

## **“Effectief Markttoezicht”**

**inbreng van**

**Markttoezichthoudersberaad**

**AFM, Consumentenautoriteit, CBP, DNB,  
NMa, NZa en OPTA**

**voor de herziening van**

**de Kaderstellende Visie op Toezicht  
(KVOTIII)**

5 september 2011

## Managementsamenvatting

Het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) werkt aan een herziening van de kaderstellende visie op toezicht (KVOT) uit 2005. De KVOT geeft de uitgangspunten voor de organisatie en de uitvoering van het externe, publieke toezicht op publieke belangen in Nederland. Zij vormt ook de basis waarop de verschillende vakdepartementen het toezicht vorm kunnen geven.

Het Markttoezichthoudersberaad is verzocht om vanuit het perspectief van het markttoezicht een gezamenlijke bijdrage te leveren aan de discussie over deze herziening. Aan het Markttoezichthoudersberaad wordt deelgenomen door de Autoriteit Financiële Markten (AFM), het College bescherming persoonsgegevens (CBP), de Consumentenautoriteit, De Nederlandsche Bank (DNB), de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatieautoriteit (OPTA), Met dit document voldoen deze toezichthouders aan dit verzoek.

Gegeven het evaluerend karakter van de herziening is binnen het Markttoezichthoudersberaad ervoor gekozen om geen integrale zienswijze op het toezicht te formuleren, maar een gezamenlijke visie te geven op een aantal essentiële aspecten van effectief markttoezicht die bij de herziening van de KVOT uitdrukkelijk aan de orde dienen te komen.

## Wat kenmerkt het markttoezicht?

Voor een juiste waardering van het markttoezicht is het belangrijk het kenmerkende van dit toezicht te onderkennen. De taakstelling van markttoezichthouders geeft het toezicht een specifiek karakter, waarmee bij de inrichting en uitvoering van het toezicht rekening dient te worden gehouden. Kenmerken zijn:

- De economische regulering waarop markttoezichthouders toezicht houden bevat veelal open normen. Deze open normen worden in de marktregulering van markten opgenomen om de complexiteit en de diversiteit van de verschillende markten zoveel mogelijk te accommoderen en de ontwikkeling van markten niet te belemmeren.
- Het markttoezicht, inclusief het handhavend optreden van de toezichthouder, kan een relatief grote impact op de economie en de samenleving hebben.
- De uitoefening van het markttoezicht geschiedt in de regel onafhankelijk van de politiek.

## Aanbevelingen voor effectief toezicht

Uit deze inbreng zijn aanbevelingen af te leiden voor de herziening van de KVOT over:

1. de invulling van de onafhankelijkheid van het toezicht;
2. de complementariteit tussen het beleid van ministeries en de uitvoering van het toezicht;

3. het creëren van een reëel verwachtingspatroon over het markttoezicht bij de politiek en in de samenleving;
4. de transparantie van het toezicht.

Naar het idee van de markttoezichthouders is een aanpassing c.q. verduidelijking van de KVOT op deze onderwerpen nodig voor een effectievere uitvoering van het markttoezicht.

### **Aanbeveling 1: Borg de onafhankelijkheid van het markttoezicht**

Voor een goede werking van markten - en daarmee voor de welvaart van de burgers - is het essentieel dat de overheid met haar marktordening bijdraagt aan een stabiel economisch (investerings)klimaat. Onafhankelijk markttoezicht borgt de belangen van de consument door een goede werking van markten te bewaken c.q. te bevorderen binnen de randvoorwaarden die de overheid in wetgeving heeft vastgesteld. Dit toezicht dient los van de politieke waan van de dag en sectorale belangen te staan.

Naar het inzicht van het Markttoezichthoudersberaad kan evenwicht in de organisatie van het markttoezicht worden bereikt als daarbij de volgende principes worden toegepast:

- Onafhankelijkheid is gediend met een rolvaste taakopvatting en –uitoefening door alle betrokkenen (politiek, beleid, toezicht).
- Een transparante informatievoorziening over de uitvoering van het toezicht door de toezichthouder naar departement en politiek bevordert het draagvlak voor toezicht. Omgekeerd biedt wetgeving kaders voor de toezichthouder.
- Bij de uitvoering van haar wettelijke toezichttaak houdt de markttoezichthouder rekening met de maatschappelijke context. Daartoe onderhoudt zij ook contacten met ministerie(s) en parlement. Wenselijk is dat toezichthouders en parlement ook rechtstreeks contact hebben door bijvoorbeeld technische briefings en werkbezoeken.
- De controle op de markttoezichthouder bij de generieke uitvoering van taken verloopt via de (deels algemene) wettelijke regeling hiervan, bijvoorbeeld een bepaling voor het geval sprake is van taakverwaarlozing.
- De controle op besluiten van de toezichthouder die zien op individuele marktpartijen verloopt via de rechter. Inmenging van de politiek of een wettelijke bevoegdheid van de minister tot aanwijzing of bij vernietiging van dergelijke individuele besluiten<sup>1</sup> is onwenselijk en vaak vanuit Europees recht bezien niet toegestaan.

<sup>1</sup> De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen bepaalt dat een minister individuele besluiten van een zelfstandig bestuursorgaan kan vernietigen, maar voor markttoezichthouders is deze bepaling in specifieke wetgeving buiten toepassing verklaard. De besluiten van de Nederlandse Zorgautoriteit zijn wel aan deze bepaling onderworpen.

- Beperk de aansprakelijkheid bij een *bona fide* uitoefening van het toezicht, ook om 'capture' van de toezichthouder te voorkomen.

### **Aanbeveling 2: Effectief toezicht vereist een versterking van de samenwerking tussen wetgeving/beleid en toezicht**

De samenwerking tussen wetgeving/beleid enerzijds en toezicht anderzijds kan verder worden versterkt. Zo kan bijvoorbeeld worden voorkomen dat regelgeving wordt ingevoerd die in de praktijk de problemen niet oplost, niet uitvoerbaar is of niet kan worden gehandhaafd. De versterking is mogelijk op de volgende punten:

- Betere borging van een continue dialoog tussen toezichthouder en beleidsmaker over de effectiviteit, de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid van voorgenomen regelgeving in de praktijk. Het proces van consultatie van toezichthouders door ministeries bij het maken van wetgeving kan verder worden versterkt.
- Meer consistentie in de regelgeving van verschillende departementen, die in de praktijk vanuit een verschillend publiek belang hetzelfde gedrag van marktpartijen ordenen. Denk hierbij aan de bevoegdheden van markttoezichthouders.
- Er dient een goede verhouding te bestaan tussen de opbrengsten en de kosten van toezicht. Reserveer voldoende structureel budget om op langere termijn effectief toezicht te kunnen houden.

### **Aanbeveling 3: Creëer een reëel verwachtingspatroon over de rol van het markttoezicht**

In een samenleving waarin burgers en marktpartijen een eigen verantwoordelijkheid dragen, gaat de vooruitgang (innovatie) hand in hand met risico's die niet altijd worden voorkomen. Het markttoezicht kan binnen de budgettaire kaders een deel van de risico's voorkomen, maar kent ook beperkingen. Een zwaarder opgezet toezicht leidt vaak tot zwaardere administratieve lasten voor marktpartijen, die weer een negatief effect kunnen hebben op de effectiviteit en efficiency van markten. Daarom:

- Erken dat een risicoloze samenleving niet bestaat.
- Uiteraard heeft de toezichthouder een eigen verantwoordelijkheid om te bevorderen dat een reëel verwachtingspatroon bestaat.
- Geef de markttoezichthouder de juiste bevoegdheden om taken te kunnen uitvoeren. Heb daarbij oog voor het spanningsveld tussen slagvaardigheid/effectiviteit van markttoezicht enerzijds en de steeds zwaardere eisen van zorgvuldigheid en motiveringsplichten anderzijds.

Erken dat markttoezicht meer is dan alleen nalevingstoezicht in individuele gevallen; het gaat uiteindelijk om het bewaken van markten, het laten functioneren van het systeem van vraag en aanbod.

#### **Aanbeveling 4: Transparant toezicht**

Het optreden van markttoezichthouders heeft niet alleen een belangrijke economische impact op bedrijven, het beoogt vooral de positie van de consumenten te verbeteren. Het gedrag van consumenten is ook mede bepalend voor het goed functioneren van markten. Immers, assertieve en kritische consumenten stimuleren de goede werking van markten. De rol van de toezichthouder en die van de consument zijn dus in belangrijke mate complementair in het bereiken van doelen van markttoezicht.

Om in deze de rol van consumenten te versterken is het van belang dat de toezichthouders hen direct kunnen bereiken. Dit vraagt om de mogelijkheid voor toezichthouders om:

- direct contact te onderhouden met consumenten en consumentenorganisaties;
- consumenten waar nodig te helpen met het verwezenlijken van hun rechten met informatie en hulpmiddelen; en
- rechtstreeks de volksvertegenwoordiging te informeren.

## Aanleiding

Na de oorspronkelijke Kaderstellende Visie op Toezicht uit 2001 en de herziening daarvan in 2005 (KVOT 2005), werkt het Ministerie van Binnenlandse Zaken (BZK) thans aan een herijking en operationalisering van het bestaande kader (KVOT III). Bij deze herijking geeft BZK in beginsel prioriteit aan de principes selectiviteit, transparantie en professionaliteit. Daarnaast zal de KVOT III ook aandacht besteden aan de consequenties van de principes van goed toezicht voor het beleid. Ook zal de KVOT III onderscheid maken naar kwaliteitstoezicht (inspectietoezicht) en markttoezicht.

BZK heeft aan verschillende organen een bijdrage ('bouwsteen') gevraagd ten behoeve van de herziening, waaronder het Markttoezichthoudersberaad (MTB). Het MTB zal (conform het verzoek) in deze bijdrage concentreren op thema's die een grote waarde hebben voor de praktijk van het markttoezicht, en concretiseren wat de principes uit de KVOT in de praktijk betekenen voor de markttoezichthouders. Ook dilemma's en gewenste verbeteringen worden daarbij meegenomen.

### I. Algemeen

Markttoezicht is noodzakelijk om marktgedreven economieën optimaal te laten functioneren. Het richt zich op het opheffen van marktfalen en het open houden van economische markten, waaronder het wegnemen van belemmeringen die het goed functioneren van markten in de weg staan, het reguleren van specifieke markten waarop normale marktwerking niet mogelijk of (door de wetgever) begrensd is, en het beschermen van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken door aanbieders van producten en diensten. Het doel daarbij is om de consumentenwelvaart in brede zin op de korte en de langere termijn te bevorderen. Dit doel ligt in het verlengde van het overheidsbeleid dat is gericht op het bevorderen van duurzame economische ontwikkeling.

Markttoezichthouders beschikken bij de uitoefening van hun wettelijke taken over het algemeen vaak over ingrijpende bevoegdheden en handhavingsinstrumenten; zowel in de onderzoeksfase (bijvoorbeeld het betreden van plaatsen en woningen), als in de besluitvormingsfase (bijvoorbeeld het opleggen van forse boetes aan ondernemingen en personen, het stellen van gedragsvoorschriften en het opleggen van tariefregulering). Onderzoeken door markttoezichthouders kenmerken zich door een hoge mate van gevoeligheid en (bedrijfs)vertrouwelijkheid.

Markttoezicht is missiegedreven toezicht. De beoogde effecten van het toezicht staan centraal. Daarbij gaat het niet alleen om de beoogde effecten in een individuele zaak, maar vaak ook voor de gehele desbetreffende sector. Dit houdt in dat bij de aanpak van marktproblemen (een combinatie van die) instrumenten word(t)en ingezet die het meeste bijdragen aan het bereiken van dat effect. Missiegedreven markttoezicht omvat dus veel meer dan alleen de strikte toepassing van bevoegdheden bij het uitvoeren en handhaven van bepaalde wetten en regels. Ook bijvoorbeeld *advocacy* (in de richting van de (nationale en Europese) overheid) en *guidance* en voorlichting (naar de ondertoezichtgestelde partijen en de consument) zijn in dit verband cruciaal.

Wanneer doet een markttoezichthouder het goed? In de praktijk is gebleken dat resultaten niet altijd goed meetbaar zijn. Toch kan beantwoording van de volgende vragen als indicatie voor ‘goed toezicht’ dienen: (1) hebben de markttoezichthouders de belangrijkste problemen in de markt gesignaleerd en opgelost?; (2) hebben ze daarover voldoende gecommuniceerd en is er over het algemeen voldoende maatschappelijk draagvlak voor dat toezicht (“*licence to operate* bij stakeholders”)?; en (3) hebben ze bij hun taakuitoefening voldoende zorgvuldig geopereerd (houdbaarheid van rapporten en besluiten)?

Onder omstandigheden kan de eerste vraag worden beantwoord met een effectmeting, zoals ‘outcome’-berekeningen waarbij de opbrengst van het toezicht voor de economie wordt afgezet tegen de kosten van dat toezicht. Dergelijke ‘outcome’-berekeningen (die voor elke toezichthouder anders van opzet zullen zijn) zullen geen harde cijfers opleveren, maar kunnen wel een beeld geven van de toegevoegde waarde van het toezicht. Ook kan de eerste vraag worden beantwoord aan de hand van “toezichtverhalen”. Heeft de consument meer keuzevrijheid gekregen? Is productinformatie verbeterd? Bij de tweede vraag gaat het erom hoe stakeholders (waar afhankelijkheidsrelaties mee bestaan) over de toezichthouder denken. Hierbij moet worden gedacht aan de politiek/wetgever, de rechter, de advocatuur en de wetenschap, andere toezichthouders, de ondertoezichtgestelden zelf, en uiteraard de consument. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de mening van deze stakeholders vaak door eigen belang worden gekleurd. Hierdoor zullen niet alle besluiten, hoewel inhoudelijk juist en rechtmatig, op draagvlak kunnen rekenen. Ook zal een markttoezichthouder soms vanuit zijn taakstelling tegen de stroom in dienen te zwemmen.

De derde vraag heeft te maken met zorgvuldigheid, rechtmatigheid en professionaliteit. De beantwoording ervan hangt voor een groot deel samen met die van de tweede vraag en zal in het herleid kunnen worden uit het juridisch *track record* van de markttoezichthouder.

Markttoezichthouders hebben een veelomvattende taak gekregen van de wetgever. Die veelomvattendheid is gelegen in zowel het aantal ondernemingen dat onder toezicht staat, alsook in de normen die de toezichthouder moet handhaven, de snelheid van ontwikkelingen en de complexiteit van problemen. Markttoezichthouders moeten daarom scherpe keuzes maken in de objecten van onderzoek en de wijze van optreden. Keuzes maken en prioriteiten stellen zijn integraal onderdeel van de toezichtstrategie van elke markttoezichthouder. Daarbij richten de markttoezichthouders zich vooral op die zaken waar het grootste risico op schade voor marktpartijen en consumenten bestaat of kan ontstaan. Dat is risicogeorienteerd toezicht.

Van markttoezichthouders wordt terecht veel verwacht. Indien een markttoezichthouder echter niet blijkt te beschikken over de wettelijke bevoegdheden om een door de politiek of consument ongewenste situatie op te heffen, maakt hij dat kenbaar aan het ministerie en het publiek. Dit geldt te meer daar waar het takenpakket van markttoezichthouders steeds verder wordt uitgebreid en beschikbare middelen en capaciteit worden gereduceerd. Dit leidt tot een spanningsveld tussen verwachtingen en mogelijkheden, waarbij uiteindelijk de situatie kan ontstaan waarin een toezichthouder niet meer die taken kan uitoefenen waarvan verwacht of verlangd wordt dat die naar behoren worden uitgevoerd.

Als gevolg van de totstandkoming van de interne Europese markt en het internationaal opererende bedrijfsleven is de internationale dimensie in het markttoezicht sterk toegenomen. Daardoor is de convergentie van marktregels en praxis van toezicht een *must*. Markttoezichthouders houden zich

daarom niet alleen bezig met nationale marktvaagstukken, maar ook met grensoverschrijdende problemen. Samenwerking met buitenlandse collega-toezichthouders en met de Europese Commissie is aan de orde van de dag, en zal nog belangrijker worden in de toekomst. Europese regelgeving en -rechtspraak zijn in hoge mate bepalend voor de invulling van de te handhaven norm, alsook voor de procedurele eisen die aan de taakuitoefening worden gesteld.

## Praktijkvoorbeeld

### *Internationale samenwerking*

Nationale toezichthouders als DNB, AFM, OPTA en CBP werken samen in al dan niet geformaliseerde Europese verbanden. Daarbinnen wordt in toenemende mate gewerkt aan convergentie van marktregels en samenwerking in grensoverschrijdende dossiers. Bij de bescherming van persoonsgegevens gebeurt dit in de zogeheten Artikel 29-werkgroep waarin tevens intensief wordt samengewerkt met de Amerikaanse Federal Trade Commission (FTC) en de Canadese privacytoezichthouder.

De hierboven omschreven positie van markttoezichthouders heeft ook gevolgen voor de wijze waarop de toezichthouders uitvoering kunnen geven aan de zes principes van goed toezicht zoals omschreven in de KVOT 2005.

## II. Effectiviteit van markttoezicht: slagvaardigheid

In de KVOT 2005 is het onderwerp “slagvaardig toezicht” opgenomen als één van de “nieuwe” principes van goed toezicht. Dit principe wordt daarbij in de kern als volgt verwoord: een slagvaardige toezichthouder is zacht waar het kan, en hard waar het moet. Maakt daarbij een passend gebruik van interventiebevoegdheden en stimuleert waar het kan, doch grijpt (snel) in als het moet. Dit vereist een zakelijke houding van de toezichthouder.

Het nastreven van slagvaardig toezicht, met de invulling zoals hierboven omschreven, is bij de markttoezichthouders aan de orde van de dag. Zo is markttoezicht meer dan alleen nalevingstoezicht in individuele gevallen. Het gaat uiteindelijk om het bewaken van markten, het laten functioneren van het systeem van vraag en aanbod en het bewaken van voldoende *countervailing powers* in de markt. Om dit te bereiken gaat het nalevingstoezicht bij markttoezichthouders tegenwoordig hand in hand met het inzetten op gedragsbeïnvloeding. Daarbij richten markttoezichthouders zich zowel op het aanzetten van ondertoezichtgestelden tot normconform gedrag als op het stimuleren van de rol van consumenten als *countervailing power*, bijvoorbeeld door overstapgedrag te stimuleren.

Het effectief beïnvloeden van normbesef en gedrag van individuen en instellingen begint met het begrijpen van de oorzaken van niet-normconform gedrag. Als deze oorzaken bekend zijn, kan een toezichthouder overgaan tot het beïnvloeden van dit gedrag. Zo kan een toezichthouder bestraffend optreden door bijvoorbeeld een sanctie aan een individuele ondertoezichtgestelde op te leggen. Ook vanwege de mogelijke uitstraling van een sanctie op het gedrag van andere marktpartijen kan dit een effectief beïnvloedingsinstrument zijn. Soms zijn (ook) andere acties nodig of beter geschikt om dit doel te bereiken. Zo kan een toezichthouder ook aansporen tot normconform gedrag door de



achtergrond van een norm aan de sector beter uit te leggen of gewenst gedrag (*good practices*) expliciet te benoemen. Ook de formulering van de boodschap (*framing*) kan een krachtig middel zijn om gedrag te beïnvloeden.

## Praktijkvoorbeelden

### *Samenwerking met strategische bondgenoten bij handhaving SPAM verbod*

Bij de inwerkingtreding van het verbod op spam aan rechtspersonen in 2009 heeft toezichthouder OPTA in overleg met brancheorganisaties een serie presentaties gegeven aan de doelgroep om kennis en acceptatie van de regels te vergroten.

### *Integrale en opbouwende aanpak van overkreditering*

Behoorlijk wat consumenten gaan persoonlijke leningen aan die later zwaar drukken op het huishoudbudget. Dit probleem van overkreditering wordt door de AFM door een mix van maatregelen aangepakt. Zo leidt het opbellen en/of waarschuwen van kredietaanbieders vaak tot het gewenste resultaat, bijvoorbeeld aanpassing van een reclame-uiting (informele handhaving). Heeft dat geen effect, dan kan de AFM een aanwijzing geven of, in ernstiger gevallen, een last onder dwangsom of een boete opleggen. Daarnaast probeert de AFM overkreditering te voorkomen door voorlichting aan consumenten en *guidance* aan marktpartijen. Ook overlegt zij met het Ministerie van Financiën om regelgeving op dit gebied aan te scherpen.

### *Informele handhaving effectief in consumentenzaken*

De Consumentenautoriteit lost veel consumentenproblemen (ca. 85% van haar zaken) op door ondernemingen te bewegen hun gedrag aan te passen zonder dat zij een formeel besluit neemt. Een voorbeeld is de naleving van de wettelijke voorschriften door webshops bij de doorverkoop van tickets voor evenementen. De Consumentenautoriteit heeft eerst alle ondernemingen schriftelijk op de hoogte gebracht van de door haar ingevulde normen en consumenten door voorlichting bewust gemaakt van het probleem. Bij de vervolgcontrole zijn 24 ondernemingen individueel en schriftelijk gewezen op gebreken op de websites en is aan hen de gelegenheid geboden om deze te herstellen. Uiteindelijk was het bij 5 webshops nodig om een versnelde last onder dwangsom op te leggen.

### *Stabiele meting van prestaties in een dynamische omgeving*

In juli 2004 bleek dat energiebedrijven ondermaats presteerden bij standaard-processen, zoals het versturen van jaarrekeningen of eindnota's bij switchen en verhuizen. De NMa is daarop medio 2005 overgegaan tot tweemaandelijks publicatie van een 'scorecard', waarop de prestaties van de individuele bedrijven op onder meer deze processen staan vermeld. Het gevolg was een flinke prestatietijd tussen energiebedrijven, waarbij zij op de scorecard prestaties stabiel op een hoog niveau zijn gaan presteren. De scorecard is nu opgenomen in de consumentgerichte 'Energiewijzer', waar consumenten snel en eenvoudig een overzicht kunnen krijgen van alle belangrijke niet-prijs gerelateerde aspecten van de energieleveranciers.

### *Uitstralingseffect van individuele handhavingsactie bij de bescherming van persoonsgegevens*

Markten die gedereguleerd worden kennen vaak een hoog risico van inbreuk op de bescherming van persoonsgegevens. De arbeidsomstandighedensector is daarvan een voorbeeld.

In deze sector heeft het CBP, naar aanleiding van vermoedens van overtreding bij een beperkt aantal arbodiensten, handhavende onderzoeken verricht. In één geval is een last onder dwangsom opgelegd. Daarop heeft de branchevereniging het initiatief genomen om structureel de naleving in de sector te verhogen. Na overleg met het CBP hebben de branchevereniging en haar leden gezamenlijk de procedures en protocollen in de eigen organisatie op privacy-aspecten gecontroleerd en waar nodig aangescherpt.

Markttoezichthouders opereren steeds meer vanuit een missiegedreven optiek, waarbij per geval en/of per sector wordt beoordeeld welk instrument het meest effectief is om het gewenste doel te bereiken.

“Zacht waar het kan, hard waar het moet”, betekent ook verantwoordelijkheid voor naleving bij het veld beleggen, conform de gedachte van “*high trust*”. Ook zelfregulering en het invoeren van meer systeemtoezicht worden in dat verband vaak als uitgangspunten van beleid genoemd.

De financiële crisis leert dat het instrument van zelfregulering ook belangrijke tekortkomingen kent en niet op alle sectoren, in alle omstandigheden even goed van toepassing is. Ook is nog niet duidelijk of en in hoeverre systeemtoezicht de effectiviteit van het markttoezicht kan vergroten. Systeemtoezicht lijkt immers, vanwege het ontbreken van een direct eigen belang bij de ondertoezichtgestelde om de risico's te beheersen, in veel gevallen niet geschikt om het gedrag van marktpartijen te beïnvloeden. En dat is nu juist waar het bij markttoezicht om gaat. In die zin is het anders dan bijvoorbeeld regels voor veiligheid van installaties. Het Markttoezichthoudersberaad heeft systeemtoezicht in 2011 als discussiethema op haar agenda gezet. We delen de uitkomsten van deze discussie graag in een later stadium met de beleidsmakers. Zowel toezichthouders als beleidsmakers zullen zich over deze aspecten moeten buigen, voordat over de (verdere) inbedding van deze uitgangspunten in het markttoezicht keuzes kunnen worden gemaakt.

Slagvaardig toezicht vergt ook dat in bepaalde gevallen snel wordt ingegrepen. Tegelijkertijd is er sinds een aantal jaren een ontwikkeling gaande waarbij door politiek en rechterlijke macht steeds hogere, juridische eisen aan het markttoezicht worden gesteld. Het gaat dan bijvoorbeeld om kwesties als zorgvuldigheid, onderzoeks- en motiveringsplichten en rechten van de verdediging. Gelet op de bevoegdheden en sanctiemogelijkheden van markttoezichthouders is een dergelijke kritische houding ten aanzien van het toezicht begrijpelijk, ook gezien de potentiële schade die toezicht kan aanrichten aan bedrijven bij onterecht optreden. Om deze reden hebben markttoezichthouders veel geïnvesteerd in het incorporeren van de hoge eisen in hun toezichtpraktijk. Hierdoor ontstaat in de praktijk steeds vaker een spanningsveld tussen enerzijds het (ook door maatschappij en politiek gewenste) snel en slagvaardig optreden en anderzijds het voldoen aan de hoge eisen die aan dat optreden worden gesteld. Tussen deze belangen dient een balans te worden gevonden.

Een ander spanningsveld dat als gevolg van deze eisen aan het toezicht ontstaat, is tussen enerzijds het continu nastreven van een juridisch goed *track record* (door aan deze hoge eisen te voldoen) en anderzijds het ‘ontginnen’ van nieuw gebieden bij bijvoorbeeld het toepassen van nieuwe bevoegdheden en het creëren van gewenste precedentes, zoals het verkrijgen van duidelijkheid over de invulling van open normen. Dit laatste is nodig om de effectiviteit van het markttoezicht ook op langere termijn te borgen, en vergt dat er voor toezichthouders ruimte blijft bestaan om (gecalculeerde) risico's te nemen.

## Praktijkvoorbeelden

### *Publicatie boetebesluiten*

Een voorbeeld is de publicatie van boetebesluiten door OPTA, waarvoor geen specifieke wettelijke grondslag bestaat, buiten de Wet openbaarheid van bestuur. Publicatie van dergelijke boetes is essentieel om ze een bredere werking te geven dan alleen in het concrete geval. Deze praktijk heeft OPTA tot nu toe veel juridische procedures gekost, maar heeft ook veel bijgedragen aan de slagvaardigheid van OPTA als toezichthouder.

### *Eisen in rechtspraak*

De rechterlijke eis dat klachten over een overtreding op basis van artikel 6 EVRM door de overtreder gecontroleerd moeten kunnen worden, dus niet anoniem mogen blijven, heeft voor veel extra werk gezorgd bij het spam-toezicht van OPTA.

### *Onderzoek zonder gebruik van wettelijke bevoegdheden*

De AFM voerde in 2005 een oriënterende analyse van beleggingsverzekeringen uit, waarvan de conclusies later door de Minister van Financiën met de Tweede Kamer zijn gedeeld. De AFM maakte daarbij geen gebruik van wettelijke bevoegdheden, maar vond het belangrijk problemen in kaart te brengen. Via onderzoeken heeft de AFM geprobeerd producten transparanter te maken.

In 2008 kreeg de AFM opdracht van de Minister van Financiën om de kosten uit rekenen voor een groot aantal specifieke beleggingsverzekeringen. Dit onderzoek viel buiten de wettelijke taak van de AFM en vereiste de medewerking van de betrokken verzekeraars. Ook dit onderzoek paste goed in de missie van de AFM om dáár op te treden waar de missie in het geding is, in dit geval bij gebreken in zorgvuldige financiële dienstverlening aan consumenten.

## III. Transparantie

In de KVOT 2005 wordt dit principe als volgt samengevat: Het principe van transparant toezicht heeft betrekking op het inzichtelijk maken van vijf aspecten van toezicht: nut en noodzaak, de waarborgen voor onafhankelijkheid, de keuzes, de bevindingen en het resultaat. Een goede toezichthouder legt uit waarom hij toezicht houdt en maakt de keuzes in het toezicht inzichtelijk. De toezichthouder maakt zijn bevindingen zoveel mogelijk actief openbaar. De transparante toezichthouder verantwoordt zich achteraf over de keuzes en de behaalde resultaten.

Transparantie richt zich op ondertoezichtgestelden, de politiek, de media en het beleid, maar met name ook op consumenten. Het is van groot belang dat toezichthouders uitleggen waarom ze doen wat ze doen en wat dat consumenten oplevert. In aanvulling daarop stelt transparantie de toezichthouder in staat in de richting van consumenten aan te geven wat deze kunnen doen om zelf hun positie te verbeteren.

De markttoezichthouders onderschrijven het belang van transparantie, en de verschillende doeleinden die hiermee kunnen worden verwezenlijkt. Transparantie creëert draagvlak voor het toezicht. Niet alleen door gemaakte keuzes uit te leggen, maar ook door helder aan te geven wat de toezichthouder wel en niet kan, en waar zij tegen de grenzen van haar bevoegdheden loopt.

Daarnaast dient transparantie een belangrijk handhavingsdoel. Door (sanctie)besluiten openbaar te maken, kunnen toezichthouders een bredere gedragsverandering in de markt bewerkstelligen en spontane naleving bevorderen. Dit middel is des te belangrijker als markttoezichthouders keuzes moeten maken of prioriteiten moeten stellen in hun handhavend optreden. Overigens stellen wetgeving en rechtspraak grenzen aan de publicatie van sanctiebesluiten, met name indien daarbij de namen van de betrokken ondernemingen openbaar worden gemaakt. Mogelijk vergt dit in de toekomst een nadere keuze door de wetgever.

Onderzoeken door markttoezichthouders kenmerken zich door een hoge mate van gevoeligheid en (bedrijfs)vertrouwelijkheid. Dat maakt dat een toezichthouder met de huidige stand van zaken niet altijd aan de door de buitenwereld gewenste mate van transparantie kan voldoen. De wettelijke bepalingen rondom transparantie stammen over het algemeen uit een periode waarin markttoezicht nog relatief onbekend was. De wetgever heeft er toen voor gekozen om de kans op voor de ondertoezichtgestelden onomkeerbare imagoschade te beperken.

Markttoezicht heeft zich in de laatste tien jaar in Nederland verder ontwikkeld. Markttoezichthouders zijn zich zeer wel bewust van de impact van hun handelen. Daarnaast is in de samenleving een grotere roep ontstaan om meer openheid. Dit dwingt tot een heroverweging van de bestaande transparantiebepalingen. Maatwerk door de wetgever en de toezichthouder is hier de sleutel. Wat voor de ene markttoezichthouder wenselijke transparantie is, hoeft dat niet te zijn voor de andere markttoezichthouder.

De markttoezichthouders zien dat vanuit de markt nog altijd een grote behoefte bestaat aan transparantie over wat wel en niet is toegestaan onder de wet. De behoefte aan *guidance* blijft groot, met name in bepaalde sectoren. Ook hier gaan transparantie en bevordering van spontane naleving hand in hand. De markttoezichthouders blijven derhalve investeren in *guidance*, met name in sectoren waar op het punt van gedragsverandering de grootste winst is te behalen.

Er zijn echter ook duidelijke grenzen aan transparantie over wat wel en niet is toegestaan. “Advisering” door de toezichthouder over wat wel of niet is toegestaan in een specifiek, individueel geval, wordt meestal beperkt tot bijzondere situaties (zoals nieuwe rechtsvragen). Voor regulier advies zijn commerciële adviseurs beschikbaar. Daarnaast moet altijd rekening worden gehouden met het voorkomen van calculerend gedrag in de markt.

### Praktijkvoorbeelden

#### *Risicoverklaring AFM*

De AFM neemt sinds enkele jaren in het jaarverslag een “risicoverklaring” op. Deze verklaring bevat risico’s waartegen de AFM actie onderneemt, maar ook risico’s waartegen de AFM (nog) niet kan optreden, maar die wel relevant zijn voor het functioneren van financiële markten. In een jaarlijkse “wetgevingsbrief” geeft de AFM, net als collega-toezichthouder DNB, weer welke aanpassingen in wetgeving zij wenselijk acht.

#### *Transparantie over normen*

In samenwerking met het Hoofdbedrijfschap Detailhandel heeft de Consumentenautoriteit bijgedragen aan de *e-learning* module “Gegarandeerd Goed”. De module traint werkgevers, werknemers en

leerlingen detailhandel op het VMBO en MBO in de belangrijkste regels met betrekking tot garanties. Zo worden toekomstige ondernemers opgeleid om consumenten optimaal te bedienen.

#### *Transparantie over keuzes*

De Consumentenautoriteit stelt tweejaarlijks een toezichtsagenda op met daarin de aandachtsgebieden voor haar optreden. Deze agenda komt tot stand na voorafgaande consultatie van de verschillende stakeholders binnen en buiten het wettelijk vastgelegd maatschappelijk overleg. Op deze wijze biedt de Consumentenautoriteit actief de mogelijkheid tot inbreng en inzicht in de keuzes die zij maakt in haar optreden naar alle partijen.

#### *Sectorstudie hypotheekmarkt*

De NMa heeft in mei 2011 een sectorstudie gepubliceerd naar mogelijke belemmeringen voor de concurrentie op de hypotheekmarkt. De NMa heeft in de sectorstudie een aantal beleidsaanbevelingen gedaan die concurrentie en marktwerking op de hypotheekmarkt kunnen bevorderen. Naar aanleiding van een van de aanbevelingen van de NMa hebben de Ministers van Financiën en Economische Zaken, Landbouw en Innovatie hun intenties uitgesproken om de hypotheekverstrekkers te verplichten om drie maanden voor het aflopen van de rentevaste periode de consument hierover te informeren en tevens een nieuw aanbod te doen. Consumenten hebben hierdoor meer tijd om zich te oriënteren op andere hypotheekverstrekkers en over te stappen, wat kan leiden tot scherpere concurrentie en lagere hypotheektarieven.

#### *Zienswijze over elektronisch patiëntendossier*

Nadat de Eerste Kamer in april 2011 het wetsvoorstel inzake het Elektronisch patiëntendossier (EPD) had verworpen, volgden initiatieven in de markt om via een zogeheten doorstartmodel een landelijk EPD in de private sector te ontwikkelen. Teneinde zekerheid te verkrijgen over toepassing van de Wet bescherming persoonsgegevens op dit marktmodel, dat voorziet in uitwisseling van gegevens tussen marktpartijen, dienden de initiatiefnemers bij het CBP een verzoek om een zienswijze in. In augustus 2011 heeft het CBP zijn zienswijze gegeven en openbaar gemaakt, zodat de voorwaarden voor uitwisseling van patiëntgegevens nu voor alle marktpartijen en aanbieders duidelijk zijn.

## **IV. Onafhankelijkheid**

In de KVOT 2005 wordt beschreven dat het principe van onafhankelijk toezicht dient in te houden dat toezichthouders de drie kernactiviteiten van toezicht – te weten informatie verzamelen, oordelen en interveniëren – zonder ongeoorloofde beïnvloeding van de onder toezicht staande partij, de beleidsmakers of andere belanghebbenden kunnen verrichten. Dit vergt dat de toezichthouder afstand houdt tot de situatie en de belangen van de onder toezicht staande en andere belanghebbenden. De samenleving moet op de onafhankelijkheid van het oordeel van de toezichthouder kunnen vertrouwen. Tegelijkertijd benadrukt de KVOT dat toezichthouders functioneren binnen de grenzen van de ministeriële verantwoordelijkheid. Hun materiële onafhankelijkheid komt vooral tot uiting in de wijze waarop zij hun rol en werkwijze binnen deze grenzen invullen. Ook benadrukt de KVOT dat het

realiseren van beleidsdoelen een gezamenlijke opgave is van beleidsmakers, uitvoerders en toezichthouders.

*Grosso modo* kan het thema 'onafhankelijkheid van toezicht' als volgt worden opgesplitst:

- A. Onafhankelijkheid ten opzichte van politieke beïnvloeding
- B. Onafhankelijkheid ten opzichte van sectorale belangen

Waar economische belangen groot zijn, belangen vaak tegengesteld zijn en iedereen een mening heeft over de gewenste uitkomst, is onafhankelijkheid van toezicht een noodzaak. Een onafhankelijke toezichthouder neemt kennis van al die belangen en neemt op basis van eigen kennis en verantwoordelijkheid een besluit. Die onafhankelijkheid is ingebed in een juridisch kader van wettelijke regels en procedures. Wanneer de onafhankelijkheid onvoldoende geregeld is, kunnen marktpartijen twijfels krijgen over de objectiviteit en eerlijkheid van het optreden van de toezichthouder. De angst voor willekeur heeft een afschrikkende werking op markt en (potentiële) investeerders. Het schaadt het vertrouwen in de effectiviteit van de toezichthouder. Dit heeft een negatief effect op de welvaart.

Onafhankelijkheid betekent dat:

1. Geen sprake is van invloed van politiek en sector op het dagelijkse toezicht (uitoefenen van bevoegdheden en nemen van handhavingsmaatregelen);
2. Toezichthouders beschikken over voldoende en op de langere termijn stabiel budget; en
3. Toezichthouders (zowel de organisatie als de medewerkers) voldoende beschermd zijn tegen aansprakelijkheidsclaims bij de *bona fide* uitoefening van hun taken.

Onafhankelijkheid kan niet zonder een goede verantwoording door de toezichthouder en transparantie van het toezicht. Waar onafhankelijkheid ziet op het uitoefenen van het toezicht zonder externe inmenging, dient de toezichthouder onderworpen te zijn aan een systeem waarbinnen verantwoording wordt afgelegd en duidelijkheid bestaat over zijn doen en laten en de wijze waarop de toezichthouder mensen en middelen inzet.

### **A. Onafhankelijkheid ten opzichte van politiek**

Een van de belangrijkste juridische waarborgen voor de onafhankelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van de beleidsmakers is dat de minister geen bevoegdheid heeft tot ingrijpen in individuele gevallen (door middel van aanwijzingen, goedkeuring of vernietiging van besluiten). De markttoezichthouders achten het dan ook onwenselijk dat een minister zou beschikken over een dergelijke bevoegdheid ten opzichte van een onafhankelijke toezichthouder. Een dergelijke bevoegdheid verhoudt zich in het algemeen slecht met de (in sommige gevallen ook door Europese regelgeving) wettelijk verankerde onafhankelijkheid. Dit geldt des te meer in bijzondere situaties waarin de Staat bijvoorbeeld tevens aandeelhouder is van de ondertoezichtgestelde partij.

Onafhankelijkheid betekent niet dat de toezichthouder geen rekening dient te houden met ontwikkelingen in beleidsdoelen van de wetgever en de minister. Wetgeving, beleid en toezicht beogen de economische marktordening zo goed mogelijk te laten functioneren. Daarvoor is een goede, constructieve werkrelatie vereist tussen toezichthouder en het moederdepartement, waarbij

over en weer oog bestaat voor de verantwoordelijkheden van de ander. Meer concreet betekent dit onder meer dat de toezichthouder bij zijn taakuitoefening de vastgestelde beleidsdoelen van de minister in het vizier houdt en de minister bij het maken van beleid(sdoelen) voldoende oog heeft voor de (door een ieder gewenste) effectiviteit van het toezicht. Anders gezegd: effectief toezicht vraagt om handhaafbare wetgeving en effectief toezichtsbeleid.

De KVOT III dient daarom nadrukkelijk aandacht te besteden aan het beginsel dat het markt- en toezichtsbeleid van ministeries nadrukkelijk rekenschap geeft van de ervaring(en) van toezichthouders over markten en het gedrag van marktpartijen, alsmede van (gedrags-)wetenschappelijk onderzoek over wat in de praktijk wel en niet werkt bij de beïnvloeding van gedrag en de bevordering van naleving van wet- en regelgeving.

Het moge duidelijk zijn dat voor een goede werkrelatie tussen de markttoezichthouder en moederdepartement een voortdurende, gestructureerde en open dialoog nodig is, waarin het oplossen van problemen in de markt centraal staat. Met het oog op de eigen verantwoordelijkheden hebben toezichthouders daarbij vooral een signalerende functie en ligt de uiteindelijke beleidsbepaling bij de politiek. Oplossingen van problemen liggen daarbij overigens niet altijd in meer of ander toezicht, maar kunnen ook gelegen zijn in andersoortige beleidsinitiatieven.

### **Praktijkvoorbeelden**

#### *Wetgevingsbrieven*

Een voorbeeld van gestructureerde dialoog wordt op dit moment ontwikkeld in het toezicht op de financiële markten. De AFM en DNB sturen sinds 2010 jaarlijks aan de Ministeries van Financiën en Sociale Zaken en Werkgelegenheid zogenaamde wetgevingsbrieven over de door hen ervaren knelpunten in de regelgeving. Deze wetgevingsbrieven zijn het resultaat van een dialoog tussen toezichthouder en kerndepartement en markeren op transparante wijze de knelpunten die de toezichthouders signaleren in wet- en regelgeving. Dit is een goede ontwikkeling die de andere markttoezichthouders toejuichen.

#### *Alternatieve afdoening*

In de branche verpleging, verzorging en thuiszorg (hierna: VVT) zijn sinds 2004 stappen gezet om te komen van een aanbodgestuurde ordening van de zorg naar een meer vraaggestuurd en cliëntgericht systeem. Het gaat hier om een oplossingsgerichte samenwerking tussen het Ministerie van VWS als beleidsmaker en de NMa als toezichthouder. Na een aantal jaar guidance te hebben gegeven aan de thuiszorgsector, bijvoorbeeld in de vorm van Richtsnoeren Zorg, is de NMa vanaf 2007 ook kartelonderzoek gaan doen. Zij heeft in een aantal zaken in de thuiszorgsector rapport opgemaakt en sancties opgelegd. In de loop van 2009 hebben er diverse gesprekken plaatsgevonden tussen de NMa en ActiZ, en later ook met BTN (beide brancheorganisaties voor VVT-organisaties), over de mogelijkheid van een alternatieve wijze van afdoening voor de VVT-branche (de zogenoemde VVT-regeling).

De VVT-regeling beoogde door introductie van complianceprogramma's bij de VVT-organisaties onnodige beperking van de mededinging in deze sector te voorkomen en een regeling te treffen voor het afwikkelen van mededingingsrechtelijke bezwaarlijke afspraken die organisaties in het verleden

hadden gemaakt. De VVT-regeling is door de leden van brancheorganisatie ActiZ tijdens de ledenvergadering van 19 mei 2010 afgewezen.

*Informele zienswijze voorafgaand aan vermoedelijke overtreding van het kartelverbod*

In 2010 heeft de NMa een informele zienswijze afgegeven over een plan voor sectorbrede samenwerking in de binnenvaart om gecoördineerd scheepscapaciteit uit de markt te halen. Kort voor de presentatie van het plan was de NMa ter ore gekomen dat de gekozen samenwerking waarschijnlijk onverenigbaar zou zijn met de Mededingingswet en het (toen nog) EG-Verdrag. Met name omdat voor de samenwerking ook bestuurlijke steun van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en van de banken nodig was, is ervoor gekozen om het plan voor inwerkingtreding te beoordelen en niet totdat deze feitelijk zou zijn geëffectueerd. Immers, indien de samenwerking in strijd zou blijken met de Mededingingswet zou het niet gesteund worden door het ministerie en de banken en zou het niet van de grond komen. Na een uitgebreide en zorgvuldige beoordeling bleek het plan een verkapt kartel. Door het afgeven van de zienswijze kon dus op een tamelijk efficiënte manier een wetsovertreding worden voorkomen.

Er moet voldoende ruimte blijven voor de invulling van de talrijke wettelijke ‘open normen’ door de toezichthouder, zodat die invulling zoveel mogelijk aansluit bij de praktijksituaties waar de toezichthouder mee te maken krijgt en het rechtsgebied zich voldoende dynamisch kan blijven ontwikkelen.

Voor onafhankelijkheid is het ook van belang dat de toezichthouder voldoende en op de langere termijn stabiel budget heeft om zijn bevoegdheden uit te oefenen en verantwoordelijkheden na te kunnen komen. Het is van groot belang dat niet via het begrotingsproces alsnog invloed wordt uitgeoefend op het dagelijkse toezicht. Dat neemt uiteraard niet weg dat rijksbrede taakstellingen ook van invloed kunnen zijn op markttoezichthouders.

De markttoezichthouders merken verder dat het parlement behoefte heeft aan informatie (‘Wat vindt de toezichthouder?’, ‘Wat ziet de toezichthouder?’). De markttoezichthouders willen graag in die behoefte voorzien door de Tweede Kamer uitleg te geven over het toezicht, en over problemen die de toezichthouders signaleren in de markt. Daarvoor is (meer) rechtstreeks contact gewenst tussen parlement en toezichthouder, bijvoorbeeld door middel van technische briefings, werkbezoeken e.d. Uiteraard is daarbij van belang dat scherp voor ogen wordt gehouden dat de minister verantwoordelijk is voor de beleidsontwikkeling.

## **B. Onafhankelijkheid richting het veld**

Om hun taken goed te kunnen uitoefenen en van alle relevante ontwikkelingen in een markt kennis te kunnen nemen, zijn contacten met de ondertoezichtgestelden onontbeerlijk. Zowel op het gebied van regulering als van toezicht neemt die relatie een belangrijke plaats in. Denk aan het vergaren van de nodige marktkennis en bijvoorbeeld de noodzaak van consultatie van de markt om te komen tot doelmatige regulering en toezicht. In een dergelijke constellatie is het van belang dat, ter voorkoming van zgn. *capture*, in de organisatie van de toezichthouder, maar ook van de beleidsmaker, duidelijke



regels en mechanismen worden geïmplementeerd, die de onafhankelijkheid van de toezichthouder en de beleidsmaker richting het veld kunnen waarborgen. Daarnaast vermindert het wisselend gebruiken van enerzijds 'horizontale' toezichtsarrangementen en anderzijds repressieve handhaving door de toezichthouder het gevaar op *capture*.

Zoals gezegd gaat onafhankelijkheid van de toezichthouder samen met transparantie van het toezicht. Transparantie wordt vormgegeven door toezichthouders doordat:

- Toezichthouders periodiek rapporteren over de behaalde resultaten.
- Toezichthouders politiek en sector informeren over de wijze waarop zij opereren.
- Er een systeem bestaat waarin het toezicht door de politiek wordt geëvalueerd.
- De toezichthouder transparant is over zijn manier van werken (zonder dat dit leidt tot het publiek maken van gevoelige informatie).

Ook dienen toezichthouders (zowel de organisatie als de medewerkers) voldoende beschermd te zijn tegen aansprakelijkheidsclaims bij de *bona fide* uitoefening van hun taken. De dreiging van schadeclaims kan onder omstandigheden een verlamme werking hebben op het toezicht. Zeker wanneer de maatschappelijke druk op toezichthouders groot wordt om de grenzen van de wet op te zoeken, en transparanter te zijn over het toezicht.

### Praktijkvoorbeelden

#### *Beperking aansprakelijkheid*

De ministerraad heeft in 2011 ingestemd met een beperking van de civiele aansprakelijkheid van de financieel toezichthouders AFM en DNB. Het voorstel regelt dat de toezichthouder alleen aansprakelijk is als hem grove schuld of opzet kan worden verweten in zijn handelen of nalaten, waardoor schade is ontstaan. Met deze norm wordt o.m. aansluiting gezocht bij de aansprakelijkheidsnorm die geldt in andere Europese landen (Frankrijk, België, Luxemburg).

### V. Selectiviteit

Het principe van selectief toezicht wordt in de KVOT 2005 beschreven als het door de overheid kiezen van vorm en omvang van toezicht en het zo effectief mogelijk inzetten van beschikbare capaciteit.

Verder geeft de overheid aan welke toezichtstaken zij met haar middelen kan uitvoeren.

Toezichthouders maken keuzes op basis van een afweging van risico's en kosten en baten.

Selectiviteit betekent ook dat de overheid aangeeft welk niveau van handhaving zij nastreeft. Toezicht is daarin een onderdeel van een breder systeem van 'checks and balances' om de doelstellingen van de overheid dichterbij te brengen.

De per definitie beperkte middelen en capaciteit waarover een markttoezichthouder beschikt, noodzaken de toezichthouder tot het stellen van prioriteiten. Een markttoezichthouder moet bij de uitvoering van haar taken keuzes maken, zij is niet in de gelegenheid om alle mogelijke zaken die zich voordoen op te pakken. Markttoezichthouders doen op eigen initiatief onderzoek (*ex officio* onderzoek) op basis van een jaarlijkse /jaaragenda en krijgen daarnaast vele klachten en verzoeken om handhavend op te treden binnen. Markttoezichthouders hebben of ontwikkelen criteria om het prioriteren van klachten (onderzoek) zo objectief mogelijk te maken en wijzen klachten af met

zogenaamde prioriteringsbesluiten. Deze besluiten doen geen afbreuk doen aan de beginselplicht tot handhaving die immers ziet op handhavend optreden in de fase nadat een overtreding is vastgesteld - wordt algemeen geaccepteerd en ook door de rechter onderkend. Het is diezelfde rechter die steeds strengere eisen stelt aan de motivering van die prioriteringsbesluiten c.q. van afwijzingen van aanvragen om handhavend op te treden. Dit heeft tot gevolg dat relatief veel middelen gemoeid zijn met prioriteringsbesluiten (individuele zaken die worden afgedaan op basis van prioriteringsbeleid van een toezichthouder).

Deze ontwikkeling leidt ertoe dat markttoezichthouders per saldo veel tijd en middelen moeten inzetten om te motiveren waarom bepaalde zaken niet worden opgepakt. Doen zij dit niet dan lopen zij het risico dat hun prioriteringsbesluiten door de rechter worden vernietigd en zij de opdracht krijgen om alsnog de aanvraag nader te onderzoeken.

Het toetsingskader voor de behandeling van klachten is door de rechter zodanig ingekaderd, geclausuleerd en toegepast, dat de vraag rijst waar het omslagpunt ligt voor het nemen en motiveren van een prioriteringsbesluit, dan wel het nemen van een besluit na een *ex officio* onderzoek.

#### **Praktijkvoorbeeld**

De bevoegdheid van de NMa om een prioriteringsbeleid te hanteren wordt door de rechter onderschreven. De rechter onderkent daarbij dat er in sommige gevallen een asymmetrische verhouding tussen klager en markttoezichthouder bestaat. Omdat de toezichthouder over toezichts- en onderzoeksbevoegdheden beschikt en meer marktinformatie heeft dan sommige individuele klagers, mogen de eisen die gesteld worden aan een aanvraag om handhavend op te treden niet te hoog worden gesteld. Is de drempel van een rechtsgeldige aanvraag genomen, dan moet de NMa zich actief opstellen, ook als het gaat om een prioritering(sbesluit). Dat betekent op zichzelf niet, dat de NMa een klacht niet meer op prioriteit mag afdoen, mits zij (a) gezien de omstandigheden van de zaak het vereiste onderzoek heeft gedaan, (b) de individuele belangen van de klager en het maatschappelijk belang heeft meegewogen en (c) haar keuze goed motiveert. De NMa ziet zich gedwongen haar huidige prioriteringsbeleid te heroverwegen; in ieder geval zullen in termen van klachtanalyse, onderzoek en motivering meer middelen moeten worden ingezet.

#### **VI. Samenwerking**

Sinds 2005 hebben markttoezichthouders de samenwerking met elkaar en met andere toezichthouders c.q. handhavers, zoals IGZ, OM en FIOD, geïntensiveerd. Deze samenwerking ziet op de uitwisseling van informatie, de afstemming van toezicht- en handhavingsacties, een eenduidige uitleg van begrippen en definities in wettelijke kaders en de uitwisseling van ervaring bij de uitvoering van het toezicht. Tussen de toezichthouders zijn samenwerkingsprotocollen gemaakt met de daarvoor benodigde afspraken.

Ook de beoogde fusie van NMa, OPTA en CA en de samenwerking binnen het Markttoezichthoudersberaad zijn goede voorbeelden van samenwerking.

#### **VII. Professionaliteit**

De markttoezichthouders onderschrijven het principe van professionaliteit. Bij de verdere opbouw en uitbouw van het toezicht is dit een voortdurend aandachtspunt. Zo vereist effectief toezicht

investeringen in kennis en ervaring. Er dient dus voldoende budget voor trainingen en opleidingen te zijn.

### VIII. Beleid om 6 principes te realiseren

Een randvoorwaarde voor goed functionerend toezicht is dat dit gepaard gaat met goed beleid en goede wetgeving. In de vorige paragrafen is reeds uitgebreid ingegaan op het belang van complementariteit tussen beleid en toezicht. Alleen waar beleid en toezicht hand in hand gaan kunnen de beste resultaten worden bereikt. Wat vraagt dit van het beleid? En van de beleidsmakers? In deze paragraaf proberen we daar een antwoord op te geven.

In de wetgeving liggen de politiek-strategische doelstellingen besloten die de wetgever met de wet en het toezicht daarop beoogt. Het verantwoordelijke beleidsdepartement, meer nog dan de toezichthouder zelf, is in het publieke debat de ambassadeur van deze doelstellingen en van de toezichthouder. Dat vergt een heldere en doortimmerde visie van het beleid op de doelstellingen van de wetgeving en de wijze waarop deze gehandhaafd worden. Deze visie dient consequent te worden uitgedragen.

Dit is lang niet altijd een gemakkelijke taak. In het bijzonder in die situaties waarin het markttoezicht conflicteert of lijkt te conflicteren met andere politiek relevante belangen, ontstaat er spanning. Omdat de toezichthouder zelf geen politieke rol heeft, is het belangrijk dat de minister in die gevallen pal achter de toezichthouder staat.

Daarnaast komt het steeds vaker voor dat een toezichthouder zich in een zaak geconfronteerd ziet met (verschillende) publieke belangen, en hij deze (op basis van daartoe bestaande wettelijke ruimte) moet meewegen in zijn besluitvorming. Waar dergelijke afwegingen omtrent publieke belangen (kunnen) worden gemaakt door toezichthouders, is het van belang dat beleidsmakers duidelijke (wettelijke) kaders meegeven op basis waarvan en waarbinnen die afweging kan worden gemaakt. Dit vergroot de legitimiteit van het optreden van de toezichthouder in een dergelijk geval.

Een andere situatie waarin spanning kan ontstaan is die waarin het handelen van de overheid zelf, direct of indirect, op enigerlei wijze binnen de reikwijdte van het toezicht valt. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als de overheid als marktpartij optreedt of als zij als aandeelhouder participeert in ondernemingen waarop markttoezicht wordt uitgeoefend. Zeker wanneer de toezichthouder zich op grond van de wet genoodzaakt ziet in te grijpen in het gedrag van het voor haar verantwoordelijke ministerie, is er sprake van een gespannen situatie. Rolvastheid van overheid en toezichthouder en een maximale transparantie in alle fasen van het besluitvormingsproces van beleid en uitvoering is geboden om het maatschappelijke vertrouwen in het onafhankelijke toezicht te waarborgen.

Het behoeft geen betoog dat de wet- en regelgeving en het daarmee samenhangende beleid waar het ministerie verantwoordelijk voor is, de toezichthouder in staat moeten stellen adequaat toezicht uit te oefenen. In alle fasen van het wetgevings- en beleidsproces dient het ministerie de toezichthouder daarom te informeren en te consulteren opdat op basis van alle relevante argumenten en kennis een eindafweging wordt gemaakt. De visie van de toezichthouder op ontwerp-wetgeving moet daarom ook steeds openbaar zijn. Ook de evaluatie van bestaande wetgeving op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid in de praktijk door de toezichthouder is openbaar.

Beleid en uitvoering kunnen veel aan elkaar hebben. Indien goed wordt samengewerkt bij het aanpakken en oplossen van marktproblemen, dan kunnen de doelmatigheid en doeltreffendheid van zowel beleid als toezicht verder worden verbeterd. Beleid en toezicht dienen in dat licht een structurele en open dialoog te voeren, overigens zonder elkaars rol over te nemen. Het beleid zou daarbij meer kunnen profiteren van de marktkennis die bij de toezichthouder aanwezig is, terwijl de toezichthouder kan profiteren van de kennis van beleidsmedewerkers. Dit zal de reputatie en de acceptatie van het toezicht versterken en onnodige spanning tussen het publieke belang bij adequaat markttoezicht en andere beschermenswaardige publieke belangen zoveel mogelijk vermijden. Een consistent markttoezichtbeleid dient de rechtszekerheid en kan lasten voor het bedrijfsleven beperken.

De deelnemers aan het Markttoezichthoudersberaad hopen dat de nieuwe Kaderstellende Visie op Toezicht helpt om het markttoezicht verder te versterken. Wij zetten daarover de dialoog met alle betrokkenen graag voort.