *LJN* BB6504, *NJF* 2007, 523.

¹¹ HR (Civiele kamer) 13 oktober 2006, *LJN* AW2082, *NJ* 2008, 529.

het niet in voldoende mate houden van toezicht dan ook te spreken van een afgeleide aansprakelijkheid.¹² Er blijkt echter in de praktijk dat de benadeelde derde er in de meeste situaties voor kiest om niet de primaire dader, maar de overheid aan te spreken tot vergoeding van de schade. De reden hiervoor ligt in het feit dat de overheid in de regel meer financiële draagkracht zal hebben en de benadeelde derde zo de grootste kans heeft om de schade daadwerkelijk vergoed te krijgen.¹³

Behalve het voor de hand liggende financiële motief voor het aansprakelijke stellen de overheid bij falend toezicht spelen er ook andere zaken op het gebied van toezicht en handhaving. Uit verschillende onderzoeken blijkt van een ondermaatse controle op de naleving van regels door verschillende overheden, een tekortschieten van deze overheden bij de verstrekking van vergunningen en te weinig scheiding van verantwoordelijkheden tussen verschillende overheden, maar ook te weinig scheiding van verantwoordelijkheden binnen het takenpakket van gemeenten.¹⁴ In de onderzoeken wordt geconcludeerd dat de overheid strikter moet gaan toezien op de naleving van regelgeving. Daarnaast wordt geconcludeerd dat een duidelijk onderscheid gemaakt dient te worden in de verdeling van verantwoordelijkheden.¹⁵

Dat moet deze overheid wel doen binnen een politiek klimaat waar de nadruk ligt op het verminderen van de administratieve lasten voor het bedrijfsleven¹⁶. Wat toezicht daarbij erg ingewikkeld maakt is dat Nederland niet alleen veel regels kent, maar dat er tegelijk een cultuur van gedogen bestaat. Gedogen betekent het praktisch omgaan met een overschot aan regels. Er zijn wel regels, maar men hoeft zich er niet altijd aan te houden.¹⁷ Het gevolg van dit uitgebreide stelsel van wet- en regelgeving in Nederland is dat het voor toezichthouders, zoals inspecties, onmogelijk is om (periodiek) volledig toezicht te houden op alle onder toezicht gestelden. Daar ontbreekt eenvoudigweg de capaciteit voor. Voor toezichthouders is het dan ook noodzakelijk om hun inzet te concentreren op de aanpak van de grootste problemen.¹⁸

Onder invloed van de gebeurtenissen in de laatste decennia hebben zich behoorlijk wat ontwikkelingen voorgedaan in het denken over toezicht en handhaving en over de inrichting hiervan. De wisseling van perspectief en de daarmee gepaard gaande wetgeving en rechtspraak heeft als consequentie dat de beleidsvrijheid van de toezichthouders is gereduceerd. Handhaving behoort niet langer zonder meer tot de vrije beleidsruimte van de toezichthouder. Dat wil niet zeggen dat een toezichthouder nu verplicht is om onder alle omstandigheden te handhaven maar een toezichthouder moet thans wel goede redenen hebben om *niet* te handhaven. Kwalitatief goed toezicht- en handavingsbeleid staat voorts in rechtstreeks verband met het aansprakelijkheidsrisico van de toezichthouder: een goed uitgevoerd toezicht- en handavingsbeleid beperkt de kans op een succesvolle aansprakelijkheidsclaim van derden aanzienlijk.¹⁹

¹² Peters & Franssen 2010, p.5.

¹³ Mols 2004, p.6.

¹⁴ Zie Peters & Franssen 2010, p.6. Commissie Alders, Eindrapport Cafébrand Nieuwjaarsnacht Rotterdam: Phoenix en den Oudsten 2001; Commissie Oosting, Publieksuitgave Eindrapport Rotterdam: Phoenix en den Oudsten 2001; Onderzoeksraad voor veiligheid, Brand cellencomplex Schiphol-Oost eindrapport van het onderzoek naar de brand in het detentie- en uitzetcentrum Schiphol-Oost in de nacht van 26 op 27 oktober 2005, Den Haag: Onderzoeksraad voor Veiligheid 2006; VROM, Patio Sevilla. Onderzoek naar het instorten van balkons, Ceramique blok 29, Den Haag: ministerie van VROM/Sdu Uitgevers 2003; VROM Landelijke rapportage VROM-brede onderzoeken 2003 en 2004, Den Haag: ministerie van VROM 2005; VROM Landelijke rapportage VROM-brede onderzoeken 2005, Haarlem: VROM inspectie 2006.

¹⁵ Van der Heijden 2010, p. 21.

¹⁶ Steenhuizen & Van der Voort 2012.

¹⁷ Baarsma 2010.

¹⁸ Michiels & Paul 2010, p.77.

¹⁹ Van Dam 2006, p.9.

1.3. Onderzoeksvraag

Kortom, wat er precies van de toezichthouder kan en mag worden verwacht is een belangrijke en relevante maatschappelijke vraag en vormt de probleemstelling van het onderzoek. Aangezien in dit onderzoek de focus ligt op publiekrechtelijk toezicht is de publiekrechtelijke toezichthouder het onderwerp van studie. De vraag die hierbij centraal staat is:

In hoeverre zijn publiekrechtelijke toezichthouders verplicht tot het houden van toezicht?

1.4. Deelvragen en methode van onderzoek

Vanwege de complexiteit van deze vraag is deze centrale onderzoeksvraag opgeknipt in een aantal deelvragen die er tevens voor zorgen dat er op een systematische wijze een antwoord op de centrale onderzoeksvraag kan worden geformuleerd:

Wat is toezicht en wie zijn de toezichthouders?

Allereerst is het van belang om het begrip toezicht nader te omschrijven. Wat het doel is van toezicht en welke verschillende soorten toezicht er bestaan zijn hierbij de subvragen. Daarnaast wordt onderscheid gemaakt tussen handhaving en toezicht. Het begrip handhaving wordt vaak in één adem met toezicht genoemd, maar zeker gezien de zogenaamde beginselplicht van handhaving is het goed om in het volgende hoofdstuk een duidelijk onderscheid te maken tussen de twee begrippen. Ten slotte wordt het begrip toezichthouder besproken en welke instrumenten deze tot zijn of haar beschikking heeft.

In hoeverre is toezicht en het houden van toezicht juridisch genormeerd?

Wanneer hiermee de belangrijkste begrippen zijn gedefinieerd zal vervolgens onderzoek worden gedaan naar de wijze waarop is vastgelegd op welke wijze de toezichthouder zijn instrumenten zou moeten inzetten. Wat is wettelijk vastgelegd rond het uitvoeren van toezicht? Vanuit de wetgeving in de Algemene wet bestuursrecht en andere specifieke en bijzondere wetgeving zal er onderzoek worden gedaan in hoeverre er ruimte bestaat voor een toezichthouder om keuzes te maken. Wanneer dit is vastgesteld kan er vervolgens worden onderzocht op welke wijze een toezichthouder invulling zou moeten geven aan deze beleidsruimte. Een van de uitgangspunten waarmee een toezichthouder hierbij rekening moet houden is de in de loop der jaren ontwikkelde beginselplicht tot handhaving. In hoeverre bepaald deze de beleidsvrijheid van de toezichthouder en is er wellicht ook sprake van een beginselplicht tot toezicht? Met de antwoorden op deze twee vragen wordt het derde hoofdstuk afgesloten.

Welke rechtsgevolgen heeft het niet houden van toezicht?

Nadat hiermee de bestuursrechtelijke kant van het vraagstuk van het houden van toezicht is besproken zal er in het vierde hoofdstuk aandacht zijn voor de civielrechtelijke en strafrechtelijke aspecten van het vraagstuk. In het bijzonder gaat de aandacht uit naar de beoordeling door de rechter. Welke criteria worden in de rechtspraak aangelegd om te beoordelen of een toezichthouder zich al dan niet goed heeft gekweten van zijn toezichthoudende taak? Vanuit diverse arresten rondom civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheidsstelling zal worden gekeken hoe de rechtelijke macht de invulling van de beleidsruimte door de publiekrechtelijke toezichthouder beoordeeld.

Alle drie de hoofdstukken worden afgesloten met een tussenconclusie. Met behulp van deze tussenconclusies zal er in hoofdstuk 5 een eindconclusie worden gegeven waarin antwoord wordt gegeven op de centrale onderzoeksvraag.

Het onderzoek betreft een juridisch onderzoek waarbij gebruik is gemaakt van wetgeving, rechtspraak en juridische literatuur.

Hoofdstuk 2: Wat is toezicht en wie zijn de toezichthouders?

In dit hoofdstuk zal gestart worden met een beschrijving van de belangrijkste begrippen die in deze thesis centraal staan, toezicht en handhaving. Voor deze thesis is het noodzakelijk deze twee begrippen op een heldere wijze te conceptualiseren, aangezien deze twee begrippen regelmatig door elkaar heen worden gebruikt en afzonderlijk lastig te omschrijven zijn. Na het vaststellen van wat het begrip toezicht precies inhoudt, wordt er gekeken naar welke verschillende soorten toezicht er kunnen worden onderscheiden. Vervolgens zal nader worden ingezoomd op het doel van toezicht en de toezichthouders. Tot slot zullen de instrumenten die de toezichthouder tot zijn beschikking heeft nader worden besproken.

2.1. Begripsbepaling

2.1.1. Toezicht

Een goed startpunt voor de omschrijving van het begrip toezicht laat zich niet makkelijk vinden. Van Wijk, Konijnenbelt & van Male (2008) stellen dat er vele toezichtbegrippen in de wet zijn te vinden. Het begrip handhavingtoezicht is daarbij het meest treffend voor het toezicht door het openbaar bestuur. Deze vorm van toezicht staat ook centraal in artikel 184 van Wetboek van Strafrecht (WvS), de bepaling die het niet voldoen aan een bevel van een toezichthouder of het hinderen van zo'n functionaris in de uitoefening van toezicht strafbaar stelt. Het handhavingtoezicht heeft tot doel dat burgers- particulieren, bedrijven instellingen en andere besturen bestuursrechtelijke voorschriften die op hen van toepassing zijn, metterdaad naleven. Wanneer dit niet het geval is en er bijvoorbeeld een overtreding is geconstateerd kan naar aanleiding hiervan een sanctie worden opgelegd. Een andere activiteit die gerelateerd is aan handhavingtoezicht is het nagaan of in een bepaalde sector de bestuursrechtelijke voorschriften in algemene zin worden nageleefd, zodat op basis hiervan kan worden vastgesteld of er eventueel aanvullend beleid nodig is. Dat komt bijvoorbeeld geregeld voor in de Warenwet, de mestwetgeving, de gezondheid- en de onderwijswetgeving.²⁰

In hoofdstuk 5 van de Algemene wet Bestuursrecht is toezicht op de naleving de titel van de tweede paragraaf. In deze paragraaf wordt het begrip toezicht op naleving echter niet gedefinieerd. Een nadere uitleg wordt wel gegeven door Borman.²¹ Zijn startpunt ligt hierbij in de Aanwijzingen voor de regelgeving (aanwijzing 132): de werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd. Deze omschrijving komt volgens Borman overeen met de omschrijving van toezicht die de Hoge Raad al eens had gegeven over toezicht: het bewaken, nagaan en gadeslaan van de handelingen of zaken van anderen die met het oog op de naleving der verordeningen van de bevoegde macht uitgaan.²² Ten slotte haalt Borman ook de begripsbepaling van de Raad van State en van de memorie van toelichting aan om het begrip toezicht op naleving duidelijk te maken. De Raad van State beschouwt het toezicht op de naleving als het begin en de grootste feitelijke omvang van de handhaving.²³ De memorie van toelichting kenschetst toezicht op de naleving als de uitvoering van controles zonder dat van de overtreding van een wettelijk voorschrift hoeft te zijn gebleken.²⁴

²⁰ Van Wijk, Konijnenbelt & van Male 2008, p. 448.

²¹ Borman 2011.

²² HR 11 maart 1895, W.6637; HR 25 oktober 1895, W.6734.

²³ Kamerstukken II, 23700, A, pt. 8.1.

²⁴ Kamerstukken II, 23700, nr. 3, p.128.

In de kaderstellende visie op toezicht uit 2001 wordt toezicht als volgt gedefinieerd: Toezicht is het verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het oordelen daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.²⁵

Deze definitie is mede vastgesteld naar aanleiding van het door de Ambtelijke Commissie Toezicht geconstateerde feit dat er sprake was van een grote mate van diversiteit van toezicht arrangementen met daarbij een toenemende verwarring rond het begrip toezicht en verschijningsvormen ervan:

“De geconstateerde begripsverwarring wordt mede veroorzaakt door het ontbreken van een eenduidige definitie voor de functie van toezicht. Het kabinet wil voor de definitie van de toezichtfunctie nadrukkelijk aansluiten bij de definitie van de Algemene Rekenkamer die ook door de ACT gehanteerd is. Deze definitie kan inmiddels op een breed draagvlak rekenen. Deze definitie luidt: “toezicht is het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.”²⁶

Kort samengevat blijkt dat het begrip toezicht in de literatuur op verschillende wijze wordt omschreven. In deze thesis sluit ik voor het begrip toezicht echter aan bij de laatst genoemde definitie.

2.1.2. Handhaving

Ook het begrip handhaving wordt uiteenlopend gedefinieerd. Van der Heijden onderscheidt alleen al volgende drie definities: De Raad voor het openbaar bestuur (ROB) verstaat onder handhaven: ‘het door toezicht en het toepassen van bestuursrechtelijke, strafrechtelijke of privaatrechtelijke middelen bereiken dat de algemeen geldende rechtsregels en individueel geldende voorschriften worden nageleefd’. De Algemene Rekenkamer definieert handhaving als: ‘het zorgdragen voor de naleving van rechtsregels voor zover die zorg bestaat uit het uitoefenen van toezicht, en/of het toepassen van een sanctie’ en het Expertisecentrum Rechtshandhaving van het ministerie van Justitie beschouwt handhaving als: ‘het uitoefenen van toezicht en het opleggen van bestuursrechtelijke sancties.’²⁷ Op basis van deze omschrijvingen stelt Van der Heijden zelf de volgende definitie van het begrip handhaving voor: ‘Handhaving is het geheel aan inspanningen van bij publieke of private organisaties werkzame gelegitimeerde functionarissen, die speciaal gericht zijn op het bereiken van naleving van wet- of regelgeving’.²⁸

In de nota Minder last, meer effect; zes principes van goed toezicht van het ministerie van Binnenlands Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) uit 2005 wordt het begrip handhaving als volgt omschreven²⁹:

“Handhaving richt zich op de vraag of burgers, bedrijven en overheden zich aan de gestelde regels houden. Het is daarbij gericht op repressief optreden. Deze repressie is de bevoegdheid om dwang uit te oefenen en vrijheden te beperken.”

Hierbij is handhaving gericht op twee typen van gedrag. Het eerste type gedrag betreft gedrag dat het ministerie niet direct zou willen verbieden, maar wel zou willen regelen. Handhaving en nalevingtoezicht worden hierbij gezamenlijk ingezet om ordening van de samenleving te bewerkstelligen. Het tweede type gedrag is gedrag dat het ministerie streng zou willen verbieden. Handhaving is dan niet zozeer gericht op naleving, maar op afweer, op bestrijding. Het gaat dan om opsporing, vervolging en berechting door politie, openbaar ministerie en zittende magistratuur. Deze vorm van handhaving valt buiten de visie van het ministerie.

Een ander onderscheid wat wordt gemaakt door het ministerie van BZK op het gebied van handhaving is het onderscheid tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Dit onderscheid is gerelateerd aan het onderscheid op het type gedrag. Het bestuursrecht is hierbij gerelateerd aan en gericht op naleving en herstel van de orde. Het strafrecht is juist gerelateerd aan gedrag dat het ministerie zou willen verbieden en is gericht

²⁵ Kamerstukken // 2000/01, 27831, nr. 1.

²⁶ Kamerstukken // 2000/01, 27831, nr. 1, p.7.

²⁷ Van der Heijden 2010, p.21.

²⁸ Van der Heijden 2010, p.23.

²⁹ Kamerstukken // 2005/06, 27831, nr. 15, p.11.

op afweer en bestrijding. De keuze voor bestuursrecht of strafrecht hangt af van de effectiviteit. Het moet wel werken. Bij nalevingtoezicht wordt per geval nagegaan of bestuursrecht of strafrecht het meest effectief is voor het (doen) naleven van regels.³⁰

Het begrip handhaving laat net als toezicht niet gemakkelijk definiëren. Wel is duidelijk dat handhaving voornamelijk gerelateerd is aan repressie en het interveniëren door middel van het uitoefenen van dwang en het beperken van vrijheden. Handhaving is hiermee te definiëren als het sluitstuk van toezicht.

2.2. Soorten toezicht

2.2.1. Inleiding

Mede door de trend om de regellast voor bedrijven terug te dringen en de toenemende bewustwording van de beperkte capaciteit van de toezichthouder zijn er door de jaren heen een aantal nieuwe soorten toezicht ontstaan. In de literatuur is niet altijd makkelijk terug te vinden over welke variant van toezicht wordt gesproken. Om deze reden is het goed om in deze subparagraaf een globale indeling hiervan te geven. Er zal voor deze indeling worden aangesloten op de indeling van toezicht volgens Van Rossum, die hieronder wordt toegelicht. Daarnaast wordt het, momenteel populaire, systeemtoezicht toegelicht.

2.2.2. Indeling toezicht

Volgens Van Rossum kent het toezicht de volgende drie verschijningsvormen³¹:

- nalevingtoezicht en handhavingtoezicht
- preventief en repressief toezicht
- algemeen en concreet toezicht

Met betrekking tot het nalevingtoezicht worden twee definities gegeven: “De werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd” en “Het door toezichthouders op basis van wettelijke bevoegdheden verzamelen van informatie over de naleving van wettelijke normen die tot burgers en bedrijven zijn gericht en het rapporteren daarover aan de tot sanctioneren bevoegde organen”.³¹ Het handhavingtoezicht is volgens Van Rossum meer gespitst op het gebruik van bestuurlijke handhavingmiddelen waaronder wordt verstaan de bevoegdheden uit hoofdstuk 5 Awb als ook de diverse handhavingbevoegdheden uit andere wetten.³²

Het onderscheid tussen preventief en repressief toezicht is het volgende: Van preventief toezicht is sprake als bepaalde gedragingen of handelen van tevoren door een toezichthouder moeten worden goedgekeurd. Het reguleren van een bepaalde maatschappelijke activiteit valt ook onder preventief toezicht. Onder repressief toezicht vallen bevoegdheden die aan de toezichthouder zijn verleend om de wet te handhaven. Het gaat hier om de bestuurlijke boete, de last onder dwangsom, de bindende aanwijzing en de waarschuwingsbevoegdheid.

Tot slot duidt Van Rossum nog het onderscheid tussen algemeen en concreet toezicht, wat met name van belang is bij de vraag naar aansprakelijkheid van de toezichthouder; van algemeen toezichtsfalen wordt gesproken in geval van het nalaten van voldoende algemene controle. Bij algemene controle gaat het om het spontaan en in algemene zin controleren op de naleving. Van concreet toezichtsfalen wordt gesproken in geval van het nalaten van controle waarbij er concrete aanwijzingen zijn dat er regels niet worden nageleefd. Bij concreet toezicht gaat het dus om het afgaan op concrete aanwijzingen voor niet-naleving, bijvoorbeeld klachten of waarschuwingen.³³

³⁰ Kamerstukken // 2005/06, 27831, nr. 15, p.11.

³¹ Rogier, Hartmann & van der Hulst 2002, p. 11.

³² Van Rossum 2005, p. 12.

³³ Van Rossum 2005, p. 14.

2.2.3. Systeemtoezicht

Naast de indeling van toezicht volgens Van Rossum wordt er in de literatuur ook gesproken over een andere verschijningsvorm van toezicht, het systeemtoezicht. Deze vorm van toezicht mag zich, zeker de laatste tijd, op een sterke belangstelling verheugen.

Bij traditioneel toezicht gaat het doorgaans om de vraag of de regels worden nageleefd. Hierbij is de aandacht van de toezichthouder vooral gericht op de output van de bedrijfsprocessen. Systeemtoezicht is gericht op een andere vraag. Bij systeemtoezicht wordt beoordeeld of processen, strategieën en procedures die gericht zijn op het borgen van maatschappelijke belangen, aanwezig zijn en goed werken. Het gaat er hierbij dus om dat de toezichthouder zich een oordeel vormt over de mate waarin het bedrijf zijn processen zodanig beheerst dat de risico's op maatschappelijke schade aanvaardbaar zijn.³⁴

Het systeemtoezicht wordt in sommige domeinen (bv. de luchtvaart) al tientallen jaren toegepast, terwijl het in andere domeinen nog in de kinderschoenen staat. Wat opvalt, is dat in de domeinen belangrijke verschillen bestaan in de uitvoering van systeemtoezicht. De overwegingen die aan deze verschillen ten grondslag liggen, zijn niet altijd duidelijk.³⁵

Bij toezichthouders zijn dus uiteenlopende invullingen van het begrip systeemtoezicht in gebruik. Een aantal voorbeelden op een rij:

- De VROM-inspectie maakt onderscheid tussen systeemtoezicht en toezicht op output en noemt de integrale combinatie van beide systeemgericht toezicht.
- De Voedsel en Warenautoriteit verstaat onder systeemtoezicht 'het beoordelen van bedrijfsprocessen en kwaliteitssystemen in combinatie met een begeleidende en stimulerende rol van de toezichthouder.
- De Inspectie Verkeer en Waterstaat hanteert een bredere definitie van systeemtoezicht, waarbij in de term systeemtoezicht ook *reality checks* zijn inbegrepen.
- In de financiële wereld is het 'systeem' in het woord systeemtoezicht synoniem met het financiële stelsel.

De overige toezichthouders hanteren, voor zover bekend, geen beleidsmatig vastgestelde definitie van het begrip systeemtoezicht.³⁶

Ook Michiels en Paul herkennen in systeemtoezicht een wijze om op een slimme manier om te gaan met de beperkte capaciteit van de toezichthouder, maar ook zij merken op dat het systeemtoezicht op verschillende wijzen wordt gedefinieerd.³⁷ Ze onderscheiden twee opvattingen;

"Eén opvatting (opvatting a) is dat het toezicht op de naleving aldus vorm zou kunnen worden gegeven dat niet afzonderlijke feitelijke handelingen worden gecontroleerd – wordt met die handelingen wel of niet nageleefd? – maar dat alleen op het systeem van werken dat een bedrijf kent toezicht wordt gehouden (toezicht op het systeem). In opvatting b gaat het niet zozeer om toezicht op het systeem dat het bedrijf hanteert om na te leven, maar om het systeem van de toezichthouder: bij het uitoefenen van toezicht wordt een bepaalde systematiek gehanteerd."³⁸

Sommige bedrijven worden vaak en intensief gecontroleerd, andere slechts incidenteel, steekproefsgewijs en oppervlakkig. Dit wordt ook wel 'slim toezicht' genoemd. Sommigen zeggen dat vertrouwen de maatstaf is voor deze wijze van toezicht houden, maar Michiels en Paul stellen dat nalevingverleden daarvoor een betere en meer realistische maatstaf is. In discussies over systeemtoezicht wordt zelden geëxpliciteerd welk van beide

³⁴ De Bree 2010, p. 51.

³⁵ De Bree 2010, p. 65.

³⁶ De Bree 2010, p. 54.

³⁷ Michiels & Paul 2010.

³⁸ Michiels & Paul 2010, p. 75.

opvattingen, dan wel een geheel andere, wordt aangehangen en hoe de opvattingen zich tot elkaar verhouden. Bij opvatting a gaat het over de vraag op welke feiten (inclusief handelingen en stukken) het toezicht zich richt (namelijk op indirecte indicatoren), bij opvatting b over de vraag hoe en bij wie het toezicht op de primaire handelingen wordt uitgevoerd.³⁹

Aan systeemtoezicht worden verschillende voordelen toegeschreven. Zo zou het een voorspellende waarde hebben en de toezichthouder een bredere blik op het bedrijf geven. Tevens zou systeemtoezicht risicogestuurd toezicht faciliteren en de bedrijven aanzetten tot structurele borging van regelnaleving en verbetering van de beheersing van risico's. Ook zou systeemtoezicht het toezicht efficiënter kunnen maken.

Tegenover de optimistische stellingname dat bedrijven zichzelf kunnen reguleren en controleren staan ook voorbeelden dat zelfregulering heeft gefaald. Het duidelijkste voorbeeld is misschien wel de kredietcrisis in de financiële sector. Ook de zelfregulering in de zorg heeft (nog) niet tot resultaat geleid. Het lijkt er dus op dat systeemtoezicht niet zonder meer op alle sectoren en bedrijven kan worden toegepast. Volgens diverse auteurs is het toepassen van systeemtoezicht onder andere afhankelijk van de zelfregulerende capaciteiten van de onder toezicht gestelde bedrijven.⁴⁰

Het is bij systeemtoezicht de uitdaging voor toezichthouders om een goede balans te vinden. Enerzijds mag de toezichthouder niet te goedgelovig zijn en vanuit naïviteit het bedrijf teveel ruimte geven omdat dan te grote risico's kunnen optreden. Anderzijds mag de toezichthouder niet 'doorslaan' in overmatige en gedetailleerde systeemeisen en controles die de handelingsvrijheid van bedrijven en de leerimpuls weer teniet doen. In elk geval zullen te allen tijde, al is het maar steekproefsgewijs, controles op de output noodzakelijk blijven. De Bree geeft aan dat het in dit verband aanbeveling verdient om, net als de VROM-inspectie, niet te spreken over systeemtoezicht maar over systeemgericht toezicht om aan te geven dat toezicht nooit alleen kan bestaan uit een papieren controle, maar altijd moet worden gecombineerd met fysieke controles ter plaatse.⁴¹

2.2.4. Samengevat

In deze paragraaf is een verdere verkenning gemaakt van het begrip toezicht. Hierbij is aangesloten bij een indeling tussen verschillende soorten toezicht door Van Rossum. Met name van belang is de indeling tussen algemeen en concreet toezicht. Zeker in het licht van hoofdstuk 4, waarin de aansprakelijkheid van toezichthouders ter sprake zal komen, is dit onderscheid van belang. Kenmerkend voor dit onderscheid is of er een signaal bij de toezichthouder bekend is of er sprake is van misstanden. Als dit laatste het geval is zal blijken dat een toezichthouder beperkt is in zijn beleidsruimte.

2.3. Doel van toezicht

2.3.1. Inleiding

Evenals niet direct antwoord gegeven kan worden op de vraag wat toezicht precies is, zo is tevens met betrekking tot de vraag wat het doel is van toezicht niet direct een concreet antwoord te geven. Er zijn verschillende opvattingen over wat het nut van toezicht is of zou moeten zijn. Deze vraag staat ook volop in de belangstelling bij de ontwikkeling en implementatie van het in de vorige paragraaf besproken systeemtoezicht. Vanuit het publiek en de politiek bestaat de wens dat verduidelijkt wordt wat hun meerwaarde is. Die wens komt voort uit een algemene behoefte aan inzicht in nut en noodzaak van toezicht, verstrekt door ophef veroorzakende incidenten. De druk op de president van de Nederlandse Bank om zich te verantwoorden voor het optreden van DNB ten aanzien van Icesafe en DSB is daarvan een voorbeeld. Toezichthouders behoren te leren van ervaringen uit de toezichtpraktijk, bij voorkeur in combinatie met systematisch onderzoek.⁴²

³⁹ Michiels & Paul 2010, p. 76.

⁴⁰ De Bree 2010, p.52.

⁴¹ De Bree 2010, p.69.

⁴² De Cock Buning 2011, p. 87.

In de afgelopen decennia heeft toezicht en het denken over toezicht een bepaalde ontwikkeling ondergaan. De ontwikkeling van het denken over toezicht wordt door Van Montfort gekenmerkt door een verschuiving in aandacht van het uitvoeringtoezicht naar het handhavingtoezicht.⁴³

Vanaf 1974 tot nu kunnen er volgens Van Montfort grofweg vier fases worden onderscheiden in het publieke debat over verantwoording en toezicht. De grenzen tussen de periodes zijn volgens hem niet heel scherp te trekken. Het gaat om geleidelijke ontwikkelingen in het debat over en de vormgeving van toezicht. De exacte afbakening van de periodes is daarom ook in zekere zin kunstmatig. Maar er kunnen wel, terugkijkend in de tijd, een paar grote thema's en koerswijzigingen worden onderscheiden. Bij de ontwikkeling van de ene naar de andere periode spelen combinaties van factoren een rol.

De eerste fase die door Van Montfort wordt onderscheiden is de periode vanaf begin jaren tachtig tot medio jaren negentig. In deze fase werd toezicht vooral in relatie tot het vraagstuk van de (reikwijdte van de) ministeriële verantwoordelijkheid bediscussieerd. Tijdens de tweede fase, die zijn startpunt al had in de begin jaren tachtig en negentig, speelden verder onder invloed van het New public management prestatiemeting en de 'meten is weten'-gedachte een belangrijke rol in de vormgeving van het toezicht. Daar tussendoor waren er herhaaldelijk incidenten en Kamervragen die het toezichtvraagstuk op de politieke agenda deden belanden. Daarnaast was er ook vanaf medio jaren negentig, de derde fase, een voortdurend debat tussen de departementen en de 'instellingen op afstand' over de balans tussen regulering door de overheid en de zelfregulering door het veld. De afgelopen jaren, de vierde fase, speelt ook het streven naar vermindering van toezichtlasten een rol in het debat over de vormgeving van toezicht. Van Montfort valt op dat door de jaren heen de lerende functie van toezicht heel weinig aandacht heeft gekregen. Eigenlijk komt pas sinds een paar jaar de aandacht voor de 'effecten van toezicht' goed van de grond. Dat zou te maken kunnen hebben met het feit dat de 'opzet' van het toezicht inmiddels aardig op orde is en er nu ruimte is om na te gaan of het toezicht ook de beoogde effecten oplevert⁴⁴

2.3.2. Vertrouwen

Een begrip dat onlosmakelijk verbonden is met toezicht is het begrip vertrouwen. De bestudering van de relatie tussen deze twee begrippen is belangrijk voor het inzicht in het doel van toezicht. De uitvoering van toezicht dient volgens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een tweeledig doel:

"Het is een middel om te achterhalen of burgers, bedrijven en overheden zich houden aan de gestelde regels, om misstanden te signaleren, en het is een instrument om vertrouwen bij burgers, belanghebbenden en onder toezicht staande organisaties te scheppen."⁴⁵

Volgens Giesen gaat het bij toezicht uiteindelijk om het scheppen van vertrouwen in bijvoorbeeld de bedrijfstak waarop toezicht wordt uitgeoefend en om het behoud van dat vertrouwen. Dit is belangrijk, want ook door het signaleren van misstanden kan bijdrage geleverd worden aan het behoud van het vertrouwen. Om vertrouwen te kunnen hebben in datgene waarop het toezicht uitgeoefend wordt is het van belang dat de burger, belanghebbende en onder toezicht staande organisatie vertrouwen moet kunnen hebben in het uitgeoefende toezicht zelf.⁴⁶

In het artikel Vertrouwen op Toezicht gaat Six vervolgens door op de vraag hoe toezicht en vertrouwen elkaar kunnen versterken en ziet toezicht als een niet te missen component in het bestuderen van een toezichtrelatie:

"De eerste conclusie is dat, gezien de aard van de relaties in toezicht, vertrouwen (en wantrouwen) onvermijdelijk – bewust of onbewust – aan de orde is. Zolang het onbewust en daarmee impliciet blijft, zal dit de inspectierelatie onopgemerkt beïnvloeden en soms tot gewenste

⁴³ Van Montfort 2010.

⁴⁴ Van Montfort 2010, p. 6-7.

⁴⁵ Kamerstukken // 2001/02, 27831, nr. 3, p. 5.

⁴⁶ Giesen 2002, p. 3.

resultaten leiden en soms tot ongewenste. Het lijkt dus wenselijk om vertrouwen in toezichtrelaties expliciet mee te nemen en te conceptualiseren in de theorievorming”.⁴⁷

Met het versterken van vertrouwen verbeterd de toezichtrelatie wat er tevens toe zal leiden dat hiermee ook de legitimiteit van het handelen van de toezichthouder wordt vergroot. Zo gaat Six (2002) verder

‘Toezicht op basis van verantwoord vertrouwen kan naar verwachting tot betere naleving van de regels leiden, met name meer vrijwillige naleving en ook afgedwongen naleving. Dit kan tot een hoger vertrouwen van burgers in de geïnspecteerde leiden en in een hoger vertrouwen in de inspectie. Ook lijkt waarschijnlijk dat de vertrouwensbenadering, door de manier waarop met geïnspecteerden wordt omgegaan, tot een hogere legitimiteit van de overheid in de ogen van (de betrouwbare) geïnspecteerden zal leiden. De voorzichtige conclusie lijkt gerechtvaardigd dat toezicht gebaseerd op verantwoord vertrouwen, gecomplementeerd met vertrouwenversterkende controle, tot maatschappelijke winst kan leiden. Vervolgonderzoek is nodig om in meer detail deze toezichttheorie, inclusief hypothesen, uit te werken. Deze hypothesen kunnen dan empirisch worden getoetst’.⁴⁸

Van Monfort is echter kritischer om het vertrouwen expliciet mee te nemen en te conceptualiseren in de theorievorming rond de effectiviteit van toezicht. In het artikel Ontwikkelingen in toezicht en verantwoording bij instellingen op afstand koppelt van Montfort (2010) de ontwikkeling van de visie op de deze relatie aan de ontwikkeling van het doel van toezicht:

“De introductie van het begrip vertrouwen heeft het toezichtdebat naar mijn idee jaren terug geworpen. Het is als zand in de raderen van een serieus en zakelijk systeem van *checks and balances* waarin toezicht een rol heeft. Goed beschouwd is ‘vertrouwen’ het politiek correcte woord voor ‘risicoanalyse’, want met vertrouwen wordt in feite ‘kleine kans op ontsporing’ bedoeld. Met wantrouwen wordt bedoeld: ‘grote kans op ontsporing’. Deze naamsverandering is niet alleen een degradatie van het begrip vertrouwen, maar ook een ontkenning van de zakelijke basis die aan *checks and balances* in de publieke sfeer ten grondslag ligt. Het gaat naar mijn idee bij een goed systeem van toezicht en verantwoording om macht en tegenmacht, om het voorkómen van misstanden, om democratische controle en om prikkels tot presteren. Deze zaken zouden leidend moeten zijn bij het vormgeven van toezicht. Dat je daarbij probeert het toezicht zo efficiënt mogelijk vorm te geven is niet meer dan een kwestie van fatsoen richting onder toezichtgestelde maar is niet de kern van goed toezicht.”⁴⁹

2.3.3. Samengevat

Het doel van toezicht is in de afgelopen jaren niet eenduidig geweest en lijkt zich aan te passen aan de tijd en het politieke landschap. De afgelopen jaren wordt toezicht op de naleving van bestuursvoorschriften met name in relatie gebracht met het genereren en behouden van vertrouwen in een bedrijfstak. Dit past ook bij de, reeds in de inleiding besproken, trend van het terugdringen van de regeldruk voor het bedrijfsleven en inspecties die te maken hebben met een beperkte capaciteit. Juist binnen het in de vorige paragraaf besproken systeemtoezicht is er veel aandacht voor het begrip vertrouwen. De mate van vertrouwen is in sommige toezicht relaties leidend voor de wijze waarop een bedrijf te maken krijgt met bijvoorbeeld inspecties.

2.4. Toezichthouder

2.4.1. Definitie

Wie als toezichthouder kan worden aangemerkt volgt uit artikel 5:11 Awb:

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

Een tweetal elementen uit dit artikel zijn belangrijk om even bij stil te staan. Ten eerste is belangrijk dat alleen natuurlijke personen toezichthouder kunnen zijn in het licht van dit artikel. Bestuursorganen of andere instanties die in de bijzondere wetgeving met een vorm van toezicht zijn belast, vallen derhalve als zodanig niet onder deze definitie en kunnen dus geen bevoegdheden ontlenen aan titel 5.2 van de Algemene wet

⁴⁷ Six 2010, p. 6.

⁴⁸ Six 2010, p. 26.

⁴⁹ Van Montfort 2010, p. 14.

bestuursrecht. Wanneer bestuursorganen of andere instanties met een vorm van toezicht zijn belast moeten zij specifieke bevoegdheden dus ook via bijzondere wetgeving verkrijgen.⁵⁰

De term 'persoon' brengt ook de aanwijzing van niet-ambtenaren onder het bereik van de definitie. Wel is in de memorie van toelichting aangegeven dat met het verlenen van toezichthoudende bevoegdheden aan personen buiten het overheidsapparaat terughoudend moet worden omgesprongen.⁵¹ Als algemene regel geldt dat naarmate de voorschriften waarop moet worden toegezien van groter maatschappelijk belang zijn, 'particulier' toezicht minder in aanmerking komt.⁵² Deze lijn is in de jurisprudentie bevestigd.⁵³

Als tweede is van belang dat een toezichthouder enkel een toezichthouder in de zin van art 5:11 Awb kan zijn wanneer deze bij of krachtens wettelijk voorschrift is belast met het houden van toezicht. Een toezichthouder is dus alleen toezichthouder op basis van wetgeving volgens dit wetsartikel.

Scheltema wijst, met name naar aanleiding van het eerste element, op het feit dat het begrip toezichthouder in de literatuur evenals begrip toezicht en handhaving niet op eenduidige wijze wordt gehanteerd. Veelal wordt met het begrip toezichthouder in de literatuur bedoeld het bestuursorgaan dat met toezicht belast is. De toezichthouder op grond van art 5:11 Awb is echter de controlerende ambtenaar, die namens een bestuursorgaan nagaat of men zich aan de regels houdt. Dit punt is van belang voor hoofdstuk 4 waarin nader zal worden ingegaan op de aansprakelijkheid van de toezichthouder. Nu het begrip toezichthouder tegenwoordig steeds meer gebruikt wordt voor het bestuursorgaan dat belast is met de toezichthoudende functie, is het gebruik van het begrip toezichthouder in art. 5:11 verwarrend geworden. Het bestuursorgaan als toezichthouder staat hier centraal; wanneer er vragen rijzen over de aansprakelijkheid voor fouten bij het toezicht, gaat het in het algemeen ook om de aansprakelijkheid van dat bestuursorgaan.⁵⁴

In deze thesis wordt mede hierom ook aangesloten bij het begrip van de toezichthouder zoals deze wordt gehanteerd bij de aansprakelijkheid voor fouten bij het toezicht. Daarom wordt als toezichthouder gezien het bestuursorgaan dat is belast met toezicht. Wel is het goed om juist vanwege de begripsverwarring nog even stil te staan bij een aantal verschillende categorieën toezichthouders.

2.4.2. Verschillende soorten toezichthouders

Van Rossum onderscheid 4 categorieën van toezichthouders:

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

⁵⁰ Scheltema 2011.

⁵¹ Kamerstukken II 23 700, nr. 3, p. 139.

⁵² Kamerstukken II 23 700, nr. 5, p. 58/59.

⁵³ zie CBB 5 november 1997, JB 1998/98 en RAwb 1998/61.

⁵⁴ Scheltema 2011, p. 1.

Verschillende autoriteiten (de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM)) zijn relatief jong en komen in de plaats van de klassieke inspecties.

“In de topologie van overheidstoezichthouders wordt een onderscheid gemaakt tussen de klassieke inspecties en de nieuwe toezichthouders die als zogenoemde autoriteiten in de wereld gezet zijn. Gemakshalve wordt het onderscheid ook wel aangeduid met de begrippen ‘keurmeester’ en ‘marktmeester’ Deze tweedeling is tamelijk grof wanneer we kijken naar de taakontwikkelingen van de beide categorieën toezichthouders. De beide groepen toezichthouders hebben in de praktijk van hun functioneren weinig met elkaar te maken, ook al zijn de klassieke toezichthouders ook op de organisaties – ondernemingen – in de markt gericht en wordt de marktwerking geïntroduceerd in de semipublieke sector.”⁵⁵

Nogmaals moet hierbij benadrukt worden dat geen van deze toezichthouders in het licht van artikel 5:11 Awb toezichthouder zijn, maar dat ze in deze thesis wel zo worden genoemd.

2.5. Instrumenten toezichthouder

In hoofdstuk 5 Awb getiteld Handhaving zijn de belangrijkste bevoegdheden van de toezichthouder verzameld. Hierbij geeft de Algemene wet bestuursrecht de toezichthouder een standaardpakket aan bevoegdheden. Bij of krachtens de wet kunnen daarop extra bevoegdheden worden toegekend tevens kan bij wettelijk voorschrift of bij aanwijzingsbesluit worden bepaald dat een toezichthouder sommige bevoegdheden niet bezit.⁵⁶ In afdeling 5.2 worden de volgende bevoegdheden van de toezichthouder beschreven:

- Bestreden van plaatsen
- Inlichtingen vorderen
- Inzage nemen in bescheiden en kopieën maken
- Zaken onderzoeken en monsters nemen

Daarnaast zijn er in afdeling 5.2 een aantal normen voor bestuurshandelen inzake toezicht toegevoegd. Het gaat hierbij om de procedurele norm van de legitimatieplicht (artikel 5:12 Awb) en de inhoudelijke materiële zorgvuldigheid- en evenredigheidsnorm (artikel 5:13 Awb).

In afdeling 5.3 en 5.4 zijn de belangrijkste sancties vastgelegd die de toezichthouder kan opleggen. Wat een bestuurlijke sanctie inhoudt wordt gedefinieerd in art. 5:2 lid 1 onder a Awb:

“Een door een bestuursorgaan wegens een overtreding bij beschikking opgelegde verplichting of onthouden aanspraak.”

Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen herstel sancties (afdeling 5.3), en punitieve of bestraffende sancties (afdeling 5.4). De definities van beide soorten sancties staan beschreven in artikel 5:2 lid 1 Awb onder respectievelijk b en c.

De definitie van een herstelsanctie is:

“ Een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, tot het voorkomen van een herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.”

De bestraffende sanctie wordt als volgt gedefinieerd:

“Een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te brengen.”

Het verschil tussen herstelsancties en bestraffende sancties is belangrijk voor de nog nader te bespreken beginselplicht tot handhaving in hoofdstuk 3.

⁵⁵ Mertens 2010, p. 39.

⁵⁶ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 449.

De belangrijkste herstelsancties zijn de (last onder) bestuursdwang en de last onder dwangsom. De meest van belang zijnde bestraffende sanctie is de bestuurlijke boete. Deze drie sancties worden in de volgende subparagrafen kort toegelicht.

Op deelterreinen van het bestuursrecht komen nog andere sancties voor die niet in hoofdstuk 5 Awb zijn geregeld, zoals: de intrekking van een begunstigende beschikking, de bestuurlijke waarborgsom, de uitsluiting, de maatregel in het sociale zekerheidsrecht en de disciplinaire straf in het ambtenarenrecht. Het is overigens wel de bedoeling dat de Awb op enig moment wordt aangevuld met regels over intrekking van beschikkingen, waaronder ook intrekking als bestraffende sanctie.⁵⁷

2.5.1. Last onder bestuursdwang

De last onder bestuursdwang is in de Algemene wet Bestuursrecht terug te vinden in artikel 5:21. Onder last onder bestuursdwang wordt verstaan:

“De herstelsanctie, inhoudende: a) een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en b) de verplichting om te dulden dat het bestuursorgaan de last door feitelijk handelen ten uitvoer legt, indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.”

De bevoegdheid tot het opleggen van een last onder bestuursdwang is vrijwel nergens geformuleerd als een strikte verplichting of als een volstrekt gebonden bevoegdheid. De wettelijke regeling stelt dat het daartoe aangewezen bestuursorgaan bevoegd is tot het opleggen van een last onder bestuursdwang. De jurisprudentie liet het bevoegd gezag aanvankelijk de nodige vrijheid. In de loop van de jaren tachtig zijn de teugels echter aangetrokken. De Afdeling Bestuursrechtspraak gebruikte aanvankelijk enigszins verschillende formules om tot uitdrukking te brengen dat als een belanghebbende vroeg om bestuurlijke maatregelen (bestuursdwang of last onder dwangsom) te nemen tegen een overtreding, alleen bijzondere omstandigheden konden maken dat niet hoefde te worden opgetreden.⁵⁸ Deze formulering heet ook wel de beginselplicht tot handhaving. In het volgende hoofdstuk zal hier nader op worden ingegaan en zal de definitie hiervan volledig worden behandeld.

2.5.2. Last onder dwangsom

De vereisten voor een last onder dwangsom zijn in hoofdzaak dezelfde als die voor een last onder bestuursdwang. De keuze voor de ene of voor de andere is in beginsel een discretionaire, zo volgt uit de tekst van artikel 5:32 Awb:

“Een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen, kan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.”

2.5.3. Bestuurlijke boete

De belangrijkste bestraffende of punitieve sanctie is het opleggen van een bestuurlijke boete. In afdeling 5.4. Awb zijn de algemene bepalingen en de procedurele vereisten rond de bestuurlijke boete vastgelegd. Onder een bestuurlijke boete wordt op grond van lid 1 van artikel 5:40 Awb verstaan:

“De bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom.”

Hiermee zijn de belangrijkste sancties vanuit hoofdstuk 5 van de Algemene Wet Bestuursrecht besproken. Zoals hierboven al aangehaald is het aantal mogelijke sancties echter talrijk. Allen tezamen vormen het brede instrumentarium van de toezichthouder.

2.6. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is uitgebreid stilgestaan bij de begrippen toezicht, handhaving en toezichthouders. Dit was noodzakelijk omdat er in de literatuur veel definities van toezicht in omloop zijn en omdat de begrippen

⁵⁷ Kamerstukken // 29 702, nr. 3, p. 74.

⁵⁸ Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 468.

toezicht en handhaving door elkaar worden gebruikt. Wat tevens verwarrend is dat de begripshantering in de literatuur niet aansluit op de begripshantering in de Algemene wet bestuursrecht. Immers daar is handhaving het bredere begrip en is de titel van hoofdstuk 5 Awb.

In deze thesis zal voor het begrip toezicht worden aangesloten bij de kaderstellende visie op toezicht uit 2001:

“Toezicht is het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel hierover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.”⁵⁹

Het begrip handhaving zit hier voor een gedeelte in verweven. Bij handhaving gaat het om het interveniëren met behulp van herstelsancties. Hiermee kan gesteld worden dat handhaving onderdeel uit maakt van de definitie van toezicht. Met andere woorden is toezicht het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel hierover en het eventueel naar aanleiding daarvan handhaven. Gezien de in het volgende hoofdstuk te bespreken beginselplicht tot handhaving is deze conclusie mijns inziens het beste voor de beeldvorming en sluit tevens het beste aan op de geraadpleegde literatuur.

Ook voor het begrip toezichthouder ligt begripsverwarring vanuit de artikel 5:11 Awb en de literatuur voor de hand. Wanneer in deze thesis gesproken wordt over toezichthouders wordt hiermee niet alleen de toezichthouder bedoeld die wordt verondersteld in artikel 5:11 Awb, maar zal ook het bestuursorgaan waar deze toezichthouder toe behoort worden meegenomen. Er zal hierbij speciaal aandacht zijn voor de toezichthouders die Van Rossum benoemd als algemene toezichthouders als gemeenten en waterschappen.

De toezichthouder heeft een uitgebreide set aan instrumenten die kan worden ingezet in de verschillende fasen van toezicht. De belangrijkste instrumenten zijn gecodificeerd in hoofdstuk 5 van de Algemene wet Bestuursrecht.

Tot slot wordt er in de literatuur gesproken over diverse soorten van toezicht. De belangrijkste hiervan zijn in dit hoofdstuk besproken. Er is een globaal overzicht gemaakt van de verschillende begrippen wat gebruikt kan worden voor de volgende twee hoofdstukken. Zeker voor het vierde hoofdstuk is het onderscheid tussen algemeen en concreet toezicht van belang.

⁵⁹ Kamerstukken // 2000/2001, 27831, nr 1, blz. 7.

Hoofdstuk 3: In hoeverre is toezicht en het houden van toezicht juridisch genormeerd?

Er zal in dit hoofdstuk worden onderzocht in hoeverre er volgens de wet- en regelgeving een gehoudenheid bestaat tot het houden van toezicht en handhaving. Met andere woorden, heeft een toezichthouder een zekere mate van vrijheid bij het invullen van zijn wettelijke taak of heeft de wetgever hier geen ruimte voor gelaten. Daartoe dient in de eerste plaats de wetgeving te worden geraadpleegd, hieruit volgt immers of, en zo ja, in hoeverre het houden van toezicht al dan niet juridisch is genormeerd. Wanneer er een plicht geheel of gedeeltelijk ontbreekt, kan worden gezegd dat er sprake is van beleidsruimte en derhalve dat sprake is van de mogelijkheid tot het voeren van beleid. In dit hoofdstuk zal worden aangesloten bij de begripshantering van toezicht en handhaving waar het vorige hoofdstuk mee is afgesloten. Dit houdt in dat er wordt gewerkt met het brede begrip toezicht en het begrip handhaving wat hier deel van uit maakt. De volgorde waarin beide begrippen zijn bestudeerd loopt van smal naar breed. Dit is de reden waarom eerst zal worden ingezoomd op het begrip handhaving en vervolgens op het begrip toezicht.

3.1. Legaliteitsbeginsel

Het startpunt van de vraag in hoeverre wet- en regelgeving een gehoudenheid gebiedt aan de toezichthouder tot het houden van toezicht en handhaving ligt in de wet. Dit volgt uit het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel is opgebouwd uit een drietal aspecten. Ten eerste is er het aspect van het stellen van algemene regels om een zekere uniformiteit te waarborgen in de uitoefening van overheidsgezag. Artikel 107 lid 2 van de grondwet stelt hierover: “de wet stelt algemene regels van bestuursrecht vast”. Het tweede aspect wordt gekenmerkt door de regel: “de overheid mag niets, tenzij...”. Dit houdt in dat een overheidsbestuur slechts in mag grijpen in de rechten en plichten van burgers en bedrijven op basis van een wettelijke grondslag. Het derde en laatste aspect van het legaliteitsbeginsel is dat wanneer een wettelijke grondslag ontbreekt of onjuist wordt ingevuld onwettmatig en daarmee onrechtmatig is.⁶⁰

Het legaliteitsbeginsel, en de daarbij behorende eis dat er een wettelijke grondslag is voor al het verplichtend ingrijpen door de overheid in rechten en plichten van burgers, heeft als doel het verzekeren van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, het uitsluiten van willekeur en het realiseren van invloed van centrale of decentrale volksvertegenwoordigingen als (mede)wetgever bij het bepalen van de vrijheidsgrenzen en de aard van het eenzijdig verplichtend overheidsoptreden.⁶¹

Wil een toezichthouder dus sancties kunnen uitoefenen dan kan deze enkel wanneer er in de wet een bevoegdheid hiervoor is neergelegd. Het legaliteitsbeginsel is voor de toezichthouder expliciet gecodificeerd in art 5:4 Awb:

1. De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bestaat slechts voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend.
2. Een bestuurlijke sanctie wordt slechts opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven

In het vorige hoofdstuk is besproken dat in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht de belangrijkste basis sancties van de toezichthouder zijn gecodificeerd, namelijk: last onder bestuursdwang (artikel 5:21), last onder dwangsom (artikel 5:31) en de bestuurlijke boete (artikel 5:40). In hoeverre de toezichthouder gebonden is aan het uitvoeren van sancties zal moeten blijken uit de wetgeving.

⁶⁰ Heldeweg 2005, p. 30.

⁶¹ Heldeweg 2005, p. 113.

De bevoegdheid tot oplegging van een last onder bestuursdwang de last onder dwangsom is wettelijk steeds gegoten in een kan- bepaling.⁶² Er is geen absolute plicht om op een overtreding te reageren met oplegging van een last onder bestuursdwang. Een belangenafweging is nodig tussen het algemene handhavingbelang, de concrete belangen van de overtreder, alsmede, eventueel, de belangen van eventuele derden. Een goede belangenafweging vraagt, uit oogpunt van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, om een duidelijk handhavingsbeleid, waarin staat beschreven wanneer wel en niet wordt opgetreden.

Het beleidsvrije karakter van bestuurlijke handhavingbevoegdheden impliceert de mogelijkheid dat niet tot handhaving wordt overgegaan. In dat geval spreken we van gedogen. Gedogen is het bewust afzien van beschikbare handhavingmiddelen. Het komt in de praktijk veelvuldig voor; niet alleen bij kleinere zaken (als zonder vergunning gebouwde schuttingen en bijgebouwen), maar ook bij ingrijpende kwesties, bijvoorbeeld het laten functioneren van een kerncentrale op basis van een gedoogverklaring.⁶³

Wanneer er wordt beslist om in te grijpen is er sprake van een handhavingsbesluit. Handhavingbesluiten moeten voldoen aan de algemene eisen die aan besluiten worden gesteld, zoals zorgvuldige voorbereiding (art 3:2 Awb) en deugdelijke motivering (art 3:46 Awb). Toetsing aan het evenredigheidsvereiste (art 3:4 lid 2 Awb) speelt bij sancties een bijzondere rol. Indien sprake is van beleidsvrijheid, behoort het bestuur een handhavingsbeleid te praktiseren. Ook ongeschreven rechtsbeginselen, zoals het vertrouwensbeginsel, zijn relevant. Denk aan het geval waarbij een lange periode van gedogen in samenhang met bepaalde bestuurlijke uitspraken het vertrouwen kan opwekken dat het bestuur de zaak ongemoeid zal laten. Daarnaast zijn deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur natuurlijk ook relevant als een handhavingbevoegdheid wel een gebonden karakter heeft.⁶⁴

In paragraaf 3.3 zal het evenredigheidsbeginsel en de wijze waarop de toezichthouder om zou moeten gaan met beleidsruimte uitgebreid worden besproken. Eerst zal nu worden stil gestaan bij de zogenaamde beginselplicht tot handhaving. Deze beginselplicht heeft impact op de wijze waarop de toezichthouder zijn beleid in kan richten.

3.2. Beginselplicht tot handhaving

3.2.1. Inleiding

In beginsel zijn toezichthouders op basis van het legaliteitsbeginsel gebonden aan de wet voor het verkrijgen van hun bevoegdheden. Bestaat hiervoor een wettelijke grondslag, dan is vervolgens de vraag of een toezichthouder bij de inzet van de bevoegdheid ruimte heeft om zelf een beslissing te nemen of dat de wetgever deze beslissing al heeft genomen door de inrichting van de wettekst. In deze paragraaf zal gestart worden met de vraag hoe een toezichthouder moet omgaan met deze laatste situatie. Is de toezichthouder, wanneer de wetgever ruimte heeft gelaten, vrij om deze ruimte tot beslissen zelf in te vullen? Of is deze gebonden aan bepaalde uitgangspunten? De beginselplicht tot handhaven staat hierbij centraal. Om duidelijk te krijgen wat dit beginsel inhoudt en hoe deze tot stand is gekomen is gekozen om dit op een chronologische wijze te bespreken.

Handhavingbevoegdheden zijn door de wetgever in de regel geformuleerd als beleidsvrije bevoegdheden. Om die reden zijn bestuursorganen in beginsel vrij te bepalen of zij, na een afweging van de bij het besluit betrokken belangen, van de hen toekomende handhavingbevoegdheid gebruik willen maken. De rechter mag vervolgens alleen de vraag beantwoorden of het bestuursorgaan na afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot het besluit, om al dan niet handhavend op te treden, heeft kunnen komen. De Hoge Raad neemt dit standpunt, in 1971, uitdrukkelijk in, in het arrest inzake de Westerschouwense duinpolder. In latere

⁶² Heldweg 2005, p. 253.

⁶³ Heldeweg 2005, p. 265.

⁶⁴ Heldeweg 2005, p. 250.

rechtspraak van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State (ARRvS) is een vergelijkbaar standpunt ingenomen.⁶⁵

Lisse uitspraak

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in 1995 het standpunt ingenomen dat in een geval waarin is gebouwd zonder vergunning, en die activiteit niet kan worden gelegaliseerd, burgemeester en wethouders niet slechts bevoegd zijn om daartegen met bestuursdwang op te treden, maar ook in beginsel, behoudens eventuele bijzondere omstandigheden, daartoe gehouden zijn, aangezien de algemene belangen die worden gediend met de handhaving van wettelijke voorschriften en met het voorkomen van ongewenste precedentwerking dit vorderen. Hier heeft De Afdeling bestuursrechtspraak nog aan toegevoegd dat voor het vooropstellen van een zodanige gehoudenheid te meer reden bestaat, indien door een belanghebbende derde uitdrukkelijk is verzocht om tegen de illegale situatie op te treden. Deze uitspraak door De Afdeling bestuursrechtspraak wordt gezien als de eerste definitie van de beginselplicht tot handhaving en houdt in dat slechts wegens bijzondere omstandigheden van handhaving kan worden afgezien. Tevens heeft de Afdeling bestuursrechtspraak, in de uitspraak in het Lisse arrest, gesteld dat de plicht tot handhaving nog zwaarder weegt als een belanghebbende derde het bestuursorgaan vraagt over te gaan tot handhaving.⁶⁶

Intussen zijn er ook internationaal ontwikkelingen met betrekking tot de beleidsruimte van de toezichthouder. Ook hierbij draait het om de vraag of er sprake is van een beleidsvrije bevoegdheid tot het inzetten van herstelsancties.

Zaak Gomez

In de zaak Gómez staat artikel 8 EVRM centraal. Gómez woont in de Spaanse stad Valencia. In de wijk waar zij woont, is sprake van onacceptabele geluidsoverlast van bars en discotheken. Nationale geluidsnormen worden (ruimschoots) overtreden. Daartegen wordt echter niet handhavend opgetreden. Gómez ontwikkelt intussen serieuze slaap- en gezondheidsproblemen. Om die reden begint zij in 1997 een juridische procedure tegen het gemeentebestuur ter verkrijging van schadevergoeding. Uiteindelijk komt Gómez bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) terecht. Het EHRM oordeelt dat op een lidstaat een positieve verplichting rust om het privéleven en huisrecht te verzekeren (art. 8 EVRM). Dit zal onder meer moeten geschieden door (nationale) regels die zien op bescherming van een dergelijk EVRM-recht op deugdelijke wijze te handhaven.⁶⁷

In Nederland werd de ruimte waarin de toezichthouder vrij was om een afweging te maken tot het wel of niet handhaven nader gedefinieerd. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft haar formulering uit 1995 in 2004 enigszins aangepast:

‘Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden verlangd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.’⁶⁸

Een bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang en/of last onder dwangsom op te treden zal dus in de regel van deze bevoegdheid gebruik moet maken. Wanneer er concreet zicht op legalisatie bestaat en slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden verlangd dit niet te doen. Wat er precies onder concreet zicht op legalisatie en onder deze bijzondere omstandigheden wordt verstaan zal in de volgende subparagrafen aan de orde komen.

⁶⁵ Albers 2005, p. 193.

⁶⁶ ABRS 2 februari 1998, AB 1998, 181.

⁶⁷ EHRM 16 november 2004, JB 2005/2 m. nt.

⁶⁸ ABRvS 30 juni 2004, JB 2004/293.

3.2.2. Concreet zicht op legalisatie

Niet alleen moet er zicht zijn legalisatie, wil er volgens de formulering van de beginselplicht tot handhaving uit 2004 mogen worden afgezien van optreden, dit zicht moet vervolgens ook nog concreet zijn.

In beginsel is het voor een concreet uitzicht op legalisatie voldoende dat een vergunningaanvraag is ingediend die strekt tot legalisatie van de illegale situatie en volgens het bevoegd gezag voldoende gegevens bevat voor een goede beoordeling van de milieugevolgen van de inrichting. Bovendien moet het bevoegd gezag geen belemmeringen zien voor verlening van de vergunning. Voor concreet zicht op legalisatie is niet vereist dat reeds volledig inzicht bestaat in de van de inrichting te duchten milieugevolgen en de ter beperking van deze gevolgen aan een vergunning te verbinden voorschriften. Evenmin is noodzakelijk dat reeds een ontwerpbesluit strekkende tot verlening van de aangevraagde vergunning is vastgesteld voldoende gegevens bevat voor een goede beoordeling van de gevolgen van de inrichting voor het milieu en dat het bevoegd gezag geen beletselen ziet voor verlening van de gevraagde vergunning. Voor het bestaan van een concreet uitzicht op legalisatie en het om die reden afzien van handhavend optreden, is niet vereist dat de exacte datum waarop legalisatie zal plaatsvinden bekend is.⁶⁹

Concreet uitzicht op legalisatie is en blijft echter een uitzondering op handhavend optreden die in elke situatie weer opnieuw dient vastgesteld te worden door de bestuursrechter. In gedogen met beleid geeft Nevis vanuit de jurisprudentie een aantal voorbeelden van wanneer er wel of niet sprake is van concreet zicht op legalisatie.⁷⁰ De Afdeling bestuursrechtsspraak heeft zich namelijk in een aantal uitspraken uitgelaten over de vraag wanneer concreet zicht op legalisatie aan de orde is.

3.2.3. Overige bijzondere omstandigheden

Naast concreet zicht op legalisatie zijn er vanuit de jurisprudentie ook overige bijzondere omstandigheden die een beginselplicht tot handhaving ter zijde zouden kunnen schuiven. Wat er exact wordt verstaan onder de bijzondere omstandigheden is af te leiden uit de jurisprudentie. Vermeer heeft deze in gericht in een vijftal categorieën.⁷¹

Deze vijf categorieën zijn: 1) overgangssituaties, 2) er is sprake van zwaarwegende belangen die zich tegen handhaving verzetten: het achterliggende belang of een ander beschermenswaardig belang wordt beter gediend met gedogen dan met handhaven, dan wel handhaving leidt anderszins tot aperte onevenredigheid, 3) het handhavingbelang is gering; er wordt een geslaagd rechtstreeks beroep gedaan op strijd met het evenredigheidsbeginsel, 4) handhaving komt in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur: het vertrouwen- en het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel of het beginsel van fair play; er wordt een geslaagd getraptd beroep gedaan op strijd met het evenredigheidsbeginsel, 5) om een andere bijzondere reden moet van handhaving worden afgezien.⁷²

Of en wanneer er sprake is van een van deze vijf bijzondere omstandigheden sprake is blijkt vaak pas uit rechterlijke toetsing. Deze toetsing door de rechter is, zeker indien sprake is van een beslissing van een bestuursorgaan om een sanctie op te leggen, zeer marginaal. Het bestuursorgaan heeft, zoals eerder besproken aan het begin van deze paragraaf, in de meeste gevallen een zekere ruimte om zelf beslissingen te nemen. Besluiten om niet te handhaven ondergaan een veel indringender rechterlijke beoordeling. Door in zijn jurisprudentie het belang van de handhaving voorop te stellen en de mogelijkheden tot afzien van handhaven, 'de bijzondere omstandigheden', te beperken tot een vijftal hoofdcategorieën van gevallen, heeft de rechter zijn toetsingsbereik met betrekking tot dit type beslissingen uitgebreid en aldus de ruimte tot het komen tot een beslissing van het bestuursorgaan ingeperkt. Niettemin blijft handhaving in principe een kwestie van een

⁶⁹ Lam 2010, p. 10-11.

⁷⁰ Nevis 2012.

⁷¹ Vermeer 2011, p. 61

⁷² Vermeer 2010, hoofdstuk 3.

zekere ruimte tot het komen tot een beslissing en de hierbij noodzakelijke belangenafweging. Het belang van die constatering is meer dan een juridisch woordenspel. De noodzakelijke afweging van belangen maakt het mogelijk op grond van gewijzigde maatschappelijke inzichten aan bepaalde belangen meer of minder gewicht toe te kennen.⁷³

3.3. Beleidsruimte

Tot dusver zijn er twee zaken besproken die de ruimte tot beslissen van een toezichthouder bepalen. Ten eerste is dit de wetgeving. Op grond van het legaliteitsbeginsel kan een toezichthouder niets tot hij hiervoor door de wetgever in gelegenheid is gesteld. Telkens moet een toezichthouder ten eerste zelf op grond van de wet een taak opgelegd hebben gekregen en daarnaast is hij ook afhankelijk van de wetgever omtrent het tot zijn beschikking staande handhavinginstrumentarium. In beginsel heeft de wetgever hierbij enige beslissingsruimte gelaten aan de toezichthouder, echter deze ruimte is beperkt vanwege de hiervoor besproken beginselplicht tot handhaving. De ruimte die vervolgens overblijft, is de beleidsruimte van de toezichthouder. In deze paragraaf zal deze laatste term nader worden toegelicht en zal tevens worden besproken hoe deze beleidsruimte dient te worden ingekleed. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn hierbij een belangrijk uitgangspunt, te starten met het evenredigheidsbeginsel.

3.3.1. Evenredigheidsbeginsel

In art 3:4 Awb zijn twee beginselen van behoorlijk bestuur gecodificeerd. Het gaat hierbij om belangenafweging in lid 1 en het evenredigheidsbeginsel in lid 2:

- 1. Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.
- 2. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Hoofdgeregeld in het bestuursrecht is dat bestuursorganen enkel bestuurshandelingen mogen verrichten als zij daartoe op grond van een wettelijke bepaling bevoegd zijn (wetmatigheid van bestuur). Daarnaast geldt in het bestuursrecht het uitgangspunt dat bevoegdheden slechts voor een specifiek doel worden toegekend. Bestuursorganen mogen hun bevoegdheden enkel aanwenden ter behartiging van het doel waarvoor de bevoegdheid verleend is (specialiteitsbeginsel). Voorts mogen bestuursorganen, voor zover zij in het kader van de uitoefening van de bevoegdheid belangen moeten afwegen, gelet op het specialiteitsbeginsel, ten nadele van de aanvrager van een besluit enkel die belangen meewegen die verband houden met het doel van de wettelijke bevoegdheid. Bestuursorganen zijn echter zelden geheel door de wet gebonden. De meeste bestuursrechtelijke wetten bieden het bestuur enige ruimte om zelf, een weliswaar beperkte, inbreng te hebben in de rechtsvorming. Het bestuur beschikt in dat kader over discretionaire bevoegdheden. In het bestuursrecht bestaan er twee verschijningsvormen van discretie: beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid.⁷⁴

3.3.2. Beleidsvrijheid

De beleidsvrijheid van een bestuursorgaan wordt verkregen via de wetgever. Het bestuursorgaan kan vervolgens een bevoegdheid inzetten naar eigen inzicht. Wel is het bestuursorgaan gebonden aan een evenwichtige belangenafweging bij het maken van beleidskeuzes.

Beleidsvrijheid is daarbij het meest verstrekkend. Heeft een bestuursorgaan beleidsvrijheid dan kunnen inzake de besluitvorming meerdere uitkomsten rechtens juist zijn. Een goed voorbeeld hiervan is dat zowel het weigeren als het toekennen van bijvoorbeeld een kapvergunning rechtmatig kan zijn. Indien een bestuursorgaan beschikt over beleidsvrijheid dient het belangen af te wegen. Zo zal het algemeen belang tegen het belang van bijvoorbeeld de aanvrager van de kapvergunning en andere belanghebbenden (bijvoorbeeld omwonenden) moeten worden afgewogen. Beleidsvrijheid kan in een wettelijke bepaling worden herkend aan

⁷³ Vermeer 2011, p. 61.

⁷⁴ Albers 2007, p. 8.

een vorm van het werkwoord kunnen of aan de frase is/zijn bevoegd. Voor zover een besluit gebaseerd is op een beleidsvrije bevoegdheid kan de bestuursrechter dit besluit slechts marginaal toetsen. Het verbod van willekeur (neergelegd in art. 3:4 lid 2 Awb) doet daarbij dienst als maatstaf. Het komt erop neer dat de rechter enkel de vraag mag beantwoorden of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. De bestuursrechter mag de belangenafweging niet (volledig) overdoen en evenmin het besluit vernietigen als hij zelf net iets anders zou hebben geoordeeld.⁷⁵

3.3.3. Beoordelingsvrijheid

Naast beleidsvrijheid als bestuurlijke discretie bestaat er tevens beoordelingsvrijheid. Ook de beoordelingsvrijheid verkrijgt het bestuursorgaan via de wetgever. De wetgever kan namelijk in wetgeving vastleggen dat de vraag of aan de voorwaarden voor het uitoefenen van een bevoegdheid is voldaan toegekend wordt aan een bestuursorgaan. Een voorbeeld wat in Tekst en Commentaar bij artikel 3:4 Awb hierbij wordt gegeven is het voorbeeld van het toekennen van een vergunning voor het plaatsen van reclameborden langs wegen. Hierbij kan een verordening bepalen dat er moet worden gekeken of er geen sprake is van ernstige ontsiering of aantasting van landschappelijke waarden. De wetgever kan deze beoordeling vervolgens overlaten aan het college van burgemeester en wethouders, door de zinsnede naar het oordeel van B en W toe te voegen aan de verordening. Daarmee geeft de wetgever tegelijk de stilzwijgende opdracht mee aan B en W om beleidsmatig invulling te geven aan de normwaarde ernstige ontsiering of aantasting van landschappelijke waarden. De rechter zal, wanneer er op basis van deze invulling een beslissing is genomen, dit in beginsel zeker aanvaarden.

Albers geeft aan dat er van beoordelingsvrijheid sprake is als een bestuursorgaan aan de hand van de (relevante) feiten (die zich voordoen in een concreet geval) moet bepalen of aan een voorwaarde uit het toepasselijke wettelijke voorschrift is voldaan. Het gaat bijgevolg om de kwalificatie van de feiten. Het bestuursorgaan dient zich de vraag te stellen of op basis van de feiten die zich in het concrete geval hebben voorgedaan kan worden geconcludeerd dat aan een wettelijke normconditie is voldaan. Bij deze kwalificatie speelt altijd een bepaalde mate van subjectiviteit. Als het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam vindt dat een bepaald kunstwerk het uiterlijk aanzien van de gemeente niet schaadt hoeft het college van burgemeester en wethouders van Rotterdam ten aanzien van datzelfde kunstwerk niet tot eenzelfde conclusie te komen. Beoordelingsvrijheid wordt volgens Albers, door hen die niet ingewijd zijn in het bestuursrecht, waarschijnlijk niet ten onrechte, vaak gezien als een vage notie.⁷⁶

In het geval dat een bevoegdheid een exclusieve beoordelingsruimte aan het bestuursorgaan bevat, kan de rechter het feit dat hij met een zekere mate van terughoudendheid toetst, op twee manieren tot uitdrukking brengen. De rechter kan toetsen of het bestuursorgaan in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat er sprake was van 'ernstige ontsiering of aantasting van landschappelijke waarden'. Wanneer het besluit van het bestuursorgaan gebaseerd is op een oordeel dat deze (marginale) toetsing niet kan doorstaan, concludeert de rechter dat het besluit in strijd is met het wettelijke voorschrift waarop het besluit is gebaseerd. De andere mogelijkheid is, dat de rechter impliciet voorop stelt, dat bij de invulling van de beoordelingsruimte een belangenafweging nodig is. De rechter kan dan bezien of het betrokken bestuursorgaan onder afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Gaat het om een bevoegdheid met beleidsvrijheid, dan zal de rechter (met een gepaste mate van terughoudendheid) hebben te bezien of de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Gaat het om een bevoegdheid met beoordelingsvrijheid, dan kan de rechter eveneens bezien of de door het bestuur gegeven beoordeling (en het daarop gebaseerde besluit) voldoet aan het evenredigheidspostulaat van art. 3:4 lid 2. Daarnaast houdt de rechter in het geval van beoordelingsvrijheid de wellicht te prefereren mogelijkheid om als maatstaf aan te leggen of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn

⁷⁵ Van Buuren 2011.

⁷⁶ Albers 2007.

oordeel heeft kunnen komen. Is dat niet het geval dan zijn de grenzen van de beoordelingsvrijheid overschreden en is er strijd met de wettelijke bepaling waarin die beoordelingsvrijheid is neergelegd.

3.3.4. Rechtmatigheid

Naast het bestuursorgaan is ook de rechter in zijn functioneren afhankelijk van de wijze waarop de wetgever bestuurlijke bevoegdheden heeft geformuleerd. Zo is de toetsing door de rechter anders wanneer er sprake is van een bevoegdheid met beleidsruimte dan van een bevoegdheid waarin weinig tot geen beleidsruimte is wordt gegeven. De rechtmatigheid van een besluit wordt voor een belangrijk deel beoordeeld aan de hand van de bevoegdheidsbepaling op grond waarvan het bestuursorgaan het besluit heeft genomen. De wettelijke formulering van deze bepaling verschaft het bestuursorgaan vaak een zekere beoordelingsruimte of beoordelingsvrijheid om te bepalen of aan de voorwaarden voor de bevoegdheidsuitoefening is voldaan. In veel gevallen biedt de wetgever het bestuursorgaan bovendien de beleidsvrijheid om, wanneer aan de bevoegdheidsvoorwaarden is voldaan, te beslissen of en op welke manier van de bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt. In eerste instantie is het bestuursorgaan dat vast moet stellen wat rechtens de juiste beslissing is. De bestuursrechter komt pas aan bod wanneer de belanghebbende zich niet kan verenigen met het genomen besluit. En dan valt op dat de rechter het besluit beoordeelt op andere aspecten dan het bestuursorgaan.

Vanuit het perspectief van het bestuursorgaan is het uitoefenen van een bestuursbevoegdheid een bureaucratische taak die leidt tot velerlei bestuursbesluiten en waarbij, met het oog op een doelmatige en doeltreffende organisatie, vrijwel vanzelf een zekere standaardisering zal ontstaan. Deze standaardisering is terug te vinden in vuistregels of gedragslijnen. Soms worden deze vuistregels afzonderlijk vastgesteld en bekendgemaakt. Maar het komt ook voor dat het bestuursorgaan vuistregels 'leent' van andere bestuursorganen of particuliere organisaties. En ten slotte is er nog een mistige categorie vuistregels die wel door het bestuursorgaan worden toegepast, maar die niet formeel zijn vastgesteld en waaraan het bestuursorgaan desgevraagd ook geen formele status wil toekennen. Het zijn deze gedragslijnen die bepalen wat de, naar het oordeel van het bestuursorgaan, rechtens juiste beslissing is. Bestuursorganen zullen, om wat voor reden dan ook, niet snel geneigd zijn om af te wijken van deze vuistregels. De bestuursrechter wordt dus geconfronteerd met een rechtsproduct waarin, binnen de ruimte of vrijheid die het bestuursorgaan in de wet heeft toegekend gekregen, een zekere regelmaat is te herkennen. Dit staat op gespannen voet met het idee dat het bestuursorgaan individuele rechtsbedeling moet verrichten. De vraag waarvoor de rechter zich gesteld ziet is of en wanneer er van de gedragslijn moet worden afgeweken.⁷⁷

3.4. Beleid en beleidsregels

De gedragslijnen die worden toegepast bij de uitoefening van bestuursbevoegdheden en die niet als algemeen verbindende voorschriften kunnen worden aangemerkt, worden doorgaans aangeduid als beleid.⁷⁸ Binnen het beleid nemen beleidsregels een bijzondere positie in, omdat de wetgever beleidsregels heeft gedefinieerd in de Awb en er in de Awb rechtsgevolgen aan heeft verbonden. Hiermee kan er vervolgens een onderscheid op drie punten worden gemaakt tussen beleidsregels en overig beleid. Het gaat hierbij om de bewijskracht, de kwalificatie binnen het rechtssysteem en de bindende werking ten opzichte van het bestuursorgaan en de externe omgeving.

Het eerste onderscheid dat kan worden gemaakt is op het punt van bewijskracht. Er kan worden verondersteld dat de bewijskracht van beleidsregels groter is ten opzichte van het overige beleid. Dit blijkt bijvoorbeeld uit artikel 4:82 Awb, waarin is neergelegd dat het bestuursorgaan ter motivering van een besluit kan volstaan met een verwijzing naar de toegepaste beleidsregel. Wanneer het bestuursorgaan overig beleid toepast, dan zal het telkens opnieuw moeten motiveren waarom het beleid wordt toegepast. De bewijskracht van beleidsregels

⁷⁷ Tollenaar 2006, p. 175-176.

⁷⁸ Heldeweg 2005, p. 185-186.

brengt met zich mee dat het bij sommige bestuursbevoegdheden bijna ondenkbaar is om geen beleidsregels vast te stellen. Voorbeelden zijn bestuursbevoegdheden waarbij schaarse goederen worden verdeeld of waarbij een wijziging van een massale beschikkingverlening wordt doorgevoerd. Ook bij de uitoefening van sanctiebevoegdheden zijn beleidsregels bijna onmisbaar.⁷⁹

Een tweede verschil tussen beleidsregels en het overige beleid is dat beleidsregels aangemerkt kunnen worden als recht in de zin van artikel 79 Wet RO, terwijl het overige beleid niet als zodanig kan worden gekwalificeerd. Dit onderscheid is vooral van belang voor een mogelijk cassatieberoep. De Hoge Raad besliste hiertoe in 1986, waarbij werd gesteld dat beleidsregels niet slechts een feitelijke bestuursinterne aangelegenheid waren, maar tevens vatbaar werden voor uitleg en toetsing door de Hoge Raad.⁸⁰

Ten slotte is er een mogelijk verschil in de wijze waarop het bestuursorgaan gebonden is aan beleidsregels ten opzichte van de binding aan beleid. Het bestuursorgaan is gehouden beleidsregels toe te passen op grond van artikel 4:84 Awb, terwijl de binding aan het overige beleid is gebaseerd op het ongeschreven recht. In de literatuur wordt soms gesteld dat artikel 4: 84 Awb geen zelfstandige betekenis toekomt, omdat de bindende werking van de beleidsregel ook zonder dit artikel voortvloeit uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Toch is het juist de codificatie die de binding aan beleidsregels ingewikkeld maakt en die mogelijk tot verschillen leidt ten opzichte van het overige beleid. Het afwijken van beleidsregels is immers in artikel 4:84 Awb alleen mogelijk gemaakt wanneer er sprake is van een bijzondere omstandigheid.⁸¹

3.4.1. Afwijken van beleid

Er kan ook niet zonder meer worden afgeweken van dit overige beleid. Dit heeft te maken met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wanneer het bestuursorgaan een gedragslijn toepast die niet kan worden aangeduid als een beleidsregel, bijvoorbeeld omdat er een bevoegdheidsgebrek aan de beleidsregel kleeft, dan kan het bestuursorgaan gehouden zijn om het beleid toe te passen, op grond van het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Bij een gepubliceerde gedragslijn ligt het voor de hand om te verwijzen naar het rechtszekerheidsbeginsel. In het geval het beleid niet bekend is gemaakt, maar in de praktijk wel wordt toegepast, vormt het gelijkheidsbeginsel een overtuigend argument om het bestuursorgaan te binden aan het beleid.⁸²

Beleidsregels binden het bestuursorgaan op grond van de wet. Artikel 4:84 Awb bevat de plicht om beleidsregels toe te passen, tenzij het toepassen daarvan wegens bijzondere omstandigheden onevenredig bezwarend is voor belanghebbenden. De bindende werking van de beleidsregel wordt in de Awb dus begrensd door de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden. Onder een bijzondere omstandigheid wordt verstaan: een omstandigheid die het bestuursorgaan bij het vaststellen van de beleidsregel niet heeft meegenomen. Indien sprake is van een bijzondere omstandigheid, dan moet het bestuursorgaan afwijken van de beleidsregel, wanneer het toepassen van de beleidsregel onevenredige gevolgen heeft voor belanghebbenden.⁸³ Deze bijzondere omstandigheden zijn voor de toezichthouder nader uitgewerkt en zijn reeds besproken in paragraaf 3.2.2. en paragraaf 3.2.3.

Beleid en beleidsregels verschillen niet voor zover het gaat om de plicht om het beleid of de beleidsregels toe te passen: wanneer beleid of een beleidsregel van toepassing is, dan moet het bestuursorgaan daaraan gevolg geven. Hoogstens is het voor een belanghebbende makkelijker om deze plicht af te dwingen bij een beleidsregel, omdat bij een beroep op beleid de kans bestaat dat hij in bewijsnood raakt, terwijl bij een beroep op een beleidsregel in beginsel een verwijzing naar art. 4:84 Awb voldoende is. Bij de mogelijkheid om af te wijken van het beleid of de beleidsregel, doet zich echter wel een verschil voor. Beleidsregels bieden een

⁷⁹ Tollenaar 2006, p. 176.

⁸⁰ HR 11 oktober 1985, AB 1986, 84 (Avanti-arrest).

⁸¹ Tollenaar 2006, p. 177.

⁸² Tollenaar 2006, p. 178.

⁸³ Tollenaar 2006, p. 179.

inherente afwijkingsmogelijkheid die opgehangen is aan de aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid. Bij het overige beleid doet het er niet toe of er bijzondere omstandigheden zijn, maar kan het bestuursorgaan afwijken, wanneer het toepassen van het beleid tot een onevenredig nadelig resultaat leidt. De mogelijkheid om af te wijken van beleid lijkt dus ruimer dan de mogelijkheid om af te wijken van beleidsregels. Artikel 4:84 Awb gaat wat dat betreft verder dan alleen maar een codificatie van het ongeschreven recht. De vraag is echter of dit verschil ook in de praktijk blijkt. Dit kan worden onderzocht door na te gaan hoe de rechter de toepassing van beleidsregels beoordeelt en onder welke omstandigheden hij toestaat dat het bestuursorgaan afwijkt van een beleidsregel.⁸⁴ In het volgende hoofdstuk zal hier nader onderzoek naar worden gedaan.

3.4.2. Toezichthouder en beleid

Voor toezichthouders is het telkens van belang om te weten of het aan hun onderhavige toezicht een beleidsvrije bevoegdheid behelst of dat de wetgever deze ruimte heeft ingeperkt. Wanneer er een beleidsruimte is gelaten door de wetgever dient de toezichthouder hier dus in beginsel beleid op te voeren en is hier dan ook aan gehouden. De toezichthouder dient immers een consequente gedragslijn te volgen inzake het houden van toezicht. De instrumenten die de toezichthouder op grond van hoofdstuk van de Algemene wet bestuursrecht bezit zijn in beginsel discretionaire bevoegdheden, maar de toezichthouder is op grond van de gelaten beleidsruimte in beginsel ook verplicht om hier ook beleid op te voeren.

Bestuursorganen zijn over het algemeen bevoegd, maar niet verplicht tot handhavend optreden tegen overtredingen van bij of krachtens de wet gestelde voorschriften. Dit vloeit voort uit de formulering van de wettelijke attributiebepalingen die doorgaans inhouden dat het bestuursorgaan bevoegd is tot toepassing van bestuursdwang, het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete. Zo bepaalt art. 125, eerste lid, Gemeentewet (Gemw) dat het gemeentebestuur bevoegd is tot toepassing van bestuursdwang; volgens art. 56 Mededingingswet (Mw) kan ingeval van overtreding van art. 6, eerste lid, of van art. 24, eerste lid, Mw de Raad van Bestuur van de Nma een bestuurlijke boete en/of een last onder dwangsom opleggen aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend. In deze gevallen beschikt het bestuursorgaan over een discretionaire bevoegdheid. Er is sprake van beleidsvrijheid: de vrijheid om af te zien van het gebruik van een bevoegdheid wanneer de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening wel zijn vervuld.⁸⁵

Ook Tollenaar 2007 geeft aan dat de toezichthouder beleidsruimte heeft om keuzes te maken in de toepassing van verschillende types bestuursdwang.

Aan de afweging of er handhavend wordt opgetreden, gaat een andere bestuurlijke keuze vooraf: namelijk de keuze welke regels met de meeste prioriteit worden gehandhaafd. B&W kan onmogelijk toezicht houden op de naleving van alle regels die door het gemeentebestuur worden uitgevoerd en zal zich dus moeten beperken. De keuze welke regels met de meeste prioriteit moeten worden gehandhaafd, wordt in het recht niet genormeerd en wordt derhalve door de bestuursrechter marginaal beoordeeld. Ook de bestuurlijke keuze ten aanzien van de op te leggen sanctie, wordt door de bestuursrechter marginaal getoetst. Weliswaar ligt het voor de hand dat het bestuursorgaan niet kiest voor het opleggen van een last onder dwangsom, wanneer er onmiddellijk gevaar dreigt door het laten voortbestaan van de overtreding. Dit vloeit ook voort uit artikel 5:31 lid 3 Awb. Voor het overige vallen de bestuurlijke keuzes, bijvoorbeeld ten aanzien van de keuze tussen een last onder dwangsom of het uitoefenen van bestuursdwang in niet-spoedeisende gevallen, de lengte van de begunstigingstermijn of de hoogte van de dwangsom, binnen de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan.⁸⁶

⁸⁴ Tollenaar 2006, p. 179-180.

⁸⁵ Vermeer 2011, p. 59.

⁸⁶ Tollenaar 2007.

3.4.3. Toezichthouderdilemma

Bij de belangenafweging die van een bestuursorgaan wordt gevraagd volgens artikel 3:4 lid 1 past het zogenaamde toezichthouderdilemma. Indien een toezichthouder niet voortvarend genoeg optreedt, kunnen de belangen van derden in het gedrang komen en loopt hij de kans om door derden die daardoor schade hebben geleden aansprakelijk te worden gesteld (bijvoorbeeld door een brand in een café dat niet aan de veiligheidsvoorschriften voldeed). Indien een toezichthouder echter te voortvarend te werk gaat en maatregelen neemt die, gezien de omstandigheden van het geval, voorbarig zijn (bijvoorbeeld een vergunning intrekken of een waarschuwing doen uitgaan) kunnen de belangen van degene op wie toezicht wordt gehouden in het gedrang komen en loopt hij de kans om door dezen aansprakelijk te worden gesteld voor de door hen geleden schade. Meer in het algemeen gaat het hier om het feit dat toezichthouders tegengestelde belangen van verschillende groepen tegen elkaar moeten afwegen.⁸⁷

Giesen geeft hiervan een ander voorbeeld. Hij redeneert hierbij vanuit het zorgvuldigheids criterium. De situatie kan zich voordoen dat volgens de normen van goed toezicht de toezichthouder zou moeten ingrijpen, bijvoorbeeld om de continuïteit van een bepaald bedrijf te waarborgen, maar dat tevens duidelijk is dat als de toezichthouder inderdaad ingrijpt en dat in de openbaarheid komt, dat enkele feit een dusdanige impact op de markt zal hebben dat die continuïteit alsnog verloren zal gaan: zodra er ingegrepen wordt, stort het vertrouwen volledig in en trekt iedereen zich terug. De toezichthouder heeft dus soms enkel een keuze uit twee kwaden. Die beperkte keuze zal bij de bepaling van de vereiste mate van zorgvuldigheid van de toezichthouder een belangrijke rol spelen. Immers, binnen die zorgvuldigheidsafweging zullen ook de mogelijkheden en slagingskansen van alternatieve handelswijzen gewogen moeten worden. Indien de keuze er een is tussen twee kwaden, omdat krachtig ingrijpen tot onrust en dus schade zal leiden doch niet ingrijpen ook tot schade zal leiden, zullen haalbare, betere, alternatieven geregeld afwezig zijn. Dat zal dan betekenen dat schade waarschijnlijk minder snel verhaald kan worden op de toezichthouder. Een voorbeeld van een mogelijke manier om dit toezichthouderdilemma te omzeilen, betreft de benoeming van, de in de inleiding van deze thesis genoemde, instelling van een stille curator in de zaak Vie d'Or. Indien het slecht gaat met een financiële instelling, kan een stille curator benoemd worden, een bewindvoerder die de handelingen van de organen van de rechtspersoon moet goedkeuren. Zo wordt getracht het bedrijf te redden. Dat een bewindvoerder wordt benoemd, wordt echter niet geopenbaard omdat dat nu juist een run op de instelling zou veroorzaken.⁸⁸

3.5. Prioriteringsbeleid

In de meer recente literatuur is er een discussie met betrekking tot het voeren van een prioriteringsbeleid door de toezichthouder. Vanwege capaciteitsproblemen zijn bestuursorganen vaak gedwongen prioriteiten te stellen in het kader van de handhaving, en met het oog daarop beleid vast te stellen.

De vraag rijst hoe prioritering zich verhoudt tot de beginselplicht tot handhaving. Deze beginselplicht dwingt bestuursorganen om geconstateerde overtredingen via een last onder bestuursdwang of dwangsom aan te pakken, tenzij er sprake is van concreet zicht op legalisering of aperte onevenredigheid in het concrete geval. Prioritering in het kader van de sanctieoplegging leidt echter al snel tot, al dan niet tijdelijk, gedogen, en kan daar in het kader van het toezicht op de naleving toe leiden. Dit lijkt op gespannen voet te staan met de beginselplicht. In 2011 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak evenwel de beginselplicht gepreciseerd, door aan de standaardoverweging toe te voegen dat indien een bestuursorgaan redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld dat de overtreder in bepaalde gevallen eerst gewaarschuwd wordt en gelegenheid krijgt tot herstel voordat een handhavingsbesluit wordt voorbereid, het zich in beginsel aan dit beleid dient te houden. Gelet op deze uitspraak is er van een harde verplichting om in geval van overtreding onmiddellijk tot

⁸⁷ Van Dam 2006, p. 10.

⁸⁸ Giesen 2002, p. 11.

daadwerkelijke handhaving over te gaan geen sprake. Temporisering van de handhaving door middel van prioritering lijkt dan niet bij voorbaat onaanvaardbaar te zijn.⁸⁹

Of bestuursorganen bevoegd zijn tot het vaststellen van een prioriteringsbeleid is afhankelijk van de wijze waarop de bevoegdheden voor sancties in de wet zijn geformuleerd. In het vorige hoofdstuk is vastgesteld dat deze in het algemeen als discretionaire bevoegdheden zijn geformuleerd. Wanneer een bestuursorgaan vervolgens een sanctie wil opleggen zal daar vervolgens een belangenafweging vooraf moeten gaan. Bij deze belangenafweging speelt, naast andere belangen, ook het kostenaspect en de beperkte handhavingcapaciteit mee. Deze afweging kan vervolgens worden vastgelegd in een beleidsregel.⁹⁰

De noodzaak van prioritering doet zich vooral voor in de eerste twee fasen van het begrip toezicht, als de vraag voorligt of, en zo ja, naar aanleiding waarvan en hoe diepgaand er onderzoek moet worden verricht naar mogelijke overtredingen. Deze noodzaak hangt nauw samen met de beschikbare handhavingcapaciteit. Dat is met name het geval in het economische en financiële bestuursrecht, waar niet alleen sprake is van grote aantallen klachten en signalen over mogelijke overtredingen, maar waar het vaststellen van overtredingen vaak ook uitgebreid en complex onderzoek vergt, op basis van, speculatieve, economische theorieën. Daar komt nog bij dat klachten, die zijn ingediend door belanghebbende derden, zoals concurrenten of belangenorganisaties, in beginsel als aanvraag tot handhavend optreden worden aangemerkt, waarop gemotiveerd beslist dient te worden.⁹¹

Een toezichthouder kan niet zonder beleid om te voorkomen dat het handelt in strijd met het verbod op willekeur. Daarnaast is effectieve handhaving gebaat bij prioritering en het vaststellen en toepassen van prioriteringsbeleid in het kader van de sanctieoplegging en/of het toezicht op de naleving. Dit neemt echter, volgens Klap, niet weg dat het toepassen van prioriteringsbeleid soms op bezwaren stuit, omdat dit beleid er gemakkelijk, en soms ongemerkt, toe kan leiden dat overtredingen niet geconstateerd worden of dat wel geconstateerde overtredingen, al dan niet tijdelijk, gedoogd worden. In dat geval dreigt de beginselplicht tot handhaving te worden geschonden. De vraag is dan ook in hoeverre het toepassen van prioriteringsbeleid afstuit op deze beginselplicht, die gericht is op daadwerkelijke handhaving van overtredingen. Sinds het College van Beroep voor het bedrijfsleven in augustus 2010 de beginselplicht in algemene bewoordingen heeft omarmd, lijkt het daarbij niet meer uit te maken, voor zover het althans om het economische of financiële bestuursrecht gaat, of deze handhaving plaatsvindt door oplegging van een herstelsanctie of door boeteoplegging.⁹²

Ook Mertens geeft beschrijft de mogelijkheid, maar ook de noodzaak van een het opstellen van een prioriteringsbeleid en Michiels wijst op het feit dat prioriteringsbeleid past bij de moderne vormen van toezicht. Handhaving krijgt hierdoor een heel flexibele invulling. Doelregelgeving vraagt om toezichthouders met discretionaire ruimte en met een toerusting die ze in staat stelt die ruimte professioneel te benutten.⁹³

Michiels wijst hierbij op een lijn in enkele arresten waarbij de vraag werd gesteld of bestuursorganen een beleid mochten volgen waarbij ten aanzien van bepaalde overtredingen eerst een waarschuwing wordt gegeven en pas bij herhaling van de overtreding een sanctie wordt opgelegd. De Afdeling heeft dit inmiddels uitdrukkelijk aanvaard. De wet staat immers deze moderne vormen van toezicht toe. Zij laat de toezichthouder grote vrijheid bij de manier waarop hij, binnen de grenzen van een rechtmatige uitoefening van zijn bevoegdheden, het toezicht uitvoert. Behoudens in enkele EU-richtlijnen is namelijk nergens bepaald dat het toezicht met een bepaalde frequentie of intensiteit moet worden uitgevoerd. Relevant is dat de toezichthouder het doel dat de wetgever wordt verondersteld te hebben, bevordering van de naleving, nastreeft, maar dat kan

⁸⁹ Klap 2012, p. 326.

⁹⁰ Klap 2012, p. 328.

⁹¹ Klap 2012, p. 334.

⁹² Klap 2012, p. 340.

⁹³ Mertens 2010, p. 43.

op vele manieren. Daarbij kunnen afspraken, bijvoorbeeld convenanten, tussen overheid en bedrijven of bedrijfstakken een rol spelen, zo gaat Michiels verder. Bepalend is uiteindelijk of er voldoende zekerheid is dat individuele bedrijven de wet naleven, althans in de geest van de wet handelen. De toezichthouder mag bij de manier waarop hij zijn taak vervult (bedrijfsbezoeken bij wie, hoe vaak, hoe, etc.) dus zeker rekening houden met het gedrag van bedrijven. Van een beginselplicht tot toezicht is volgens Michiels, met de concreetheid zoals die bij sancties geldt, is vooralsnog geen sprake.⁹⁴

Binnen de grenzen die de Afdeling heeft gesteld aan de toepassing van handhavingwetgeving, bestaat echter nog genoeg ruimte voor verbetering van beleid. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld beleidsregels ter zake van het moment en de wijze van aanschrijving van de overtreder, prioritering van de aanpak van bepaalde soorten overtredingen en hoogte van dwangsommen. Als dit beleid redelijk is, dient het bestuursorgaan zich in beginsel aan dit beleid te houden:

“Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. In gevallen waarin het bestuursorgaan in dat kader redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt en gelegenheid biedt tot herstel voordat het een handhavingsbesluit voorbereidt, dient het zich echter in beginsel aan dit beleid te houden. Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan slechts onder bijzondere omstandigheden van het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom mag afzien. Dergelijke omstandigheden kunnen zich voordoen als concreet zicht op legalisatie bestaat of als het opleggen van een dergelijke last zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat in die concrete situatie van het opleggen van die last behoort te worden afgezien.”

Kortom, gedoogbeleid kan niet de grenzen opzij zetten die de Afdeling heeft uitgezet met de vaststelling en invulling van de zogenoemde beginselplicht tot handhaving.⁹⁵ Dat alleen de verwijzing naar een prioriteringsbeleid niet altijd voldoende motivatie is om een onderzoeksverzoek af te wijzen illustreert de volgende casus die diende bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) naar aanleiding van een klacht door de Vereniging van Reizigers (VVR) was ingediend op 16 mei 2003 bij de NMa tegen een vermeend samenwerkingsverband van de KLM en de SLM over de tarieven die beide luchtvaartmaatschappijen rekenden voor vluchten op het traject Amsterdam-Paramaribo.⁹⁶

In deze casus, die uitgebreid van commentaar is voor zien door Daalder, wordt door de VVR gewezen op een gebrek aan concurrentie op het traject Amsterdam-Paramaribo. Hierbij zouden de tarieven te hoog zijn, hetgeen volgens de VVR als misbruik van economische machtspositie (art. 24 Mw) moet worden aangemerkt. In 2001 was hierover een besluit genomen door de NMa waarbij door dit orgaan was vastgesteld dat er geen sprake was van misbruik door de KLM en de SLM. De VVR kan zich hier niet in vinden en diende vervolgens een klacht in. De klacht van de VVR had betrekking op een situatie, waarin sprake was van een monopolie op de route Amsterdam-Paramaribo, waarbij beide luchtvaartmaatschappijen de enige waren die op de route vlogen en zij nauw samenwerkten. Pas vanaf 1 mei 2006 werd de route geliberaliseerd en werd het voor andere luchtvaartmaatschappijen ook mogelijk om op de route te vliegen. Op grond van dit vooruitzicht vond de NMa aanleiding om, met verwijzing naar haar prioriteitsbeleid, naar de gegrondheid van de klacht van de VVR geen nader onderzoek te doen en de klacht af te wijzen. Immers zag het er naar uit dat de situatie rond gebrekkige concurrentie vanwege de verwachte marktwerking zichzelf zou oplossen.⁹⁷

Voor het CBb (College Beroep voor het bedrijfsleven) was daarbij van belang dat het voor de VVR praktisch zeer moeilijk is langs andere weg, bijvoorbeeld een civiele procedure tegen de KLM, (rechts)bescherming tegen de gestelde inbreuk op de mededingingsregels te krijgen. Dat is reden voor het CBb de weigering van de NMa te

⁹⁴ Michiels 2012, p. 168.

⁹⁵ Neelis 2012, p. 12-13.

⁹⁶ CBb 20 augustus 2010, *LJN* BN4700.

⁹⁷ Daalder 2010, p. 69.

vernietigen en de NMa opdracht te geven tot het instellen van een onderzoek naar het gestelde misbruik op de route Amsterdam-Paramaribo in de periode vanaf 1 mei 2006.⁹⁸

De, naar mening van Daalder, toch wel indringende toetsing door het CBb geeft aan dat de NMa, en andere toezichthouders, niet snel naar het prioriteitsbeleid zullen kunnen verwijzen als een klager met een op het eerste gezicht niet onredelijke klacht komt. Verder moet de klacht niet te letterlijk worden opgevat en moet rekening worden gehouden met nieuwe en ook met toekomstige ontwikkelingen. Ten slotte zal het besluit uitgebreid moeten worden gemotiveerd. De motiveringsplicht die het CBb toezichthouders oplegt, zal onvermijdelijk ten koste gaan van de, soms niet overvloedige, onderzoekscapaciteit van toezichthouders. Verder betekent dit dat de volhardende klager soms sneller aan de beurt is dan anderen: om vernietigingen als deze te voorkomen zullen toezichthouders vaker het zekere voor het onzekere nemen en toch maar nader onderzoek doen.⁹⁹

3.6. Beginselplicht tot toezicht

In het vorige hoofdstuk werd geconcludeerd dat toezicht breder is dan handhaving. Immers voor de fase waarbij tot handhaving wordt overgegaan liggen de fases van het verzamelen van informatie en de fase van het beoordelen van deze informatie. De beginselplicht tot handhaving heeft vanzelfsprekend betrekking op de fase handhaven, maar de vraag kan gesteld worden of er mede gezien de beleidsmatige ontwikkeling op het gebied van toezicht, zie bijvoorbeeld het in de vorige paragraaf besproken prioriteringsbeleid, niet inmiddels sprake van een beginselplicht tot toezicht. Gezien de beperkte capaciteit van toezichthouders en de grote mate van beleidsvrijheid van de toezichthouder op het gebied van het inrichten van toezicht lijkt dit al bij voorbaat uitgesloten, maar wel kunnen er bepaalde normen worden vastgesteld waaraan een toezichthouder zou moeten voldoen. In deze paragraaf zal ten eerste de visie van Vermeer op het punt van een eventuele beginselplicht tot toezicht worden besproken. Vervolgens zal worden aangesloten op de publiekrechtelijke normen tot behoorlijk toezicht door van Rossum, waarbij tevens de visie van Albers en Van Dam op dit punt worden besproken.

Vermeer sluit een beginselplicht tot toezicht uit, maar zou wel graag een beginselplicht zien tot adequaat toezicht.¹⁰⁰ Aan de oplegging van een sanctie gaat, in het kader van uitgeoefend toezicht, de constatering vooraf dat een overtreding is gepleegd. Het is uitgesloten dat het bestuur alle gepleegde overtredingen kan vaststellen. Daarvoor is het aantal overtredingen te groot en te divers; de handhavingcapaciteit van de overheid houdt daarmee geen gelijke tred. Vanuit de gedachte dat de overheid niet in staat is alle overtredingen te signaleren, is algemeen geaccepteerd dat zij prioriteiten stelt in het toezicht. Daardoor kan het gebeuren dat er bepaalde categorieën overtredingen die niet geprioriteerd zijn, niet worden vastgesteld. Tegen die overtredingen wordt als gevolg daarvan niet opgetreden met het opleggen van sancties. De beginselplicht tot handhaving houdt in dat tegen alle geconstateerde overtredingen wordt opgetreden, behoudens bijzondere omstandigheden.

De ruimte om enerzijds op grond van een redelijk te achten prioriteringsbeleid, in de eerste twee fases van het toezicht, niet achter mogelijke overtredingen aan te gaan, is volgens Vermeer aanzienlijk. Die ruimte is in ieder geval groter dan de ruimte om tegen een eenmaal vastgestelde overtreding op een gebied waarvoor de beginselplicht geldt, niet op te treden met het opleggen van een herstelsanctie. De mogelijkheid van prioritering van het toezicht en een beginselplicht tot toezicht, waarbij het begrip beginselplicht dezelfde betekenis toekomt als bij de beginselplicht tot handhaving sluiten elkaar uit. Er kan dus volgens Vermeer, uitgaande van deze betekenis van het begrip beginselplicht, niet worden gesproken van een beginselplicht tot toezicht. Dat neemt niet weg dat op gebieden waarvoor de beginselplicht tot handhaving geldt, de ruimte om op grond van een prioriteitsstelling in de toezichtsfase minder aandacht aan niet geprioriteerde overtredingen

⁹⁸ CBb 20 augustus 2010, *LJN* BN4700.

⁹⁹ Daalder 2010, p. 72.

¹⁰⁰ Vermeer 2011, p 62-63.

te besteden geringer is dan voor gebieden waarop de beginselplicht in het geheel niet van toepassing is. Dit ligt anders als uit de betreffende wet voortvloeit dat het bestuursorgaan in de toezichtsfase over een aanzienlijke mate van beleidsvrijheid beschikt.¹⁰¹

Bestaat er dus voor toezicht geen beginselplicht, een plicht tot het houden van adequaat toezicht moet naar de mening van Vermeer wel worden aangenomen. Hij geeft hierbij wel direct aan dat een allesomvattende definitie van adequaat toezicht lastig is te geven. De bouwstenen voor de definitie liggen volgens Vermeer in het rapport van de Algemene Rekenkamer getiteld Handhaven en gedogen en de kabinetsvisie 'Kaderstellende Visie op toezicht 2005'. Deze bevatten bruikbare criteria ter bepaling van de inhoud van het begrip 'adequaat toezicht'. In de 'Kaderstellende Visie' is neergelegd dat op basis van een integrale afweging van verschillende voor het toezicht relevante (risico)factoren gekomen dient te worden tot selectief toezicht. De toezichtcapaciteit wordt zo effectief mogelijk ingezet en bij het maken van keuzes moet gebruik worden gemaakt van risicomanagement en kosten-batenanalyses.

Volgens de Algemene Rekenkamer ('Handhaven en gedogen') en het kabinet dient er een weloverwogen handhavingsbeleid te worden opgesteld, waarin prioriteiten in het toezicht zijn neergelegd. Dit beleid moet worden uitgevoerd en geëvalueerd. De prioritering brengt enerzijds met zich mee dat keuzes worden gemaakt voor de activiteiten waarop het toezicht zich met name zal richten, en bij voorkeur ook voor het nalevingniveau dat wordt nagestreefd. Anderzijds zal het toezicht zo georganiseerd moeten zijn dat het met voldoende frequentie, diepgang en slagvaardigheid kan worden uitgevoerd. Een weloverwogen toezichtbeleid dient daarnaast volgens Vermeer ook ad-hoc-varianten te kennen: varianten die het mogelijk maken, incidenteel, buiten de geprioriteerde gebieden toezicht uit te oefenen.

Met deze redenering geeft Vermeer nadere invulling van, vooral punt 2 van, de door van Rossum in 2005 beschreven, publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk toezicht:

- 1) De toezichthouder doet in principe onderzoek naar iedere misstand wanneer een redelijk vermoeden van niet-naleving van wettelijke regels bestaat. Wanneer uit onderzoek blijkt dat wettelijke regels worden overtreden dient in beginsel corrigerend te worden opgetreden;
- 2) Het optreden van de toezichthouder moet berekenbaar zijn; zowel de burger als de ondertoezichtgestelde moet weten waar hij aan toe is.
- 3) Deze beginselen moeten worden aangevuld met de gewone algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁰²

3.7. Tussenconclusie

Zoals in het vorige hoofdstuk is geconcludeerd bestaat toezicht uit drie fases. Ten eerste is er de fase waarin informatie wordt verzameld. De tweede fase bestaat uit het beoordelen hiervan. Als derde ten slotte is er de fase van het interveniëren. Deze laatste fase is in deze thesis gelijkgesteld aan het aspect handhaven. In dit hoofdstuk stond de vraag centraal in hoeverre toezicht en het houden toezicht juridisch is genormeerd.

Het legaliteitsbeginsel vormde het logische startpunt van de beantwoording van de deze vraag. Volgens dit beginsel mag een het overheidsbestuur alleen ingrijpen in de rechten en plichten van burgers en bedrijven op basis van een wettelijke grondslag. Deze wettelijke grondslag is voor de meeste handhaving sancties neergelegd in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht.

Wanneer deze wetgeving nader wordt bestudeerd blijkt het in eerste instantie dat het hierbij gaat om sancties waarbij de toezichthouder een ruime mate tot beslissen heeft tot het wel of niet toepassen van deze sanctie.

¹⁰¹ Vermeer 2011, p. 73.

¹⁰² Van Rossum 2005, p.36.

Anders gezegd heeft de toezichthouder beleidsruimte of discretionaire ruimte bij het beslissen om al dan niet over te gaan tot handhaven. Deze beleidsruimte is echter vanuit bestuursrechtspraak beperkt door het formuleren van een zogenaamde beginselplicht tot handhaving. De door de Afdeling bestuursrechtspraak, in 2004 opgestelde formulering ziet er hierbij als volgt uit:

“Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden verlangd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.”¹⁰³

Los van concreet zicht op legalisatie en andere bijzondere omstandigheden is het bestuursorgaan gehouden aan de beginselplicht om sancties toe te passen wanneer er blijk is van een overtreding. Een toezichthouder heeft echter te maken met een capaciteit die niet oneindig is op het gebied van personeel en financiën. Kortom, een toezichthouder moet keuzes maken. Deze keuzes worden verondersteld gemaakt te worden na een zorgvuldige afweging van belangen op grond van art 3:4 lid 1 Awb. De toezichthouder doet er hierbij verstandig aan om een gedragslijn vast te leggen in beleid. Dit om te voorkomen dat deze wordt beticht van het handelen naar willekeur. Hierbij heeft de toezichthouder de mogelijkheid om dit beleid vast te leggen in beleidsregels of in overig beleid.

Naar aanleiding van recente ontwikkelingen is daarbij de beginselplicht tot handhaving verder aangescherpt waarbij de mogelijkheid tot het voeren van beleid expliciet wordt benoemd door de Afdeling bestuursrechtspraak:

“Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. In gevallen waarin het bestuursorgaan in dat kader redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt en gelegenheid biedt tot herstel voordat het een handhavingsbesluit voorbereidt, dient het zich echter in beginsel aan dit beleid te houden. Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan slechts onder bijzondere omstandigheden van het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom mag afzien. Dergelijke omstandigheden kunnen zich voordoen als concreet zicht op legalisatie bestaat of als het opleggen van een dergelijke last zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat in die concrete situatie van het opleggen van die last behoort te worden afgezien.”

De vraag of er hiermee ook een beginselplicht tot toezicht kan worden vastgesteld moet ontkennend worden beantwoord. Dit heeft vooral te maken met de ruime mate van beleidsvrijheid rondom de brede definitie van toezicht en de beperkte capaciteit van de toezichthouder. Wel zou gesproken kunnen worden van een plicht tot het houden van adequaat toezicht.

¹⁰³ ABRvS 30 juni 2004, JB 2004/293.

Hoofdstuk 4: Welke rechtsgevolgen heeft het niet houden van toezicht?

4.1. Inleiding

Na de bestuursrechtelijke normering van het beleid van de toezichthouder zal in dit hoofdstuk de civielrechtelijke normering van de invulling van de wettelijke taken van de toezichthouder centraal staan. Hierbij zal ruimschoots aandacht worden besteed aan verschillende arresten waarbij de publiekrechtelijke toezichthouder aansprakelijk is gesteld voor het niet of gebrekkig houden van toezicht. Hierover bestaat veel jurisprudentie en er is ook in de literatuur veel aandacht besteed aan dit vraagstuk. Behalve civielrechtelijke aansprakelijkheid kan er ook sprake zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens het niet of onvoldoende houden van toezicht.

Het houden van toezicht dient weliswaar te worden gerekend tot het bestuursrecht, maar de gevolgen daarvan worden echter niet door het bestuursrecht bestreken. Dit houdt verband met het besluitbegrip dat in het bestuursrecht onder de Algemene wet bestuursrecht centraal staat. Het (niet) houden van toezicht gaat niet gepaard met het nemen van besluiten, pas als tot handhavend optreden wordt overgegaan of wanneer dit wordt geweigerd is er sprake van een besluit dat uiteindelijk door een bestuursrechter wordt beoordeeld. Het gevolg van het niet of onvoldoende houden niet of gebrekkig houden van toezicht kan zijn dat derden schade hebben geleden. Deze schade kan via een onrechtmatige daadactie op de overtreder worden verhaald, doch ook, en dit staat centraal in deze thesis, op de toezichthouder. Wil deze schadevergoeding evenwel voor toewijzing in aanmerking komen, dan zal sprake moeten zijn van een onrechtmatige daad, die is gepleegd door de toezichthouder.

De grondslag voor aansprakelijkheid is naar Nederlands recht de wanprestatie of onrechtmatige daad: in beide gevallen gaat het vervolgens om zorgvuldigheid die verwacht zou mogen worden van een redelijk handelende toezichthouder. Gaat het om de verdere invulling en concretisering van die zorgvuldigheidsnorm dan zijn de Kelderluikfactoren bepalend, inclusief bijvoorbeeld de kosten van voorzorg en andere remmingen ten opzichte van het aannemen van aansprakelijkheid. Verder spelen de specifieke taken en bevoegdheden van de toezichthouder een rol en zal met name ook via de voorzienbaarheid tot een verdere invulling per geval gekomen moet worden.

Bij de aansprakelijkheid van toezichthouders gaat het uiteindelijk om een hele normale vorm van schuld aansprakelijkheid. Bij concreet of specifiek toezichtsfalen, gaat het om het negeren van concrete aanwijzingen van een gevaarlijke situatie of het in de wind slaan van waarschuwingen inhoudende dat er sprake is van een concrete dreigende overtreding van voorschriften. Algemeen toezichtsfalen heeft betrekking op het naleven van algemene controle op de naleving van bijvoorbeeld door de gemeente te handhaven regels. Bij algemeen toezichtsfalen, speelt met name de beleidsvrijheid van het bestuursorganen bij het opstellen van een algemeen handhavingsbeleid. Deze beleidsvrijheid dient door de civiele rechter gerespecteerd te worden.¹⁰⁴

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd: als eerste zal vanuit de literatuur gekeken worden welke functie aansprakelijkheid heeft bij het functioneren van de publiekrechtelijke toezichthouder. Vervolgens zal nader worden ingezoomd op het begrip onrechtmatige daad. Op basis van art 6:162 van boek 6 BW kunnen er een aantal voorwaarden worden opgesteld wil er sprake zijn van een onrechtmatige daad. Deze worden hierna stuk voor stuk besproken en zullen dienen als kapstok voor de te bespreken jurisprudentie. Tot slot van het hoofdstuk zal ook nog even kort stilgestaan worden bij de strafrechtelijke aansprakelijkheid van het niet of onvoldoende houden van toezicht.

¹⁰⁴ Giesen 2005, p. 213.

4.2. Functies van aansprakelijkheid

In theorie geldt dat van de aansprakelijkheid van toezichthouders een preventief effect uitgaat op het gedrag van toezichthouders. Daarnaast kan een benadeelde derde eventueel ontstane schade verhalen en kunnen de uitkomsten van de diverse arresten toezichthouders kansen bieden zelf te leren van eigen of andermans gemaakte fouten en beleidsaanpassingen te maken. Ook gaat er een belangrijke preventieve werking uit van de mogelijkheid om als toezichthouder aansprakelijk te kunnen worden gesteld voor het niet of onvoldoende houden van toezicht.

Dit effect wordt als het sterkste beschouwd wanneer het gaat om activiteiten die planmatig en calculerend kunnen plaatsvinden. Er is op dit terrein echter geen empirisch onderzoek voorhanden dat deze stelling ondersteunt. Wel is uit het praktijkonderzoek gebleken dat toezichthouders leren van rechterlijke uitspraken en deze in hun kwaliteitsbeleid verdisconteren. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat naast de invloed van deze externe factoren, vooral de eigen professionaliteit toezichthouders aanzet tot zorgvuldig gedrag. Het verstrekken van schadevergoeding is niet het belangrijkste doel van het aansprakelijkheidsrecht. Het aansprakelijkheidsrecht dient er juist toe om vast te stellen of er een goede reden is om de schade van de benadeelde te vergoeden. Die reden is er alleen als een toezichthouder door inadequaate handhavingtoezicht een toerekenbare onrechtmatige daad heeft begaan.¹⁰⁵

Twee belangrijke argumenten tegen aansprakelijkheid van toezichthouders zijn dat het zou leiden tot defensief toezicht en een stortvloed van claims worden in de praktijk niet voldoende ondersteund en wegen niet op tegen de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht en het versterken van het vertrouwen in het maatschappelijk verkeer.

Giesen stelt echter dat de mogelijkheid van aansprakelijkheid van een toezichthouder is gebouwd op een degelijk fundament, dat uit de volgende argumenten bestaat. De wenselijkheid, noodzaak en mogelijkheid van preventie van schade, gekoppeld aan het opgewekte doch beschaamde vertrouwen en de ratio van toezicht, toezichthouders zijn geschapen om toezicht te houden en die taak moeten zij met voldoende zorg uitvoeren pleiten voor een, eerder ruimhartige dan mildere vorm, van aansprakelijkheid van toezichthouders. Dat het om een nalaten en om een afgeleide aansprakelijkheid gaat, weegt als argument tegen aansprakelijkheid onvoldoende zwaar, en datzelfde geldt voor de notie dat de vrije wil in gevaar zou zijn. Voeg daarbij dat de waarde van het argument dat de storm van claims via deze norm van aansprakelijkheid zou worden opengezet en dat dat tot defensief toezicht zou leiden, volgens Giesen, op zijn zachts gezegd, twijfelachtig is, en het heeft er alle schijn van dat er een voldoende solide basis aanwezig is om toezichthouders een ten minste normale mate van verantwoordelijkheid op te kunnen leggen.

Dat compensatie op zichzelf geen argument is voor aansprakelijkheid, maar een gevolg van en de notie van spreiding van de schade wellicht ook niet direct in de ene of andere richting wijst, doet daaraan niet af volgens Giesen. Die beide elementen pleiten immers ook niet tegen aansprakelijkheid. Ook het gezichtspunt van de kosten van het aansprakelijkheidsrecht wijst niet een bepaalde kant uit. Beleidsvrijheid bestaat in bepaalde gevallen wel voor toezichthouders, maar is uiteindelijk niet beslissend omdat die vrijheid geen onbeperkte vrijbrief geeft. De notie van verantwoordelijkheid pleit vervolgens weer voor aanvaarding van aansprakelijkheid. Bij dit alles verdient nog wel aandacht dat de waarde van de gebruikte argumenten per soort en per type van toezicht kunnen verschillen. Uiteindelijk is de conclusie gerechtvaardigd dat voor de, principiële mogelijkheid van aansprakelijkheid van toezichthouders, te beoordelen via de Kelderluik criteria, een voldoende rechtvaardiging gevonden kan worden. Die rechtvaardiging is in elk geval genoeg om te mogen concluderen dat de aansprakelijkheid van toezichthouders een heel gewone vorm van (schuld) aansprakelijkheid is.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Van Dam 2006, p. 15-16.

¹⁰⁶ Giesen 2005, p. 218.

4.3. Onrechtmatige daad

Voordat zal worden ingegaan op het begrip onrechtmatige daad is het belangrijk om eerst even stil te staan bij het begrip rechtsfeiten. Hierbij zijn twee categorieën handelen met rechtsgevolgen te onderscheiden. Ten eerste zijn dit de rechtshandelingen met rechtsgevolg en daarnaast de feitelijke handelingen met rechtsgevolg. Bij een rechtshandeling, zoals bij een arbeidsovereenkomst, is sprake van handelen dat gericht is op een rechtsgevolg, terwijl er bij feitelijke handelingen met een rechtsgevolg sprake is van rechtsgevolgen die intreden ongeacht of de handeling met het oog daarop is verricht.

De laatste categorie, feitelijke handelingen met rechtsgevolg, kan vervolgens worden onderverdeeld in rechtmatige daden en onrechtmatige daden. De voorwaarden voor wanneer er gesproken kan worden van een actie uit een onrechtmatige daad zijn geregeld in het Burgerlijk Wetboek.¹⁰⁷

In het Burgerlijk Wetboek is de onrechtmatige daad geregeld in boek 6, titel 3 en wel in art 6:162:

- 1) Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt te vergoeden.
- 2) Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond
- 3) Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvatting voor zijn rekening komt.

Uit dit artikel zijn een aantal voorwaarden te halen waaraan voldaan moet zijn, wil een vordering uit onrechtmatige daad kunnen slagen. Deze voorwaarden vormen zoals reeds aangegeven in de inleiding tevens de kapstok van waaruit de arresten met betrekking tot het niet of gebrekkig houden van toezicht zullen worden besproken

1. Er moet sprake zijn van een onrechtmatige daad (paragraaf 4.3.1. Onrechtmatige daad)
2. Deze daad moet aan de dader kunnen worden toegerekend (paragraaf 4.3.2. Toerekenbaarheid)
3. Eiser moet schade geleden hebben (paragraaf 4.3.3. Schade)
4. Er moet causaal verband zijn tussen daad en schade (paragraaf 4.3.4. Causaliteit)
5. De geschonden norm moet strekken tot de bescherming van de geleden schade (artikel 6:163 BW) (paragraaf 4.3.5. Relativiteit)
6. Formele rechtskracht (paragraaf 4.3.6. Formele rechtskracht)

4.3.1. Onrechtmatige daad

Wanneer er sprake is van een onrechtmatige daad is af te leiden uit art. 6:162 lid 2 BW:

- 2) Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond

De wet onderscheidt hier drie categorieën gedragingen, met inbegrip van nalaten, die onrechtmatig zijn: Ten eerste wordt aangemerkt als onrechtmatige daad wanneer er sprake is van een inbreuk op een recht. Ten tweede wanneer er sprake is van een strijd met een wettelijke plicht en ten derde wanneer sprake is van strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Een toezichthouder wordt met name vaak verweten iets niet gedaan te hebben, namelijk ten onrechte nagelaten te hebben een bepaalde handeling te verrichten. Aansprakelijkheid van toezichthouders is dus ook aansprakelijkheid wegens nalaten. Aansprakelijkheid wegens nalaten is mogelijk indien er een plicht tot handelen gevonden kan worden en zo'n

¹⁰⁷ De Blois ea. 1999, p. 149.

plicht kan gebaseerd worden op de relatie van de gedaagde tot bepaalde zaken of personen, zoals een toezichtrelatie.¹⁰⁸

Bij de beoordeling van overheidsgedragingen omvat de toetsing aan het ongeschreven recht tevens de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁰⁹ Hierbij gaat de rechter van geval tot geval na in welke mate de overheid beleids- of beoordelingsvrijheid behoort te worden nagelaten. Hij slaat daarbij acht op de aard van de voorliggende overheidstaak, de specifieke omstandigheden waaronder deze moet worden vervuld en de mate waarin het geschreven recht de uitvoering van die taak wil begrenzen.¹¹⁰ De laatste jaren is veel aandacht besteed aan de aansprakelijkheid van de overheid voor tekortschietend toezicht. In het, reeds in de inleiding kort besproken, arrest inzake *Vie d'or* heeft de Hoge Raad uiteengezet aan de hand van welke materiële maatstaf die aansprakelijkheid moet worden beoordeeld. Het komt er op neer dat, indien de wet geen meer specifieke maatstaf voorschrijft, de eis van behoorlijk en zorgvuldig toezicht wordt gesteld.¹¹¹ De toezichthouder is aansprakelijk als hij gelet op zijn wettelijke taken in de gegeven omstandigheden onvoldoende zorg heeft betracht. De grondslag voor aansprakelijkheid van de toezichthouder dient gevonden te worden in schending van zijn wettelijke plicht als het gaat om verplichtingen en schending van de zorgvuldigheidsnorm als het gaat om de uitoefening van bevoegdheden.¹¹²

4.3.2. Toerekenbaarheid

Onrechtmatigheid van de daad is een eerste vereiste voor het slagen van een schadevergoedingsactie. Een tweede vereiste is, dat de daad aan de dader moet kunnen worden toegerekend. Dit vereiste is uitgewerkt in art. 6:162 lid 3 BW, dat als volgt luidt;

Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

De wet onderscheid hierbij wederom drie mogelijkheden. Of de dader heeft schuld aan de daad. Of de oorzaak van de daad komt op grond van de wet voor zijn rekening. Of de oorzaak van de daad komt op grond van de in het verkeer geldende opvatting voor zijn rekening.

Bij de vraag wanneer de dader schuld heeft betreft de term schuld heeft de betekenis van verwijtbaarheid: aan de dader moet verweten kunnen worden dat hij zich onrechtmatig gedragen heeft. Treft de dader geen verwijt, dan kan de gedraging hem niet worden toegerekend, tenzij een van de andere twee mogelijkheden zich voordoet. De oorzaak van de daad komt dan volgens de wet voor rekening van de dader.¹¹³

De overheid is in de afgelopen decennia regelmatig aansprakelijk gesteld voor falend toezicht. Het gaat hierbij met name om de vraag of de toezichthouder wel had moeten ingrijpen in bepaalde situaties, maar dat om een of andere reden niet heeft gedaan. De vraag die hierbij een belangrijke rol speelt is of de toezichthouder wel of geen beleidsruimte heeft om eigen handelen te verantwoorden. Volgens G. Jurgens, NJB 2000/1281 zou wanneer door de overheid onvoldoende is toegezien op de naleving van vergunningsvoorschriften en door de met die voorschriften strijdige activiteiten leiden tot het ontstaan van schade voor derden, de overheid mede aansprakelijk moeten kunnen worden gehouden. De gedachte is dan dat de aansprakelijkheid weliswaar primair dient te rusten op de daadwerkelijke veroorzaker van de schade, maar wanneer het overheidsoptreden kan worden omschreven als onrechtmatig stilzitten voor die overheid een mede aansprakelijkheid kan worden aangenomen. Het gaat dan om situaties waarin de overheid de grenzen van haar discretionaire ruimte, om wel

¹⁰⁸ Giesen 2005, p. 212.

¹⁰⁹ Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2008, p.744.

¹¹⁰ Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2008, p.745.

¹¹¹ Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2008, p.749.

¹¹² Van Rossum 2005, p. 43.

¹¹³ De Blois e.a. 1999, p.149.

of niet tegen normovertredingen op te treden, heeft overschreden en in een concreet geval had moeten optreden, maar dat niet heeft gedaan.¹¹⁴

4.3.3. Schade

Artikel 6:162 lid 1 BW geeft de benadeelde recht op vergoeding van in beginsel de volledige schade:

Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.

Het is voor degene die schade heeft geleden zaak om zelf de gestelde schade te bewijzen. De voor vergoeding in aanmerking komende schade kan vermogensschade of, voor zover de wet daarop aanspraak geeft, een ander nadeel betreffen, zo volgt uit artikel 6:95 BW¹¹⁵

In verband met de aansprakelijkheid voor nalaten wordt gerefereerd aan de zogenaamde kelderluik criteria. Daarmee wordt van belang geacht de aard en ernst van het gevaar, de te verwachten schade, de grootte van de kans dat die schade zich verwezenlijkt, de voorzienbaarheid van de schade en de kosten van voorzorgsmaatregelen.¹¹⁶

Vertaald naar het toezicht is dan aan de orde of de toezichthouder zijn toezichtstaken voldoende adequaat heeft uitgevoerd en of bijvoorbeeld niet eerder of anders had moeten worden ingegrepen. De grondslag van de mogelijke aansprakelijkheid wordt in dat geval gezocht in onzorgvuldig nalaten, met name indien aan de toezichthouder toekomende bevoegdheden onvoldoende zijn ingezet. De voor toezichthouders geldende zorgvuldigheidsnorm zal er dan in het algemeen op zien dat deze niet anders handelt dan hij met het oog op het door hem behartigde algemene belang en eventuele in het geding zijnde belangen van onder toezicht gestelden en derden behoort te doen.¹¹⁷ Bij het hierbij hanteren van de zojuist genoemde kelderluik criteria moet wel bedacht worden dat deze ontwikkeld zijn voor gevaarzettend handelen. Daarvan is zeker niet bij alle vormen van toezicht sprake, zodat deze gezichtspunten zich niet steeds even goed lenen voor toepassing bij de aansprakelijkheid voor toezicht. Wel zou uit deze criteria kunnen worden afgeleid dat de omstandigheid dat sprake is van veiligheidstoezicht een hogere zorgplicht met zich brengt dan bij andere vormen van toezicht.¹¹⁸

4.3.4. Causaliteit

Het vierde vereiste voor het slagen van onrechtmatige daad actie volgt uit het woord dientengevolge in lid 1 van art. 6:162 BW. Er moet een oorzakelijk verband bestaan tussen de onrechtmatige gedraging en de schade. In de eerste plaats houdt dit het volgende in: als de schade ook ingetreden zou zijn zonder dat de daad gepleegd was, is er, uitzonderingen daargelaten, geen aansprakelijkheid. Deze minimum eis van oorzakelijk verband, ook wel *conditio sine qua non* genoemd, dient ter beperking van de mogelijkheden tot aansprakelijkheidsstelling.

Volgens artikel 6:98 BW dient de schade in een zodanig verband te staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. In de bestuursrechtspraak is bij dit artikel aansluiting gezocht. Dit aansluiting zoeken lijkt in te houden dat een extra maatstaf wordt aangelegd: tussen het handelen in strijd met het recht en de schade moet een oorzakelijk verband bestaan in die zin dat alleen die schade wordt vergoed die bij rechtmatig handelen niet zou zijn ontstaan.¹¹⁹

¹¹⁴ Blauw 2012, p. 1.

¹¹⁵ Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2008, p.767.

¹¹⁶ HR 5 november 1965, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (Kelderluik).

¹¹⁷ Scheltema 2011, p. 2.

¹¹⁸ Van Maanen 2007, p. 132 en p. 137.

¹¹⁹ Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2008, p.759.

De Afdeling Bestuursrechtspraak is van oordeel dat van causaal verband tussen een onrechtmatig besluit en schade sprake is als de schade in zodanig verband met het besluit staat, dat zij aan het bestuursorgaan dat dit besluit heeft genomen, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van dat besluit moet worden toegerekend. Zij neemt geen causaal verband aan indien ten tijde van het onrechtmatig besluit een rechtmatig besluit had kunnen worden genomen dat naar aard en omvang dezelfde schade tot gevolg zou hebben gehad. Dit ligt anders als tussen het onrechtmatige besluit en het nadien te nemen rechtmatig besluit de relevante feiten of omstandigheden zijn gewijzigd of wanneer er nog procedurele stappen moeten worden genomen. De gedurende deze periode te lijden schade kan worden toegerekend aan het onrechtmatig besluit en komt in beginsel voor vergoeding in aanmerking. Voorwaar een niet te veronachtzamen beperking van de aansprakelijkheid van de overheid voor haar besluiten. Op haar berust natuurlijk wel de bewijslast dat op het bewuste moment evenzeer een rechtmatig besluit met dezelfde schade tot gevolg genomen had kunnen worden.¹²⁰

4.3.5. Relativiteit

In artikel 6:163 BW worden twee aspecten van het relativiteitsvereiste tot uitdrukking gebracht:

Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden.

Allereerst moet het onrechtmatige gedrag ook onrechtmatig zijn jegens de benadeelde, wil er sprake zijn van aansprakelijkheid. Ten tweede volgt uit het relativiteitsvereiste dat de schade, zoals de benadeelde die geleden heeft, onder het beschermingsbereik van de geschonden norm moet vallen. Het relativiteitsvereiste speelt vooral een rol in het kader van de overtreding van wettelijke voorschriften. Dan kan namelijk onder omstandigheden, ondanks de overtreding van wettelijke voorschriften, geen sprake zijn van aansprakelijkheid, omdat de overtreden voorschriften niet worden geacht de geschonden belangen te beschermen. Dit relativiteitsvereiste is vaak van doorslaggevend belang om tot daadwerkelijke aansprakelijkheid te komen.¹²¹

Het relativiteitsvereiste zal om deze reden tijdens de bespreking van de jurisprudentie ook een aantal keren terugkomen. Volgens Albers en Heinen kan in het algemeen worden gesteld dat het voor burgers heel lastig is om met succes de gemeente op grond van een onrechtmatige overheidsdaad wegens gebrekkig toezicht en dientengevolge schade aan te spreken. De gemeente moet het volgens hen tamelijk bont hebben gemaakt. De burgerlijke rechter toetst het laakbare overheidsgedrag zelden intensief. Het relativiteitsvereiste uit art 6:163 BW lijkt de Hoge Raad bovendien als instrument in te zetten tegen, de in het begin van dit hoofdstuk genoemde, mogelijkheid van een mogelijk uit de hand lopende overheidsaansprakelijkheid.

4.3.6. Formele rechtskracht

De burgerlijke rechter gaat uit van de processuele en materiële rechtmatigheid van een onaangevochten gebleven besluit waartegen bezwaar en/of beroep mogelijk was geweest. Door het ongebruikt verstrijken van de bezwaar/beroepstermijn is dat besluit in rechte onaantastbaar geworden. Hiermee heeft het, in de woorden van de Hoge Raad, formele rechtskracht gekregen. Dit geldt ook indien moet worden aangenomen dat de bestuursrechter het besluit vernietigd zou hebben als er wel tijdig beroep zou zijn ingesteld. De omvang van de grootte van de schade brengt daarin geen verandering. De formele rechtskracht heeft niet alleen werking in gedingen waarin de overheid partij is, maar ook in gedingen tussen particulieren onderling.¹²²

Albers en Heinen verwoorden de leer van de formele rechtskracht vanuit het standaardarrest Heesch/Van de Akker waarbij wordt gesteld dat in het geval dat tegen een besluit van een bestuursorgaan een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan, de burgerlijke rechter, als deze bestuursrechtelijke rechtsgang niet is gebruikt, ervan dient uit te gaan dat dit besluit zowel wat de wijze van tot

¹²⁰ Peters & Franssen 2006, p. 6.

¹²¹ Albers & Heinen 2008.

¹²² Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 715.

stand komen als wat de inhoud betreft in overeenstemming is met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen.¹²³ Dit geldt volgens de Hoge Raad in beginsel ook als vaststaat dat, als tegen dat besluit tijdig een bestuursrechtelijk rechtsmiddel zou zijn ingesteld, dit besluit zou zijn vernietigd.¹²⁴

In de literatuur is de formele rechtskracht van besluiten onder kritiek komen te staan omdat het rechtszekerheidsbelang dat wordt gediend met het in de praktijk onaantastbaar worden van een besluit niet direct kan rechtvaardigen dat de rechter geen, tussen partijen beperkt, oordeel zou toekomen over de (on)rechtmatigheid van dat besluit in een op schade vergoeding gerichte actie uit onrechtmatige daad. De burgerlijke rechter blijft echter volgens vast jurisprudentie in beginsel uitgaan van de materiële en formele rechtmatigheid van besluiten waarentegen verzuimd is een bestuursrechtelijk rechtsmiddel aan te wenden.¹²⁵

4.4. Jurisprudentie

In het nu volgende gedeelte zal een overzicht worden gegeven van enkele belangrijke arresten op het gebied van aansprakelijkheid in geval van onvoldoende toezicht of handhaving. Er zal per arrest worden ingezoomd op de voor dit hoofdstuk belangrijke thema's. Voor verdere informatie omtrent het arrest kunnen de arresten worden geraadpleegd die zijn opgenomen in de voetnoten.

4.4.1. Zolderraamarrest

Een van de arresten waarbij er, in dit geval door het Hof, geconcludeerd is dat er sprake is van aansprakelijkheid voor onvoldoende toezicht door de gemeente is het zogenaamde zolderraamarrest. Het betreft hierbij een arrest van het Hof Amsterdam van 9 augustus 1990.¹²⁶ De 14 jarige Astrid Sterkenburg die uit een zolderaam van een vakantieboerderij in de gemeente Ruurlo was gevallen, stond hierbij centraal. Voor de twee slaapkamers, die zich op de zolder van de vakantieboerderij bevonden, was geen bouwvergunning verleend. Deze zolderkamers waren bovendien in strijd met de bouwverordening niet voorzien van een doorval beveiliging. Ruim een maand voor het ongeval had de met bouw- en woningtoezicht belaste ambtenaar de vakantieboerderij nog gecontroleerd. Bij deze controle had de ambtenaar de eigenaar van de vakantieboerderij meegedeeld dat de zolderramen van de slaapkamers met een doorval beveiliging moesten worden voorzien, echter rapporteerde de ambtenaar in zijn rapport aan B&W dat de boerderij aan de eisen van de bouwverordening voldeed.

Bij de behandeling van deze zaak had de gemeente nog aangevoerd dat het haar vaste beleid was dat de controlerende ambtenaar in ieder geval moest letten op de naleving van een aantal kernvoorschriften, zoals stevigheid, fundering, brandveiligheid en luchttoevoer. De aanwezigheid van een doorval beveiliging behoorde daar, volgens de gemeente, niet toe. Het Hof is hier niet in mee gegaan en overwoog dat de gemeente en haar ambtenaar ernstig rekening had te houden met alleszins reële mogelijkheid dat ook kinderen zouden logeren en verblijven en daarmee de aanmerkelijke kans dat kinderen bij stoeien of spelen zich zodanig zouden gedragen dat een dergelijk ongeval zich zou kunnen voordoen.

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

Een geslaagd beroep dus op de onrechtmatige daad aan de gemeente toe te rekenen via art. 6:162 BW met alle daarbij betrokken voorwaarden.

¹²³ HR 16 mei 1986, *Gst.* 1987, 6842, 3.

¹²⁴ Albers & Heinen 2010.

¹²⁵ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p.714.

¹²⁶ Hof Amsterdam 9 augustus 1990, BR 1991, 308.

4.4.2. Restaurant Buddha

Een zaak waarbij de aansprakelijkheid voor onvoldoende of falend toezicht door de gemeente niet werd aangenomen is het arrest van het Hof Amsterdam inzake de brand in het Chinees restaurant Boedhha in Hilversum. Bij deze brand, waarbij het vuur zich razendsnel langs het plafond verspreidde, vielen doden en gewonden. Enkele personen die verwondingen aan de brand had overgehouden stelden onder meer de gemeente Hilversum aansprakelijk voor de geleden schade. De reden hiervoor lag in het feit dat het restaurant al jaren niet meer aan een inspectie was onderworpen alsmede dat de gemeente niet had gecontroleerd of een aanvankelijk geplande verbouwing had plaatsgevonden en of deze op brandveilige wijze was uitgevoerd. Het was hierbij voor het Hof cruciaal of de gemeente een wettelijke verplichting had om toezicht te houden en eventueel als gevolg daarvan in te grijpen. Het Hof overwoog dat art. 71 van de Brandveiligheidsverordening noch enige andere bepaling van deze verordening, de gemeente verplichtte tot ingrijpen, indien de rechthebbende van een inrichting de in deze bepaling verplicht gestelde kennisgeving niet had gedaan. Het door de gemeente gevoerde beleid verplichtte de gemeente evenmin tot actief ingrijpen. Verder had eiser onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld of te bewijzen aangeboden, waaruit zou volgen dat het onderzoek door de gemeente niet goed zou zijn uitgevoerd en/of dat later voor de brandveiligheid nadelige wijzigingen in de situatie zijn aangebracht die de gemeente tot een nader onderzoek aanleiding hadden behoren te geven en die, indien een gebruiksvergunning zou zijn aangevraagd, tot weigering daarvan of tot het treffen van andere maatregelen hadden geleid of kunnen leiden. Het hof wees daarom de vordering af. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.¹²⁷

Dit arrest wordt in de literatuur opgevoerd als het voorbeeld van algemeen toezichtsfalen als tegenstelling tot concreet toezichtsfalen. De gemeente Hilversum had namelijk geen klachten of waarschuwingen ontvangen, op grond waarvan zij had moeten vermoeden dat er in het restaurant iets mis was. De vraag is echter of de gemeente dan zelf niet op gezette tijden het restaurant moeten controleren, zeker na de verbouwing. Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord, waarbij dit rechtscollege sterk de nadruk legt op het bestaan van een wettelijke verplichting en/of gevoerd beleid legt. In de kern komt de uitspraak hierop neer dat uit de wettelijke verplichting (de Brandveiligheidsverordening) in dit geval geen verplichting voor de gemeente voortvloeide om tussen het moment van de brand, die plaatsvond in november 1988, en de laatste brandveiligheidscontrole van 1983, opnieuw te controleren op brandveiligheid.

Deze uitspraak heeft tevens in de literatuur tot veel discussie geleid. Zo heeft ondermeer Van Dam zware kritiek op dit arrest geuit. Een toezicht en handhavingplicht kan naar zijn oordeel namelijk ook gebaseerd worden op het ongeschreven recht. Hiertoe wijst hij op een drietal aspecten. In de eerste plaats speelt volgens Van Dam het vertrouwensbeginsel een rol. Burgers mogen erop vertrouwen dat de overheid toezicht uitoefent op de naleving van de door haar afgegeven vergunningen. In de tweede plaats ligt een rechtvaardiging voor de verantwoordelijkheid van de overheid in haar kennis en kunde overschot. Ten derde wijst hij op een rechtspolitieke rechtvaardiging van de verplichting van de overheid tot het houden van toezicht.

Ook komt kritiek vanuit de hoek van Barkhuysen en van Emmerik. Zij zijn van mening dat de uitspraak van de Hoge Raad in de Boeddhazaak in het licht van de eisen die artikel 2 EVRM (Dit artikel legt op de staat een positieve verplichting om preventieve maatregelen te nemen indien hij kennis of behoort te hebben van een reëel en onmiddellijk gevaar voor iemands leven, zie het in de inleiding besproken arrest Oneryildiz) stelt te terughoudend is. Deze kritiek komt tevens terug in de hierna te bespreken vuurwerkramp in Enschede.

Al met al is dit arrest een treffend voorbeeld van de wijze waarop wordt beoordeeld door de rechter of voldaan is aan de voorwaarden van een onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW. In dit geval heeft de rechter gemeend, op grond van in ieder geval het eerste vereiste wil er sprake zijn van een onrechtmatige daad, dit af te wijzen.

¹²⁷ HR 22 juni 2001, *JOL* 2001/395

4.4.3. Duwbak Linda

Een arrest waarbij het relativiteitsvereiste centraal stond is het arrest Duwbak Linda wat diende onder de Hoge Raad op 7 mei 2004.¹²⁸ Dit arrest wordt vaak gezien als een aanzienlijke rem op overheidsaansprakelijkheid, en meer in het bijzonder aansprakelijkheid wegens falend toezicht. In deze zaak ging het om een schip met de naam 'Linda', een duwbak van circa 30 jaar oud. Deze duwbak zonk in een grindgat aan de Maas en beschadigde daarbij enkele baggervoertuigen van een andere eigenaar. De schade liep in de miljoenen guldens. Naderhand bleek dat de bodemplaten van de duwbak Linda rot waren. Nauwelijks een jaar voor het ongeval had de 'Linda' het in verband met het Reglement Onderzoek Schepen op de Rijn vereiste veiligheidscertificaat verkregen voor de duur van 7 jaar. Aan de afgifte van het veiligheidscertificaat was een keuring vanwege de Staat voorafgegaan, maar bij deze keuring was blijkbaar iets misgegaan. Aangezien de bodemplaten van de duwbak Linda rot waren, had het certificaat niet afgegeven mogen worden. De eigenaar van de beschadigde baggervoertuigen sprak onder andere de Staat der Nederlanden aan tot vergoeding van de door hem geleden schade en voerde daarbij aan dat wanneer de keuring deugdelijk was geschied, de duwbak Linda niet meer in de vaart was genomen en het ongeluk, als gevolg waarvan hij schade had geleden, niet had plaatsgevonden. Het Hof oordeelde dat de Staat niet aansprakelijk was voor de door eiser geleden schade, aangezien niet was voldaan aan het in artikel 6:163 BW neergelegde vereiste van relativiteit tussen de geschonden norm en de door eiser geleden schade. Ook de Hoge Raad hield met betrekking tot de aansprakelijkheid van de Staat de spreekwoordelijke boot af en volgde daarmee het oordeel van het Hof. De Hoge Raad overwoog dat bij de beantwoording van de vraag of voldaan was aan het in artikel 6:163 BW neergelegde vereiste dat de geschonden norm dient te strekken tot bescherming tegen de schade zoals benadeelde die geleden heeft, het aan komt op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt. Volgens de Hoge Raad is deze maatstaf niet door het Hof miskend en daarom liep de aansprakelijkheid van de Staat stuk op het niet voldoen aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW.¹²⁹

Van Maanen evenals Van Rossum stellen dat de rechter, middels het relativiteitsvereiste, op deze manier een rem zet op het mogelijk te ver doorzetten van de aansprakelijkheid van de overheid.¹³⁰

4.4.4. Vuurwerkramp Enschede

De vuurwerkramp in Enschede is al kort in de inleiding van deze thesis besproken, maar heeft voldoende bruikbare informatie opgeleverd omtrent de behandeling van de onrechtmatige daad om het in dit hoofdstuk verder te bespreken.

Bij de beoordeling van de stellingen van eisers inzake het toezicht maakte de rechtbank een onderscheid tussen algemeen en specifiek toezichtsfalen. Van algemeen toezichtsfalen kan worden gesproken, indien het bevoegde bestuursorgaan zijn wettelijke taken op dit gebied verwaarloost. Gelet op de aan het bestuur toekomende vrijheid bij de verdeling van de beschikbare financiële en personele middelen over verschillende beleidsterreinen, zal een dergelijke taakverwaarlozing slechts in uitzonderlijke omstandigheden onrechtmatig zijn jegens een individuele burger. Zodanige omstandigheden zijn echter ten aanzien van het gemeentebestuur niet gesteld of gebleken. De rechtbank zal zich daarom hierna wat betreft het gemeentelijk toezicht beperken tot specifiek toezichtsfalen. Daarbij moet worden gedacht aan het negeren van concrete aanwijzingen of het in de wind slaan van waarschuwingen dat bepaalde regels of voorschriften worden overtreden.¹³¹

In zake de Vuurwerkramp Enschede oordeelde de rechtbank Den Haag dat er juist hier geen sprake was van concreet toezichtsfalen en ook het Hof oordeelde in 2008 dat er geen sprake was van een onmiddellijk gevaar voor de directe omgeving waarop de toezichthouder direct had moeten reageren.

¹²⁸ HR 7 mei 2004, *RvdW* 2004, 67.

¹²⁹ Peters & Franssen 2006, p. 7.

¹³⁰ Van Rossum 2005, p. 82.

¹³¹ Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, *JB* 2004/69.

Het door de overheid gevoerde externe-veiligheidsbeleid voor inrichtingen heeft een ramp met een omvang als die in Enschede niet kunnen voorkomen. Nadien zijn dan ook pogingen gedaan om de keten van onderzoek, regelgeving, uitvoering, toezicht en handhaving in al haar schakels te versterken. Dat de overheid uit de gebeurtenissen lessen heeft getrokken voor de toekomst, wil echter niet zeggen dat de gemeente of de Staat aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad voor de directe gevolgen van de ramp. Om zo'n aansprakelijkheid te kunnen vaststellen, moet immers niet zozeer naar de gevolgen, maar vooral naar de oorzaken van de ontploffingen op 13 mei 2000 worden gekeken, met als uitgangspunt de wetenschap die gemeente en Staat tot op het moment van de ramp bezaten of hadden moeten bezitten.

Overheidsaansprakelijkheid kan niet worden aangenomen op de enkele grond dat zich een risico heeft verwezenlijkt waarvan de overheid op de hoogte was of had moeten zijn. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het optreden van de gemeente en de Staat is bepalend of het risico dat zij kenden of hadden moeten kennen, gelet zowel op de ernst van de mogelijke effecten als de kans dat deze zouden optreden, dermate groot was, dat bij afweging van de maatschappelijke kosten tegen de voordelen van zodanig overheidsoptreden daaruit voor een overheidsinstelling de rechtsplicht voortvloeide om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico, zo redeneerde de rechtbank.

Ook de stelling van eisers en interveniënten dat de gemeente bij het toezicht onvoldoende rekening hield met het feit dat bij het bedrijf SE Fireworks (SEF) overwegend professioneel vuurwerk was opgeslagen, leidt de rechtbank, in aanmerking genomen hetgeen ter onderbouwing daarvan is aangevoerd, niet tot het oordeel dat de gemeente onrechtmatig jegens eisers en interveniënten heeft gehandeld. Door de gemeentelijke milieudienst zijn namelijk controles uitgevoerd bij SEF. Eisers en interveniënten hebben niet voldoende onderbouwd dat bij die controles zodanige gebreken zijn geconstateerd dat deze ingevolge de weergegeven criteria hadden moeten leiden tot onmiddellijk ingrijpen van de gemeente. Tijdelijk afzien van handhaving, in een situatie waarin concreet uitzicht op legalisatie bestond, was naar het oordeel van de rechtbank jegens eisers en interveniënten niet onrechtmatig, ook al niet omdat deze gedragslijn in overeenstemming is met de bestuursrechtelijke jurisprudentie.¹³²

In hoger beroep werd door de eisers, evenals bij de brand in Chinees restaurant Boeddha, gewezen op artikel 2 EHRM. Het feit dat de Staat zou hebben geweten dat de vergunningen bij SEF niet werden nageleefd, wat daar verder van zij, leidt niet tot een onrechtmatige daad van de Staat. Indien vergunningen niet werden nageleefd kon handhavend en strafrechtelijk worden opgetreden. Uit de stukken blijkt dat de betrokken organen van de Staat daartoe het bevoegde gezag inschakelden zodra overtreding van de vergunningvoorschriften geconstateerd werd. Enige concrete overtreding die bij SE Fireworks door betrokken staatsorganen geconstateerd werd zonder daarop actie te ondernemen, is niet gesteld. Ook een beroep op in de inleiding aangehaalde uitspraak van het EHRM van 30 november 2004 leidt volgens het hof niet tot het oordeel dat de Staat had moeten optreden en aansprakelijk is omdat dit achterwege is gebleven. De situatie die zich in Turkije voordeed voorafgaand aan de methaangasexplosie van 28 april 1993 en die heeft geleid tot een uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de Mens van 30 november 2004 aangaande overheidsaansprakelijkheid, heeft zich hier niet voorgedaan. Er was volgens het Hof immers bij SEF geen sprake van een onmiddellijk gevaar van een explosie die duidelijk voorzienbaar was voor de Staat.¹³³

Ook deze uitspraak heeft geleid tot veel kritiek. Zo stellen Albers en Heinen dat er bij de Staat en de gemeente Enschede wel degelijk kennis aanwezig was of had moeten zijn van het risico op een massa-explosie. Zij hadden dit risico, uit de handelswijze van het bedrijf SE Fireworks, die naar voren komt uit de diverse rechtelijke uitspraken en onderzoeksrapporten, eerder moeten kunnen vaststellen.¹³⁴

¹³² Rb. 's-Gravenhage 13 december 2006, *LJN* AZ4247.

¹³³ Hof 's-Gravenhage 30 september 2008, *LJN* BF1789.

¹³⁴ Albers & Heinen 2010.

4.4.5. Vie d'Or

Ook bij het arrest Vie d'Or stond de relativiteit ter sprake inzake de taakstelling waar de toezichthouder voor staat. De Hoge Raad oordeelde hierbij dat de Verzekeringskamer dat het in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf voorziene toezicht van de Verzekeringskamer op een verzekeraar mede tot doel heeft het financiële belang van een polishouder, zoals dat voorzienbaar met een faillissement van de verzekeraar is gemoeid, te beschermen. Het toezicht krachtens de Wet toezicht verzekeringsbedrijf strekt er mede toe zo goed mogelijk te beschermen tegen het gevaar dat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen tegenover de betrokken polishouders kan voldoen, terwijl het mede beoogt te bewerkstelligen dat het risico van een faillissement van de verzekeraar zo gering mogelijk is. Daaruit volgt volgens de Hoge Raad dat een tekortschieten van de Verzekeringskamer in de uitoefening van de haar in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf opgedragen toezichthoudende taak, als gevolg waarvan de betrokken polishouders in hun individuele vermogensbelangen worden getroffen en daarom schade lijden omdat de verzekeraar niet aan zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst kan voldoen, onrechtmatig is jegens die polishouders.

Peters en Franssen wijzen hierbij op het feit dat de Hoge Raad benadrukt dat de betrokken polishouders tot een in beginsel bepaalde groep van (potentiële) benadeelden behoren. Daarmee lijkt de Hoge Raad een belangrijk gewicht toe te kennen aan het gezichtspunt dat voorkomen moet worden dat de overheid aansprakelijk wordt jegens een in beginsel onbepaalde groep van derden voor vergoeding van vermogensschade die op een vooraf niet te voorziene wijze kan ontstaan.¹³⁵

4.4.6. CMI

Bij het arrest CMI oordeelde de rechtbank te Rotterdam dat DCMR (de gemeentelijke toezichthouder) op grond van een concrete gevaarlijke situatie eerder had moeten ingrijpen. Met het voorgaande staat vast dat gedaagden op de hoogte waren van de schending door CMI van de vergunningsvoorwaarden en beseften dat deze schending een concreet gevaar opleverde voor schade aan het milieu en het ontstaan van brand. Immers, CMI had gevaarlijke stoffen in haar loods opgeslagen waarvoor zij geen vergunning had en tevens had zij gevaarlijke stoffen opgeslagen op een ontoereikende wijze. Hierdoor was volgens DCMR sprake van een gevaarsituatie. Bedacht zij voorts dat het gezien de grote hoeveelheid gevaarlijke stoffen die CMI in strijd met de vergunningsvoorwaarden had opgeslagen en gezien ook de locatie van de loodsen, te weten direct naast een ander bedrijfsterrein en dicht tegen een woonwijk aan, het risico van het ontstaan van ernstige schade groot was. Gezien de bekendheid met de niet-naleving van de vergunningsvoorwaarden door CMI en het risico van ernstige schade, was een actief toezicht en ingrijpen met gebruikmaking van de bestaande bevoegdheden geboden. Hierbij zij nog opgemerkt dat kennis die bij een onderdeel van het overheidslichaam aanwezig was (in dit geval Dekker) aan het gehele overheidslichaam (in dit geval DCMR en de gemeente) kan worden toegerekend. Door verschillende keren niet in te grijpen in een situatie die volgens DCMR zelf als een gevaarsituatie werd aangemerkt en te kiezen voor overleg, eerst intern met de verschillende bestuursdiensten en vervolgens met CMI en het risico van het ontstaan van ernstige schade te laten voortbestaan in plaats van af te dwingen dat CMI zich aan de vergunningsvoorwaarden hield, handelde DCMR, en daarmee ook de gemeente, in strijd met haar wettelijke plicht krachtens artikel 18.2 van de Wet Milieubeheer en daarmee onrechtmatig.¹³⁶

In 2011 gingen de Gemeente en de DCMR tevergeefs in hoger beroep. Het hof overwoog: "In het licht van die acute en ernstige gevaren en de aanmerkelijke kans op ernstige schade die, gelet op de aard en de hoeveelheid van de bij CMI opgeslagen gevaarlijke stoffen, zou ontstaan indien deze gevaren zich zouden verwezenlijken, mocht in beginsel een voortvarend en dwingend optreden van de Gemeente en de DCMR verwacht worden, ook in de omstandigheden van 1995. Het hof constateert dat dit er niet is geweest. In het licht van het bovenstaande is het hof van oordeel dat de Gemeente en de DCMR geen blijk hebben gegeven van een

¹³⁵ Peters & Franssen 2010, p. 5-6.

¹³⁶ Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *NJF* 2004/508.

voldoende inzichtelijke belangenafweging en dat de belangen van degenen die door de vergunning worden beschermd, door het onvoldoende voortvarend en niet dwingend optreden van de Gemeente en de DCMR onevenredig zijn geschaad ten opzichte van het belang van CMI bij voortzetting van haar onrechtmatig handelen. Het hof komt hiermee ook in hoger beroep tot de slotsom dat de Gemeente en de DCMR onrechtmatig nalatig zijn geweest.¹³⁷

4.5. Strafrechtelijke aansprakelijkheid

Hoewel er in deze thesis niet al te veel nadruk is gelegd op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de toezichthouder, is het in het licht van het zoeken naar de grenzen aan de beleidsruimte van de publiekrechtelijke toezichthouder interessant kort stil te staan bij enkele beschouwingen op dit vlak ten aanzien van de zaak Öneriyildiz en de vuurwerkramp in Enschede.

Uit de Europese rechtspraak volgt namelijk dat er vooral bij concreet toezichtsfalen een verhoogd strafrechtelijk risico zou kunnen spelen. Artikel 2 EVRM brengt een zorgplicht mee voor de overheid. Als een, potentieel gevaarlijke, onrechtmatige situatie door de overheid, ten onrechte, wordt gedoogd wordt niet voldaan aan de plicht om dan te handhaven. In dat geval ligt strafrechtelijke verwijtbaarheid voor de hand. De overheid kan dan immers onvoldoende zorg in strafrechtelijke zin worden verweten, wat kan leiden tot veroordeling van een gemeente en ter zake betrokken ambtenaren, waaronder ook politieke ambtsdragers, zoals wethouders vallen.¹³⁸

Albers en Heinen wijzen bijvoorbeeld op een uitspraak van de Rechtbank Almelo over de strafrechtelijke vervolging van SE Fireworks en haar directie. Daarin overwoog de Almeloise rechtbank dat onder andere controlerende ambtenaren van de gemeente Enschede “hun taken op een volstrekt onbegrijpelijke wijze hadden uitgevoerd”. Ook werd overwogen dat de gemeente de menskracht veel te veel in had gezet op nieuwe prestigeprojecten in plaats van de nodige aandacht te schenken aan de handhaving en controle van bestaande zaken. Bovendien hadden ambtenaren belangrijke adviezen van Defensie niet opgevolgd. Die omstandigheden konden volgens de rechtbank tot strafvermindering van SE Fireworks en haar directie leiden. Verder is, volgens Albers en Heinen vreemd dat de strafrechters eraan voorbij zijn gegaan dat van gemeentewege niet adequaat is gereageerd op een faxbrief die, naar aanleiding van de explosie op 14 februari 1991 in Culemborg, door een voormalig medewerker van SE Fireworks op 27 maart 1991 naar de politie te Enschede is gezonden, waarin hij erop wijst dat in Enschede hetzelfde zou kunnen gebeuren. Door onder meer deze informatie, en de hierboven al eerder genoemde onderzoeksrapporten, te negeren is er volgens Albers en Heinen sprake van concreet toezichtsfalen. In dat opzicht lijkt in de zaak Enschede, evenals in de zaak Öneriyildiz, te gelden dat diverse bij de handhaving betrokken bestuursorganen, in het bijzonder B&W van Enschede, wisten dan wel behoorden te weten dat er sprake was van een 'real and immediate risk', in ieder geval voor de mensen die in de buurt van de vuurwerkfabriek woonden.¹³⁹

4.6. Tussenconclusie

De civielrechtelijke aansprakelijkheid is om een aantal redenen van invloed op de beleidsruimte van de toezichthouder. De toetsing van het beleid van de toezichthouder inzake arresten betreffende falend toezicht door de rechterlijke macht geeft vaak nieuwe inzichten voor beleidsimpulsen van toezichthouders. Daarnaast vormt deze toetsing een belangrijke impuls aan het versterken van het vertrouwen in het maatschappelijk verkeer. Dit valt ook op te maken uit een de conclusie van een grootschalig onderzoek naar de aansprakelijkheid van toezichthouders.¹⁴⁰

¹³⁷ Zie ook Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011, *LJN* BP8578.

¹³⁸ Albers & Heinen 2009.

¹³⁹ Albers & Heinen 2009.

¹⁴⁰ Van Dam 2006, p. 11.

Toezichthouders kunnen slechts aansprakelijk zijn indien zij door een toerekenbare onrechtmatige daad schade hebben veroorzaakt. Bij het vaststellen van de toerekenbare onrechtmatige daad wordt rekening gehouden met het feit dat een toezichthouder een publiekrechtelijke taak uitoefent en daarbij een zekere mate van beleidsvrijheid geniet. In kwesties die tot het beleid van de toezichthouder behoren, gaat de rechter niet op diens stoel zitten. De beleidsvrijheid van de toezichthouder wordt met name begrensd door het feit dat hij zich moet houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Europese recht en het EVRM.

Aan alle vereisten van artikel 6:162 BW moet zijn voldaan wil een toezichthouder aansprakelijk kunnen worden gesteld wegens een onrechtmatige daad. In dit hoofdstuk zijn deze vereisten 1 voor 1 besproken en is vastgesteld dat met name het nalaten of niet voldoende toezicht houden aanleiding vormt tot (mede)aansprakelijk stellen van de toezichthouder

Uit de jurisprudentie die in paragraaf 4.5 de revue is gepasseerd kan in ieder geval een tweetal conclusies worden getrokken. In de eerste plaats is van belang dat er een onderscheid bestaat tussen algemeen en concreet toezichtsfalen. Van algemeen toezichtsfalen wordt gesproken in geval van nalaten van voldoende algemene controle. Bij algemene controle gaat het om het spontaan en in algemene zin controleren op naleving. Van concreet toezichtsfalen wordt gesproken in geval van nalaten van controle waarbij er concrete aanwijzingen zijn dat regels niet worden nageleefd. Bij concreet toezicht gaat het dus op afgaan op concrete aanwijzingen van niet-naleving, bijvoorbeeld klachten of waarschuwingen. Dit onderscheidt hangt samen met het feit dat de onrechtmatige daad aan de gemeente moet kunnen worden toegerekend in de zin van art 6:162 lid 3 BW. Betreft het falend toezicht en/of niet adequate handhaving, dan is het criterium of de overheid het risico kende of hoorde te kennen en het risico had kunnen of behoren te vermijden. Dit criterium speelde met name in het arrest rond de vuurwerkramp, de brand in het Chinees restaurant Boeddha en bij het arrest CMI een belangrijke rol.¹⁴¹ Bij de brand bij CMI was het op basis van concreet toezichtsfalen dat de gemeente en de DCMR uiteindelijk aansprakelijk werden gesteld voor de ontstane schade. Ten tweede is de relativiteitsleer, op grond van art. 6:163 BW, een belangrijke horde die moet worden genomen om uiteindelijk tot aansprakelijkheidsstelling middels onrechtmatige daad te komen. Bij het arrest Duwbak Linda en de zaak Vie d'Or speelde dit een belangrijke rol.

Deze conclusies kunnen worden gebruikt om het beleid van de toezichthouder verder te verbeteren. Een toezichthouder is zeker niet geheel vrij bij het invullen van zijn wettelijke plicht. Een toezichthouder doet er verstandig aan, zeker wanneer er concrete signalen zijn dat er iets mis is, een plan van aanpak te hebben om de situatie te herstellen. Daarnaast is het goed om als toezichthouder in het achterhoofd te hebben welke belangen zijn gekoppeld aan de wettelijk toegewezen taak.

¹⁴¹ Van Rossum 2005, p. 55.

Hoofdstuk 5: Conclusie

5.1. Inleiding

In de afgelopen jaren is de overheid als toezichthouder herhaaldelijk aansprakelijk gesteld voor falend toezicht. Na enkele grootschalige ongelukken en rampen is er veel aandacht geweest voor het functioneren van toezichthouders en toezicht in het algemeen. Een van de belangrijkste doelstellingen van toezicht is het genereren van vertrouwen. In de driehoek toezichthouder, onder toezicht gestelde en belanghebbende derde is in elk van deze relaties vertrouwen een belangrijke component. Hierbij beïnvloedt de ene toezichtrelatie de andere en kunnen deze relaties ook niet los van elkaar bekeken worden. In deze thesis is er vooral aandacht geweest voor de relatie tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelde. Het startpunt lag wanneer je in de driehoeksrelatie in ogen schouw neemt bij de toezichthouder. Vanaf het tweede hoofdstuk is er ruimschoots aandacht besteed aan wat de wetgever heeft bepaald over toezicht, hoe toezicht moet worden ingericht en welke instrumenten een toezichthouder hiertoe heeft gekregen. In het derde hoofdstuk is er vooral aandacht geweest voor het beleid waarmee de toezichthouder haar taakstellingen uitvoert. Er is hierbij gestart vanuit een stuk theoriestelling rondom beleid vanuit de Algemene wet bestuursrecht. Vervolgens is er uitvoerig stilgestaan bij de beginselplicht tot handhaving en een mogelijke beginselplicht tot toezicht. In het vierde hoofdstuk is vervolgens de focus verlegd naar de relatie tussen de toezichthouder en de belanghebbende derde. Deze laatste heeft de afgelopen jaren de toezichthouder regelmatig aansprakelijk gesteld voor falend overheidstoezicht. De verschillende arresten hebben nieuwe inzichten opgeleverd die kunnen worden gebruikt in de vraag naar hoe de beleidsruimte van de toezichthouder er uit ziet.

5.2. In hoeverre zijn publiekrechtelijke toezichthouders verplicht tot het houden van toezicht?

Het antwoord op de vraag in hoeverre publiekrechtelijke toezichthouders zijn verplicht tot het houden van toezicht is op systematische wijze verkregen door antwoord te zoeken op drie verschillende deelvragen. In deze paragraaf zullen de verschillende deelvragen en de hiervoor aangepaste conclusie uit de verschillende hoofdstukken nog eens de revue passeren. Tesaamen geven zij antwoord op de vraag in hoeverre publiekrechtelijke toezichthouders verplicht zijn tot het houden van toezicht.

5.1.1. Wat is toezicht en wie zijn de toezichthouders?

In het tweede hoofdstuk is uitgebreid stilgestaan bij de begrippen toezicht, handhaving en toezichthouders. Dit was noodzakelijk omdat er in de literatuur veel definities van toezicht in omloop zijn en omdat de begrippen toezicht en handhaving door elkaar worden gebruikt. Wat tevens verwarrend is dat de begripshantering in de literatuur niet aansluit op de begripshantering in de Algemene wet bestuursrecht. Immers daar is handhaving het bredere begrip en is de titel van hoofdstuk 5 Awb.

In deze thesis is voor het begrip toezicht worden aangesloten bij de kaderstellende visie op toezicht uit 2001:

“Toezicht is het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel hierover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.”¹⁴²

Het begrip handhaving zit hier voor een gedeelte in verweven. Bij handhaving gaat het om het interveniëren met behulp van herstelsancties. Hiermee kan gesteld worden dat handhaving onderdeel uitmaakt van de definitie van toezicht. Met andere woorden is toezicht het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel hierover en het eventueel naar aanleiding daarvan handhaven. Gezien de beginselplicht tot handhaving is deze conclusie mijns inziens het beste voor de beeldvorming en sluit tevens het beste aan op de geraadpleegde literatuur.

¹⁴² Kamerstukken // 2000/2001, 27831, nr 1, blz. 7.

Ook voor het begrip toezichthouder ligt begripsverwarring, vanuit de wettelijke definitie in artikel 5:11 Awb ten opzichte van de literatuur, voor de hand. Wanneer in deze thesis is gesproken over toezichthouders is hiermee niet alleen de toezichthouder bedoeld die wordt verondersteld in artikel 5:11 Awb, maar ook het bestuursorgaan waar deze toezichthouder toe behoort worden meegenomen. Er is hierbij speciaal aandacht geweest voor de toezichthouders die Van Rossum benoemd als algemene toezichthouders, zoals gemeenten en waterschappen.

5.1.2. In hoeverre is toezicht en het houden van toezicht juridisch genormeerd?

Zoals in het tweede hoofdstuk is geconcludeerd bestaat toezicht uit drie fases. Ten eerste is er de fase waarin informatie wordt verzameld. De tweede fase bestaat uit het beoordelen hiervan. Als derde ten slotte is er de fase van het interveniëren. Deze laatste fase is in deze thesis gelijkgesteld aan het aspect handhaven. In het derde hoofdstuk stond de vraag centraal in hoeverre toezicht en het houden van toezicht juridisch is genormeerd.

Het legaliteitsbeginsel vormde het logische startpunt van de beantwoording van de deze vraag. Volgens dit beginsel mag een het overheidsbestuur alleen ingrijpen in de rechten en plichten van burgers en bedrijven op basis van een wettelijke grondslag. Deze wettelijke grondslag is voor de meeste handhaving sancties neergelegd in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht.

Wanneer deze wetgeving nader wordt bestudeerd blijkt het in eerste instantie dat het hierbij gaat om sancties waarbij de toezichthouder een ruime mate tot beslissen heeft tot het wel of niet toepassen van deze sanctie. Anders gezegd heeft de toezichthouder beleidsruimte of discretionaire ruimte bij het beslissen om al dan niet over te gaan tot handhaven. Deze beleidsruimte is echter vanuit bestuursrechtspraak beperkt door het formuleren van een zogenaamde beginselplicht tot handhaving. De door de Afdeling bestuursrechtspraak, in 2004 opgestelde formulering ziet er hierbij als volgt uit:

“Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden verlangd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.”¹⁴³

Los van concreet zicht op legalisatie en andere bijzondere omstandigheden is het bestuursorgaan gehouden aan de beginselplicht om sancties toe te passen wanneer er blijf is van een overtreding. Een toezichthouder heeft echter te maken met een capaciteit die niet oneindig is op het gebied van personeel en financiën. Kortom, een toezichthouder moet keuzes maken. Deze keuzes worden verondersteld gemaakt te worden na een zorgvuldige afweging van belangen op grond van art 3:4 lid 1 Awb. De toezichthouder doet er hierbij verstandig aan om een gedragslijn vast te leggen in beleid. Dit om te voorkomen dat deze wordt beticht van het handelen naar willekeur. Hierbij heeft de toezichthouder de mogelijkheid om dit beleid vast te leggen in beleidsregels of in overig beleid.

Naar aanleiding van recente ontwikkelingen is daarbij de beginselplicht tot handhaving verder aangescherpt waarbij de mogelijkheid tot het voeren van beleid expliciet wordt benoemd door de Afdeling bestuursrechtspraak:

“Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. In gevallen waarin het bestuursorgaan in dat kader redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt en gelegenheid biedt tot herstel voordat het een handhavingsbesluit voorbereidt, dient het zich echter in beginsel aan dit beleid te houden. Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan slechts onder bijzondere omstandigheden van het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom mag afzien. Dergelijke omstandigheden kunnen zich voordoen als concreet zicht op legalisatie bestaat of als het opleggen van een dergelijke last zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat in die concrete situatie van het opleggen van die last behoort te worden afgezien.”

¹⁴³ ABRvS 30 juni 2004, JB 2004/293.

De vraag of er hiermee ook een beginselplicht tot toezicht kan worden vastgesteld moet ontkennend worden beantwoord. Dit heeft vooral te maken met de ruime mate van beleidsvrijheid rondom de brede definitie van toezicht en de beperkte capaciteit van de toezichthouder. Wel zou gesproken kunnen worden van een plicht tot het houden van adequaat toezicht.

5.1.3. Welke rechtsgevolgen heeft het niet houden van toezicht?

De civielrechtelijke aansprakelijkheid is om een aantal redenen van invloed op de beleidsruimte van de toezichthouder. De toetsing van het beleid van de toezichthouder betreffende arresten betreffende falend toezicht door de rechterlijke macht geeft vaak nieuwe inzichten voor beleidsimpulsen van toezichthouders. Daarnaast vormt deze toetsing een belangrijke impuls aan het versterken van het vertrouwen in het maatschappelijk verkeer. Dit valt ook op te maken uit een de conclusie van een grootschalig onderzoek naar de aansprakelijkheid van toezichthouders.¹⁴⁴

Toezichthouders kunnen slechts aansprakelijk zijn indien zij door een toerekenbare onrechtmatige daad schade hebben veroorzaakt. Bij het vaststellen van de toerekenbare onrechtmatige daad wordt rekening gehouden met het feit dat een toezichthouder een publiekrechtelijke taak uitoefent en daarbij een zekere mate van beleidsvrijheid geniet. In kwesties die tot het beleid van de toezichthouder behoren, gaat de rechter niet op diens stoel zitten. De beleidsvrijheid van de toezichthouder wordt met name begrensd door het feit dat hij zich moet houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Europese recht en het EVRM.

Aan alle vereisten van artikel 6:162 BW moet zijn voldaan wil een toezichthouder aansprakelijkheid kunnen worden gesteld wegens een onrechtmatige daad. In hoofdstuk 4 zijn deze vereisten 1 voor 1 besproken en is vastgesteld dat met name het nalaten of niet voldoende toezicht houden aanleiding vormt tot (mede)aansprakelijk stellen van de toezichthouder.

Uit de jurisprudentie die in paragraaf 4.5 de revue is gepasseerd kan in ieder geval een tweetal conclusies worden getrokken. In de eerste plaats is van belang dat er een onderscheid bestaat tussen algemeen en concreet toezichtsfalen. Van algemeen toezichtsfalen wordt gesproken in geval van nalaten van voldoende algemene controle. Bij algemene controle gaat het om het spontaan en in algemene zin controleren op naleving. Van concreet toezichtsfalen wordt gesproken in geval van nalaten van controle waarbij er concrete aanwijzingen zijn dat regels niet worden nageleefd. Bij concreet toezicht gaat het dus op aangaan op concrete aanwijzingen van niet-naleving, bijvoorbeeld klachten of waarschuwingen. Dit onderscheid hangt samen met het feit dat de onrechtmatige daad aan de gemeente moet kunnen worden toegerekend in de zin van art 6:162 lid 3 BW. Betreft het falend toezicht en/of niet adequate handhaving, dan is het criterium of de overheid het risico kende of hoorde te kennen en het risico had kunnen of behoren te vermijden. Dit criterium speelde met name in het arrest rond de vuurwerkramp, de brand in het Chinees restaurant Boeddha en bij het arrest CMI een belangrijke rol.¹⁴⁵ Bij de brand bij CMI was het op basis van concreet toezichtsfalen dat de gemeente en de DCMR uiteindelijk aansprakelijk werden gesteld voor de ontstane schade. Ten tweede is de relativiteitsleer, op grond van art. 6:163 BW, een belangrijke horde die moet worden genomen om uiteindelijk tot aansprakelijkheidsstelling middels onrechtmatige daad te komen. Bij het arrest Duwbak Linda en de zaak Vie d'Or speelde dit een belangrijke rol.

Deze conclusies kunnen worden gebruikt om het beleid van de toezichthouder verder te verbeteren. Een toezichthouder is zeker niet geheel vrij bij het invullen van zijn wettelijke plicht. Een toezichthouder doet er verstandig aan, zeker wanneer er concrete signalen zijn dat er iets mis is, een plan van aanpak te hebben om de situatie te herstellen. Daarnaast is het goed om als toezichthouder in het achterhoofd te hebben welke belangen zijn gekoppeld aan de wettelijk toegewezen taak.

¹⁴⁴ Van Dam 2006, p. 11.

¹⁴⁵ Van Rossum 2005, p. 55.

Bibliografie

- Albers, C. (2005). De beginselplicht tot handhaving. Een nieuwe benadering? *JBplus* , 192-207.
- Albers, C. (2007). Toezichthoudersaansprakelijkheid. Een blik vanuit het bestuursrecht op Vie d'Or. *Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade* .
- Albers, C., & Heinen, P. (2008). Civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten bij falend bouw- en woningtoezicht (1). *De Gemeentestem* .
- Albers, C., & Heinen, P. (2009). Civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten bij falend bouw- en woningtoezicht (2). *De Gemeentestem* .
- Albers, C., & Heinen, P. (2010). Een (verkapte) civielrechtelijke immuniteit voor toezichts-en handhavingsfalen van overheidsorganen. *De Gemeentestem* .
- Baarsma, B. (2010). Nederland Toezichtland. *Tijdschrift voor Toezicht* .
- Biezeveld, G., & Stoove, M. (2011). Naar een Nederlandse Omgevingsautoriteit. *Tijdschrift voor Toezicht* , 9-33.
- Blauw, E. (2012). Aansprakelijkheid in geval van onvoldoende toezicht of handhaving bij: Burgelijk Wetboek Boek 6. *Groene Serie Onrechtmatige Daad* .
- Borman, T., & van Buuren, P. (2011). Begripsomschrijving bij: Algemene wet bestuursrecht, Artikel 5:11 (begrip toezichthouder). *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht* .
- Borman, T., & van Buuren, P. (2011). Inleidende opmerking bij: Algemene wet bestuursrecht, Hoofdstuk 5 Handhaving. *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht* .
- Borman, T., & van Buuren, P. (2011). Inleidende opmerkingen bij: Algemene wet bestuursrecht, Titel 5.2 Toezicht op de naleving. *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht* .
- Bröring, H. (2006). Actualiteiten handhaving. *JBplus* , 16-25.
- Daalder, E. (2012). Juridisering van het toezicht. *Tijdschrift voor Toezicht* , 3-6.
- Daalder, E. (2010). Kan een toezichthouder bij de handhaving nog prioriteiten stellen? *Tijdschrift voor Toezicht* .
- de Bree, M. (2010). Hoe landelijke inspectiediensten omgaan met systeemtoezicht. *Tijdschrift voor Toezicht* .
- de Cock Buning, M. (2011). Zicht op Toezicht. *Tijdschrift voor toezicht* , 87-91.
- Giesen, I. (2002). Aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht: Een beschouwing over de grondslagen en achtergronden van de aansprakelijkheid van (financiële) toezichthouders jegens gedupeerde derden. *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* , 97.
- Giesen, I. (2005). *Toezicht en aansprakelijkheid*. Deventer: Kluwer.

- Heldeweg, M. (2006). *Bestuursrecht en beleid*. Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff bv.
- Heldeweg, M. (2006). *Bestuursrecht en Beleid*. Enschede: Wolters Noordhoff.
- Hengeveld, W. (2007). De afwikkeling van "voorbij" rampen. *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade*.
- Klap, A. (2012). Prioriteringsbeleid in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving: Tussen praktische noodzaak en juridische bezwaren. *JBplus*, 326-341.
- Mertens, F. (2010). De positionering van het overheidstoezicht is een revitalisering van het discoure over toezicht gewenst. *Tijdschrift voor Toezicht*.
- Michiels, F. (2012). Bewegingen in het handhavingsrecht. *JBplus*, 167-179.
- Michiels, F. (2006). Tekst van de rede, in verkorte versie uitgesproken op 13 oktober 2006, bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder handhavingsrecht, aan de Universiteit van Tilburg. *Houdbaar handhavingsrecht* (pp. 1-38). Deventer: Kluwer.
- Michiels, F., & Paul, H. (2010). Risicogestuurd toezicht en systeemtoezicht. *Tijdschrift voor Toezicht*.
- Neelis, H. (2012). Gedogen met beleid. *PB: Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht*.
- Peters, A., & Franssen, P. (2010). De ontwikkelingen op de verschillende rechtsgebieden nader beschouwd. *PB: Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht*.
- Robben, P. (2011). Evalueren en verbeteren van toezicht. *Tijdschrift voor Toezicht*, 72-74.
- Scheltema, M. W. (2011). Toezicht algemeen bij: Burgelijk Wetboek Boek 6. *Groene Serie Onrechtmatige daad*.
- Scheltema, M. W., & Scheltema, M. (2008). *Gemeenschapelijk recht; wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*. Alphen aan den Rijn: Kluwer.
- Scheltema, M. W., & Scheltema, M. (2012). Wat kan het privaatrecht leren van het bestuursrecht? Vervagende grenzen tussen bestuurs- en privaatrecht. *JBplus*, 139-149.
- Six, F. (2010). Vertrouwen in toezicht. *Tijdschrift voor Toezicht*.
- Staal, M. (2013). Verschuiving van publiek toezicht en handhaving naar de markt, wie is verantwoordelijk. *PB: Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht*, 4 (5).
- Steenhuisen, B., & van der Voort, H. (2012). Schandalig! Te veel én te weinig! *Tijdschrift voor Toezicht*, 7-21.
- Tollenaar, A. (2007). Handhaven met beleid. *De Gemeentestem*.
- Tollenaar, A. (2006). Het is maar wat je bijzonder noemt. Rechtelijke toetsing aan beleid en beleidsregels. *JBplus*, 175-187.

van Buuren, P. (2011). Belangenafweging; evenredigheidsbeginsel bij: Algemene wet bestuursrecht, Artikel 3:4 (Belangenafweging/evenredigheidsbeginsel). *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*.

van Dam, C. (2006). *Aansprakelijkheid van toezichthouders: Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders*. London: British Institute of International and Comparative Law.

van Dam, C. (2010). Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank. *Nederlands Tijdschrift voor Burgelijk Recht*.

van der Heijden, J. (2010). Mix op maat. *Tijdschrift voor Toezicht*.

van Montfort, C. (2010). Ontwikkelingen in toezicht en verantwoording bij instellingen op afstand. *Tijdschrift voor Toezicht*.

van Rossum, A. (2005). Toezicht. In A. van Rossum, N. Verheij, & L. Verhey, *Toezicht: preadviezen van Van Rossum en Verhey / Verheij* (pp. 5-133). Den Haag: Kluwer.

van Rossum, A., Verheij, L., & Verhey, N. (2005). *Toezicht: preadviezen van*. Deventer: Kluwer.

van 't Lam, V. (2010). Handhaving in het milieurecht: wanneer mag het bevoegd gezag afzien van handhavend optreden en wie is de overtreder? *StAB*, 9-14.

van 't Lam, V. (2010). Handhaving in het milieurecht: wanneer mag het bevoegdsgezag afzien van handhavend optreden en wie is de overtreder? *Tijdschrift voor Toezicht*, 9-14.

van Wijk, H., Konijnenbelt, W., & van Male, R. (2008). *Hoofdstukken van bestuursrecht*. Den Haag: Elsevier Juridisch.

van Wijk, H., Konijnenbelt, W., & van Male, R. (2008). *Hoofdstukken van bestuursrecht*. Den Haag: Elsevier Juridisch.

Vermeer, F. (2011). De “beginselplicht” gedetermineerd. *JBplus*, 59-74.

Vermeer, F. (2001). De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen. *JBplus*, 76-87.

Vermeer, F. (2012). Gedoogbeslissingen: Besluit, half besluit of geen besluit? *JBplus*, 251-269.

vonnis d.d. 26 mei 2004, LJN AR2320 (brand CMI 1996).

Westerman, P., & Mackor, A. (2008). *Vormen van (de?)regulering*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Wibier, R., & du Perron, C. (2011). Waarom de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders wel of niet beperkt zou moeten worden. *Tijdschrift voor Toezicht*, 75-78.

Lijst van aangehaalde jurisprudentie

EHRM 18 juni 2002, zaak 48939/99, *NJB* 2002, p. 1615 (Öneryildiz/Turkije).

EHRM 16 november 2004, JB 2005/2 m. nt.

EHRM 30 november 2004, zaak 48939/99, *NJB* 2005, p. 357–358 (Öneryildiz/Turkije).

HR 11 maart 1895, W.6637; HR 25 oktober 1895, W.6734.

HR 5 november 1965, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (Kelderluik).

HR 11 oktober 1985, AB 1986, 84 (Avanti-arrest).

HR 16 mei 1986, *Gst.* 1987, 6842, 3.

HR 22 juni 2001, *JOL* 2001/395.

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

HR (Civiele kamer) 13 oktober 2006, *LJN* AW2082, *NJ* 2008, 529.

Hof Amsterdam 9 augustus 1990, BR 1991, 308.

hof Amsterdam (Handelskamer) 25 oktober 2007, *LJN* BB6504, *NJF* 2007, 523.

Hof 's-Gravenhage 30 september 2008, *LJN* BF1789.

Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, *LJN* BN4316, *NJ* 2011, 418.

Hof 's-Gravenhage 22 maart 2011, *LJN* BP8578.

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

Rb. Rotterdam 26 mei 2004, *LJN* AR2320 (brand CMI 1996).

Rb. 's-Gravenhage 13 december 2006, *LJN* AZ4247.

CBb 5 november 1997, JB 1998/98 en RAwb 1998/61.

CBb 20 augustus 2010, *LJN* BN4700.

ABRvS 30 juni 2004, JB 2004/293.

ABRvS 2 februari 1998, AB 1998, 181.