



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De communautarisering van toezicht en handhaving

Voermans, W.J.M.; Barkhuysen, T.; Ouden, W. den; Polak, J.E.M.

Citation

Voermans, W. J. M. (2005). De communautarisering van toezicht en handhaving. In T. Barkhuysen, W. den Ouden, & J. E. M. Polak (Eds.), *Recht realiseren; bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*. In: *Meijers-reeks, nr. 89* (pp. 69-87). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3711>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3711>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

6 De communautarisering van toezicht en handhaving

Wim Voermans[■]

1 DE HANDHAVINGS- EN TOEZICHTSMANTRA

Wetten en regels in een rechtsstaat dienen te worden gehandhaafd. Dat is een waarheid als een kudde koeien; een doodoener. Omdat wetgeving niet vaak en zeker niet door iedereen spontaan wordt nageleefd heeft de overheid een taak om als wetgever, bestuurder of rechter te bewerkstelligen dat recht neergelegd in wettelijke regels ook daadwerkelijk wordt verwezenlijkt. Niet handhaven legt namelijk de bijl aan de wortel aan het maatschappelijke basisakkoord dat we de rechtsstaat noemen. Afspraak nummer één van dat akkoord is de heerschappij van het recht. Niemand, noch overheid, noch burger, noch enige instelling kan zich daaraan onttrekken. Om vrij te kunnen samenleven moeten we daarvan op aan kunnen. Rechtsstatelijke samenlevingen en de daarmee verbonden economische stelsels zijn namelijk gebaseerd op vertrouwen; het vertrouwen dat de rechtsgenoten (inclusief de overheid) zich aan het recht, dat ze zelf in het leven hebben geroepen, houden. Valt dat vertrouwen weg dan stagneert er iets wezenlijks in een samenleving, niet alleen in het recht.

Onvoldoende handhaven is ook vanuit een meer praktisch perspectief onhandig. Als wetten en regels niet worden nageleefd (al dan niet vanwege een handhavingstekort) dan zijn ze letterlijk doelloos. Een afspraak die niet wordt nageleefd is als afspraak zinledig en ook het doel dat werd beoogd blijft buiten bereik.

Praten over handhaven begint dus met grote woorden. Daar is ook wel reden toe. De afgelopen jaren hebben we, mede naar aanleiding van het onderzoek dat de commissie- Michiels uitvoerde,¹ meer inzicht gekregen in handhavingstekorten die er vooral op het terrein van zgn. ordeningswetgeving bestaan.² Voor de regering is dat het signaal geweest om met groot materieel

■ Prof. dr. W.J.M. Voermans is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en hoogleraar-directeur van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Universiteit Leiden.

1 Commissie bestuurlijke en privaatrechtelijke handhaving (commissie-Michiels), *Handhaven op niveau*, Deventer 1998.

2 Volgens de commissie zijn de handhavingstekorten, die binnen verschillende beleidsterreinen verschillende oorzaken, verschijningsvormen en effecten kennen, niet allemaal even verontrustend, maar, zo oordeelt de commissie 'gezamenlijk vormen die tekorten toch een verontrustend gegeven'. Zie commissie-Michiels, *a.w.* 1998, p. 59.

uit te rukken. Vanaf 2000 wordt er een intensief handhaven-op-niveau-beleid gevoerd, dat bestaat uit een kabinetsstandpunt,³ een actieprogramma en een stuurgroep, alles erop gericht om via professionalisering van en betere samenwerking de handhaving van ordeningswetgeving te verbeteren.⁴ Die aanpak van de handhaving heeft in het kielzog ook een soort van toezichtrage ont-ketend. Toezicht wordt functioneel⁵ wel begrepen als:

- het verzamelen van informatie over de vraag of een bepaalde handeling voldoet aan bepaalde eisen,
- en het aan de hand van die informatie een oordeel vormen,
- en eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.⁶

Daarmee gaat toezicht (i.e. het verzamelen van informatie en beoordelen ervan) aan handhaven (i.e. de reactie op niet-naleving) vóóraf. Die verbondenheid van handhaving en toezicht verklaart voor een gedeelte ook waarom het toezicht meedeelt in populariteit: een rollende stroom rapporten, nota's, kaderstellende visies, en toezichtsarrangementen vormen de niet eens zo stille getuigen van een trend die er voor moet zorgen dat het driftig gezwaaide beleidszwaard scherp blijft.⁷

In deze bijdrage zal ik, toch ook wat aangestoken door de huidige mode, één aspect van het vraagstuk van handhaving en –toezicht van wettelijke regels nader onderzoeken. Ik zal mij de vraag stellen hoe de Nederlandse overheid, de wetgever voorop, tracht het toezicht op de naleving en de handhaving van Europese wetgeving te verzekeren en vervolgens proberen te bezien hoe zich dat verhoudt tot het algemene toezichts- en handhavingsbeleid in Nederland.

3 *Kamerstukken II 1999-2000, 26800 VI, nr. 67.*

4 Inclusief hippe website http://www.minjust.nl/a_beleid/handhaven/ (bezoekt op 21 januari 2005).

5 J. de Ridder heeft een theoretisch wat dieper stekend toezichtsbegrip. Hij verstaat onder toezicht: een gespecialiseerde vorm van sociale controle, als aanvulling op een primaire vorm van sociale ordening, gebaseerd op het formele vermogen van een daartoe aangewezen ambt – de toezichthouder – om te interveniëren in de beslissingen van anderen die primair verantwoordelijk zijn. Een probleem in De Ridders opvatting is, voorzover ik kan overzien, dat hij de interventie als wezenlijk onderdeel van het toezichtsbegrip ziet, terwijl er toezicht-houders zijn die niet kunnen interveniëren in de beslissingen van anderen (het zgn. signale-rende toezicht). De Algemene Rekenkamer is daar een voorbeeld van. J. de Ridder, *Een goede raad voor toezicht*, oratie RUG, den Haag 2004, p. 18.

6 Zie de 'Kaderstellende visie toezicht' uit 2001, *Kamerstukken II 2000-2001, 27 831, nr. 1, p. 7.*

7 Om in de beeldspraak te blijven: je zou natuurlijk ook kunnen overwegen het zwaard wat minder – en wat minder blind – te laten hakken. In wetenschappelijke literatuur wordt die benadering wel het nieuwe wetparadigma genoemd. Zie P. Eijlander, *De verbindende wetgever*, oratie KUB, Den Haag 2000, p. 24.

2 TOEZICHT OP DE NALEVING VAN GEMEENSCHAPSRECHT

2.1 Europese dimensie

Om de naleving van EG-recht⁸ te verzekeren is Nederland verplicht een effectief werkend systeem van toezicht (of 'controle' zoals dat gemeenschapsrechtelijk meestal wordt genoemd) te hebben. Op Europees niveau bestaat/is er geen uniforme omschrijving van het begrip 'toezicht' en is er ook geen sprake van een consistent, algemeen toezichtsbeleid.⁹ Hoe wordt toegezien op de naleving van gemeenschapsrechtelijke normen – al dan niet via omzetting geïncorporeerd in het Nederlandse recht – en welke eisen gelden, hangt sterk af van het betrokken beleidsterrein. Weliswaar draagt artikel 211 EG-verdrag de Europese Commissie op toe te zien op de toepassing van het gemeenschapsrecht door de lidstaten, maar een belangrijk gedeelte van die taak vertoont meer overeenkomst met – wat we in Nederland zouden noemen – bestuurlijk toezicht dan met het (directe) toezicht op de naleving van gemeenschapsrecht.¹⁰ Wie zien toe op de naleving van gemeenschapsrecht? Op het ogenblik gebeurt dat door:

- a. de lidstaten;
- b. de Europese Commissie;
- c. Europese agentschappen.

De plicht voor *lidstaten* om toe te zien op de naleving van gemeenschapsrecht vormt een onderdeel van de algemene plicht van lidstaten om al datgene te doen wat in hun vermogen ligt om de nakoming van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Toezien op de naleving vormt een noodzakelijk onderdeel van die plicht. Die algemene plicht wordt soms *gespecificeerd* in vorm van bijzondere controletaken die in EG-besluiten aan lidstaten worden opgedragen.¹¹ Er bestaat een rijke variëteit van bijzondere controletaken die aan lidstaten worden opgedragen, variërend van het opzetten van registraties tot aan controle via indringende inspecties.¹² Recente EG-wetgeving draagt de lidstaten ook in

8 Onder EG-recht wordt hier verstaan de verzameling van het primaire en secundaire EG-recht zoals dat voortvloeit uit het systeem van het EG-verdrag. Dat omvat o.m. de verdragsbepalingen zelf, richtlijnen (al dan niet omgezet), verordeningen, en beschikkingen. De begrippen communautair recht en gemeenschapsrecht worden in deze bijdrage als synoniemen van EG-recht gebruikt.

9 Zie ook het advies van de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), De Europeesrechtelijke dimensie van het toezicht, 6 oktober 2000, p. 2.

10 Ik verwijs hier naar de drie soorten toezicht die wel worden onderscheiden: nalevings-toezicht, bestuurlijk toezicht, en mededingingstoezicht.

11 Zie bijvoorbeeld artikel 23 van Verordening 2371/2002 inzake de instandhouding en de duurzame exploitatie van de visbestanden in het kader van het gemeenschappelijk visserijbeleid, *Pb.* 2002, L 358.

12 Zie J.H. Jans, R. De Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, tweede druk, Nijmegen 2002, p. 282 e.v.

toenemende mate op transnationaal samen te werken en zo hun toezichts- en daaropvolgende handhavingsinspanningen te coördineren. De samenwerkingsverplichtingen lopen uiteen van verplichtingen tot uitwisseling van inlichtingen,¹³ tot daadwerkelijke wederzijdse assistentie bij het verrichten van controles.¹⁴

De controletaak van de *Europese Commissie* is gebaseerd op artikel 211 van het EG-verdrag, een artikel dat een hele brede toezichtstaak opdraagt aan de Commissie, de hoedster van de Verdragen. Dat Commissietoezicht kent twee hoofdvormen: bestuurlijk toezicht en nalevingstoezicht. Bestuurlijk toezicht oefent de Commissie uit door de wijze waarop de EG-instellingen¹⁵ en de lidstaten (en de daarbinnen werkzame overheidsinstanties) het EG-recht toepassen, te controleren. De Commissie verzamelt in dat kader informatie die haar ofwel door de lidstaten wordt aangereikt, bijvoorbeeld vanwege een notificatie-, verslag- of registratieverplichting in een EG-besluit (*passief* bestuurlijk toezicht) danwel door de Commissie zelf wordt geogst (*actief* bestuurlijk toezicht), bijvoorbeeld op grond bevoegdheden tot het houden audits, onderzoeken of verificaties uit een EG-besluit die de Commissie toestaan zelf nader te controleren hoe de lidstaten het gemeenschapsrecht handhaven.¹⁶ Deze laatste vorm van actief bestuurlijk toezicht wordt ook wel *tweede-lijnscontrole* genoemd.¹⁷

Naast deze bestuurlijke controle oefent de Commissie ook *zelfstandig en rechtstreeks* controle uit op de naleving van het EG-recht in de lidstaten. Eurocontroleurs gaan dan – al dan niet in samenwerking met nationale autoriteiten – zelf na in hoeverre burgers, bedrijven en instellingen in de lidstaten de Europese regels naleven.¹⁸ Dat de Commissie bij zulke controles samenwerkt met autoriteiten uit de lidstaten, maakt het nog geen lidstatelijke controle; de regie en verantwoordelijkheid is steeds in handen van de Commissie. Deze vorm van controle wordt ook wel *eerste-lijnscontrole* genoemd, een vorm die

13 Richtlijn 77/99 inzake de wederzijdse bijstand op het gebied van de directe belastingen, *Pb.* 1997, L 336.

14 Zie bijvoorbeeld Verordening 515/97 betreffende de wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de lidstaten en de samenwerking tussen deze autoriteiten en de Commissie met het oog op de juiste toepassing van douane- en landbouwvoorschriften, *Pb.* 1977, L 82.

15 Europees parlement, de Raad, het Hof van Justitie en de Rekenkamer. Zie artikel 7 EG-verdrag.

16 Zie bijvoorbeeld artikel 27 Verordening 2371/2002 inzake de instandhouding en de duurzame exploitatie van de visbestanden in het kader van het gemeenschappelijk visserijbeleid, *Pb.* 2002, L 358.

17 Zie Jans, e.a., *a.w.* 2002, p. 287.

18 Soms is de *samenwerking met de nationale autoriteiten* verplicht (zie Verordening 2185/96 betreffende de controles en verificaties die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de EG tegen fraudes en andere onregelmatigheden, *Pb.* 1996, L 292). Soms kan de Commissie *zelfstandig* inspecteren (zie bijvoorbeeld artikel 20 Verordening 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.* 2003, L 1.

de laatste tijd wint aan belang. De laatste jaren lijkt er – vanwege toenemende handhavingstekorten – een trend te bespeuren waarbij de Europese wetgever de Europese Commissie steeds meer direct de regie ter zake van de controle op de naleving van gemeenschapswetgeving toedeelt. Zo geeft de Euro-controleverordening¹⁹ de Commissie bevoegdheden om zelfstandig ter bestrijding van fraude en andere onregelmatigheden ter plaatse controles en verificaties uit te voeren. Om die taak uit te kunnen voeren fungeert binnen de Commissie een semi-onafhankelijk bureau, het Office pour la Lutte Anti-Fraude (OLAF).²⁰ Op het terrein van het mededingingsrecht heeft de Commissie onder de nieuwe Kartelverordening van 2003 eveneens betrekkelijk ruime, zelfstandige controlebevoegdheden.²¹

Soms oefenen zelfs Europese agentschappen – naar Nederlands begrip – toezicht uit. Zo'n Europees agentschap is een orgaan naar Europees publiek recht dat losstaat van de reguliere communautaire instellingen (Raad, Parlement, Commissie, enz.) en rechtspersoonlijkheid heeft.²² De laatste jaren zijn die Europese agentschappen in opkomst. Momenteel zijn er zestien. Hun voornaamste taken liggen in het vlak van advisering en beheer, met soms een toezichtscomponent. Zo ziet bijvoorbeeld het Europese agentschap voor maritieme veiligheid toe op de naleving van de maritieme wetgeving en het Europees Agentschap voor de veiligheid van de luchtvaart staat de Commissie rechtstreeks bij, bij het toezicht op de toepassing van de gemeenschappelijke regels en de tenuitvoerlegging van de vereiste veiligheidsmaatregelen. Als toezichthouders zijn deze Europese agentschappen vooralsnog papieren tijgers: ze hebben, zouden ze tot het oordeel komen dat wetgeving niet of onvoldoende wordt nageleefd, vaak geen zelfstandige, juridische bevoegdheden om in te grijpen. Het ligt wel in de lijn der bedoeling de Europese agentschappen in de toekomst beter te equiperen. In het 'Witboek Europese Governance' uit 2001²³ kondigt de Commissie aan toe te willen werken naar een uniform kader voor de oprichting van nieuwe autonome *Europese regelgevende organen* die er voor moeten zorgen dat Europese regels in de gehele Unie op een efficiëntere wijze kunnen worden toegepast en ten uitvoer worden gelegd. De be-

19 Verordening 2185/96 *Pb.* 1999, L 292.

20 Verordening 1073/99 *Pb.* 1999, L 136.

21 Verordening 1/2003, *Pb.* 2003, L 1. Hierbij moet wel worden aangetekend dat op het terrein van het mededingingsrecht de Commissie altijd al belangrijke zelfstandige controlebevoegdheden heeft gehad. Het beleidsterrein neemt wat dat aangaat een beetje een uitzonderingspositie in ten opzichte van de andere terreinen waar van oudsher lidstatelijke controle op de naleving het uitgangspunt was.

22 Naar de eigen definitie van de EU: Een communautair orgaan is een orgaan naar Europees publiek recht dat losstaat van de communautaire instellingen (Raad, Parlement, Commissie, enz.) en rechtspersoonlijkheid heeft. Het wordt opgericht bij een besluit van afgeleid recht om een specifieke technische, wetenschappelijke of beheerstaak te verrichten die in het oprichtingsbesluit wordt omschreven. Zie http://europa.eu.int/agencies/index_nl.htm. (Bezocht op 26 januari 2005).

23 COM (2001) 428, *Pb.* 2001, C 287.

naming 'regelgevend' is voor Nederlandse oren en ogen wat misleidend, omdat deze organen geen algemeen verbindende voorschriften kunnen stellen, maar slechts uitvoeringstaken toekomen.²⁴ De generieke aanduiding 'uitvoerend agentschap' voorkomt dit misverstand. De Commissie stelt zich voor dat aan dergelijke uitvoerende agentschappen de bevoegdheid wordt toegekend om individuele beslissingen te nemen bij de toepassing van regelgeving. Zij moeten voor een deel onafhankelijk kunnen werken in een door de wetgevende macht duidelijk vastgesteld kader. In de verordeningen tot oprichting van deze organen dienen – volgens de Commissie – hun activiteiten, bevoegdheden, verantwoordelijkheid, en vereisten inzake openheid, en controle duidelijk te worden afgebakend. Onlangs²⁵ heeft de Commissie een voorstel voor beleid inzake de inrichting en inkadering van toekomstige uitvoerende agentschappen in de communicatie 'Interinstitutional agreement on the operating framework for European regulatory agencies.'²⁶ In dit interinstitutionele akkoord worden vier groepen van voorwaarden (coherence, effectiveness, accountability en participation and openness) uitgewerkt waaraan voldaan moet zijn voordat een nieuw uitvoerend agentschap kan worden ingericht. Het is duidelijk dat de Commissie plannen heeft om het aantal agentschappen uit te breiden.

Een derde ontwikkeling, die naast de opkomst van communautair eerste-lijnstoezicht en Europese toezichthouders wijst in de richting van de toenemende *communautarisering van het toezicht* is de steeds indringender wijze waarop de Europese wetgever in richtlijnen en verordeningen inhoudelijke eisen stelt aan nationale toezichtsactiviteiten. Zo bepaalt bijvoorbeeld de Zwemwaterrichtlijn dat de zwemwaterkwaliteit met een bepaalde minimumfrequentie moet worden gemeten, en volgens een bepaalde methode moet worden gecontroleerd.²⁷ De verordening met betrekking tot de controle in de wijnsector bepaalt over welke bevoegdheden nationale controleurs minimaal moeten beschikken.²⁸

2.2 De Nederlandse dimensie

Controle op de naleving en effectieve handhaving van gemeenschapsrecht hangen nauw samen. Via controleacties – in het kader van toezicht of (als er een vermoeden van normovertreding bestaat) opsporing – komt informatie naar boven die nodig is om vast te stellen of normen zijn overtreden en wat daarvan dan het gevolg dient te zijn (de handhavingsreactie). Om effectief

24 Zie ook A.C.M. Meuwese, 'Brusselse spraakverwarring: 'regelgevende instanties' zonder regelgevende bevoegdheden', *NJB* 2004, p. 1127-1128.

25 25 februari 2005.

26 COM (2005) 59 final.

27 Richtlijn 76/160, *Pb.* 1976, L31 betreffende de kwaliteit van zwemwater.

28 Verordening 2048/89, *Pb.* 1989, L 202.

te handhaven, zoals het gemeenschapsrecht verlangt, dient de Nederlandse overheid zich af te vragen welk systeem het best bijdraagt aan het verkrijgen van bruikbare nalevingsinformatie om op basis daarvan mogelijk een handhavingsreactie te geven. Zo'n systeem moet ingevolge de toezichtsplicht die op grond van artikel 10 van het EG-verdrag op Nederland rust tegelijkertijd doeltreffend, betrouwbaar en hanteerbaar zijn. De toezichtsplicht kent onder het communautaire recht verschillende onderdelen, waaronder

- a. het gebod van effectieve controle (toezicht);
- b. het gebod van toezicht zonder onderscheid;
- c. de eis tot transnationale samenwerking; en
- d. (soms) het vereiste van loyale bijstand.²⁹

Effectief toezicht houdt in dat lidstaten ervoor zorgen dat ze systemen inrichten met de daarbijbehorende bevoegdheden, procedures, capaciteit en expertise, die overheidsinstanties in staat stellen zich daadwerkelijk een beeld te vormen over de al dan niet naleving van EU-normen. Een louter papieren controlesysteem, zonder een vorm van werkelijk fysieke controle, kan, blijkens de jurisprudentie van het Hof niet door de beugel.³⁰ Bij het inrichten van het toezicht mag ook geen onderscheid worden gemaakt tussen het controle op nationale bepalingen en communautairrechtelijke bepalingen.³¹ Lidstaten dienen verder – indien het de Commissie is die controleert – de Commissie loyaal bij te staan om er voor te zorgen dat die haar controletaak goed uit kan voeren. Verder dienen lidstaten ook in het kader van de effectieve handhaving van gemeenschapsrecht samen te werken bij de controle. Een aantal verordeningen en richtlijnen bevatten daartoe bijzondere samenwerkingsverplichtingen,³² maar ook zonder die specifieke basis zijn lidstaten gehouden samen te werken.³³

Dat volgt uit artikel 10 EG-verdrag. Naar mijn mening brengt dat artikel mee dat lidstaten, en alle voor de uitvoering van gemeenschapsrecht verantwoordelijke overheidsinstanties binnen een lidstaat, gehouden zijn spontaan toezicht te houden op de naleving van gemeenschapsrechtelijke normen, ook als er geen effectieve handhavingsreactie mogelijk is. Blijkt vervolgens dat

29 De Moor-van Vugt onderscheidt nog een tweetal extra – wat zachtere – criteria waaraan nationaal toezicht dient te voldoen, te weten: evenredige inzet van toezichtsbevoegdheden en adequate toezichtintensiteit. Dit zijn eisen die indirect zijn afgeleid uit een combinatie van gemeenschapsrechtelijke normen en gemeenschapsbeleid. Adequate intensiteit valt volgens mij onder het hoofdgebod van de effectieve controle. A.J.C. de Moor-van Vugt, *Europese criteria voor milieutoezicht*, preadvies voor de Vereniging voor milieurecht 2003, p. 5 e.v.

30 HvJEG 30 januari 2002, C-103/00, *Jur.* 2002, I-01147 (Commissie v. Griekenland – Zeeschildpadden Zante).

31 Dit valt o.m. af te leiden uit HvJEG 21 september 1989, 68/88, *Jur.* 2965 (Griekse maïs).

32 Zie EG-richtlijn 77/799 inzake de wederzijdse bijstand op het gebied van de directe belastingen, *Pb.* 1977, L 336.

33 Zie HvJEG 13 juli 1990, 2-88-IMM., *Jur.* 1990, p. 3365 (*Zwartveld*).

normen niet na te leven zijn,³⁴ of op grote schaal niet worden nageleefd, dan zijn lidstaten verplicht dit uit eigen beweging te melden om zo de Commissie in staat te stellen de toezichtstaak op grond van art. 211 EG-verdrag uit te kunnen oefenen. Dat is een misschien wat scherpe afleiding, maar het voorkomt dat veel gemeenschapsrecht niet wordt nageleefd omdat er of geen toezicht op de naleving wordt gehouden, of omdat het uitvoerende orgaan er op een of andere manier geen trek in heeft of belang bij heeft om de niet-naleving te rapporteren. Meer in het algemeen moeten we denk ik vaststellen dat toezicht en handhaving zodanig met elkaar zijn verweven, dat lidstaten evenzeer en op dezelfde voet (de gemeenschapstrouw) tot efficiënt toezicht als tot effectieve handhaving zijn gehouden. Toezicht en handhaving zijn immers communicerende vaten, zoals ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de Öneriyildiz-uitspraak lijkt te onderkennen.³⁵

2.3 Nationale inrichting toezicht

Als EG-besluiten er zelf verder niets over melden is Nederland – binnen het raam van de bovengenoemde verplichtingen – vrij om het toezicht naar eigen inzicht in te richten. Meestal wordt voor de controle op de naleving van gemeenschapsrechtelijke voorschriften ‘meegelift’ op bestaande toezichtsystemen. Zo controleren in Nederland de Algemene Inspectiedienst, de Douane, de Dienst wegverkeer RDW en de Milieu-inspectie en de reguliere politie of aan communautaire normen wordt voldaan. Dat is niet eenvoudig omdat ze niet altijd de capaciteit en expertise bezitten om te bezien of wel wordt voldaan aan de technisch vaak gedetailleerde EG-regels. Ook de kwaliteit van EG-regels zelf staat nog wel eens aan een effectieve controle in de weg.³⁶

Hoe richt je nou een effectief controlesysteem in? De Moor-van Vugt heeft in een preadvies voor de Vereniging voor milieurecht uit 2003 in de vorm van een checklist op een rijtje proberen te zetten waar je als wetgever of nationale regisseur allemaal op zou moeten letten om een waterdicht, europroof toezichtsarrangement op te zetten. Vertalen we haar voorstel – die specifiek de

34 In ons rapport hebben wij dit ‘stille verliezen’ genoemd. Zie W. Voermans, P. Eijlander, R. van Gestel, I. de Leeuw, A. de Moor-van Vugt en S. Prechal, *Kwaliteit, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid; een onderzoek naar de kwaliteit van EG-regels en de gevolgen daarvan voor de uitvoering en handhaving binnen Nederland*, Tilburg/Den Haag 2000, Centrum voor wetgevingsvraagstukken KUB in opdracht van het Ministerie van Justitie.

35 EHRM 18 juni 2002, *NJB* 2002, p. 1615 e.v. NJCM bulletin 2003, p. 54 m.nt. Kuijer. Zie voor een verdiepende analyse van de uitspraak T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, EHRM-uitspraak Öneriyildiz tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen, *Overheid en aansprakelijkheid* 2003, p. 109-121.

36 Zie W. Voermans, e.a. *a.w.* 2000.

controle op milieurechtelijke EU-normen betrof – naar een lijst die geschikt is voor meer algemeen gebruik dan zou die er als volgt uit kunnen zien:

- a. *nakomen*: als in een richtlijn of verordening specifieke eisen worden gesteld aan het nationale toezicht moet daaraan ten volle worden tegemoet gekomen;
- b. *consistent controleren*: er moet een controle-protocol zijn voorzien, inclusief een controleplan, aan de hand waarvan zowel controleur als gecontroleerde inzicht hebben in de wijze waarop wordt gecontroleerd, en het beleid dat wordt gehanteerd;
- c. *follow-up*: het arrangement dient zo te zijn ingericht dat niet-naleving wordt voorkomen, wordt gesanctioneerd dan wel spontaan extern wordt gerapporteerd (nationale overheid, dan wel de Commissie – of allebei);
- d. *prioritering*: de controle op de naleving van het gemeenschapsrecht moet op een minstens zelfde voortvarende wijze ter hand worden genomen als die op de naleving van nationaal recht (eis van non-discriminatie);
- e. *equipage*: nationale controleurs moeten voldoende toezichtsbevoegdheden hebben om daadwerkelijk op de naleving toe te zien. Aan de andere kant moeten die bevoegdheden proportioneel zijn aan het te dienen doel: hoe groter het gevaar op niet-naleving, des te ingrijpender de controlebevoegdheid kan zijn;
- f. *intensiteit*: de toezichtsintensiteit moet voldoende hoog zijn om er een preventieve werking van uit te laten gaan;
- g. *capaciteit en expertise*:³⁷ er moet voldoende capaciteit en expertise voor de nationale controle worden ingezet;
- h. *coöperatie*: voorzover gevegd en toegelaten wordt nalevingsinformatie gecommuniceerd aan de Commissie en mede-lidstaten. Ingeval van Eurocontrole wordt loyaal met de eurocontroleurs samengewerkt.

Deze handreikingen helpen de Nederlandse controleregisseur wellicht enigszins op weg bij het voldoen aan de communautaire eisen. De kous is daarmee nog niet af. Ook de Nederlandse kant van de zaak behoeft aandacht. Daar hebben we, als gevolg van het wetgevingsbeleid, de goede praktijk ontwikkeld dat bij de voorbereiding wordt nagedacht over de vraag wie het best toezicht gaat houden (welke overheidslaag, wel of niet dicht bij de politiek), welke bevoegdheden bestaan, en hoe met de informatie zal worden omgegaan. Is dat duidelijk dan is het goede gewoonte om bij de voorbereiding van een regeling of arrangement met de beoogde toezichthouder om de tafel te gaan zitten. In Neder-

37 De onder g) en h) genoemde elementen maakten geen deel uit van de oorspronkelijke lijst van De Moor-van Vugt, maar ze zijn m.i. wel wezenlijk.

land 'toetsenland'³⁸ schrijven wettelijke regels soms voor dat *toezichtbaarheids-toetsen*³⁹ worden uitgevoerd.

Op een enkele uitzondering na⁴⁰ blijft Europa buiten de vraag welke nationale instantie het toezicht uitoefent. In Nederland staat de positie van de toezichthouder (wel of niet onafhankelijk gepositioneerd van de minister) sterk in de belangstelling. Een uniforme lijn of aanpak terzake de keuze van toezichthouders is nog niet gevonden.

Nalatigheid bij het houden van toezicht kan voor lidstaten vervelende gevolgen hebben, zoals Nederland tijdens de ESF-crisis in 2001 mocht ervaren. Uit een steekproef van de Europese Commissie kwam naar voren dat voor veel Europese projecten die tussen 1994 en 1999 met geld uit het Europees Sociaal Fonds waren gefinancierd, geen onderbouwing voor de einddeclaratie kon worden gegeven. Dat was vooral te wijten aan falend toezicht van de Nederlandse arbeidsvoorzieningsorganisatie. De Commissie vorderde daarop tientallen miljoenen euro's terug. Om een herhaling van dit echec te voorkomen is de Wet toezicht Europese subsidies vastgesteld die de centrale overheid (i.e. de eerstverantwoordelijke minister) toezichtsbevoegdheid⁴¹ en een verhaalsrecht geeft ten aanzien van niet tot de Staat behorende bestuursorganen die EG-subsidies ontvangen waaruit een verhaalsrecht voort kan vloeien.⁴² Deze wet heeft het effect dat er een extra (dubbele) informatieplicht voor decentrale overheden ontstaat die belastend is en ontmoedigend werkt. Naar aanleiding van een eerste evaluatie van de Wet TES heeft de minister namens de regering aangekondigd de informatieplicht uit de wet TES te schrappen.⁴³

38 Zie J.M. Bonnes, Tien jaar na Voortvarend wetgeven: verbeter Haagse wetgevingsprocedures opnieuw, *RegelMaat* 2004, p. 71 e.v.

39 Zo mag de Inspectie Werk en Inkomen op grond van artikel 9 van het Besluit taakuitoefening Inspectie Werk en Inkomen en het daarop gebaseerde protocol een uitvoerbaarheids-toets uitvoeren op informatie-uitwisselingen en rapportages.

40 Zie de al eerder genoemde Verordening 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.* 2003, L 1 waarin toezicht wordt opgedragen aan nationale mededingingsautoriteiten.

41 O.a. bestaande in een aanwijzingsbevoegdheid.

42 Zie W. den Ouden, M.J. Jacobs, N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer 2004, p. 220-221.

43 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 832, nr. 1, *Evaluatie Wet toezicht Europese subsidies*.

3 HANDHAVING VAN GEMEENSCHAPSRECHT⁴⁴

3.1 De Europese dimensie

Net als in het geval van het toezicht zijn de lidstaten op basis van de gemeenschapstrouw gehouden alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Dat betekent dat lidstaten, daar waar EG-besluiten dat nalaten, zelf in een reactie op niet-naleving moeten voorzien. Kapteyn noemt dit handhaven uit eigen beweging de *nationale sancties*. Lidstaten zijn in beginsel vrij om een sanctie te kiezen, maar die sanctie moet wel voldoen aan de beginselen van assimilatie en effectiviteit.⁴⁵

Tegenover de nationale sancties staan de *communautaire sancties*, dat wil zeggen sancties die in EG-besluiten zelf worden voorzien en die lidstaten in geval van overtreding van de betreffende regeling verplichten die sanctie toe te passen. Communautaire sancties zijn een verschijnsel in opkomst, zeker nu steeds weer blijkt dat er substantieel handhavingstekort bestaat ten aanzien van communautaire normen.⁴⁶ Dat leidt de laatste tijd tot veel communautaire bestuursrechtelijke, maar ook wel strafrechtelijke sancties. Omdat het strafrecht nog vaak als een nationaal kroondomein wordt gezien, bestaan er tegen het dwingend doen opleggen van communautaire strafrechtelijke sancties in EG-wetgeving onder de eerste pijler veel bezwaren.⁴⁷ Toch komt het wel voor.⁴⁸

44 De volgende paragraaf komt op tal van punten overeen met de paragraaf 2.2.b van mijn preadvies Nederlandse wetgevingsprocessen in de communautaire toekomst, in: M. Jorna e.a., *De betekenis van de Europese Conventie voor de wetgevingspraktijk*, Preadviezen voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, SDU, Den Haag 2004, p. 53-106.

45 I.e. het beginsel dat vergt dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij weliswaar vrij in hun keuze van de op te leggen sancties, doch deze moeten hoe dan ook doeltreffend, evenredig, en afschrikkend zijn. Zie o.a. HvJEG 27 februari 1997 C-177/95, *Jur.* 1997, I-1111 (*Ebony Maritime*).

46 Zie ook Jans, e.a., *a.w.* 2002, p. 256.

47 Ter verdediging van de door sommigen als onoirbare beïnvloeding van het nationale strafrecht via communautair opgedragen sanctionering – waarvoor geen basis in het EG-verdrag zou bestaan – wordt in het bijzonder nog wel aangevoerd dat deze beïnvloeding toelaatbaar is indien en voorzover deze noodzakelijk is om de wel uitdrukkelijk in het EG-verdrag opgenomen bevoegdheden te verwezenlijken. Zie Jans e.a., *a.w.* 2002, p. 264.

48 Zie voor enkele recente voorbeelden het gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake milieubescherming door het strafrecht COM (2002) 544 def., *Pb.* 2003, C 20 E en het gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, COM (2002) 577 def., *Pb.* 2003, C 71 E. Het verhaal over de milieurichtlijn heeft nog een interessant staartje gekregen. De Raad vindt dat het onderwerp milieubescherming via het strafrecht eigenlijk onder de derde pijler moet worden geregeld. Op 27 januari 2003 is daartoe door de Raad een Kaderbesluit inzake de bescherming van het milieu via het strafrecht aangenomen (Kaderbesluit 2003/80/JBZ, *Pb.* L 29). Dat gebeurde tegen de zin van het Europees Parlement die na de behandeling in eerste lezing van de

Hier is, net als bij het toezicht, duidelijk sprake van een proces van *communautariserings van de handhaving* van het gemeenschapsrecht en de handhavingprocessen in de lidstaten.⁴⁹ Die tendens waarbij de communautaire wetgever zich steeds indringender zelf bezig houdt met de naleving en handhaving van de eigen normen zet zich – zo wordt verwacht – voort.⁵⁰ Daar is – zeker ook in de nabije toekomst – alle reden toe. De effectiviteit van EG-wetgeving is voor een groot deel afhankelijk van de naleving en handhaving ervan. Die handhaving goeddeels overlaten aan de lidstaten heeft, naast positieve kanten, ook negatieve kanten. Het leidt – zo leert het verleden – nogal eens tot handhavingstekorten en bovendien tot onderling verschillende handhavingssystemen in de lidstaten, zelfs daar waar de bedoeling harmonisatie is. Die verschillen brengen in hun kielzog weer allerlei andere mogelijke distorsies teweeg.⁵¹ Dergelijke problemen zijn maar moeilijk te bestrijden via een verscherping van het communautaire toezicht op de lidstatelijke uitvoeringspraktijken (waaronder de handhaving). Daar heeft de Commissie ten eerste de capaciteit niet voor en ten tweede zijn de uitvoeringsprocessen van Europese wetgeving vaak zó ingericht dat problemen en handhavingstekorten in de lidstatelijke handhavingssystemen in het reguliere toezicht voor de Commissie onzichtbaar blijven.

In een onderzoeksproject dat door het Tilburgse Centrum voor wetgevingsvraagstukken in 2000 werd uitgevoerd bleek dat er nogal eens sprake was van aanzienlijke, zogenaamde ‘stille verliezen’.⁵² Die stille verliezen bestaan dan hierin dat EG-wetgeving – mede ten gevolge van kwaliteitsgebreken – voor nationale uitvoerings- of handhavingssystemen niet uitvoerbaar of handhaafbaar zijn. En dat terwijl de implementatie op papier geheel in orde is. Ook Versluis komt in haar proefschrift ‘Enforcement matters’ tot die conclusie.⁵³

Nu is niet-handhaafbaarheid een probleem dat zich net zo goed bij strikt Nederlandse regelingen voor kan doen, maar daarbij komen handhavingssystemen

richtlijn milieubescherming via het strafrecht ((COM) 2001, 139) juist een duidelijke voorkeur had uitgesproken voor een EG-richtlijn boven een besluit onder de derde pijler (rapport A5-0099/02). Inmiddels is de Commissie in beroep gegaan tegen het kaderbesluit van 27 januari 2003 (15 april 2003, zaak C-176/03, *Pb.* 2003, C135/21) omdat de rechtsgrondslag van het besluit niet juist zou zijn. Zie voor de discussie over communautair-strafrechtelijke handhaving ook D. Comijs, *Communautair strafrecht, Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2001, p. 267-271.

49 Zie ook Jans, e.a., *a.w.* 2002, p. 295.

50 Zie hierover reeds A.J.C. de Moor-van Vugt, *New Game voor de Europese Commissie, Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht* 1999, p. 263-269.

51 Denk aan verstoring van de goede werking van de gemeenschappelijke markt, maar ook – als sancties van lidstaat tot lidstaat naar aard en zwaarte uiteenlopen – aan strijd met de aanspraak die de burgers van de Gemeenschap hebben op gelijke behandeling voor de (zelfde) wet. Zie hierover ook Kapteyn – VerLoren van Themaat, *a.w.* 2003, p. 467.

52 Zie W. Voermans, e.a., *a.w.* 2000.

53 E. Versluis, *Enforcement Matters; Enforcement and compliance of European directives in four member states*, diss. UU, Utrecht 2003.

en uitvoeringsproblemen op de een of andere manier wel boven water via formele of informele 'piepsystemen' die de wetgever kunnen alarmeren en in de benen kunnen brengen. Dergelijke terugkoppelingsmechanismen ontbreken goeddeels bij de uitvoering en handhaving van Europese wetgeving, met als gevolg dat bepaalde onuitvoerbare regels blijvend ineffectief kunnen worden, omdat niemand iets onderneemt. Zulke problemen zijn in een grotere wordende Unie met een breder regelingsbereik alleen maar via een centralere regie op de handhaving en sanctiëring van EG-regelgeving op te lossen. Dat zal zeker gepaard gaan met een verdere centralisering van de beleidsbehartiging in Brusselse richting. Tegen dergelijke centripetale krachten, veroorzaakt door de noodzaak tot intensievere coördinatie, lijkt in een groter wordende Unie geen kruid gewassen. De samenwerking binnen de Unie is sinds haar ontstaan onderhevig aan de ijzeren 'wet van convergentie' die kort gezegd inhoudt dat de – ten gevolge van de verdergaande samenwerking – groeiende behoefte aan coördinatie en harmonisatie van lidstatelijke rechtsstelsels steeds verdergaande centralisering met zich brengt.

3.2 Nationale dimensie

In beginsel zijn lidstaten vrij in de keuze van de meest passend geachte handhavings- en sanctiëeringsinstrumenten, tenzij het gemeenschapsrecht zelf – bijvoorbeeld via de bepalingen van een bindend EG-besluit – verplicht tot de keuze voor een bepaald sanctiesysteem. Verder dient rekening te worden gehouden met de eisen terzake van de nationale handhaving die het Hof van Justitie uit artikel 10 van het EG-verdrag heeft geëxtrapoleerd. Het gaat om vier groepen van eisen, te weten:

- a. het beginsel van doeltreffendheid of effectiviteit;
- b. het evenredigheidsbeginsel/proportionaliteit;
- c. het assimilatiebeginsel, en
- d. het beginsel van het afschrikwekkende effect.

Een sanctie dient een *doeltreffende* reactie te geven op een overtreding van gemeenschapsrecht. De sanctie moet daarbij ook een geschikt en relevant middel zijn om de naleving van het communautair recht te verzekeren. Dit effectiviteitsbeginsel houdt onder meer in dat het loutere instellen van sancties op overtredingen van gemeenschapsrecht vaak niet voldoende zal zijn om de naleving van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Naast deze sanctiëring zal ook ernst gemaakt moeten worden met het toezicht, de opsporing en vervolging van overtredingen, zowel via het treffen van daarvoor geschikte juridische en feitelijke maatregelen.⁵⁴ Het *evenredigheidsbeginsel c.q. gebod van*

54 Vgl. HvJ EG zaak C-42/89, gepubliceerd in *Milieu en Recht*, nr. 31 en HvJ EG 12 december 1989, 265/88, *Jur.* p. 4209, Messner.

proportionaliteit vergt dat er een evenredige verhouding moet zijn tussen de ernst van het feit en de zwaarte van de sanctie.⁵⁵ Het *assimilatiebeginsel* verzet zich tegen mildere behandeling van overtredingen van gemeenschapsrecht in vergelijking met overtreding van nationaalrechtelijke voorschriften,⁵⁶ en het beginsel van het afschrikwekkende effect, ten slotte, houdt in dat de door een rechter opgelegde sancties ook voor toekomstige overtreders een afschrikwekkend effect moeten hebben.⁵⁷

3.3 Nationale inrichting handhaving gemeenschapsrecht

Het nemen van passende maatregelen ter handhaving en sanctionering van het gemeenschapsrecht betekent in Nederland dat in principe de keuze tussen een (economisch) strafrechtelijk, administratiefrechtelijk, civielrechtelijk of een tuchtrechtelijk sanctiestelsel bestaat. Al die stelsels hebben zo hun bijzondere eigenschappen die ze meer of minder effectief maken om de naleving van wetgeving te verzekeren. Zo heeft *bestuursrechtelijke* handhaving (via bestuursdwang, bestuurlijke boete, last onder dwangsom⁵⁸) een voornamelijk reparatoir en preventief karakter: het is primair gericht op a) het beëindigen van onrechtmatige situaties, b) het zoveel mogelijk herstellen van de gevolgen daarvan en c) het voorkomen van herhaling van de overtreding. Karakteristiek aan bestuursrechtelijke handhaving is dat het bestuur de sanctie oplegt en dat tegen het opleggen van de sanctie de normale bestuursrechtelijke rechtsbescherming geldt, hetgeen betekent dat niet alle strafrechtelijke waarborgen (verdenking, cautie, ne bis in idem, etc.) als vanzelf gelden.⁵⁹

Bestuursrechtelijke sanctionering is met name dan geschikt indien het gewenst is om:

- via handhaving beleid te voeren;
- indien er behoefte bestaat om direct zicht te hebben op de handhaving;
- flexibel en direct optreden in verband met de naleving van beleid;
- er structureel voldoende middelen beschikbaar zijn om deze dure vorm van handhaving in te zetten.⁶⁰

55 Vgl. HvJEG zaak 62/70, *Jur.* 1971, p. 897 (Bock).

56 Vgl. HvJEG zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (Griekse maïs).

57 Zie de Hofuitspraak Griekse maïs genoemd in de vorige noot.

58 Of de enkelvoudige last uit de Mededingingswet.

59 Onder de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht wordt een aantal waarborgen – die we vroeger alleen maar uit het strafrecht kenden – ook ten aanzien van ingrijpende bestuursrechtelijke sancties in het stelsel van het algemene bestuursrecht van de Awb binnengebracht. Voorbeelden hiervan bieden de bepalingen in de voorgestelde titel 5.4 (bestuurlijke boete). *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, nrs. 1-2 op 22 juli 2004 bij de Tweede Kamer ingediend.

60 Zie voor deze wenken het klassieke artikel van E.C.R. van Rossum, *Handhaving van beleid: de actualiteit van een klassiek onderwerp*, *Beleidswetenschap* 1991, nr. 1, p. 3-24.

Veel communautaire regelgeving wordt op deze wijze gehandhaafd omdat het het bestuur veel controle geeft.

Strafrechtelijke handhaving (via het systeem van het commune strafrecht van het Wetboek van strafrecht en –vordering of het economische strafrecht uit de Wet economische delicten) heeft een voornamelijk punitief karakter, dit wil zeggen dat het primair gericht is op het aanpakken van de dader, zowel uit het oogpunt van vergelding, als uit het oogpunt van preventie. Handhaving via het commune strafrecht is vooral aangewezen als er:

- algemene belangen spelen (veiligheid, bescherming van lijf en goed, etc.);
- sancties niet in eerste instantie zijn bedoeld om het beleid te steunen;
- als reactie tegen de persoon van de dader gewenst en ook zinvol is.

Het *economische strafrecht* – uit het stelsel van de Wet op de economische delicten (WED) – is functioneel in situaties waarin de na te leven normen zijn gericht tot ondernemingen, wanneer niet-naleven lucratief is en sterk onafhankelijk optreden nodig is. Traditioneel werd veel communautaire wetgeving gesanctioneerd via het stelsel van de WED. Overtreding van de bepaling van een EG-verordening leverde dan een economisch delict op. Mede omdat er steeds meer communautaire regelgeving tot stand komt die niet meer in directe zin aanhaakt op het gedrag van economische actoren, is deze handhavingvorm – zij het nog steeds belangrijk – wat op zijn retour.

Bij het *privaatrechtelijk handhaven* staan weer andere motieven voorop. Meestal het ordeningsmotief en het autonomiemotief. Privaatrecht ordent de relaties tussen autonome partijen in het privaatrechtelijke verkeer. Via het geven van een privaatrechtelijke actie (i.e. toegang tot de burgerlijke rechter) of een aanspraak (bijvoorbeeld een recht of titel) kan de wetgever bevorderen dat regels als het ware op aanvraag worden nageleefd: de burger zelf kan beslissen om in geval van normovertreding al dan niet actie te ondernemen. Deze vorm is vooral geschikt:

- als er sprake is van belangen die herleid kunnen worden tot individuen of groepen;
- als de overheid verwacht dat de betreffende belangen in voldoende mate via het civiele recht door actie van burgers behartigd kunnen worden;
- als het aanvaardbaar is dat de overheid op het betreffende terrein in principe weinig tot geen beïnvloedingsmogelijkheden via repressieve handhaving overhoudt;
- als de overheid in principe haar bemoeienis met bepaalde belangen wil afstoten.

In een enkel geval wordt deze handhavingmethode wel gekozen voor de uitvoering van gemeenschapsrecht, denk aan de handhaving van de richtlijnen

op het terrein van de consumentenbescherming.⁶¹ De Nederlandse wetgever hoeft vaak geen aparte overweging te wijden aan de civielrechtelijk handhaving van gemeenschapsrecht. Als rechtsnormen worden overtreden met schade tot gevolg dan staat in beginsel de weg naar de burgerlijke rechter open, omdat artikel 6:162 BW een actie geeft uit onrechtmatige daad en de burgerlijke rechter bovendien als restrechter optreedt.⁶²

De laatste handhavingsvorm is de *tuchtrechtelijke* die in wezen het normeren en sanctioneren niet aan de overheid, maar aan een bepaalde groep (advocaten, notarissen, etc.) opdraagt of overlaat. De overheid beperkt zich hier bij de handhaving als het ware tot het valideren van een door de doelgroep opgelegde sanctie. Deze laatste vorm is niet direct van belang voor de handhaving van het gemeenschapsrecht en laat ik daarom buiten behandeling.

Vanwege problemen bij de handhaving van veel ordeningswetgeving is er in Nederland de afgelopen 10 jaar veel geïnvesteerd in het verfijnen, professionaliseren en versterken van handhavingssystemen. In het kielzog van de analyses uit het rapport 'Handhaven op niveau' van de commissie-Michiels⁶³ kwam – zoals al in de inleiding aan de orde kwam – een kabinetsstandpunt tot stand,⁶⁴ op zijn beurt gevolgd door het programma 'Handhaven op niveau' waar vooral ingezet wordt op de verdere professionalisering van de handhaving en verbetering van de samenwerking tussen de handhavers, een en ander te bewerkstelligen door meer programmatisch te handhaven.⁶⁵

Voor de Nederlandse overheid heeft deze hernieuwde belangstelling voor handhaving betekend dat er bij het voorbereiden van wetgeving, maar ook bij de voorbereiding op de uitvoering van communautaire regelgeving meer wordt nagedacht over de meest geschikte wijze van handhaving van regelgeving. Daarbij worden instrumenten gebruikt als de Tafel van elf. De Tafel van elf – in 1997 opgesteld door het Ministerie van Justitie – is een aandachtspuntenlijst die beoogt inzicht te geven in de nalevings- en handhavingkansen van voorgenomen regelingen. Om een regeling te kunnen analyseren op nalevings- en handhavingkansen worden in de Tafel van elf, elf vragen gesteld die zijn onderverdeeld in drie categorieën, te weten a) vragen met betrekking tot de kansen op (*spontane*) naleving, b) vragen betreffende de *controledimensies*

61 Zie Richtlijn 85/577/EEG *Pb.* 1985, L 372 (Colportagerichtlijn), maar ook Richtlijn 2002/65/EG betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG, *Pb.* 2002, L 271.

62 Hazewindus en Van der Wilt hebben er op gewezen dat het civielrechtelijke traject voor burgers vaak profijtlijker is dan het bestuursrechtelijke handhavings- en rechtsbeschermingstraject. Zie W.G.A. Hazewindus, C.J. van der Wilt, Rechtsbescherming tegen milieuoverlast, *NJB* 2003, afl. 7, p. 322-325.

63 Zie commissie-Michiels, *a.w.* 1998.

64 Kabinetsstandpunt 'Handhaven op niveau', *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 800 VI.

65 Zie de *Leidraad programmatisch handhaven*, te raadplegen op de website Handhaven op niveau http://www.ministerievanjustitie.nl/a_beleid/handhaven/ van het Ministerie van Justitie (met 'coole' foto van commissievoorzitter Michiels).

van een regeling, en c) vragen betreffende de *sanctiedimensies* van een regeling.⁶⁶

Naast de Tafel van elf wordt bij de voorbereiding van wetgeving ook gebruik gemaakt van handhavingsdraaiboeken,⁶⁷ -arrangementen, best practices, etc. alles om te voorkomen dat wederom de handhavingstekorten optreden waarmee Nederland een aantal jaren geleden te kampen had. Een van de belangrijkste Nederlandse handhavingslessen uit het verleden is wel geweest dat het louter strafrechtelijk sanctioneren van ordeningswetgeving weinig zin heeft. Effectieve handhaving van ordeningswetgeving is vaak een zaak van combineren van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhavingsinstrumenten waarbij vooral een goede regie bij het opschakelen van bestuursrechtelijk optreden naar strafrechtelijk optreden wezenlijk is. Ook nieuwe bestuursrechtelijke sanctiemogelijkheden (zoals het breder mogelijk maken van een bestuurlijke boete) speelt daarbij een belangrijke rol.

De toenemende bemoeienis van de communautaire wetgever en rechter met de handhaving van EG-wetgeving betekent dat hier en daar de Nederlandse aanpak van de handhaving op de tocht komt te staan. Jans e.a. noemen als voorbeeld de eis tot strafrechtelijke handhaving van Nederlandse milieuwetgeving zoals die wordt voorgeschreven door voorgestelde richtlijn inzake milieubescherming.⁶⁸ Van nog recenter datum is de verplichting tot strafrechtelijke handhaving die geldt op grond van de voorgestelde richtlijn handhaving van intellectuele eigendomsrechten.⁶⁹ Dergelijke opdrachten tot strafrechtelijke handhaving doorkruisen de Nederlandse manier van doen op het gebied van handhaving waarin het strafrecht – als het al wordt ingezet – vaak als laatste redmiddel wordt gebruikt en vaak in combinatie met andere handhavingsinstrumenten. Nederland wordt daarmee gedwongen de eigen ervaringen die zijn opgedaan en de aanpak die daaruit is voortgekomen los te laten.

4 CONTROLEREN EN HANDHAVEN IN EUROPESE DIENST

Wat leert deze analyse? In ieder geval dat de taak die Nederland heeft in het kader van de controle en handhaving van communautair recht een aanzienlijke

66 Het gaat om de in totaal volgende 11 toetsonderdelen a. de kennis van de regels; b. de kosten en baten die zijn gemoeid met het voldoen aan de regels; c. de mate van acceptatie; d. de gezagsgetrouwheid van de doelgroep; e. de informele controle; f. de informele meldingskans; g. de controlekans; h. de detectiekans; i. de selectiviteit bij de controles; j. de sanctiekans; k. de sanctie-ernst.

67 Zie het *uitgebreide Draaiboek voor de bestuursrechtelijke handhaving* van LNV (1999), dat werd vervaardigd door G. van Heezik.

68 Zie het eerdergenoemde Richtlijn-voorstel inzake milieubescherming door het strafrecht COM (2002) 544 def., *Pb.* 2003, C 20.

69 Voorstel voor een Richtlijn betreffende de maatregelen en procedures om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen, COM (2003) 46 def. (2003) 24 (COD). Zie met name artikel 21 van die richtlijn.

is en een wezenlijke bovendien. Als niet geheel duidelijk is wat het relatieve aandeel van het communautaire recht ten opzichte van het Nederlandse wetgeving is,⁷⁰ is de effectuering van de bulk van het communautaire recht afhankelijk van de inspanningen die lidstaten zich getroosten om de naleving ervan te verzekeren. Dat gaat lang niet altijd goed. Er zijn nog steeds aanzienlijk stille verliezen⁷¹ en manifeste vormen van controle- en handhavingstekorten terzake gemeenschapsrechtelijke normen.⁷² Het oude arrangement, waarbij Brussel de regels stelt, de lidstaten controleren en handhaven, en de Commissie tweede-lijnstoezicht houdt, is niet zelfstandig bij machte de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht te waarborgen. Op verschillende manieren probeert de Unie de laatste jaren hier het tij te keren, door de Commissie meer eerste-lijnstoezicht te laten houden, door supervisie via Europese agentenschappen, en door inhoudelijk – via indringende controle- en handhavingseisen in richtlijnen en verordeningen – steeds dichter op de lidstatelijke controle en handhaving te kruipen. De Moor-van Vugt heeft deze ontwikkeling wel geschetst als de beweging van fluwelen handschoen (het oude tweede-lijnstoezicht) naar de stalen vuist (communautarisering van toezicht en handhaving, gepaard aan zwaardere sancties).⁷³ Of deze nieuwe aanpak effectief is valt moeilijk te meten.⁷⁴ In ieder geval geeft de Commissie in het jaarverslag Controle op de toepassing van het gemeenschapsrecht uit 2002 ruiterslijk toe, dat niet de eigen eerste- en tweede-lijnscontrole maar klachten de voornaamste bron voor het ontdekken van inbreuken vormen.⁷⁵ Dat illustreert dat de reguleringketen eenrichtingsverkeer is en geen cyclisch karakter heeft waarbij –

70 Naar schatting 12% van de Nederlandse wetgeving is het gevolg van omzetting van EG-richtlijnen. Zie daarover het onderzoek van M. Bovens en K. Yesilkagit, De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse wetgever, *NJB* 2005, p. 520 e.v. Om het werkelijke aandeel van 'Europese wetgeving' ten opzichte van Nederlandse wetgeving te kennen zouden daarbij EG-verordeningen, EG-beschikkingen (kader)besluiten, het primaire recht uit de verdragen, de Hofjurisprudentie – en wellicht ook – de tastbare invloed die uitgaat van niet-bindende beleidsinstrumenten van de EG en de Unie (adviezen, aanbevelingen, etc.) alsmede de 'Europese slagschaduw' (spontane harmonisatie, wederzijdse aanvaarding) moeten worden opgeteld. Tot welk percentage – zo dat al van enig belang is – dat uiteindelijk leidt is onduidelijk, maar minder dan 12% zal het niet worden.

71 I.e. de situatie waarin nationale autoriteiten de gemeenschapsrechtelijke normen niet toepassen en daarover evenmin rapporteren.

72 Zie o.a. het Twintigste jaarlijkse *Verslag over de controle op de toepassing van het gemeenschapsrecht* (2002) COM/2003/0669 def.

73 A.J.C. de Moor-van Vugt, Stalen vuist of fluwelen handschoen? Overtuigende handhaving van gemeenschapsrecht, in: Bart van Klink en Willem Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer 2000, p.

74 De jaarverslagen over de controle en toepassing van gemeenschapsrecht laten zich nauwelijks uit over de ontwikkeling van controle- en handhavingssuccessen door de jaren heen. Uitspraken daarover worden, zo lijkt het, zelfs vermeden. Zie Twintigste jaarlijkse Verslag, a.w. 2002.

75 Zie Twintigste jaarlijkse Verslag, a.w. 2002.

zoals in Nederland wel gebeurt – via signalen uit controle- en handhavingspraktijk en evaluaties bijstellingen kunnen worden gepleegd.

Het voortgaande proces van communautarisering van controle en toezicht heeft inmiddels wel een aantal belangrijke gevolgen. Ten eerste draagt het bij aan de verdere Europeanisering van het openbaar bestuur in Nederland.⁷⁶ Dat is een sluipend proces dat aandacht verdient. Als we namelijk vaststellen dat de Commissie steeds zelfstandiger de bevoegdheid krijgt om te controleren of te handhaven, dan rijst de vraag: Quis custodet ipsos custodes (wie bewaakt de bewakers?). Natuurlijk is er de rechter, maar in Nederland is het goede staatsrechtelijke gewoonte dat het bestuur ook door de volksvertegenwoordiging verantwoordelijk kan worden gehouden voor het beleid. Geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid of controle, zoals Belinfantes tweede grondregel van de staatsorganisatie luidt.⁷⁷ Het afleggen van verantwoording over uitvoering van Europese controle of toepassen van Europese sancties is een problematisch punt: de relaties tussen bestuur en volksvertegenwoordiging zijn in deze bereiken vaak asymmetrisch. De Commissie of een Europees agentschap kan in de lidstaat niet ter verantwoording geroepen worden, lidstatelijke overheidsinstanties kunnen door hun volksvertegenwoordigingen met weinig vrucht ter verantwoording worden geroepen voor wat zij in Europese dienst doen. Weliswaar is er de rechter, maar die kan alleen reactief, juridisch interveniëren en geen inhoudelijk, politiek oordeel geven over het gevoerde beleid.

Een tweede probleem van de communautarisering van controle en handhaving is dat de specifieke eisen die aan de inhoud worden gesteld soms op gespannen voet komen met het Nederlandse (wetgevings)beleid. Wij hebben inmiddels geleerd dat louter strafrechtelijke handhaving een heilloze weg is: Europa schrijft het in een aantal gevallen voor.

Artikel 10 van het EG-verdrag verwoordt dat het recht van de Europese Gemeenschap in beginsel door de lidstaten moet worden gerealiseerd. Ook dat is een open deur, maar een deur die eigenlijk een tweezijdig openende klapdeur zou moeten zijn. Om het gemeenschapsrecht te kunnen realiseren is het niet alleen nodig dat de lidstaten loyaal uitvoeren, maar ook dat er wordt gecommuniceerd. Dat houdt in dat waar de controle en handhaving vastlopen dat dat dan ook wordt gemeld aan Brussel, dat Brussel kijkt naar de effectiviteit van eigen controle- en handavingsinitiatieven en dat daar waar lidstaten inzichten hebben in effectieve wijzen van handhaving die best practics meegenomen worden in Brusselse overwegingen.

76 Zie ook J.A. Schout en K. Nomden, De Europeanisering van het Nederlands openbaar bestuur, *Bestuurswetenschappen* 2000, p. 336-354.

77 Zie A.D. Belinfante, J.L. de Reede, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, veertiende druk, Deventer 2002, p. 25-29.

