

Interne onafhankelijkheid binnen de boezem van toezichthoudende organisaties

Over de positie van bestuurders bij het nemen van boetebesluiten

E.J. Daalder

1 Inleiding

Bij toezichthouders en onafhankelijkheid wordt meestal gedacht aan de noodzaak dat een toezichthouder voldoende onafhankelijk is van degenen op wie het toezicht wordt uitgeoefend. Daarnaast vloeit uit Europese regelgeving als regel voort dat een toezichthouder ook onafhankelijk ten opzicht van de politiek moet zijn.¹ In het spraakgebruik wordt met ‘toezichthouder’ meestal bedoeld op de organisatie, die het toezicht uitoefent (NMa, Onderwijsinspectie, NZA, VWA) dan wel het bestuur van een dergelijke organisatie en niet op de persoon die in de praktijk het toezicht daadwerkelijk verricht.

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) omschrijft een toezichthouder echter als ‘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’ (art. 5:11 Awb). De wet gaat er daarmee van uit dat het *feitelijke* toezicht wordt uitgeoefend door daartoe door de wet aangewezen *personen*. Soms vloeit uit de wet voort dat een bepaalde functionaris toezichthouder is. In andere gevallen bestaat er voor de minister of het bestuur van de toezichthoudende organisatie de mogelijkheid om functionarissen of personen als toezichthouder aan te wijzen. Alleen zij die bij of krachtens de wet als toezichthouder zijn aangewezen kunnen gebruik maken van de bevoegdheden die de wet hun toekent. Personen die als toezichthouder zijn aangewezen, zijn werkzaam bij de toezichthoudende organisatie, waar zij in dienst zijn. Een toezichthoudende organisatie wordt weer door een of meer bestuurders bestuurd en aangestuurd. Soms is dat een college, waarin een wettelijk voorgeschreven aantal personen lid van is. Het kan ook voorkomen dat slechts een persoon aan het hoofd van de organisatie staat. Dat laatste doet zich bijvoorbeeld voor bij organen van de rijksoverheid, zoals de onderwijsinspectie, die onder leiding van een hoofdinspecteur of inspecteur-generaal staan. Tegelijkertijd kent iedere organisatie zijn eigen toezichthouders. De bestuurder van de organisatie (bijv. de raad van bestuur van de NMa) is juridisch en bestuurlijk verantwoordelijk voor het handelen van de individuele toezichthouder. Tegelijkertijd vloeit uit de wet voor de individuele toezichthouder soms een onafhankelijke positie voort.

1 Zie daarvoor de bijdrage van Annetje Ottow en Saskia Lavrijssen elders in dit nummer.

E.J. Daalder

In deze bijdrage wil ik stilstaan bij wat ik zal aanduiden als de *interne onafhankelijkheid* van de persoon die als toezichthouder optreedt ten opzichte van het (bestuur van het) bestuursorgaan waarvoor hij werkzaam is. Ik beperk mij daarbij tot de bestuurlijke boete. Een bestuurlijke boete is een bestraffende sanctie. Voor bestraffende sancties kent de Awb een aantal extra waarborgen die voor andere sancties, zoals de last onder dwangsom niet gelden. Dat vloeit mede voort uit het feit dat bij het opleggen van een bestraffende sanctie de eisen, die artikel 6 EVRM, waarin het *fair trial*-beginsel is neergelegd, aan strafrechtelijke sancties stelt, ook voor de overheid gelden. Een last onder dwangsom is een herstelsanctie. Op dergelijke sancties ziet artikel 6 EVRM niet.²

2 Wettelijke context

De Awb kent op verschillende plaatsen bepalingen die borgen dat bij een bestuursorgaan werkzame personen hun taak zonder vooringenomenheid vervullen. Artikel 2:4 lid 2 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan ervoor waakt dat 'tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen' zich door een persoonlijk belang laten leiden. Op bestuurlijk niveau betekent dit dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en de besluitvorming als zijn belang daarbij persoonlijk betrokken is of kan zijn. Deze hoofdregel wordt vaak door middel van nadere wettelijke regelingen³ en/of gedragscodes geconcretiseerd. Voor het behandelen van bezwaarschriften, waarbij een heroverweging van het oorspronkelijke besluit moet plaatsvinden, geldt dat het horen van een bezwaarmaker niet gebeurt door een persoon die bij de voorbereiding van het besluit betrokken is geweest of in ieder geval plaatsvindt door een meerderheid van personen, die niet bij de voorbereiding van het besluit betrokken zijn geweest (art. 7:5 lid 1 Awb). Zo is in ieder geval de onafhankelijkheid bij het horen op ambtelijk niveau gewaarborgd. Dit voorschrift geldt blijkens de tekst van artikel 7:5 lid 1, aanhef, niet voor het horen 'door of mede door het bestuursorgaan zelf of een lid ervan'. Het gaat dus om een voorschrift dat zich uitsluitend tot de medewerkers van het bestuursorgaan richt en niet tot het bestuur of individuele bestuurders van het bestuursorgaan.

In sommige wetten was voorheen voorzien in een functiescheiding tussen degenen die toezichtshandelingen verrichten en zij die bevoegd zijn tot het opleggen van een boete.⁴ Sinds 1 juli 2009, toen de vierde tranche van de Awb met onder meer regels over voorbereiding van een bestuurlijke boete in werking traden, bevat de Awb een algemene regel, die voorziet in een vorm van functiescheiding tussen degene die als toezichthouder een boeterapport heeft opgesteld en de persoon die bij wege van mandaat namens het bestuursorgaan besluit tot het opleg-

2 ABRvS 28 oktober 2009, JB 2009/268 m.nt. Albers. In een enkel geval worden in een bijzondere wet regels voor het opleggen van bestuurlijke boetes gegeven, die ook voor een last onder dwangsom gelden. Zie bijv. art. 54a Mededingingswet.

3 Zie bijv. art. 41b en 41c jo. art. 15 Gemeentewet, waar hierover voor wethouders precieze regels worden gegeven.

4 Zoals in art. 10:5 Arbeidstijdenwet; vgl. ABRvS 11 maart 2009, AB 2010, 78 m.nt. Jansen.

gen van een bestuurlijke boete (art. 10:3 lid 4 Awb). Het artikel bepaalt dat mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet wordt verleend aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt. Voor boetes lager dan € 340 geldt dit niet. Het artikel is niet van toepassing op bestuurders. Dat volgt enerzijds uit het feit dat een bestuursorgaan zelf ook een rapport mag opmaken (art. 5:48 lid 1 Awb). Anderzijds vloeit uit artikel 5:48 lid 1 Awb voort dat rapporten door een toezichthouder kunnen worden opgemaakt. Bestuurders zijn zelden of nooit als toezichthouder aangewezen. Daarom is niet aannemelijk dat de wetgever met artikel 10:3 lid 4 Awb ook bestuurders van het bestuursorgaan dat mandaat verleent, voor ogen heeft gestaan.

In enkele gevallen is de oude regeling blijven bestaan. Zo bepaalt artikel 54a Mededingingswet dat werkzaamheden in verband met het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom⁵ worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek. Anderzijds zegt artikel 59 lid 1 Mededingingswet dat de raad van bestuur van de NMa in geval van een redelijk vermoeden van schuld aan een overtreding, een rapport 'doet opmaken'. Dat lijkt erop te wijzen dat artikel 54a niet voor leden van de raad van bestuur van de NMa geldt. Om een redelijk vermoeden van schuld te kunnen vaststellen en daarover een oordeel te geven veronderstelt immers een betrokkenheid van de raad van bestuur. De Awb schrijft geen *chinese walls* of afzonderlijke afdelingen binnen een bestuursorgaan voor.⁶ Het mandaatverbod beperkt zich tot degene die het boeterapport heeft opgesteld. Wel ligt het voor de hand aan te nemen dat de wet zich ook verzet tegen het bij wege van mandaat opleggen van een bestuurlijke boete door een medewerker van het bestuursorgaan die weliswaar het boeterapport niet heeft opgesteld, maar wel bij de voorbereiding daarvan betrokken is geweest. Bij grotere onderzoeken is het gebruikelijk dat medewerkers in teams onderzoek doen. Het rapport vormt dan de weerslag van het onderzoek van het hele team en het ligt dan niet voor de hand dat een lid van het team vervolgens met een andere pet op bij wege van mandaat een beslissing over het boetebesluit neemt.

3 De rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven

De regeling in de Awb over de wijze waarop boetebesluiten moeten worden voorbereid of genomen is helder. Wel is het nog de vraag of en zo ja in hoeverre de regels ook gelden voor de bestuurders van de toezichthoudende organisaties. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft over een voorganger van artikel 10:3 lid 4 Awb – artikel 48l Wet toezicht effectenverkeer (oud) – daarover een richtinggevende uitspraak gedaan.⁷ In de verschillende oude financiële toezichts-

5 Het opleggen van een last onder dwangsom is geen bestraffende sanctie maar een herstelsanctie. De regels die gelden voor (het voorbereiden en het opleggen van) een bestuurlijke boete gelden daarvoor niet. Vgl. CbB 22 maart 2011, LJN BP9342. Om die reden blijft de last onder dwangsom in dit artikel buiten beschouwing.

6 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 153-154.

7 CbB 9 februari 2006, AB 2006, 292 met uitvoerige noot Jansen.

E.J. Daalder

wetten, die inmiddels zijn vervangen door de Wet financieel toezicht, was bepaald dat werkzaamheden in verband met het opleggen van een bestuurlijke boete niet mochten worden verricht door personen die betrokken waren geweest bij het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek. De zaak betrof een door de AFM aan Fortis Bank opgelegde boete. Fortis Bank stelde zich op het standpunt dat een bestuurslid van de AFM zowel bij het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek als de beslissing van de AFM tot het opleggen van de boete nauw betrokken was geweest. Het niet in acht nemen van de eis van functiescheiding zou, zo stelde Fortis Bank, tot vernietiging van het boetebesluit moeten leiden. Het CBB was het met Fortis Bank eens en herriep het boetebesluit. De belangrijkste overwegingen waren de volgende:

‘Het College stelt vast dat noch in de tekst van artikel 48l Wte, noch in hetgeen met betrekking tot de hierbij beoogde functiescheiding – hierna: functiescheidingseis – in het kader van de totstandkomingsgeschiedenis van dat artikel is opgemerkt enig aanknopingspunt te vinden is voor de juistheid van de stelling van AFM dat de opdracht tot functiescheiding zich niet zou richten tot leden van de raad van bestuur. Deze stelling kan dan ook niet als juist kan worden aanvaard.

(...) AFM heeft terecht betoogd dat zij een bestuursorgaan is en als zodanig een wezenlijk andere functie heeft dan een rechter. Naar het oordeel van het College neemt dit echter niet weg dat de wetgever kennelijk voor ogen heeft gestaan dat de beslissing met betrekking tot het – al dan niet – opleggen van een boete objectief en onbevooroordeeld dient plaats te vinden en dat de besluitvorming in dit opzicht te vergelijken is met de beoordeling door een rechter. Appellante heeft er in dit verband terecht op gewezen dat het in een geval als het onderhavige gaat om een bevoegdheid van een bestuursorgaan om op bindende wijze een sanctie op te leggen, terwijl dat bestuursorgaan tevens bevoegd is die sanctie, ongeacht of daartegen een rechtsmiddel wordt aangewend, openbaar te maken (artikel 48m Wte) en dat ook uit dien hoofde, zoals blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet IDBB, van belang is dat – zelfs ex ante – verzekerd is dat op juiste wijze aan de functiescheidingseis wordt voldaan.

Het vorenstaande doet er niet aan af dat de uiteindelijke beslissing of al dan niet sprake is van een overtreding en, indien deze wordt vastgesteld, of terzake al dan niet een bestuurlijke boete wordt opgelegd, de bevoegdheid is van de raad van bestuur.

Het bijeenkomen van deze twee vragen staat immers op zich niet in de weg aan een objectieve en onbevooroordeelde besluitvorming in de raad van bestuur. Dit is evenwel anders indien en voorzover individuele leden van de raad van bestuur zodanig intensief bij het onderzoek betrokken zijn geweest dat niet kan worden uitgesloten dat deze betrokkenheid het betreffende lid of die leden van de raad van bestuur zou kunnen belemmeren in het onderkennen van alternatieve duidingen van of lacunes in het feitensubstraat. Van zodanig intensieve betrokkenheid die aan een objectieve en onbevooroordeelde beoordeling van de onderzoeksresultaten in de weg zou kunnen staan,

zal in de regel geen sprake zijn indien de bemoeienis betreft het geven van een opdracht tot het doen van onderzoek, het geven van algemene aanwijzingen en het verifiëren van de naleving van deze aanwijzingen alsmede van de voortgang van het onderzoek.’

In een latere uitspraak spreekt het CBb van een *functiescheidingseis*.⁸ Hieruit volgt dat een lid van het bestuur van een toezichthoudende organisatie zich dient te beperken tot het geven van een opdracht tot onderzoek en van algemene aanwijzingen. Verder mag het betrokken bestuurslid de naleving van de aanwijzingen controleren en zich op de hoogte stellen van de voortgang van het onderzoek. Men zou kunnen zeggen: om uiteindelijk nog een besluit over een op te leggen boete te mogen nemen moet een bestuurslid zich slechts in formele en algemene zin met de voortgang en inhoud van een onderzoek bezig houden, op straffe van het niet kunnen deelnemen aan de beraadslaging binnen het bestuursorgaan. Doet het betrokken bestuurslid dit wel dan werkt het gebrek aan objectiviteit door naar het besluit van het bestuursorgaan zelf.

4 De gevolgen van deze uitspraak voor de praktijk

Is de uitspraak van het CBb nog van toepassing na de inwerkingtreding van de Vierde Tranche?

De eerste vraag is of deze uitspraak nog betekenis heeft voor het huidige recht. Voor de beantwoording van deze vraag zal steeds moeten worden bezien of voor het voorbereiden en opleggen van een bestuurlijke boete specifieke regels gelden. Dat is, zoals hiervoor aangegeven, bijvoorbeeld het geval bij het opleggen van boetes door de raad van bestuur van de NMa. Zo niet, dan gelden de algemene regels van de Awb. Het oude artikel 48l Wte, dat aanvankelijk was overgenomen in de Wft, maar met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Awb op 1 juli 2009 is komen te vervallen, is anders geformuleerd dan artikel 10:3 lid 4 Awb. De Awb bevat alleen een bepaling over het door een bestuursorgaan geven van *mandaat* om een boetebesluit namens het bestuursorgaan te nemen. In geval van mandaat beslist degene aan wie mandaat is verleend namens het bestuursorgaan. Als regel betekent dit dat beraadslaging en in ieder geval het nemen van een formele beslissing door (het bestuur van) het bestuursorgaan achterwege blijft. Het artikel staat er dan ook naar de letter niet aan in de weg dat een bestuurslid dat bij het onderzoek betrokken is geweest, meepraat over de vraag of al dan niet een boete moet worden opgelegd en ook deelneemt aan de besluitvorming daarover. Verder voorziet de Awb in artikel 5:48 lid 1 in een uitdrukkelijke bevoegdheid voor het bestuursorgaan om zelf een boeterapport op te stellen. Ten slotte komt het in de praktijk ook voor dat het bestuur van een toezichthoudende organisatie een van zijn leden mandateert om namens het bestuursorgaan en boetebesluit te nemen. In de literatuur wordt aangenomen dat het in dat geval niet gaat om een mandaat in de zin van artikel 10:1 lid 1 Awb, maar om wat zou kunnen worden

8 CBb 6 november 2009, AB 2010, 215.

E.J. Daalder

genoemd een politiek-bestuurlijk mandaat.⁹ Er zijn dus goede argumenten om te betogen dat de uitspraak van het CBb achterhaald is, althans niet kan worden toegepast op gevallen waar de voorbereiding van boetebesluiten door de Awb wordt geregeld.

Praktische gevolgen: scheiding tussen onderzoekers en beslissers

Tegelijkertijd lijkt bij veel toezichthouders de schrik in de benen te zitten. Als de rechter uiteindelijk van oordeel is dat een (of meer) bestuursleden in de onderzoeksfase te zeer betrokken zijn geweest, loopt het bestuursorgaan het risico dat het besluit wordt vernietigd en sanctionering van de overtreding achterwege moet blijven. In grotere of belangrijke onderzoeken kiezen toezichthoudende organisaties er voor om – in ieder geval voor de zekerheid – een vorm van *chinese walls* tussen een of meer bestuursleden en de andere leden van het bestuur aan te houden. Dat lijkt in ieder geval het belang van collegiaal bestuur geweld aan te doen. Daarbij speelt dat de wet of reglementen vaak regels geven over de wijze waarop binnen een bestuursorgaan tot besluitvorming moet worden gekomen.¹⁰ Bij kleine colleges kan dat tot problemen leiden, bijvoorbeeld bij ontstentenis van een bestuurder. Als dan ook een bestuurder te zeer bij het onderzoek betrokken is, blijft er binnen het college weinig ruimte meer over voor collegiale besluitvorming. Verder wordt ook binnen de juridische afdelingen van bestuursorganen, aan wie de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes is geattribueerd wel een scheiding aangebracht of wordt er voor gekozen het rapport op te stellen zonder juristen van de afdeling juridische zaken/juridische dienst. De beslissing wordt dan vervolgens voorbereid door juristen van de juridische afdeling. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de AFM en de NMa. Bij de NMa worden traditioneel scherpe scheidingen tussen onderzoek en besluitvorming aangehouden. Daarmee wordt voorzien in interne *checks and balances*.¹¹ Bij de NMa is deze scheiding ook van toepassing op de procedure die voorafgaat aan het opleggen van een last onder dwangsom. Dat heeft het voordeel dat een onafhankelijke interne beoordeling van het rapport plaatsvindt. Tegelijkertijd creëert dit een virtuele afstand tussen medewerkers van een bestuursorgaan. Dat leidt in ieder geval bij wat kleinere toezichthoudende organisaties tot ingewikkelde constructies, zeker als wordt bedacht dat in de op het boetebesluit volgende bezwaarfase beperkingen gelden voor degenen die met het horen en voorbereiden van de beslissing op bezwaar zijn belast. Praktisch heeft het ook het nadeel dat degenen die belast zijn met de voorbereiding van het boetebesluit, zich moeten onthouden van iedere vorm van nader onderzoek. Wanneer het boeterapport onduidelijkheden bevat of door de belanghebbende in zijn zienswijze op inhoudelijke gronden wordt betwist, staat het de betrokken medewerkers niet vrij om zelf nadere informatie te vragen. Ieder nader onderzoek gericht op het feitelijk vaststellen van de overtreding zal

9 T&C Awb (Van Buuren), aantekening 3 op art. 10:4 Awb.

10 Zie bijv. het Bestuursreglement NMa (Stcrt. 2005, 126; www.nmanet.nl).

11 Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 6, p. 10.

door de toezichthouders moeten worden uitgevoerd. Gebeurt dit niet, dan volgt vernietiging van het boetebesluit.¹²

Verhouding tot bestuurlijke en politieke verantwoordelijkheden

Los van deze meer praktische gevolgen van de uitspraak is het de vraag hoe de uitspraak zich verhoudt tot een juridische en bestuurlijke verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan. Aan personen die als toezichthouder zijn aangewezen komen soms vergaande bevoegdheden toe. Zo mogen zij niet alleen de mogelijke overtreder of onder toezicht staande persoon of onderneming, maar ook iedere derde om de inlichtingen vragen die zij redelijkerwijs noodzakelijk achten voor hun onderzoek (art. 5:16 Awb). Toezichthouders kunnen zo nodig met behulp van de sterke arm alle plaatsen, behalve woningen, betreden (art. 5:15 Awb) en zijn bevoegd inzage te vorderen in gegevens en bescheiden en daarvan kopieën te maken (art. 5:17 Awb). In dat kader kunnen zij bijvoorbeeld digitale kopieën van harde schijven maken en meenemen voor nader onderzoek.¹³ Anders dan in het strafrecht, waarbij veel van de opsporingsbevoegdheden van de politie zijn gebonden aan voorafgaande toestemming van de rechter-commissaris¹⁴ of de officier van justitie, voorziet de Awb niet in een voorafgaand toezicht van binnenuit. Tegen beslissingen tot het uitoefenen van toezichthoudende bevoegdheden bestaat, een enkel geval daargelaten,¹⁵ geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open: als regel zal het niet om een besluit gaan.¹⁶ Indien achteraf komt vast te staan dat een toezichthouder bij gebruikmaking van zijn bevoegdheden onrechtmatig heeft gehandeld, is het bestuursorgaan – of meer precies: het publiekrechtelijk lichaam waarvan het deel uitmaakt – aansprakelijk voor eventuele schade. Wanneer wordt besloten gebruik te maken van een ingrijpende bevoegdheid, ligt het voor de hand dat een indringende afweging van de voors en tegens plaatsvindt. Zo zal bij een bedrijfsbezoek aan een bekende onderneming – die in de pers zal worden aangeduid als een ‘inval’ van de toezichthouder bij het betrokken bedrijf – de schade die het gevolg kan zijn van het onderzoek ter plaatse, moeten worden betrokken bij de beslissing het bedrijfsbezoek te gaan afleggen. Het ligt mijns inziens voor de hand dat die afweging dan mede op bestuurlijk niveau plaatsvindt. Het is echter niet uitgesloten dat een dergelijke betrokkenheid van het bestuur bij een beslissing al dan niet een bedrijfsbezoek te brengen vervolgens leidt tot diskwalificatie van het bestuur als zodanig. De oplossing zal in dat geval moeten zijn een bestuurslid bij de afweging van de vraag of al dan niet van een toezichthoudende bevoegdheid gebruikt zal worden gemaakt te betrekken en de andere bestuursleden daar buiten te houden. Dat zal soms tot

12 Zie bijv. Rb. Rotterdam 28 april 2009, LJN BI3337.

13 Zie bijv. Vzng. Rotterdam 20 april 2010, LJN BM4487.

14 De Mededingingswet voorziet in de mogelijkheid voor toezichthouders om woningen te betreden en te doorzoeken. Daarvoor is een machtiging van de rechter-commissaris nodig (art. 55a Mw).

15 Door middel van de Wet van 27 mei 2011, Stb. 2011, 265 is voorzien in een mogelijkheid voor belastingplichtigen om rechtsmiddelen aan te wenden tegen een verzoek van de Inspecteur om inlichtingen te verstrekken.

16 ABRvS 8 juli 2002, AB 2002, 430 en CbB 2 maart 1999, AB 1999, 168.

E.J. Daalder

ingewikkelde verhoudingen binnen het bestuur van de toezichthouder kunnen leiden.

Een ander aspect is de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor het handelen van de individuele toezichthouder. Aan die verantwoordelijkheid kan moeilijk invulling worden gegeven wanneer het bestuur zich niet met individuele zaken in de toezichtsfase zou mogen inlaten. Men zou kunnen zeggen dat ook in het geval van ministeriële verantwoordelijkheid voor een onafhankelijke toezichthoudende organisatie voor de minister niet de mogelijkheid bestaat zich met individuele zaken in te laten. Wel kent artikel 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen de mogelijkheid dat de minister beleidsregels met betrekking tot de taakuitoefening door een zelfstandig bestuursorgaan vaststelt. De minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie kan worden aangesproken op handelen of nalaten van bijvoorbeeld de OPTA of de NMa, zonder dat hij zich met individuele gevallen kan bemoeien. Hij kan bijvoorbeeld geen opdracht geven tot het instellen van een onderzoek of tot een bepaalde sanctie. De vergelijking met de ministeriële verantwoordelijkheid kan naar mijn mening niet goed worden gemaakt. Het belangrijkste verschil is dat in de relatie minister – toezichthoudende organisatie sprake is van een onafhankelijkheid, die alomvattend is. De individuele toezichthouder bij de toezichthoudende organisatie doet slechts onderzoek naar een mogelijke overtreding en maakt daarvan rapport op. Het is uiteindelijk het bestuur van de organisatie dat beslist of de conclusies in het rapport worden gevolgd en zo ja, of dat zich moet vertalen in het opleggen van een sanctie en zo ja, welke.

Welke afwegingen van de toezichthouder vergen mogelijk bestuurlijke aandacht?

In dit verband is het goed nader in te gaan op het soort vragen dat in het kader van een onderzoek naar mogelijke overtreding kan spelen. Ik noemde hiervoor al de vraag of het middel van een bedrijfsbezoek moet worden ingezet. Bestuurlijk relevant is ook de vraag hoe invulling moet worden gegeven aan het prioriteitsbeleid. Een bestuursorgaan mag bij handhaving prioriteiten stellen, zij het niet onbepaald.¹⁷ Juist prioriteitstelling vraagt een bestuurlijke afweging. Voor een bestuursorgaan moet ruimte bestaan om niettegenstaande een beleid in een concreet geval daarvan af te wijken als dat bestuurlijk gewenst is. Onder omstandigheden zal dat kunnen betekenen dat toezichthouders een opdracht krijgen een onderzoek naar een concrete overtreding in te stellen. Ondernemingen bewegen zich soms op het randje van wat nog wel of niet mag. In dat soort gevallen rijzen vragen of een bepaalde gedraging een overtreding is en zo ja hoe die kan worden gekwalificeerd. De kwalificatie kan relevant zijn voor de ernst van de overtreding en de daaraan verbonden hoogte van het boetebedrag. De wijze waarop een toezichthouder het onderzoek uitvoert, kan tot conflicten met degene die voorwerp van onderzoek is, leiden. Die laatste kan zich dan informeel of formeel bij het bestuursorgaan beklagen. In dat geval zal het bestuursorgaan zich inhoudelijk met het onderzoek moeten bemoeien. In de gevallen waarin de betrokken onderneming of instelling in rechte tegen onderzoekshandelingen opkomt, raakt dan ook onmiddellijk het bestuursorgaan zelf. Indien wordt opgekomen tegen een

17 CBB 20 augustus 2010, LJN BN4700, TvT 2010, afl. 4 m.nt. Daalder.

besluit is het bestuursorgaan degene die het besluit heeft genomen; in een civiele procedure vertegenwoordigt het bestuursorgaan de rechtspersoon waar het deel van uitmaakt. En ten slotte kan het van belang zijn dat binnen de organisatie wordt gezorgd voor tegenspraak. Er kan behoefte zijn die tegenspraak ook op het niveau van het bestuursorgaan te laten plaatsvinden.

De instructiebevoegdheid van artikel 10:22 Awb

De vraag kan worden gesteld naar de betekenis van artikel 10:22 Awb in dit verband. Dat artikel bevat een instructiebevoegdheid voor bestuursorganen aan personen die werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan en aan wie krachtens wettelijk voorschrift een bevoegdheid tot het nemen van besluiten is toegeëld. Artikel 10:23 Awb bepaalt dat artikel 10:22 Awb van overeenkomstige toepassing is op een bevoegdheid tot het verrichten van andere handelingen dan besluiten. Daaronder vallen ook handelingen van personen, die zijn aangewezen als toezichthouders.¹⁸ In artikel 10:22 lid 1 Awb wordt aan het bestuursorgaan de bevoegdheid gegeven om 'per geval of in het algemeen' instructies te geven. Door de woorden 'per geval' is de bevoegdheid vastgelegd tot het geven van bijzondere instructies.¹⁹ De bijzondere wet kan de bevoegdheid instructies te geven clausuleren of aan beperkingen verbinden. In de hiervoor geciteerde uitspraak van het CBb heeft het college aangegeven dat het geven van instructies zich zou moeten beperken tot 'algemene aanwijzingen of tot kennisname van rapportages over de voortgang van het onderzoek'.²⁰ Dat suggereert dat de aanwijzing niet concreet op de inhoud van het uit te voeren onderzoek mag zijn gericht. Voor een dergelijke beperking lijkt artikel 10:22 lid 1 Awb geen basis te bieden. Dat betekent naar mijn oordeel dat ook artikel 10:22 Awb niet aan betrokkenheid van (leden van) een bestuursorgaan bij een onderzoek verricht door een toezichthouder in de weg staat.

5 Conclusie

In deze bijdrage staat de functiescheidingseis centraal, die meebrengt dat degene die onderzoek naar een bestuursrechtelijk gesanctioneerde overtreding doet, niet dezelfde is die vervolgens over het opleggen van de bestuurlijke boete beslist. In een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven is beslist dat de eis ook voor bestuurders geldt. In de rechtspraak wordt tot dusverre onvoldoende onder ogen gezien, dat wettelijke regels voor de scheiding tussen degene die als toezichthouder onderzoek doet naar een overtreding en degene die vervolgens een bestuurlijke boete oplegt, zicht richten op medewerkers van het bestuursorgaan en niet op het bestuursorgaan zelf, als dat een persoon is, dan wel de personen die deel uitmaken van het bestuur van het bestuursorgaan. Handelingen

18 De memorie van toelichting noemt bijv. handelingen van de inspecteurs van de volksgezondheid die zij in het kader van het toezicht op de naleving van wetten verrichten (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 164).

19 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 162.

20 R.o. 4.6.

E.J. Daalder

van toezichthouders in de uitoefening van hun toezichthoudende taak worden toegerekend aan de rechtspersoon, waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt. (Bestuurders van) het bestuursorgaan (dragen) draagt als bestuurder verantwoordelijkheid voor dat handelen van toezichthouder. Zij kunnen die verantwoordelijkheid onvoldoende waarmaken als zij niet of te weinig inhoudelijk betrokken mogen zijn bij de voorfase van een onderzoek.

Dit alles brengt mij ertoe om te bepleiten dat de leden van het bestuur van een toezichthoudende organisatie, indien noodzakelijk, ook in de onderzoeksfase van een onderzoek naar de vraag of er sprake is van gedragingen, die zich als een overtreding laten kwalificeren, moeten kunnen worden betrokken bij een traject dat uiteindelijk kan leiden tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Voor bijzondere gevallen, waarbij sprake is van een zeer intensieve betrokkenheid, zou dan kunnen worden teruggevallen op artikel 2:4 Awb, dat bepaalt dat een bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid vervult. Mijns inziens zou dat beperkt moeten zijn tot de gevallen waarin het betrokken bestuurslid zich al zonder voorbehoud een oordeel heeft gevormd over de vraag of een overtreding is gepleegd en/of terzake van een overtreding een boete moet worden opgelegd. Het door het CBb aangehouden criterium (is het bestuurslid zodanig intensief bij het onderzoek betrokken geweest dat niet kan worden uitgesloten dat deze betrokkenheid hem zou kunnen belemmeren in het onderkennen van alternatieve duidingen van of lacunes in het feitensubstraat?) laat veel ruimte om een bestuurslid van verdere besluitvorming te diskwalificeren. De woorden 'niet kan worden uitgesloten' komen in feite neer op het vaststellen van toerekenbare schijn. En schijn is er, zo weten wij uit de uitspraak van de wrakingskamer in de zaak *Wilders*, al snel.