

# Tussen Scylla en Charybdis

## Spanningsvelden en taakopvattingen in het licht van schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag

*Aute Kasdorp*

Nederlandse toezichthouders worstelen met hun missie. De Nederlandse samenleving lijkt tegenwoordig meer van hen te verwachten dan ‘enkel’ handhaven, maar ruimere taakopvattingen<sup>1</sup> brengen net zo goed spanningsvelden met zich. Deze spanningsvelden zijn bij uitstek zichtbaar bij toezichtinterventies zonder wettelijke grondslag, bedoeld om schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag tegen te gaan (buitenwettelijk toezicht).

Dit artikel illustreert op basis van interviews met toezichthouders hoe zij positie kiezen in het licht van schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag. Het plaatst hierbij relevante spanningsvelden in een referentiekader voor buitenwettelijk toezicht, dat uitgaat van vier typen taakopvatting: Handhavers, Vertegenwoordigers, Bemiddelaars en Regisseurs. Deze spanningsvelden en taakopvattingen kunnen vertrekpunt zijn voor systematische reflectie en dialoog. Hiermee kunnen toezichthouders en hun *stakeholders* de discrepantie verkleinen tussen wat toezichthouders doen en wat de samenleving van hen verwacht.

### Inleiding

Toezicht houden is soms laveren tussen Scylla en Charybdis. Dat moet Jenny Thunnissen, inspecteur-generaal van de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT), hebben gedacht toen zij zich afgelopen zomer publiekelijk moest verantwoorden voor de Frya-enquêtecommissie. Zij kan zich verwant voelen aan Odysseus, die vlak langs de zes monsterlijke hondenkoppen van Scylla moest laveren om de draaikolk van Charybdis te vermijden. Het kostte hem zes kameraden.

De Frya-commissie verweet de ILT vooral dat zij er niet op had toegezien dat de Frya-treinen veilig konden rijden. Thunnissen verweerde zich in het openbare verhoor door te bepleiten dat dit ook niet de taak van de ILT was: zij zag alleen toe op het naleven van de regels (op basis van een systeemtoezichtbenadering).<sup>2</sup> De commissie had van de ILT duidelijk een ruimere taakopvatting verwacht, zo blijkt ook uit de hoofdconclusie van haar rapportage: ‘De commissie vindt het schokkend dat zij deze minimalistische invulling van taken en verantwoordelijk-

1 De term ‘taakopvatting’ is in deze context een aanduiding van de praktische invulling die een toezichthouder geeft aan zijn missie, en de daarbij behorende scope van zijn toezichtactiviteiten. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid hanteert in dit verband de term ‘positionering’: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Toezien op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht, Den Haag 2013, p. 40.

2 <[www.youtube.com/watch?v=SJAJGTBL0wc](http://www.youtube.com/watch?v=SJAJGTBL0wc)>.

heden ook aantrof bij de toezichthouder (...).<sup>3</sup> De ILT meende nu juist dat het wettelijk toezichtkader en haar rol daarbinnen een beperkte taakopvatting van haar vergde.<sup>4</sup>

Meer generiek gesteld, als toezichthouders in hun taakopvatting niet voldoen aan de verwachtingen die politici en andere maatschappelijke *stakeholders* koesteren, zijn die *stakeholders* verontwaardigd en hebben toezichthouders het moeilijk. Een dergelijk verschil van inzicht over taakopvatting levert voorzienbaar teleurstellingen op, doet daarmee afbreuk aan het vertrouwen in het toezicht,<sup>5</sup> en ondergraaft dus de legitimiteit van dit toezicht.

De aan deze taakopvattingen van toezichthouders verbonden spanningsvelden manifesteren zich bij uitstek in het licht van ondernemingsgedrag dat weliswaar legaal is, maar toch veel maatschappelijke schade oplevert. *Stakeholders* kunnen er enerzijds aanstoot aan nemen als de toezichthouder zich strikt beperkt tot zijn handhavingsmandaat, en daardoor niets doet tegen schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag in 'zijn' toezichtdomein. Zo kreeg Nout Wellink als president van DNB de wind van voren na het failliet van IceSave, omdat hij indertijd wist dat deze bank Nederlands spaargeld aantrok voor zeer risicovolle activiteiten maar daar niet effectief tegen optrad: zijn verweer, dat IceSave voldeed aan alle juridische vereisten, stelde de publieke opinie niet tevreden.<sup>6</sup> Maar anderzijds is ook een ruime taakopvatting problematisch. Een toezichthouder die zonder wettelijke basis ondernemingsgedrag tegengaat dat schadelijk is maar legaal ('buitenwettelijk toezicht'), zoals bijvoorbeeld de mazen van de wet opzoeken of nodeloos – maar binnen de juridische marges – vervuilen, kan onder meer het verwijt krijgen dat hij geen democratische legitimatie heeft voor deze bemoeienis, ook als die bemoeienis alleen bestaat uit 'zachte' overreding en de toezichthouder zich onthoudt van formele maatregelen. Dit artikel laat zien dat dergelijk buitenwettelijk toezicht zich wel voordoet.

De aangeduide mismatch van verwachtingen wordt in stand gehouden doordat er ook weinig empirisch onderzoek beschikbaar is dat als vertrekpunt kan dienen voor een constructieve dialoog tussen toezichthouders en hun *stakeholders*, over wat de taakopvatting van de toezichthouder zou moeten zijn, en wat hierbij kenmerkende spanningsvelden zijn. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) roept in zijn rapport "Toezien op publieke belangen" toezichthou-

3 Onderzoekscommissie Fyra, De reiziger in de kou. Parlementair onderzoek Fyra, Den Haag 2015, p. 7. De commissie is onder meer geschokt dat de ILT zelf geen enkele Fyra-trein fysiek heeft geïnspecteerd (p. 24), wat gezien kan worden als een uitvloeisel van deze taakopvatting. Het verweer dat de ILT niet verplicht was zelf fysieke inspecties te verrichten en indertijd op het standpunt stond dat zij hiertoe ook niet bevoegd was, wordt door de commissie niet geaccepteerd.

4 De commissie verwerpt dit standpunt. Zie Onderzoekscommissie Fyra 2015, p. 253, 254, 258, 287, 294.

5 Zie in vergelijkbare zin WRR 2013, p. 39. Voor de volledigheid merk ik op dat de ILT ook andere verwijten worden gemaakt, die niet zijn terug te voeren op een smalle taakopvatting.

6 In dit kader was onder meer de vraag, welke feitelijke mogelijkheden DNB had kunnen inzetten naast haar juridische middelen; vergelijk A.J.C. De Moor-van Vugt, C.E. du Perron & P.J. Krop, De bevoegdheden van De Nederlandsche Bank inzake Icesave, onderzoek in opdracht van het Ministerie van Financiën, Amsterdam, Centrum voor Financieel Recht, Universiteit van Amsterdam 2009, p. 60 e.v.

ders wel op tot een ruimere taakopvatting dan enkel handhaven ('reflectief toezicht'<sup>7</sup>), maar biedt geen systematisch inzicht in de afwegingen die in de praktijk van belang zijn om een geïnformeerde afweging te maken omtrent deze positionering.

Dit artikel is een weerslag van empirisch onderzoek naar hoe Nederlandse toezichthouders reageren op schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag. Het maakt in een kader van taakopvattingen van toezichthouders inzichtelijk welke argumenten bij hun positionering een rol spelen en met welke spanningsvelden deze toezichthouders hierbij worstelen. Het artikel biedt hiermee een vertrekpunt voor reflectie en dialoog. De centrale vraag is: welke kenmerkende spanningsvelden ervaren Nederlandse landelijke toezichthouders in het licht van schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag?

De insteek van dit artikel is niet normatief. Het neemt bijvoorbeeld geen standpunt in over de wenselijkheid van buitenwettelijk toezicht. Immers, gegeven dat buitenwettelijk toezicht zich feitelijk voordoet zoals geïllustreerd in dit artikel, is het sowieso van belang om de diverse aspecten van buitenwettelijk toezicht te onderscheiden en inzicht te verkrijgen in de overwegingen die hierbij een rol spelen. Een discussie over de wenselijkheid of zelfs legaliteit van buitenwettelijk toezicht kan op basis daarvan ook beter gefundeerd worden gevoerd.

De theoretische basis voor dit artikel in de paragraaf hierna heb ik ontleend aan een elders te verschijnen literatuurstudie over de relatie tussen toezichthouders en hun omgeving in het licht van schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag, vanuit rechtssociologische, criminologische, en juridische literatuur.<sup>8</sup> De paragraaf bevat een samenvatting van de voor dit artikel meest relevante elementen van die studie.

Het praktijkgedeelte van dit artikel is gebaseerd op veertien interviews (zie bijlage) die ik in de periode van september tot en met november 2014 heb afgenomen bij medewerkers van veertien nationale toezichthouders en inspecties ('toezichthouders'). Er was geen non-respons. De keuze voor nationaal – en niet lokaal of internationaal – opererende organisaties was ingegeven door het vermoeden dat deze doelgroep zich bij uitstek geconfronteerd ziet met de spanningsvelden die zijn verbonden aan reflectief toezicht, zoals de WRR dat bepleit. Gegeven het exploratieve karakter van deze studie en de beperkte omvang van het aantal waarnemingen is daarbij geen nadere onderverdeling gemaakt naar bijvoorbeeld

7 WRR 2013, p. 132: 'Onder reflectief toezicht verstaan we in eerste instantie het monitoren van ontwikkelingen in een bepaald domein, zoals domeinoverstijgende maatschappelijke ontwikkelingen (bijvoorbeeld internationalisering) en domeinspecifieke ontwikkelingen (bijvoorbeeld technologische ontwikkelingen), die van invloed zijn op de (sturings)relaties in het krachtenveld. Reflectie houdt ook in dat het toezicht nadenkt over knelpunten in de wet- en regelgeving in relatie tot het eigen functioneren of in het licht van maatschappelijke of sectorale ontwikkelingen die nieuwe of grotere risico's met zich mee brengen. Een reflectieve functie van toezicht gaat verder dan louter het signaleren van problemen, ook het agenderen van die problemen is onderdeel van een reflectieve rol. Reflectief toezicht signaleert, agendeert, deelt zijn unieke kennis en geeft actief feedback.'

8 A. Kasdorp, *Regulatory interventions beyond the law: towards a typology of the extra-legal frontier*, European Journal of Risk Regulation 2016-2. Korthedshalve verwijs ik voor de bronnen, die ten grondslag liggen aan deze typologie, grotendeels naar die publicatie.

Aute Kasdorp

toezichthouders en inspecties.<sup>9</sup> De keuze welke medewerker(s) van deze organisaties te interviewen is in overleg met hen gemaakt, waarbij de leidende vraag was wie de combinatie van praktijkervaring en strategisch overzicht bezat om goed inzicht te kunnen geven in hoe men in de praktijk denkt over de besproken materie. Dit betrof telkens medewerkers in strategisch relevante middenmanagementposities.<sup>10</sup> Hierbij was de diversiteit, die inherent is aan interviews met toezichthouders op veertien verschillende domeinen, bevorderlijk voor een breed scala aan perspectieven op reflectief en buitenwettelijk toezicht in de Nederlandse context.

De interviews hadden een exploratief karakter, gegeven de beperkte beschikbaarheid van specifieke wetenschappelijke kennis over buitenwettelijk toezicht.<sup>11</sup> Het waren gesprekken van circa een uur, waarbij veel aandacht is besteed aan het doorgronden van de afwegingen die toezichthouders in dit verband maken.<sup>12</sup> Bij gebrek aan vastgesteld beleid omtrent buitenwettelijk toezicht valt hierbij doorgaans niet vast te stellen of de input van geïnterviewden telkens in overeenstemming is met het gedachtegoed van hun organisatie. De citaten zijn derhalve toe te schrijven aan de geïnterviewden en niet aan hun werkgever.

De functie van de verbatim citaten in dit artikel, die ik ontleen aan de interviewtranscripten,<sup>13</sup> is laten zien dat de besproken spanningsvelden zich in de praktijk voordoen en illustreren hoe toezichthouders hier tegenaan kijken.<sup>14</sup> Een besproken spanningsveld en een daarvoor illustratief citaat zijn uiteraard niet exclusief toe te schrijven aan één taakopvatting (en evenmin exclusief relevant voor de context van buitenwettelijk toezicht), maar het ligt wel in de rede dat sommige spanningsvelden meer kenmerkend zijn voor de ene taakopvatting dan voor de andere.<sup>15</sup>

- 9 Om dezelfde redenen is dit onderscheid ook niet gemaakt in de analyse van de interviewtranscripten. Dit kan wel een vruchtbare richting impliceren voor nader onderzoek, zoals ook opgemerkt in de laatste paragraaf.
- 10 Zie bijlage. In twee gevallen betrof het een dubbelinterview, op verzoek van betrokkenen.
- 11 Dit impliceert dat er in de interviews geen vaste vragenlijst is afgewerkt.
- 12 De gesprekspartners is toegezegd dat hun bijdrage niet herleidbaar zal worden gepubliceerd, om een open houding tijdens het interview te bevorderen.
- 13 Alle interviews zijn met instemming van betrokkenen opgenomen, en vervolgens professioneel getranscribeerd.
- 14 Het beperkte aantal interviews en de open opzet hiervan brengen met zich dat aan de transcripten geen kwantitatieve uitspraken moeten worden ontleend.
- 15 Een toezichthouder bijvoorbeeld die vanuit zijn ruime taakopvatting gebruikmaakt van zelfontworpen informele normenkaders ziet zich geconfronteerd met de vraag naar de democratische legitimatie daarvan; een op handhaving van de wet gefocuste toezichthouder ervaart dit spanningsveld niet op dezelfde manier.

## Analysekader op basis van literatuurstudie

Conflicterende taakopvattingen over buitenwettelijk toezicht vinden hun oorsprong in het 'risico-reguleringsdilemma':<sup>16</sup> wat te doen als toezien op naleven van de regels niet leidt tot een maatschappelijk acceptabel resultaat? Wat als maatschappelijk schadelijk gedrag überhaupt niet verboden is door de relevante toezichtregels? Sparrow constateert dat in het licht van dit spanningsveld de hedendaagse toezichtwereld neigt naar een '...expert model...where regulators focus on harm reduction and invent alternative methods for influencing behaviors that may be harmful but not illegal...'.<sup>17</sup> Hoewel Sparrow zelf in zijn publicaties weinig aandacht besteedt aan dit spanningsveld, wordt dit er in de Nederlandse literatuur en toezichtpraktijk wel veel uitgelicht. De WRR constateert dat met name zogenoemde markttoezichthouders een buitenwettelijk-toezichtdoctrine lijken te omarmen.<sup>18</sup>

Deze opstelling roept niettemin kritiek op, gezien de complicaties die een dergelijke taakopvatting oproept in termen van rechtszekerheid en legitimiteit.<sup>19</sup> Ottow en De Cock Buning betogen bijvoorbeeld dat de wetgever, niet de toezichthouder, de aangewezen instantie is om dit spanningsveld te mitigeren: deze is immers democratisch gelegitimeerd.<sup>20</sup> De WRR constateert in de praktijk ook bij inspecties een tegenbeweging, waarbij het accent ligt op striktere handhaving.<sup>21</sup> Kasdorp ontwikkelt op basis van toezichtliteratuur een typologie van vier typen toezichthouders, onderscheiden door hun taakopvatting in het licht van schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag (dit is derhalve een toevoeging aan het scala van typologieën, die toezichthouders categoriseren door hun gedrag te duiden).<sup>22</sup> De in deze typologie onderscheiden ideaaltypen bieden een goed referentiekader aan de hand waarvan de spanningsvelden, waar toezichthouders in dit licht mee worstelen, kunnen worden geduid. Daarom licht ik ze hierna toe.<sup>23</sup>

- 16 Zie voor een overzicht van publicaties over de risicoreguleringsreflex: M. Trappenburg & M. Schif felers, *How to Escape the Vicious Circle: The Challenges of the Risk Regulation Reflex*, *European Journal of Risk Regulation* 2012-3. Zie voor de Nederlandse context ook: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Evenwichtskunst. Over de verdeling van verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid*, Den Haag 2011.
- 17 M.K. Sparrow, *Joining the Regulatory Fold*, *Criminology & Public Policy* 2012-2, p. 350; zie in gelijke zin Kasdorp (EJRR 2016).
- 18 WRR 2013, p. 40-41. Zie bijvoorbeeld R. Maatman & S. Azahaf, *Financieel toezicht en schadelijk gedrag*, *Ondernemingsrecht* 2010, p. 296-302.
- 19 Zie bijvoorbeeld A. Ottow & M. de Cock Buning, *Juridische ruggengraat toezicht mag niet ontbreken*, *TvT* 2013, nr. 4, p. 33-38.
- 20 Ottow & De Cock Buning 2013. Zie ook bijvoorbeeld D. Busch, *Spanningsvelden in het toezicht op de financiële sector*, *Nederlands Juristenblad* 2014-1838, die stelt dat de wetgever dit spanningsveld doet afnemen via het introduceren van open normen.
- 21 WRR 2013, p. 40.
- 22 Zie voor een uitweiding hierover Kasdorp (EJRR 2016). Zie voor een overzicht van eerdere typologieën S. Soslovsky, R. Pires & S.S. Silbey, *The Pragmatic Politics of Regulatory Enforcement*, in: *Handbook on the Politics of Regulation* 2011, p. 322 e.v.
- 23 De theoretische onderbouwing van deze typen wordt in dit artikel kort aangeduid. Zie voor een volledige weergave en onderbouwing Kasdorp (EJRR 2016).

Aute Kasdorp

Het type *Juridisch Handhaver* (Handhaver) hanteert de meest smalle of gefocuste taakopvatting. Dit type toezichthouder beperkt zich tot het tegengaan van wets-overtredingen. Handhaving is hierbij kernactiviteit en afschrikking is in deze visie een cruciaal instrument om ondernemingen te beïnvloeden. Dit is ook te typeren als een klassieke 'legalistische' toezichthouder.

De *Overheidsvertegenwoordiger* (Vertegenwoordiger) hanteert een wat ruimere taakopvatting. Hij focust zich op de geest van de wet en representeert daarmee de intentie van de wetgever. Dit brengt mee dat deze toezichthouder tevens ondernemingsgedrag tegen wil gaan dat legaal is, maar de mazen van de wet opzoekt (dit ondernemingsgedrag, en de toezichttaakopvatting om dit gedrag tegen te gaan, zijn uitgebreid geanalyseerd in eerdere studies<sup>24</sup>). Hierbij zal hij ook andere ondernemingsmotivatie dan afschrikking moeten inzetten,<sup>25</sup> aangezien hij tegen legaal gedrag in de regel niet kan handhaven. Bij deze bredere taakopvatting past dat de toezichthouder zich ook op de wetgever richt, om wetswijzigingen te bevorderen die nodig zijn om de geest van de wet te realiseren.<sup>26</sup>

De *Sociale Bemiddelaar* (Bemiddelaar) hanteert een nog ruimere taakopvatting. Hij beperkt zich niet tot de geest van de wet, maar richt zich op het mitigeren van risico's die burgers en andere maatschappelijke *stakeholders* lopen in zijn toezicht-domein. Dit brengt met zich dat ook nieuwe en daarom nog ongereguleerde maatschappelijke risico's tot zijn scope kunnen behoren. Sparrow pleit hier bijvoorbeeld voor: 'When regulations are rendered obsolete by advances in technology or by the waxing and waning of risks, regulatory agencies should "correct, by using their judgment, deficiencies of law".'<sup>27</sup> De legitimiteit van deze taakopvatting kan daarmee niet enkel liggen in de – soms nog niet gevormde – wil van de wetgever: de toezichthouder ontleent zijn bestaansrecht aan het dienen van de belangen van zijn maatschappelijke *stakeholders*, die zich ook een oordeel vormen over de kwaliteit van deze 'dienstverlening'.<sup>28</sup> Hierbij past ook dat een toezichthouder inspeelt op zelfregulering en op de 'sociale' motivatie van ondernemingen (bijvoorbeeld *peer pressure* tussen die ondernemingen, of maatschappelijk verantwoord ondernemerschap): toezichthouders oefenen immers via bijvoorbeeld

- 24 Bijvoorbeeld R. Bartel & E. Barclay, Motivational Postures and Compliance, *Journal of Rural Studies* 2011, 27, 2, p. 153-170; K.D. Krawiec, Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance, 81 *Wash. ULQ* 2003, p. 487 e.v.; D. McBarnet, Whiter than White Collar Crime: tax, fraud insurance and the management of stigma, *British Journal of Sociology* 1991, p. 323-344; D. McBarnet, After Enron Will 'whiter than White Collar Crime' Still Wash?, *British Journal of Sociology* 2006, 46, 6, p. 1091-1109.
- 25 Een voorbeeld hiervan is een beroep op het welbegrepen eigenbelang van de onderneming op de lange termijn, door te wijzen op de langetermijnwinstgevendheid van een goede reputatie.
- 26 Zoals bepleit in WRR 2013, p. 132. Dit verschijnsel is onder meer geanalyseerd in M. Groenleer & S. Gabbi, Regulatory Agencies of the European Union as International Actors. Legal Framework, Development Over Time and Strategic Motives in the Case of the European Food Safety Authority, *European Journal of Risk Regulation* 2013, p. 479-492.
- 27 M.K. Sparrow, *The Regulatory Craft. Controlling risks, solving problems, and managing compliance*, Washington, D.C., United States of America: The Brookings Institution 2000.
- 28 O. Perez, Courage, Regulatory Responsibility, and the Challenge of Higher-Order Reflexivity, 8 (2) *Regulation & Governance* 2014, p. 203 e.v.

gesprekken en publieke communicatie invloed uit op de maatschappelijke 'licence to operate' van deze ondernemingen.<sup>29</sup>

De *Maatschappelijk Regisseur* (Regisseur) ten slotte hanteert de breedste taakopvatting, gebaseerd op zijn inschatting van wat in zijn toezichtdomein in het belang is van de maatschappij.<sup>30</sup> Hierdoor kunnen zelfs bewust niet gereguleerde risico's tot zijn interventiescope behoren, zoals die van een 'giftige' organisatiecultuur<sup>31</sup> of een disfunctioneel verdienmodel.<sup>32</sup> Hierbij past een beroep op de 'intrinsieke' of 'normatieve' motivatie van de onderneming om goed te handelen, ongeacht wat de wet voorschrijft. Dit autonome risicoperspectief van de toezichthouder kan ook meebrengen dat hij eigen 'informele' toezichtnormen creëert.<sup>33</sup>

De vier aangeduide typen zijn uiteraard ideaaltypen. De praktijk van een toezichthouder kan aspecten van diverse typen verenigen: een Vertegenwoordiger kan bijvoorbeeld ook inspelen op de sociale motivatie van ondernemingen. De positionering van de toezichthouder kan tevens variëren per toezichttaak of verschuiven naar verloop van tijd. Niettemin ligt het in de rede om enige samenhang te verwachten in de taakopvatting van een toezichthouder: het zou immers opmerkelijk zijn als bijvoorbeeld een Bemiddelaar, die een stakeholderperspectief op risico hanteert en daarbij ook aangrijpt op nog niet gereguleerde risico's, zijn missie beperkt tot handhaving en ondernemingen alleen motiveert door afschrikking.<sup>34</sup>

29 Zie voor een nadere toelichting op, en analyse van dit fenomeen: R.A. Kagan, N. Gunningham & D. Thornton, *Explaining Corporate Environmental Performance: How does Regulation Matter?*, 37 (1) *Law & Society Review* 2003, p. 51 e.v.

30 Een dergelijke taakopvatting, gericht op het creëren van 'publieke waarde', wordt bijvoorbeeld uitgedragen door M.H. Moore, *Creating Public Value. Strategic Management in Government*, Cambridge, Massachusetts, USA/London, England: Harvard University Press 1995.

31 Zie bijvoorbeeld het 'cultuurtoezicht' van DNB (W. Nuijts, *Hoe gaat dat eigenlijk: toezicht houden op gedrag en cultuur? Uitkomsten van het DNB thema-onderzoek Besluitvorming, Tijdschrift Voor Compliance* 2012-1, p. 41; De Nederlandsche Bank, *Gedrag en cultuur in de Nederlandse financiële sector*, 2015, <[www.dnb.nl/binaries/DNB%20brochure%20gedrag%20en%20cultuur%202015%20NL\\_tcm46-326577.pdf](http://www.dnb.nl/binaries/DNB%20brochure%20gedrag%20en%20cultuur%202015%20NL_tcm46-326577.pdf)>). Betoogd kan worden dat het moeilijk, en wellicht ook onwenselijk zou zijn om specifieke wettelijke normen vast te stellen, waaraan de cultuur van een onderneming moet voldoen. Desalniettemin kan een toezichthouder zoals DNB ondernemingen wel confronteren met de aan hun organisatiecultuur verbonden risico's.

32 De commissie-Scheltema constateerde in haar rapport (M. Scheltema, *Rapport van de commissie van Onderzoek DSB Bank*, Den Haag: Netherlands Interdisciplinary Demographic Institute 2010, p. 17 e.v.) bijvoorbeeld dat het faillissement van DSB Bank en het duperen van haar klanten zijn oorzaak vond in het niet-houdbare verdienmodel van de bank. Bepleit kan worden dat de toezichthouder in een dergelijk geval invloed uit zou kunnen, dan wel moeten uitoefenen op dit verdienmodel.

33 Dit verschijnsel wordt al geruime tijd in wetenschappelijke literatuur gesignaleerd, zie bijvoorbeeld S.S. Silbey, *Case Processing: Consumer Protection in an Attorney General's Office*, *Law and Society Review* 1980, p. 849 e.v., p. 850; zie S. Coslovsky, R. Pires & S.S. Silbey, *The Pragmatic Politics of Regulatory Enforcement*, *Handbook on the Politics of Regulation* 2011, p. 322 e.v. Zie ook hierna, de informele normenkaders besproken in de paragraaf 'Een kenmerkend spanningsveld voor de Regisseur: draagvlak van toezicht is kwetsbaar'.

34 In gelijke zin Kasdorp (EJRR 2016).

Aute Kasdorp

De aan Sparrow<sup>35</sup> toegeschreven probleemgestuurde toezichtbenadering lijkt op gespannen voet te staan met de taakopvatting van een Handhaver of Vertegenwoordiger. Immers, probleemgestuurd toezicht richt zich op maatschappelijke risico's, waarbij de aard van deze problemen het primaire referentiepunt is in plaats van eventuele hiermee gemoeide wetsovertredingen. Echter, zowel de taakopvatting van een Bemiddelaar als die van een Regisseur laat zich goed met een probleemgestuurde toezichtaanpak verenigen.

Naast de benadering van Sparrow is in Nederland van oudsher Braithwaite's *responsive regulation* gedachtgoed,<sup>36</sup> bekend van zijn handhavingspiramide, invloedrijk.<sup>37</sup> Vertrekpunt hierbij is een coöperatieve, op nalevingsbevordering gerichte toezichthouder, zolang de houding van de onderneming dit rechtvaardigt; een oncoöperatieve onderneming roept een dito houding van de toezichthouder over zich af, totdat zij bijdraait (*tit for tat*). De flexibiliteit die deze benadering vereist, past slecht bij de inherent repressieve taakopvatting van een Handhaver; de andere drie types laten zich daarentegen goed verenigen met een *responsive regulation* benadering. Dit laatste geldt ook voor de reflectief-toezichtbenadering die de WRR bepleit. Reflectief toezicht vereist immers dat een toezichthouder zich niet zoals een Handhaver beperkt tot repressie en zich rekenschap geeft van de geest van de wet, bijvoorbeeld door tekortkomingen in de letter van de wet aan te kaarten bij de wetgever;<sup>38</sup> zelf interveniëren om nieuwe of bewust ongereguleerde risico's te mitigeren kan een verdergaande uiting zijn van deze reflectieve houding. Vertegenwoordigers, Bemiddelaars en Regisseurs zijn dan ook gezamenlijk aan te duiden als 'reflectieve toezichthouders'.

## Resultaten van empirisch onderzoek

In de interviews zijn aspecten van alle vier genoemde taakopvattingen te herkennen. Opvallend is hierbij wel dat aan geen van de geïnterviewden onverkort een legalistische Handhaver-taakopvatting lijkt toe te schrijven. Allen zijn dus in enigerlei mate te kwalificeren als reflectieve toezichthouders. Duidelijk blijkt ook dat buitenwettelijk toezicht zich in de Nederlandse praktijk voordoet. De vraag hoe om te gaan met schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag blijkt daarbij probeert om te expliciteren hoe toezichthouders in de praktijk aankijken tegen de hieronder aangeduide spanningsvelden.

35 M.K. Sparrow, *The Character of Harms. Operational challenges in control*, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press 2008; Sparrow 2000.

36 I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*, Oxford: Oxford University Press 1992; J. Braithwaite, *The Essence of Responsive Regulation*, *UBCL Rev.* 2011, p. 475.

37 Zie bijvoorbeeld H. van de Bunt, J. van Erp & K. van Wingerde, *Hoe stevig is de piramide van Braithwaite?*, *Tijdschrift voor Criminologie* 2007-4, p. 386-399.

38 WRR 2013, p. 15.



*Een kenmerkend spanningsveld voor de Handhaver: handhaving is een gebrekkig instrument*

Handhavers beperken zich als ideaaltype in hun taakopvatting tot ingrijpen waar ondernemingen de wet overtreden. Hierbij lopen deze toezichthouders aan tegen de beperkingen die inherent zijn aan handhaving van de wet als instrument om gewenst ondernemingsgedrag te realiseren. Uit de interviews blijkt dat toezichthouders, waar zij worstelen met de specifieke consequenties van een begrensd handhavingsmandaat, tegen ten minste drie issues aanlopen.

Ten eerste duurt het lang voordat het gat tussen regels en maatschappelijke risico's is gedicht door wetswijziging. Gedurende die tijd moet een Handhaver op zijn handen zitten:

'...wettelijk instrumentarium is er niet, dus je kunt daar niet op ingrijpen... dat is een lang proces...Normaal gesproken duren wetgevingstrajecten jaren en dit wordt echt geprobeerd om binnen een jaar, anderhalf jaar rond te krijgen. Maar goed, je bent wel gehouden aan een bepaalde procesgang voor nieuwe wetgeving...'<sup>39</sup>

Niets doen, zolang de wet geen handhaving mogelijk maakt, kan Handhavers evenwel in de problemen brengen als hun maatschappelijke *stakeholders* geen begrip hebben voor deze opstelling.

Ten tweede, ook als er wel een wet is, kan handhaving onzeker en tijdrovend zijn:

'[het is] ook niet altijd even makkelijk...om het harde bewijs te hebben... Het zit misschien soms een beetje op het randje, of het is misschien ook wel over het randje, maar dan is het misschien niet altijd even makkelijk om het te bewijzen...dat [is] een traject...van de zeer lange adem, want daar zijn we denk ik al een jaar of drie bezig met eerst onderzoek, proberen scherp te krijgen, hoe zit dat nu precies...'

Ten derde heeft de afschrikkende werking van handhaving haar beperkingen, onder meer afhankelijk van de te beïnvloeden doelgroep:

'...dat is een hele andere doelgroep...heel concurrerend ...niet van nature geneigd om zeg maar de regels te volgen...die zijn heel berekenend wat dat betreft en die gaan ook echt kijken van wat is het risico wat ik loop...'

De essentie van dergelijke spanningsvelden lijkt derhalve te zijn dat handhaving van de wet een inherent gebrekkig toezichtinstrument is. Dit uit zich in de specifiekere verschijningsvormen van dit spanningsveld zoals geïllustreerd door de

39 De citaten in dit artikel dienen ter illustratie van de in de tekst aangeduide spanningsvelden. De weergave van deze citaten impliceert derhalve niet noodzakelijkwijze dat de visie van de geïnterviewde, van wie het citaat afkomstig is, integraal is te reduceren tot het type taakopvatting waaraan de desbetreffende subparagraaf is gekoppeld. De persoon van wie dit citaat afkomstig is, is bijvoorbeeld niet per se te categoriseren als Handhaver. De gehanteerde exploratieve interviewopzet leent zich ook niet tot een dergelijke categorisering.

Aute Kasdorp

citaten, namelijk dat wetswijziging lang duurt, handhaving onzeker en tijdrovend is, en afschrikking niet altijd effectief. Deze issues vormen een doorlopende bedreiging voor de maatschappelijke effectiviteit van een Handhaver. Zij bevorderen daarom dat toezichthouders een bredere taakopvatting hanteren.

*Een kenmerkend spanningsveld voor de Vertegenwoordiger: het kat-en-muisspel*

In het licht van de issues die voortkomen uit de gebrekkigheid van wetshandhaving als instrument, bevordert een Vertegenwoordiger – als vertegenwoordiger van de wil van de wetgever – dat ondernemingen zich niet alleen aan de letter, maar ook aan de geest van de wet houden. Hierbij worden toezichthouders in de praktijk onder meer geconfronteerd met spanningsvelden die voortkomen uit een berekenende houding van ondernemingen ten opzichte van regelgeving en toezicht.<sup>40</sup> Bijvoorbeeld, als de regelgeving voorschrijft dat ondernemingen in hun bedrijfsvoering onder een gekwantificeerde norm moeten blijven:

‘Wat wij dus soms met lede ogen aanzien dat is dat er bedrijven zijn die de norm opvullen...hij gaat er steeds dicht tegenaan zitten, maar dat principe van *...as low as reasonably achievable* wordt dan eigenlijk met voeten getreden...Hoe ga je ze nou zover krijgen? Het is legaal handelen, want die ruimte is gegeven, tot daar mag je, maar ik wil lager. Hoe verkrijg je dat, niet meer met handhaving, want je begaat geen overtredingen.’

Meer in het algemeen worstelen Vertegenwoordigers met het gedrag van ondernemingen die de mazen van de wet opzoeken. Immers, tegen gedrag binnen de mazen van de wet kan men niet handhaven:

‘We krijgen er geen vinger achter, want die [onderneming] heeft het op zo’n manier georganiseerd, en dat is zelfs tot in het Europese hof geweest. Die heeft aangegeven het wettelijk beginsel schiet gewoon tekort. Jullie kunnen dat willen aanpakken en een boete ertegenover stellen en die [onderneming] willen dwingen het anders te doen, maar dat klopt niet.’

McBarnet laat zien hoe handhaving wel kan bijdragen aan het tegengaan van dit ‘schadelijke maar legale’ gedrag, door normen ruim te interpreteren<sup>41</sup> of door opportunistisch een voorbeeld te stellen:<sup>42</sup> de toezichthouder grijpt dan zichtbaar hard in op aanverwant gedrag van dezelfde onderneming, waarmee wél de wet wordt overtreden. De ruimte voor een dergelijke aanpak is evenwel beperkt door-

40 ‘Berekenend’ kan betekenen dat de onderneming de kans dat zij problemen krijgt met de toezichthouder, afzet tegen de voordelen die haar schadelijk gedrag haar oplevert (‘afschrikking’-motivatie), maar ook dat zij in bredere zin gemotiveerd is door eigenbelang. Dit omvat het reageren op druk van maatschappelijke stakeholders, als deze de winstgevendheid en continuïteit van de onderneming bedreigt: vergelijk de hierna, onder Nadere analyse, genoemde ondernemingsmotivatie om de eigen sociale *licence to operate* veilig te stellen.

41 D. McBarnet & C. Whelan, *The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control*, *The Modern Law Review* 1991-6, p. 848-873.

42 McBarnet 2006.

dat dit aanverwante, illegale gedrag dan wel aanwezig moet zijn en bewezen moet worden, alsmede door de grenzen aan de bevoegdheden van de toezichthouder,<sup>43</sup> in het bijzonder het verbod op *detournement de pouvoir*: immers, afhankelijk van de feitelijke context kan de onderneming betogen dat de toezichthouder zijn handhavingsbevoegdheid aanwendt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven, namelijk voor het tegengaan van legaal gedrag (gedrag binnen de mazen van de wet). Het volgende citaat illustreert een dergelijke 'balanceer-act':

'Ja dus volgens mij zonder dat we hebben vastgesteld ze zijn illegaal, is in ieder geval wel de vraag aan de orde gekomen dat het dus zo zou kunnen zijn, en dat helpt natuurlijk wel om nou ja ook wat *leverage* te hebben, om te kijken of zij bereid zijn om daar wat aan te doen. Aan de andere kant is het ook weer dat, je moet altijd bewust zijn dat je niet [*detournement de pouvoir*] daar gaat hanteren, van dat je bij wijze van spreken terwijl er een hele kleine kans dat het echt illegaal is dat heel erg opblaast om hem ergens heen te duwen. Dus je moet wel op een zuivere manier doen; tegelijkertijd moet je een beetje druk kunnen uitoefenen.'

Voorgaande citaten illustreren een spanning, die de wetgever deels probeert te voorkomen door open normen te hanteren. Immers, open normen, zoals een gebod zich eerlijk te gedragen, hebben minder mazen; bij een open norm is er in theorie minder afstand tussen de letter en de geest van de wet. De reflectieve houding die de WRR bepleit, kan toezichthouders er dan ook toe aanzetten om bij de wetgever te pleiten voor meer open normen.

Echter, bij toezicht houden op basis van open in plaats van gesloten normen verschuift de discussie naar de vraag, tot hoe ver deze norm rijkt. Immers: wat is eerlijk? En naarmate dit meer voor interpretatie vatbaar is en de norm dus minder 'kenbaar' is, is beter verdedigbaar dat de norm handhaven in strijd komt met het rechtszekerheidsbeginsel. Dit levert de toezichthouder onder meer het dilemma op of hij de open norm moet 'invullen' door beleidslijnen of interpretaties af te geven.<sup>44</sup>

'...onder toezicht [staande onderneming] begint meteen te schreeuwen ik wil wel wat rechtszekerheid en ik wil weten waar ik aan toe ben dus leg het dan maar vast allemaal, dus dat wringt dan weer natuurlijk...'

Immers, een open norm in de praktijk helemaal 'invullen' zal veelal tegen de wil van de wetgever ingaan, en bovendien: naarmate de open normen door invulling

43 H. Bröring & E. van Vorselen, *Lex certa en het financieel bestuursrecht*, JB Plus 2013-3, p. 115-142, wijzen er in dit verband bijvoorbeeld op dat een probleemgestuurde toezichtbenadering, waarbij schadelijk maar legaal gedrag in scope is, met zich kan brengen dat de toezichthouder geneigd is de grenzen van zijn bevoegdheden op te zoeken.

44 Zie met betrekking tot dit verschijnsel uitgebreider: W. Timmer, *Het doel wel gesteld: een praktijkonderzoek naar de toepassing van doelregelgeving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, <<http://hdl.handle.net/1765/30642>>.

Aute Kasdorp

*de facto* meer gesloten worden, neemt het risico weer toe dat ondernemingen de mazen opzoeken.

De essentie van dergelijke spanningsvelden lijkt derhalve te zijn dat Vertegenwoordigers en onder toezicht staande ondernemingen zich gevangen weten in een kat-en-muisspel, waardoor het moeilijk is in het toezicht duurzame maatschappelijke resultaten te boeken. Dit uit zich in de specifiekere verschijningsvormen van dit spanningsveld zoals geïllustreerd door de citaten, namelijk dat ondernemingen de grenzen opzoeken, dat toezichthouders de grenzen opzoeken, en de neiging om open normen in te vullen.

*Een kenmerkend spanningsveld voor de Bemiddelaar: afwegen van ongelijksoortige belangen*

De mogelijkheid om het hiervoor aangeduide kat-en-muisspel te ontlopen kan Bemiddelaars mede aanleiding geven tot een bredere taakopvatting, waarbij niet de letter of geest van de wet en de daarbij behorende begrenzing leidend zijn, maar de belangen van burgers en ondernemingen die in het geding zijn op hun toezichtsterrein. Een probleemgestuurde toezichtaanpak zoals bepleit door Sparrow<sup>45</sup> brengt bijvoorbeeld mee dat de toezichthouder zich richt op het aanpakken van de maatschappelijke problemen waar deze *stakeholders* tegenaan lopen. Of deze problemen zijn te reduceren tot wetsovertredingen van onder toezicht staande ondernemingen is in deze visie niet leidend.

Als een toezichthouder evenwel ondernemingsgedrag wil beïnvloeden, zonder dat hij hierbij kan wijzen op een onmiskenbare wettelijke norm, komt hij er vaak niet onderuit om een afweging te maken tussen ongelijksoortige belangen (vandaar de aanduiding 'Bemiddelaar'). Dit brengt een aantal spanningsvelden met zich.

In de eerste plaats betreft dit een moeizame afweging tussen enerzijds het 'toezichtbelang' (het belang dat is toe te schrijven aan de wetgever bij het in het leven roepen van de toezichtregelgeving), en anderzijds het belang van de onderneming in kwestie:

'Zij kijken heel primair naar het belang en voortzetting van hun eigen bedrijf...als wij met hen spreken en zeggen van nou we stellen toch wat aanvullende eisen dan komen zij al heel snel met het antwoord, als we dat gaan doen dan gaan we over de kop en dat maakt het als toezichthouder wel ontzettend zwaar...het is echt het zoeken van de grenzen...ik zou het bijna worsteling noemen...wij moeten zeggen nou nee dat willen we niet, maar waarop baseert u dat dan? Dus dat maakt het heel moeilijk.'

In de tweede plaats wordt de Bemiddelaar geconfronteerd met een afweging tussen de diverse maatschappelijke belangen die zijn gemoeid met het ondernemingsgedrag dat hij beïnvloedt. Dit uit zich bijvoorbeeld in de dialoog die een Bemiddelaar voert over de normen die de sector zelf hanteert:

45 Sparrow 2000, 2008, 2012.

‘De [branchevereniging] wil met ons steeds in discussie over de keuze die zij maken op het gebied van prioritering van richtlijnen...dan wordt er aan ons gevraagd, wat vinden jullie nou het allerbelangrijkste, richtlijn a, richtlijn b, richtlijn c...’

Bovenstaande typen dilemma’s zijn al snel beleidsmatig van aard. Dit geldt temeer als het nieuwe risico’s betreft waarin de huidige toezichtregelgeving niet voorziet, en het problematische ondernemingsgedrag (nog) niet illegaal is. In de derde plaats, zowel de dilemma’s zelf als hun beleidsmatige karakter kunnen pregnanter worden naarmate de onderliggende, conflicterende belangen groter zijn en de druk op de toezichthouder toeneemt om zijn keuzes jegens diverse maatschappelijke *stakeholders* te rechtvaardigen. Daarmee wordt het voor de toezichthouder ook aantrekkelijker om problemen niet zelf aan te pakken maar ze ‘terug te leggen’ in de politieke arena:

‘...op dat moment aarzelden wij om ... die macht te gebruiken want op het moment dat je [ingrijpt] kan het best zijn...dat je dus misschien geen dode krijgt door [risicotype 1] maar doden krijgt door [risicotype 2]. Nou dan bereik je niet een hoger veiligheidsniveau. Dus wij hebben in dit hele specifieke geval waar de belangen enorm zijn...het ook helemaal bij de minister neergelegd... Wij kunnen maar alleen een afweging maken vanuit het oogpunt van veiligheid, en de minister kan een afweging maken uit oogpunt van...wat betekent het voor de BV Nederland...’

De essentie van dergelijke spanningsvelden lijkt derhalve te zijn dat de Bemiddelaar ongelijksoortige belangen moet afwegen, terwijl de wet hier geen referentiekader voor kan bieden en de rol van de toezichthouder daarmee ook een meer beleidsmatige kleur krijgt. Dit uit zich in de specifiekere verschijningsvormen van dit spanningsveld zoals geïllustreerd door de citaten, namelijk dat toezichtbelang tegenover ondernemingsbelang staat, dat maatschappelijke belangen tegenover elkaar staan, en dat het toezicht gevoelig is voor druk vanuit *stakeholders*.

#### *Een kenmerkend spanningsveld voor de Regisseur: het draagvlak van toezicht is kwetsbaar*

Een Regisseur omarmt juist het hiervoor aangeduide beleidsmatige karakter van buitenwettelijk toezicht, voor zover dat een duurzaam effectieve manier is om maatschappelijk relevante toezichtissues aan te pakken. Immers, hij ontleent zijn draagvlak aan het aanpakken van maatschappelijke issues, waarbij hij in het maatschappelijk speelveld niet alleen een toezichthoudende, maar ook een regiserende rol op zich neemt. Maar de rolvermenging die dit met zich brengt, zet wel de bijbehorende draagvlakissues ‘op scherp’.

In de eerste plaats brengt de *taakopvatting* van een Regisseur een draagvlakissue mee. Een Regisseur moet, om op de lange termijn effectief te kunnen zijn, een balans zien te treffen tussen enerzijds zijn *de facto* autonome opstelling, waarbij hij onder meer de vrijheid neemt om buitenwettelijke toezichtinterventies te plegen, en anderzijds zijn maatschappelijk draagvlak:

Aute Kasdorp

‘...als je...je directe onafhankelijkheid op dit moment te veel verdedigt en te sterk neerzet, dan lok je een reactie uit die je onafhankelijkheid en ruimte in de toekomst juist heel erg gaat beperken...in naam zijn we natuurlijk ook onafhankelijk en we hebben ook een grote mate van onafhankelijkheid, je mag alleen als [toezichthouder] nooit vergeten dat je in een maatschappelijke en politieke context opereert. En dat als je die maatschappelijke en politieke context niet handig managet, dat je dan juist je onafhankelijkheid in de toekomst beperkt...Want als je als een autistische toezichthouder alleen maar op je eigen agenda zit, dan gaat dat in de buitenwereld een reactie oproepen. En dat is dan toch een praktische *constraint*.’

Bovendien vereist dit draagvlak dat de Regisseur zijn handhavende ‘kerntaak’ niet veronachtzaamt. Hierin moet hij dus ook een balans zien te treffen:

‘Ik denk dat een aantal mensen ook ... goed begrijpt ... dat je probeert om zo effectief mogelijk te zijn, en welk instrument je daarvoor precies inzet niet leidend moet zijn maar meer een consequentie van de vraag hoe ben ik het meeste effectief. Maar het heeft ook tot kritiek geleid omdat een aantal mensen zegt van ja, dat is niet waarvoor je bent. ...Andere reactie is ook wel dat het risico is dat je je afschrikkende werking ondermijnt als je niet voldoende overtredingen opspoorst en beboet, wat op zich denk ik een reëel punt is...probleemoplossend werken betekent niet dat we geen overtredingen meer opsporen...dat zal nog steeds een heel belangrijk deel van ons werk blijven zijn, mede ook vanuit een soort preventie werking die daarvan uitgaat...’

In de tweede plaats: deze overwegingen, die raken aan de legitimiteit van de *overall* taakopvatting van een Regisseur, vertalen zich door naar zijn overwegingen omtrent individuele *toezichtinterventies*. De noodzaak om het eigen draagvlak te bewaken leidt bij de Regisseur namelijk tot een moeizame balans, waarbij hij de effectiviteit en legitimiteit op de korte en lange termijn moet afwegen:

‘...als je je effectiviteit puur zou beperken tot het specifieke probleem wat je op dat moment tackelt, dan zou het kunnen zijn dat je besluit daarvoor geen boete op te leggen. Ik kan op andere manieren ook wel zorgen dat ze hun gedragingen stoppen, maar dan kan het vanuit je meer generale preventie toch verstandig zijn om het te doen...het is veel moeilijker om die preventiefactor ook goed te wegen... of we er al helemaal goed in geslaagd zijn om in een specifieke situatie te zeggen nou ik maak een mooie kosten-batenanalyse van verschillende instrumenten en op basis daarvan moet ik hem nu juist wel beboeten en nu juist niet, dat vraag ik me af.’

In de derde plaats, een Regisseur kan ook schipperen met de grenzen aan het draagvlak van *normen* die hij hanteert. Zo kunnen zogenoemde kwaliteitstoezicht-

houders<sup>46</sup> informele normenkaders ontwikkelen, waarin zowel wettelijke normen als eigen, buitenwettelijke 'toezichthoudernormen' zijn verwerkt:

'...dat kwaliteitsbegrip dat wordt neergelegd in een toezichtkader ... dat kader...is voor een behoorlijk gedeelte niet door wettelijke voorschriften bepaald, en voor een ander gedeelte wel door wetten. Het is dus echt een mix...'

Voor een goed begrip lijkt het belangrijk te benoemen dat Regisseurs niet alleen naar het informele normenkaderinstrument grijpen vanuit een gepercipieerde tekortkoming van het wettelijk kader. Zij kunnen ook van oordeel zijn dat sommige toezichtbelangen zich inherent niet goed in regelgeving laten vangen:

'En dat is dus een hele lastige op het moment dat je dat als toezichthouder moet gaan zitten beoordelen, die kwaliteit. Te meer ook omdat kwaliteit op zichzelf al niet iets objectiefs is...daar wordt natuurlijk heel anders over gedacht... Dus kwaliteit laat zich heel lastig vastleggen in een reeks van wettelijke voorschriften. Dus en die vrijheid die wil je ook niet inperken.'

Het toepassen van dergelijke gemengde normenkaders in de toezichtpraktijk kan een effectieve manier zijn om naleving van buitenwettelijke normen te bevorderen, onder meer doordat Regisseurs daarmee een beroep doen op de sociale en intrinsieke motivatie van ondernemingen:<sup>47</sup>

'...dat kader waarmee wij opereren, dat fungeert toch als een soort van informele norm waarin je opereert en ook al vindt een [onder toezicht staande onderneming] dat is niet wettelijk voorgeschreven dus waar komt u voor, dan nog vindt [een onderneming] het niet leuk om in z'n geheel, zeg maar, dus totaalbeeld als negatief te worden afgeschilderd... Het werkt wel normatief natuurlijk.'

Tegelijk dringt zich wel de vraag op wat de legitimatie is voor deze buitenwettelijke toezichthoudernormen en de gemengde normenkaders waar zij deel van uitmaken. Immers, dergelijke toezichthoudernormen ontberen de democratische

46 Dat wil zeggen: toezichthouders die in een specifiek domein de kwaliteit van dienstverlening bewaken (zie bijvoorbeeld WRR 2013, p. 31).

47 Met sociale motivatie wordt in dit verband bedoeld op de motivatie om te voldoen aan de verwachtingen van de sociale omgeving; met intrinsieke motivatie wordt bedoeld op de autonome motivatie om te voldoen aan de regels of anderszins 'het goede' te doen. Zie over diverse soorten compliancemotivatie bijvoorbeeld P.J. May, Regulation and Compliance Motivations: Examining Different Approaches, Public Adm Rev 2005-1, p. 31-44. Voor de meer specifieke context van ondernemingsmotivatie om verder te gaan dan wat de wet vereist, zie bijvoorbeeld J.C. Borck & C. Coglianese, Beyond compliance: Explaining business participation in voluntary environmental programs, U of Penn, Inst for Law & Econ 2011, <<http://ssrn.com/abstract=2000299>>, en de daar aangehaalde literatuur.

Aute Kasdorp

legitimatie die wettelijke normen in beginsel ontleen aan hun ontstaansgeschiedenis.<sup>48</sup>

Regisseurs kunnen proberen deze lacune te adresseren door onder toezicht staande ondernemingen en andere *stakeholders* te betrekken bij het creëren en evalueren van dergelijke buitenwettelijke toezichthoudernormen. De gedachte hierachter kan zijn dat de Regisseur het maatschappelijk draagvlak van deze normen kan vergroten door te luisteren naar maatschappelijke opvattingen over wat een adequate buitenwettelijke norm zou zijn, en recht te doen aan deze inbreng bij het opstellen of aanpassen van deze normen.<sup>49</sup> Maar het is niet evident dat het onderliggende issue hiermee is geadresseerd. Immers, hoezo is het aan de toezichthouder om te bepalen welk *stakeholder*-opvatting hij laat meewegen?

De essentie van dergelijke spanningsvelden lijkt derhalve te zijn dat de Regisseur nooit vanzelfsprekend draagvlak heeft voor zijn toezicht, waardoor de legitimiteit hiervan doorlopend onder druk staat. Dit uit zich in de specifiekere verschijningsvormen van dit spanningsveld zoals geïllustreerd door de citaten, namelijk het kwetsbare draagvlak voor zijn taakopvatting, voor zijn interventies, en voor de buitenwettelijke normen die hij hanteert.

## Nadere analyse

Toezichthouders blijken uiteenlopende spanningsvelden te ondervinden, zoals geïllustreerd door voorgaande citaten.<sup>50</sup> In dit licht kiezen zij in de praktijk noodgedwongen een positie (in dit artikel aangeduid als 'taakopvatting'). Alle geïnterviewde toezichthouders tonen zich hierbij reflectief, in de zin dat zij niet zijn te aan te merken als een legalistische Handhaver: allen ervaren bijvoorbeeld een zekere verantwoordelijkheid in het licht van schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag, wat soms ook leidt tot buitenwettelijk toezicht (interventies richting deze ondernemingen). De bevindingen geven aanleiding tot de volgende reflecties.

Elke taakopvatting van een toezichthouder, smal dan wel breed, brengt spanningsvelden met zich.<sup>51</sup> Dit beperkt zich ook niet tot één taakopvatting: elke toezichthouder heeft bijvoorbeeld een potentiële legitimiteitsuitdaging, en een Regisseur kan in beginsel tegen alle genoemde dilemma's aanlopen. De positionering van toezichthouders laat zich dan ook eerder omschrijven als een fluïde balanceract dan als een statische keuze voor één taakopvatting.

Niettemin is in de interviewcitaten een rode draad zichtbaar. Hieruit blijkt immers dat veel van de aangeduide afwegingen een uitvloeisel zijn van de eisen

48 Zie bijvoorbeeld Ottow & De Cock Buning 2013.

49 Zie over het bevorderen van legitimiteit door recht te doen aan de inbreng van betrokkenen bijvoorbeeld T.R. Tyler, *The Psychology of Legitimacy: A Relational Perspective on Voluntary Deference to Authorities*, *Personality and Social Psychology Review* 1997-4, p. 323-345.

50 Het beperkte aantal interviews en de open opzet hiervan brengen met zich dat aan de transcripten geen kwantitatieve uitspraken moeten worden ontleend.

51 Zie in dit kader bijvoorbeeld G. de Graaf, L. Huberts & R. Smulders, *Coping with public value conflicts*, *Administration and Society*, April 29, 2014, voor een studie over hoe overheidsfunctionarissen omgaan met waardeconflicten.



die zowel toezichthouders als hun *stakeholders* stellen aan de *effectiviteit* van toezichtinterventies; tegelijk is niet eenduidig wat in deze context te verstaan is onder 'effectief', aangezien dit afhankelijk is van het doel en dus van de gehanteerde opvatting over waar de toezichthouder zich op moet richten. Aan veel van deze afwegingen ligt tevens de behoefte ten grondslag om de *legitimiteit* van toezichtinterventies te bevorderen; tegelijk heeft ook dit begrip meerdere kleurschakeringen (juridisch, politiek, maatschappelijk).

Het gelijktijdig streven naar effectiviteit en legitimiteit<sup>52</sup> zorgt ook voor additionele complexiteit, zowel in de afwegingen van toezichthouders omtrent reflectief en buitenwettelijk toezicht, als in de communicatie daarover met hun *stakeholders*. Bijvoorbeeld: de 'informele' druk die toezichthouders kunnen uitoefenen met een buitenwettelijke toezichtinterventie kan deze interventie effectief maken, maar afbreuk doen aan de legitimiteit van het toezicht omdat deze druk wordt gezien als machtsmisbruik.<sup>53</sup> Maar tegelijk kan de effectiviteit van buitenwettelijk toezicht ook positief bijdragen aan de legitimiteit van het toezicht, met name op de lange termijn. Immers, als de toezichthouder met die informele druk maatschappelijke schandalen weet te voorkomen door schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag tegen te gaan, verkleint dit de kans dat hij tekortschiet in de ogen van zijn politieke stakeholders, zoals de ILT momenteel in het kader van de Fyra-affaire. Immers, politieke kritiek op toezichthouders lijkt bij uitstek pregnant na in het oog springende maatschappelijke schandalen.<sup>54</sup>

Aan de hiervoor aangeduide rode draad kan de constatering worden verbonden dat in de verhouding tussen reflectieve toezichthouders (Vertegenwoordigers, Bemiddelaars en Regisseurs) met hun *stakeholders*<sup>55</sup> een specifieke wederzijdse afhankelijkheid schuilt, die niet inherent is aan de verhouding tussen Handhavers en hun *stakeholders*. Immers, de taakopvatting van reflectieve toezichthouders impliceert enerzijds dat zij voor hun effectiviteit en legitimiteit afhankelijk zijn van onder toezicht staande ondernemingen en andere *stakeholders*. Dit wordt scherp zichtbaar wanneer toezichthouders buitenwettelijke toezichtinterventies hanteren, aangezien de toezichtregelgeving ondernemingen in deze context niet verplicht en de toezichthouder dus afhankelijk is van vrijwillige medewerking. Deze afhankelijkheid brengt met zich dat deze toezichthouders moeten investeren in hun draagvlak bij *stakeholders*, om de legitimiteit van hun taakopvatting veilig te stellen en daarmee op de lange termijn ook de effectiviteit van hun inter-

52 Een vergelijkbare tweedeling is bijvoorbeeld te vinden in G. de Graaf & Z. van der Wal, Managing conflicting public values: governing with integrity and effectiveness, *The American Review of Public Administration*, November 2010, 40, p. 623-630, waarin ten aanzien van het omgaan met spanningen tussen publieke waarden onderscheid wordt gemaakt tussen 'governing well' en 'governing good'.

53 Zie hiervoor, bij de kenmerkende spanningsvelden van de Vertegenwoordiger.

54 Trappenburg & Schiffelers 2012. Zie over de 'risicoregreflex' in de Nederlandse context WRR 2011, p. 21. De WRR wijst er wel op dat er gebrek aan empirisch bewijs is over de mate waarin deze reflex zich in de Nederlandse context voordoet (WRR 2011, p. 23).

55 Onder toezicht staande ondernemingen, de wetgever, en andere stakeholders.

Aute Kasdorp

venties.<sup>56</sup> Anderzijds kunnen ondernemingen evenzo afhankelijk zijn van draagvlak van hun toezichthouders, ook als zij zich aan de wet houden en dus juridisch ‘niets te vrezen’ hebben: Gunningham e.a.<sup>57</sup> laten bijvoorbeeld zien hoe ondernemingen zich ‘voorbij de wettelijke eisen’ maatschappelijk verantwoord gedragen, als zij dit nodig achten om recht te doen aan verwachtingen van hun maatschappelijke *stakeholders* (waaronder toezichthouders) en daarmee hun sociale *licence to operate* veilig te stellen.

Deze wederzijdse afhankelijkheid maakt derhalve dat reflectieve toezichthouders en dergelijke ondernemingen – dan wel hun brancheverenigingen – er allebei inherent belang bij hebben om expliciet te communiceren over hun doelstellingen, de daaruit volgende afwegingen, en hun daaruit volgende acties. Maar ook ondernemingen die niet geïnteresseerd zijn in hun maatschappelijk draagvlak kunnen profiteren van een dergelijke dialoog, al is het maar omdat dit helpt de taakopvatting van de toezichthouder beter te begrijpen, en de daaruit volgende acties dus beter te duiden of erop te anticiperen.

## Afsluiting

Dit artikel verschaft toezichthouders en hun *stakeholders* inzicht in door toezichthouders ervaren spanningsvelden en hun bijbehorende afwegingen, mede opgeroepen door het gat tussen regels en maatschappelijke risico's. Deze spanningsvelden worden geduid in een kader<sup>58</sup> van vier ideaaltypische taakopvattingen van toezichthouders in het licht van schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag. Hiermee biedt dit artikel toezichthouders en hun *stakeholders* een vertrekpunt voor systematische reflectie en dialoog,<sup>59</sup> waarmee zij de discrepantie kunnen verkleinen tussen wat toezichthouders doen en wat de samenleving van hen verwacht.

Ik wijs er wel op dat dit vertrekpunt incompleet is. Ten eerste kunnen het overzicht van spanningsvelden en het onderliggende referentiekader altijd worden uitgebreid. Bijvoorbeeld: een additioneel dilemma voor een Regisseur is dat hij weliswaar kan bijdragen aan het oplossen van een maatschappelijk probleem, maar dat zijn probleemoplossende houding ook met zich kan brengen dat hij verantwoordelijkheid voor dit probleem op zich laadt, zowel in eigen ogen als in de ogen van stakeholders. Ten tweede, dit artikel beperkt zich tot het gezichtspunt

56 Zie in dit verband de paragraaf ‘Een kenmerkend spanningsveld voor de Regisseur: draagvlak van toezicht is kwetsbaar’. Dit kan overigens worden gezien als een van de afhankelijkheden die voeding geven aan het risico op *regulatory capture*; zie in dit verband bijvoorbeeld C. Braun, *Living Apart Together: Over de verhouding tussen toezichthouders en maatschappelijke stakeholders*, TvT 2015, nr. 2, p. 22-28.

57 N. Gunningham, R.A. Kagan & D. Thornton, *Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance*, Law & Social Inquiry 2004-2, p. 307-341.

58 Ontleend aan Kasdorp (EJRR 2016).

59 Een schematisch overzicht van deze taakopvattingen en spanningsvelden is hiertoe te vinden op <<http://ssrn.com/abstract=2729340>>.

van de toezichthouder,<sup>60</sup> terwijl een vruchtbare dialoog vereist dat recht wordt gedaan aan de gezichtspunten van alle deelnemers. Welke dilemma's ondervindt een onderneming bijvoorbeeld in de praktijk, als een toezichthouder haar confronteert met buitenwettelijk toezicht? En ten derde, wetenschappelijk valt er nog veel te winnen. De veertien open interviews waarop dit artikel is gebaseerd laten bijvoorbeeld zien dat buitenwettelijk toezicht zich voordoet en hebben illustratieve zeggingskracht, maar lenen zich niet voor generaliserende uitspraken. Voor de hand liggende empirische vragen zijn vooralsnog onbeantwoord, zoals welke taakopvattingen veel voorkomen bij toezichthoudende organisaties dan wel hun medewerkers of, meer specifiek, in welke mate buitenwettelijk toezicht zich voordoet en welke omstandigheden daartoe aanleiding geven. Daarnaast zijn uiteraard normatieve vragen over de wenselijkheid van buitenwettelijk toezicht van belang.

Een meer beleidsmatige vraag die zich opdringt, is hoe te bepalen welke taakopvatting optimaal is voor een toezichthouder. Elke taakopvatting brengt spanningsvelden met zich, dus er lijkt op voorhand geen reden om aan te nemen dat één type taakopvatting inherent beter is dan de alternatieven. Dit impliceert evenwel niet dat het een arbitraire keuze is. Afhankelijk van de positionering van een toezichthouder op de schaal van smalle naar brede taakopvattingen dringt het ene spanningsveld zich wel meer op dan het andere. Het lijkt daarbij aanneemelijk dat het mede van de context van een specifiek toezichtregime afhangt, welke taakopvatting optimaal is. Er is echter weinig onderzoek waaruit valt af te leiden welke contextafwegingen pleiten voor welke taakopvatting.

De in de vorige paragraaf benadrukte noodzaak tot effectiviteit en legitimiteit biedt hierbij mogelijk een vertrekpunt. Bijvoorbeeld, in termen van *effectiviteit*: een toezichtdomein dat, als gevolg van technologische ontwikkelingen, onderhevig is aan snel opkomende, nieuwe maatschappelijke risico's vergt voor het effectief mitigeren van deze risico's mogelijk een bredere taakopvatting, dan een meer stabiel toezichtdomein; een sector met veel zelfregulering biedt toezichthouders mogelijk meer gelegenheid hierbij aan te grijpen; een land waar maatschappelijke *stakeholders* veel vertrouwen stellen in de overheid biedt mogelijk meer draagvlak voor buitenwettelijk toezicht; een doelgroep van ondernemingen die gevoelig zijn voor sociale en normatieve motivatie biedt mogelijk ook meer aangrijpingspunten voor effectief buitenwettelijk toezicht.<sup>61</sup>

Op vergelijkbare wijze kunnen contextafwegingen over *legitimiteit* variëren per toezichtregime. Mogelijk vindt een als zelfstandig bestuursorgaan 'op afstand gezette' toezichthouder eerder draagvlak voor een ruime taakopvatting dan een inspectie die wordt gezien als verlengstuk van het beleidsmatig verantwoordelijke ministerie. Ook is bij een nieuw toezichtregime<sup>62</sup> denkbaar dat de toezichthouder

60 Een hiermee samenhangende beperking is nog dat, zoals benadrukt in de inleiding, de visie van de geïnterviewde medewerkers niet zonder meer kan worden geïdentificeerd met die van hun organisatie.

61 Vergelijk ook respectievelijk de categorieën 'object, norm, motivering, methode' in de typologie van Kasdorp (EJRR 2016).

62 Dit kan een nieuwe toezichthouder betreffen, of een nieuwe wettelijke taak die is toegekend aan een gevestigde toezichthouder.

Aute Kasdorp

eerst op zijn ‘kerntaak’ gezag moet verwerven via doortastende handhaving, voordat hij draagvlak heeft voor buitenwettelijk toezicht; bij een gevestigde toezichthouder zijn toezichtschandalen uit het verleden en de daarop gebaseerde beelden en verwachtingen mogelijk mede bepalend voor een optimale taakopvattingkeuze, zoals in het geval van de ILT.

De laatstgenoemde voorbeelden illustreren dat een dialoog tussen een toezichthouder en zijn *stakeholders* over taakopvatting en daarmee samenhangende spanningsvelden niet eenmalig moet zijn: verwachtingen verschuiven naar verloop van tijd. Toezichthouders zijn dan ook gedoemd om niet één keer, maar doorlopend te laveren tussen Scylla en Charybdis. Alleen constante stuurmanskunst kan daarbij voorkomen dat kameraden sneuvelen – maar hopelijk kan dit artikel wat ijkpunten voor de navigatiekaart aanreiken.

### Overzicht van interviews

Toezichthouder/Inspectie	Functie gesprekspartner(s)
Autoriteit Financiële Markten	Manager
Inspectie voor het Onderwijs	Coördinerend inspecteur
Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit	Specialistisch adviseur
Inspectie voor de Gezondheidszorg	1 Coördinerend senior inspecteur 2 Senior inspecteur
Rijkswaterstaat	1 Adviseur/inspecteur 2 Adviseur
Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid	Manager
Staatstoezicht op de Mijnen	Afdelingshoofd
Agentschap Telecom	Senior beleidsadviseur
Autoriteit Consument en Markt	Manager
Inspectie Leefomgeving en Transport	Afdelingshoofd
Inspectie Veiligheid en Justitie	Afdelingshoofd
College Bescherming Persoonsgegevens	Afdelingshoofd
Inspectie Jeugdzorg	Manager
Nederlandse Emissieautoriteit	Manager