

gedetineerden in te voeren en een mogelijkheid tot verhaal van een deel van de kosten van het strafproces op de dader.

Tot slot zijn er voornemens om de kosten van onder meer het toezicht op en tuchtrecht voor wettelijk geregementeerde vrije (juridische) beroepen, voor zover deze niet al voor rekening van de beroepsgroepen komen, op grond van het profijtbeginsel aan hen door te berekenen.

Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) is verantwoordelijk voor de decentrale overheden en de wettelijke mogelijkheden voor kostendoorberekening van deze overheden. Dit betreft naast onder andere de heffing van de rioolheffing en de afvalstoffenheffing hoofdzakelijk ook de legesheffing ter zake van enerzijds gemeentelijke vergunningen (toelating) en van anderzijds door gemeenten verstrekte diensten zoals de verstrekking van een paspoort. Hoewel de doorberekening van kosten van dienstverlening strikt genomen niet onder het kader van Maat houden valt, zijn de ten aanzien daarvan gehanteerde uitgangspunten wel bruikbaar. Artikel 229b van de Gemeentewet stelt bijvoorbeeld eisen aan het door gemeenten gehanteerde tarief, o.a. dat de leges niet meer dan 100 procent kostendekkend mogen zijn. Over de tarifiering bestaat ook de nodige rechtspraak. In kader van de bouwregelgeving en de Wabo wordt de Minister van BZK regelmatig bevraagd over de wijze van berekening en de hoogte van de leges bij de aanvraag van vergunningen. Het toezicht op de woningcorporaties wordt nu uitgevoerd door enerzijds de minister van BZK en anderzijds het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting (CFV). De minister heeft het volkshuisvestelijke toezicht gemandateerd aan de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) en het CFV is verantwoordelijk voor het financiële toezicht. De kosten van het CFV worden thans gedekt uit de bij de sector geheven middelen ten behoeve van sanering van corporaties of het verlenen van projectsteun. Het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (Kamerstukken II, 2010/11, nr. 32769) verandert de positionering van het financiële toezicht. De eerder voorziene Financiële Autoriteit woningcorporaties zal bij de novelle worden vervangen door toezicht door de minister van BZK. De kosten voor zowel het volkshuisvestelijk als financiële toezicht zullen na inwerkingtreding van de nieuwe wet doorberekend worden aan de sector.

Ministerie van Financiën

De kosten van het door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB) uitgeoefende toezicht op de financiële sector (onder andere banken, verzekeraars, tussenpersonen en beleggingsondernemingen) worden op twee manieren aan de ondertoezichtgestelde ondernemingen doorberekend. Zogenaemde eenmalige toezichtshandelingen, zoals de verlening van een vergunning, worden op factuurbasis individueel in rekening gebracht. Hierbij gaat het dus om toelating. De kosten van het doorlopende toezicht op de financiële instellingen worden voor een (relatief klein) deel gedekt door een vaste, forfaitaire overheidsbijdrage en voor het overige via een omslagstelsel over de sector verdeeld. Volgens de Memorie van Toelichting van de Wet bekostiging financieel toezicht was het individuele profijtbeginsel uit Maat houden 1996 hiervoor niet bruikbaar en is de kwestie van de verdeling van de kosten tussen overheid en marktpartijen op een meer pragmatische manier benaderd die recht doet aan de specifieke omstandigheden bij het financiële toezicht. Kenmerkend voor dat toezicht is de controle bij de poort die toegang geeft tot de sector en het toezicht op gedragingen achter de poort. Mocht een partij binnen de poort normen overtreden, dan heeft dat uitstralingseffecten op de gehele sector. Omdat dergelijke gedragingen de aard en de intensiteit van het toezicht in belangrijke mate bepalen en het toezicht op het voorkomen ervan onmiddellijk een systeemprofijt oplevert, worden alle kosten die samenhangen met het toezicht op de in de wet afgebakende groep van 'personen' die gehouden

zijn aan de nakoming van wettelijk vastgelegde regels, aan deze groep doorberekend. Ook het toezicht op ondernemingen die zonder vergunning, dus illegaal, actief zijn, komt in grote mate ten bate van de groep en de kosten ervan kunnen worden doorberekend. Dit geldt ook voor kosten die een minder directe relatie hebben met de toezichttaak, zoals de betrokkenheid van de AFM en DNB bij de voorbereiding van wetgeving en onderzoeken. Dergelijke betrokkenheid helpt regels meer uitvoerbaar (ook voor sector) te maken en borgt dat de toezichthouder op een efficiënte manier kan werken (onder andere door knelpunten in het toezicht te signaleren en hierover de minister van Financiën te adviseren). Wel moeten dergelijke kosten in beperkte verhouding staan tot de totale kosten van het toezicht. De wet biedt waarborgen om hierop toe te zien, zo moet de minister van Financiën de begrotingen en jaarrekeningen goedkeuren en stelt hij een kostenkader vast waarbinnen de begrotingen moeten blijven.

Tot de Wet bekostiging financieel toezicht (inwerking getreden op 1 januari 2013) bestond een zeer verfijnd systeem van doorberekening, waarbij per deelsector (35 in getal) op basis van reëel gemaakte kosten (berekend aan de hand van het door Inspecteurs bestede aantal uren) een rekening werd opgemaakt. Dit had twee grote nadelen: bewerkelijkheid en een grote fluctuatie in de hoogte van de rekeningen die instellingen ieder jaar moesten betalen. Het nieuwe systeem is minder gedetailleerd: de bijdrage van de sector wordt op basis van voor 5 jaar vastgelegde verdeelsleutels (gerelateerd aan de relatieve omvang van een bepaalde deelsector) verdeeld over de deelsectoren. Op het moment dat nieuwe verdeelsleutels worden vastgesteld wordt opnieuw bekeken wat de reële kosten van het toezicht op een bepaalde deelsector daadwerkelijk zijn. Alle kosten zoals opgenomen in de begrotingen van DNB en AFM worden doorberekend, minus de gelimiteerde bijdrage van de staat (voor de Autoriteit Financiële Markten € 20 000 000, voor De Nederlandsche Bank € 18 800 000).

Momenteel is overigens een wetsvoorstel in voorbereiding op basis van het regeerakkoord van het kabinet Rutte-Asscher, dat de gelimiteerde rijksbijdrage, geheel afschaft. Hiermee komen alle toezichtskosten, inclusief kosten voor repressieve handhaving, voor rekening van de afgesloten groep. Op basis van het voorstel wordt een deel van de boete-inkomsten (alles onder de 2,5 miljoen Euro per toezichthouder) overigens weer in mindering gebracht op de toezichtskosten.

Onderwijs, Cultuur en Wetenschap

Op de beleidsterreinen van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap vindt doorberekening van handhavingskosten in de volgende gevallen plaats. Instellingen voor hoger onderwijs zijn voor de accreditatie van opleidingen een vergoeding verschuldigd aan de Nederlands-Vlaamse Accreditatie Organisatie, op grond van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. Commerciële media-instellingen zijn op grond van de Mediawet 2008 jaarlijks een vergoeding voor de kosten van het toezicht verschuldigd aan het Commissariaat voor de Media. Er vindt geen doorberekening van handhavingskosten plaats door de Inspectie van het onderwijs en de Erfgoedinspectie.

4. Europeesrechtelijke uitgangspunten bij doorberekening

4.1 Inleiding

Eén van de doelstellingen van de Europese Unie is de totstandbrenging van de interne markt en het verzekeren van de werking ervan om het handelsverkeer tussen lidstaten te bevorderen. De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd.¹⁹ Het op nationaal niveau heffen van leges, vergoedingen of tarieven kan gevolgen hebben voor de interne markt en belemmeringen opwerpen voor het vrij verkeer. Daarom kent het EU-recht diverse kaders waaraan dergelijke leges, vergoedingen of tarieven getoetst moeten worden op hun verenigbaarheid met de interne markt.

Tegelijkertijd voorziet de EU-wetgever door middel van richtlijnen of verordeningen in expliciete Europese grondslag voor het heffen leges of het in rekening brengen van kosten, vergoedingen of tarieven. Afhankelijk van de mate van gedetailleerdheid van de specifieke richtlijn of verordening, is er meer of minder ruimte voor Nederland om bij de inrichting van de heffing, leges of kostendoorberekening eigen beleid te voeren.

4.2 Doorberekening van handhavingskosten reeds op EU-niveau voorgeschreven

Bij de totstandkoming van EU-regelgeving wordt geen gebruik gemaakt van een Europese equivalent van 'Maat houden'. Wel is in verschillende EU-regelgeving (in sommige gevallen vergaande) doorberekening van handhavingskosten aan de orde. In deze gevallen zijn de uitgangspunten van 'Maat houden' niet leidend, maar dient de nationale doorberekeningspraktijk in overeenstemming te zijn met de betreffende Europese regelgeving. Indien er nog nationale beleidsruimte overblijft, dient uiteraard wel zoveel mogelijk aangesloten te worden bij de uitgangspunten van 'Maat houden'.

Een sprekend voorbeeld waarin doorberekening van handhavingskosten in vergaande mate op EU-niveau is geregeld, zijn de controles op de naleving van de wetgeving inzake diervoeders en levensmiddelen en de voorschriften inzake diergezondheid en dierenwelzijn. Dit beleidsterrein is op Europees niveau geharmoniseerd met Verordening (EG) nr. 882/2004.²⁰ Binnen dit kader gaat het, in de terminologie van Maat houden 1996, om preventieve en repressieve handhaving. In deze verordening wordt dit 'officiële controles' en 'aanvullende officiële controles' genoemd.

Om te garanderen dat alle lidstaten daadwerkelijk de controles op diervoeders en levensmiddelen en de voorschriften inzake diergezondheid en dierenwelzijn uitvoeren, en dit niet nalaten wegens het maken van uitvoeringskosten, is in Verordening (EG) nr. 882/2004 voorgeschreven dat voor de organisatie van officiële controles passende financiële middelen ter beschikking moeten worden gesteld en dat de bevoegde autoriteiten van de lidstaten derhalve vergoedingen of kostenbijdragen moeten kunnen innen ter dekking van de kosten van die officiële controles. Daarbij staat het de bevoegde autoriteiten van de lidstaten vrij de vergoedingen en

¹⁹ Zie artikel 26 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de daaraan verbonden artikelen 28 tot en met 37 en 45 tot en met 66 VWEU.

²⁰ Verordening (EG) nr. 882/2004 van het Europees Parlement en de Raad inzake officiële controles op de naleving van de wetgeving diervoeders en levensmiddelen en de voorschriften inzake diergezondheid en dierenwelzijn, PB EU L 165.

kostenbijdragen vast te stellen als vaste bedragen op basis van de gedragen kosten en rekening houdend met de specifieke situatie van de inrichtingen.

Voor het bepalen van de hoogte van de inspectievergoeding voor exploitanten van diervoeder- en levensmiddelenbedrijven zijn wel gemeenschappelijke criteria vastgesteld. Hiernaast worden voor de vergoedingen voor invoercontroles²¹ op de voornaamste invoerproducten, met het oog op een uniforme toepassing en om handelsverstoringen te vermijden, de tarieven rechtstreeks vastgesteld.

Verder is in Verordening (EG) nr. 882/2004 voorgeschreven dat indien de vaststelling van een niet-naleving aanleiding geeft tot officiële controles die verder gaan dan de gewone controleactiviteiten van de bevoegde autoriteit, de uitgaven voor deze aanvullende officiële controles door de bevoegde autoriteit worden verhaald op de exploitanten die verantwoordelijk zijn voor de niet-naleving of op degene die de producten ten tijde van de aanvullende officiële controles onder zijn hoede had. De gewone controleactiviteiten zijn de controleactiviteiten met een routinekarakter. Activiteiten die verder gaan dan de gewone controleactiviteiten, omvatten het nemen en analyseren van monsters, alsook andere controles die nodig zijn om de omvang van een probleem vast te stellen en na te gaan of er corrigerende maatregelen zijn genomen, dan wel om niet-naleving op te sporen of te bewijzen. Hiermee wordt ook op Europees niveau het 'de veroorzaker betaalt'-beginsel erkend: indien een bepaald bedrijf aanwijsbaar is dat door laakbaar gedrag verhoogde handhavingskosten veroorzaakt, is het redelijk om deze kosten aan dit bedrijf door te berekenen.

Tevens is interessant aan Verordening (EG) nr. 882/2004 dat in deze verordening voor bepaalde officiële controles minimum vergoedingen en heffingen zijn vastgesteld. Hiermee moet worden voorkomen dat bedrijven van sommige lidstaten worden bevoordeeld ten opzichte van bedrijven in andere lidstaten doordat zij slechts zeer lage vergoedingen of heffingen hoeven te betalen voor de controles. Hiermee wordt mogelijke ongunstige beïnvloeding van concurrentie tussen lidstaten beperkt.

In verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van de Europese Unie van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank (ECB) specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PbEU 2013, L 287) wordt bepaald dat de kosten die de ECB maakt worden doorberekend aan de ondertoezichtgestelden. De nationale toezichthouder kan (niet moet) haar toezichtkosten die voortvloeien uit die verordening eveneens doorbelasten.

Het uitgangspunt dat mogelijke ongunstige beïnvloeding van concurrentie tussen lidstaten moet worden beperkt, is bovendien ten algemene vastgesteld voor andere EU-regelgeving waarin doorberekening van controlekosten in de vorm van retributies verplicht is gesteld, in het arrest van de hofzaak Gosschalk²². In deze uitspraak is uitdrukkelijk vastgelegd dat dergelijke retributies de kosten moet dekken die de bevoegde autoriteit moet maken in verband met loonkosten, sociale premies alsook de administratiekosten in het kader van de uitvoering van controles en keuringen. Bovendien mag de totaal geheven retributie niet meer bedragen dan de werkelijk gemaakte keuringskosten. Directe of indirecte teruggaaf door de lidstaat van door EU-regelgeving verplichte retributies is verboden.

²¹ Dit is een vorm van toelating. Het betreft de officiële controles van diervoeders en levensmiddelen om goedkeuring voor de invoer van de betreffende producten te verkrijgen.

²² HvJ EU, C-430/07 Gosschalk, overwegingen 77-79.

4.3 Doorberekening van handhavingskosten *niet* reeds op EU-niveau voorgeschreven

Wanneer de doorberekening van handhavingskosten niet reeds op EU-niveau dwingend wordt voorgeschreven, dienen lidstaten wel rekening te houden met de gevolgen voor het interstatelijk handelsverkeer, zodat handelsverstoringen en concurrentievervalsing worden vermeden en het vrij verkeer niet wordt belemmerd. Voor zover EU-verordeningen of richtlijnen bepalingen bevatten die het heffen van leges, vergoedingen of tarieven inkaderen, dienen deze verordeningen of richtlijnen te worden gerespecteerd en voor zover er dan nog ruimte is voor de lidstaten, kan Maat houden worden toegepast.

Zo kent de nieuwe verordening voor markttoezicht op producten een dergelijke inkadering. Over deze verordening wordt op het moment van het schrijven van dit rapport nog onderhandeld in Brussel. In artikel 9a, tweede lid, van de concept verordening²³ wordt geregeld dat lidstaten mogen toestaan dat hun toezichthouders een (gedeeltelijke of volledige) kostendekkende vergoeding vragen voor de kosten van de handhavingsactiviteiten die betrekking hebben op de vondst van producten die niet voldoen of die een risico opleveren, zoals voor het testen van de betreffende producten, waaronder (indien nodig) de risicobeoordeling en herstellende maatregelen. Dit geldt voor zowel controle op producten binnen de Europese Unie als voor controle op producten die de Europese Unie worden ingevoerd. Hier bestaat nog nationale beleidsruimte om te bepalen of de kosten van de betreffende handhavingsactiviteiten worden doorberekend en, zo ja, hoe hoog de gevraagde vergoeding wordt. Voor deze overwegingen kan Maat houden toegepast worden.

In de dienstenrichtlijn²⁴ is een generieke bepaling opgenomen die het doorberekenen van kosten, het heffen van leges etc. bij het verlenen van vergunningen (dit omvat ook marktoelatingen, bepaalde vormen van controles etc.) inkadert. Artikel 13, tweede lid, van de dienstenrichtlijn bepaalt dat vergunningsprocedures en -formaliteiten geen ontmoedigend effect mogen hebben en de dienstverrichting niet onnodig mogen bemoeilijken of vertragen. Zij zijn gemakkelijk toegankelijk en *eventuele kosten voor de aanvragers in verband met hun aanvraag zijn redelijk en evenredig met de kosten van de vergunningsprocedures in kwestie en mogen de kosten van de procedures niet overschrijden.*

Voor zover er geen secundaire EU-regelgeving in de vorm van verordeningen of richtlijnen het doorberekenen van kosten of het heffen van leges inkadert, is er geen sprake van een volledige vrijheid voor het Nederlandse bestuursorgaan. Ook dan zal rekening moeten worden gehouden met de effecten op het handelsverkeer en de concurrentie en de mogelijke belemmering van het vrij verkeer. Daarbij moet rekening worden gehouden met de volgende uitgangspunten die afkomstig zijn uit de Europese jurisprudentie.

Bij de heffing van leges of tarieven ten behoeve van het toetsen door de overheid of bedrijven en burgers voldoen aan de wettelijke eisen om een bepaalde activiteit te mogen verrichten en het verlenen van de toestemming daartoe, bepaalt het bestuursorgaan zelf de hoogte van de betreffende leges of tarieven, indien dit dus niet reeds op Europees niveau is geharmoniseerd. Doordat iedere lidstaat zelf de hoogte van de leges of tarieven kan bepalen en hierdoor verschillen

²³ Proposal for a regulation on market surveillance of products and amending Council Directives 89/686/EEC and 93/15/EEC, and Directives 94/9/EC, 94/25/EC, 95/16/EC, 97/23/EC, 1999/5/EC, 2000/9/EC, 2000/14/EC, 2001/95/EC, 2004/108/EC, 2006/42/EC, 2006/95/EC, 2007/23/EC, 2008/57/EC, 2009/48/EC, 2009/105/EC, 2009/142/EC, 2011/65/EU, Regulation (EU) No 305/2011, Regulation (EC) No 764/2008 and Regulation (EC) No 765/2008 of the European Parliament and of the Council, 2013/0048 (COD).

²⁴ Richtlijn 2006/123/EG betreffende de diensten op de interne markt, PbEU 2006. nr. L 376, blz. 36 e.v.

tussen lidstaten kunnen bestaan, kunnen er concurrentienadelen ontstaan. Indien in Nederland voor bepaalde producten of diensten hogere leges of tarieven worden geheven dan in omliggende landen, hebben Nederlandse ondernemingen een ongunstigere concurrentiepositie ten opzichte van buitenlandse concurrenten. Het Europees Hof van Justitie ziet dit evenwel *niet* als een ontoelaatbare belemmering van het vrije verkeer²⁵.

Voorts staat het Europees recht er niet aan in de weg dat lidstaten voor beleidsvelden die niet zijn geharmoniseerd hogere tarieven of leges heffen dan omliggende landen. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in een aantal uitspraken overwogen dat de rijksoverheid geen rekening hoeft te houden met deze verschillen²⁶. Wel moet overeenkomstig 'Maat houden' worden overwogen dat toelatingskosten niet moeten worden doorberekend indien hierdoor de concurrentiepositie van het bedrijfsleven substantieel wordt aangetast, of doorberekening op een andere wijze belastend is voor degene op wie de regelgeving zich richt.

Een lidstaat is vrij in het heffen van leges en tarieven voor controlekosten, zolang zij dit op een gelijke wijze doet voor buitenlandse producten en voor binnenlandse producten en er geen nadelig effect voor buitenlandse producten, dienstverleners of kapitaalstromen ontstaat.

Bij goederen en producten gelden drie belangrijke beperkingen die in acht genomen moeten worden bij het inrichten van een systeem van leges, kostendoorberekening of heffingen ter dekking van de door de overheid gemaakte toezichtskosten:

1. De heffing, kostendoorberekening of leges mag niet enkel worden geheven wegens de omstandigheid dat de grens met Nederland wordt overschreden. Dit geldt ook voor situaties waarbij de heffing, kostendoorberekening of leges in rekening worden gebracht, omdat het product voor het eerst op de Nederlandse markt wordt toegelaten. Dit is namelijk een verboden douaneheffing of heffing van gelijke werking. Heffingen van gelijke werking zijn op grond van artikel 30 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verboden, omdat het berekenen van verschillende kosten voor binnenlandse- respectievelijk buitenlandse producten het vrije verkeer zou kunnen beperken.
 - Indien echter bij de doorberekening van toezichtskosten aan alle navolgende voorwaarden wordt voldaan, is er geen sprake van strijdigheid met het verbod op heffingen van gelijke werking:
 - Doorberekening vindt plaats, omdat er sprake is van een daadwerkelijke verleende directe en individualiseerbare tegenprestatie;²⁷
 - De leges of tarieven overschrijden niet de werkelijke kosten van de verrichte tegenprestatie;²⁸
 - Er is een direct verband tussen de werkelijk gemaakte kosten voor de dienst en de te betalen vergoeding.²⁹ Van een direct verband is sprake wanneer het bedrag van de vergoeding wordt berekend aan de hand van de tijdsduur van de keuring, het aantal daarvoor Ingezette

²⁵ Zie uitspraken van 13 februari 1969 in zaak 14/68 (Walt Wilhelm, Jurispr. 1969, blz. 1), van 12 mei 1998 in zaak C-336/96 (Gilly, Jurispr. 1998, blz. 2793) en van 12 juli 2005 in zaak C-403/03 (Schempp, Jurispr. 2005, blz. I-00000), van 8 september 2005 in gevoegde zaken C-544/03 en C-545/03, Mobistar, overweging 31.

²⁶ ABRS 28 december 2005, 200501811/1; ABRS 16 juli 2003, 200206404/1 & ABRS 29 maart 2006, 200504264/1.

²⁷ HvJ EG 14 december 1972, nr. 29/72, Jur. 1972, p. 1309, (Marlimes) & HvJ EG 17 mei 1983, 133/82. Jur. 1983, p.01669, (Commissie/ Luxemburg).

²⁸ Idem.

²⁹ HvJ EG 2 mei 1989, nr. 111/89, Jur. 1990 p. I-01735, (Nederland v. Bakker Hillegom) & HvJ EG 27 september 1988, nr. 18/87, Jur. 1988 p. 5427 (Commissie Duitsland).

personen, de materiaalkosten, de vaste kosten of eventuele andere soortgelijke factoren. Dit sluit niet uit dat deze kostenfactoren worden uitgedrukt in forfaitaire bedragen, bij voorbeeld een vast uurtarief. Er bestaat daarentegen geen rechtstreeks verband tussen de concrete keuring en het bedrag van de vergoeding wanneer deze wordt berekend aan de hand van het gewicht of de factuurwaarde van de geïmporteerde producten.³⁰

2. De heffing, kostendoorberekening of leges mag niet hoger zijn voor producten en goederen van andere lidstaten dan voor gelijksoortige Nederlandse producten. Ook mag de heffing, kostendoorberekening of leges niet zo zijn ingericht dat andere producten dan waarvoor de heffing geldt worden afgeschermd van buitenlandse concurrentie. Dit principe is neergelegd in artikel 110 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Het begrip 'belasting' in dat verdragsartikel verwijst overigens niet naar het belastingrecht, maar is een verzamelnaam voor alle heffingen op zowel ingevoerde- als nationale producten, onafhankelijk van het doel of het karakter ervan.
3. De met de inspectie of keuring samenhangende formaliteiten mogen niet feitelijk een zwaardere last neerleggen bij buitenlandse ondernemers en hun producten en diensten, dan binnenlandse ondernemers. Controleprocedures mogen niet met onredelijke kosten of onredelijk tijdverlies gepaard gaan³¹ en moeten rekening houden met de reeds in de lidstaat van uitvoer verrichte controles.³² Is dit wel het geval, dan kan er sprake zijn van een schending van het verbod op kwantitatieve invoerbepalingen of maatregelen van gelijke werking (artikel 34 VWEU) of het vrij verkeer van de diensten, personen, kapitaal of de vrijheid van vestiging.

³⁰ HvJ EG 2 mei 1989, nr. 111/89, Jur. 1990 p. I-01735, (*Nederland v. Bakker Hillegom*).

³¹ zaak 406/85, *Gofette & Gilliard*, overwegingen 10 en 11

³² zaak C-105/94, *Celestini*, overweging 37

5. Tussenconclusies

Bij beschouwing van de huidige wetgeving en wetwijzigingen de laatste jaren is de conclusie dat de departementen het kader van Maat houden 1996 over het algemeen redelijk goed en consequent toepassen. Doorgaans wordt in de toelichting expliciet getoetst aan de uitgangspunten van Maat houden 1996 en wordt verantwoord waarom soms een beroep wordt gedaan op de uitzonderingen op die uitgangspunten (Europese verplichtingen, marktordening). Echte afwijkingen – waarbij dus ook geen beroep op de uitzonderingen kan worden gedaan – komen weinig voor (een voorbeeld is de Wet bekostiging financieel toezicht). De werkgroep concludeert dan ook dat het kader van Maat houden, inclusief de uitzonderingsmogelijkheden, op hoofdlijnen nog steeds richtinggevend is en een duidelijk houvast biedt aan beleidsmakers en wetgevers. Wel blijkt uit de ontwikkelingen dat Maat houden op enkele onderdelen onder druk staat, onduidelijkheden oproept en te weinig flexibel is. Dit betreft de volgende punten:

1. De gehanteerde toezichts- en handhavingscategorieën en de daarbij behorende begrippen roepen onduidelijkheden op. Dit betreft met name het onderscheid tussen post-toelating en preventieve handhaving. Bij de voorbereiding van wetgeving of bij het opstellen van tarieven is voor departementen soms niet duidelijk of bepaalde controles onder het een of onder het ander moeten worden gerubriceerd, wat gevolgen heeft voor het uitgangspunt (wel of niet doorberekenen). Dit leidt tot 'doelredeneringen', waarbij kosten van bepaalde controles tot post-toelatingskosten worden gerekend zodat een duidelijker grondslag voor doorberekening kan worden aangenomen (vgl. de discussies hierover in de luchtvaartsector). Dat het onderscheid niet scherp is blijkt ook uit regelingen waarbij kosten van toezicht al deels worden meegenomen in het tarief voor de daaraan voorafgaande vergunning (art. 30d lid 3 Wet op de kansspelen).
2. Er wordt de laatste jaren regelmatig een beroep gedaan op de uitzonderingen die Maat houden al erkende. Zo zien we dat de EU op geharmoniseerde terreinen vaker de lidstaten voorschriften geeft over uit te voeren controles en de daarvoor aan bedrijven in rekening te brengen bijdragen (vgl. Verordening (EG) nr. 882/2004 naleving van regels inzake diervoeders, levensmiddelen, diergezondheid en dierenwelzijn en de ontwerpverordening voor markttoezicht op producten). De EU maakt daarbij niet altijd onderscheid tussen de in Maat houden 1996 onderscheiden categorieën (toelating, preventieve en repressieve handhaving). Ook zien we dat de uitzondering die Maat houden 1996 formuleerde voor het toezicht op groepen in het kader van marktordening vaker wordt toegepast (vgl. de Telecommunicatiewet).
3. Die beleidsmatige ontwikkelingen zien we vooral in de categorie preventieve handhaving (in dit rapport toezicht op naleving genoemd). Met name de mogelijkheid van doorberekening van kosten van toezicht op duidelijk afgebakende groepen bedrijven wordt vaker onderzocht en roept soms vragen op (vgl. het toezicht op de financiële sector, de business cases voor het toezicht op de BRZO-sector). Daarbij gaat het niet alleen om marktordening – een categorie die in Maat houden 1996 expliciet wordt genoemd – maar ook om toezicht op groepen bedrijven die op bepaalde bijzonder risicovolle terreinen opereren. Bij dit soort doorberekeningsstelsels wordt soms ook een andere financieringssystematiek toegepast. Waar Maat houden 1996 vooral uitging van toerekening van kosten aan individuele toezichts- en handhavingsactiviteiten, zien we nu stelsels waarbij de totale kosten van de handhaving aan de hand van verdeelsleutels worden omgeslagen over de leden van een groep. Hierbij wordt de directe relatie tussen de werkelijke handhavingsinspanningen ten aanzien van bepaalde personen of bedrijven en de door hen te betalen bijdrage losgelaten.

4. We zien ook vaker uitzonderingen op het uitgangspunt van Maat houden 1996 dat de kosten van repressieve handhaving niet worden doorberekend. In het strafrecht is bijvoorbeeld met de doorberekening van administratiekosten bij geldboetes toepassing gegeven aan de uitzondering die Maat houden 1996 – op basis van ‘de veroorzaker betaalt’ - bood op het uitgangspunt dat repressieve handhavingskosten niet worden doorberekend. Ook op grond van de Wet op de Havenstaatcontrole worden repressieve handhavingskosten doorberekend. Het huidige regeerakkoord bevat voornemens om verder te gaan met de doorberekening van kosten van het strafproces. De laatste jaren tekent zich met andere woorden een beleidsmatige behoefte af aan meer ruimte voor doorberekening en meer flexibiliteit ten aanzien van (rechts)personen wiens gedrag de overheid noopt tot het maken van (meer) kosten voor handhaving.

De werkgroep concludeert dat het huidige kader niet altijd een eenduidig antwoord geeft op nieuwe vraagstukken die opkomen. Dit brengt de werkgroep ertoe enkele voorstellen te doen tot aanpassing van Maat houden 1996. Deze aanpassingen – deels ook aanvullingen en uitwerkingen van hetgeen in Maat houden 1996 stond – worden in het vervolg van dit rapport besproken.

6. Begrippen

In Maat houden 1996 werden enkele begrippen gehanteerd, die grotendeels nog steeds geldig zijn, met evenwel enkele aanscherpingen:

- *Handhaving*: de activiteiten die door de overheid worden verricht ten behoeve van de naleving van wet- en regelgeving. Dit is het overkoepelende begrip. Handhaving omvat toezicht, controles, onderzoek e.d. en kan resulteren in een beslissing van de overheid, bijv. een verlening, intrekking of wijziging van een vergunning of de oplegging van een sanctie (bestuursdwang, bestuurlijke boete). Bij het ontstaan van een verdenking van een strafbaar feit kan de handhaving een strafrechtelijke gedaante aannemen in de vorm van een opsporingstraject. Handhaving wordt uitgeoefend ten aanzien van zowel natuurlijke personen als rechtspersonen, met andere woorden: burgers en bedrijven.
- *Toelating*: het door de overheid toetsen (of laten toetsen, middels bijv. certificering) of bedrijven en burgers voldoen aan de wettelijke eisen om een bepaalde activiteit te mogen verrichten, het verlenen van de toestemming daartoe (i.c. bijv. door middel van een vergunning) en het eventueel daaraan verbinden van voorschriften. Ook het toetsen van een melding (als alternatief voor een aanvraag van een vergunning) is een vorm van toelating. Toelating is het eerste stadium van de handhaving. De verlenging of hernieuwde toekenning van een vergunning (of andere toestemming) voor bepaalde tijd valt onder het begrip toelating. Anders dan in Maat houden 1996 worden alle tussentijdse controles om na te gaan of het bedrijf nog aan de toelatingseisen voldoet, niet tot toelating gerekend maar tot de volgende categorie: toezicht op naleving. Dit vanwege het in de praktijk lastige onderscheid tussen controles op toelatingseisen en controles gericht op de naleving van de wettelijke voorschriften (zie par. 5). Het door Maat houden 1996 geïntroduceerde begrip post-toelating, waaronder werd verstaan alle toezichtsactiviteiten volgend op de oorspronkelijke toelating en gericht op de controle op de naleving van de toelatingseisen, is in dit opzicht dan ook lastig te hanteren en wordt niet meer gebruikt.
- *Toezicht op naleving*: alle controle-activiteiten, stelselmatig of steekproefsgewijs, aangekondigd of niet aangekondigd, gericht op de naleving van wetgeving, in Maat houden 1996 preventieve handhaving genoemd (inclusief de controles bij vergunninghouders die voorheen tot post-toelating werden gerekend).
- *Repressieve handhaving*: handhavingsactiviteiten die zijn gebaseerd op een redelijk vermoeden van een strafbaar feit of een bestuursrechtelijke overtreding. Hieronder vallen ook vervolgvactiteiten zoals het opmaken van een proces-verbaal of van een boeterapport gevolgd door oplegging van een bestuursrechtelijke sanctie.

Het onderscheid tussen deze begrippen is nuttig om de discussie over de verschillende argumenten en grondslagen voor doorberekening gestructureerd te kunnen voeren. Hierbij moet wel worden aangetekend dat in de praktijk de verschillende vormen van handhaving niet altijd scherp van elkaar zijn te onderscheiden en soms in elkaar overlopen. Een onderzoek in verband met een aanvraag tot verlenging van een vergunning (toelating) kan bijvoorbeeld moeilijk te onderscheiden zijn van een controle op de naleving van de wet of zelfs, bij constatering van onregelmatigheden, overlopen in repressieve handhaving, zoals een wijziging of intrekking van de vergunning.

Dit kader gaat over de (doorberekening van) de kosten die de centrale overheid maakt om al dit soort handhavingsactiviteiten te verrichten. Het betreft concreet de verlening van vergunningen, ontheffingen, erkenningen e.d., alle toezichtsactiviteiten, audits, on sight inspecties, boekenonderzoeken, systeemtoezicht, opsporingsonderzoek, tot en met de intrekking en wijziging

van vergunningen en oplegging van bestuurlijke sancties. Het toezicht ziet op burgers, ondernemers en bedrijven (waaronder toezicht op wettelijk gereguleerde vrije (juridische) beroepen) en privaatrechtelijke instellingen met een publieke taak en dus niet op andere overheden (zoals bij Interbestuurlijk toezicht). Onder 'handhavers' in deze zin gaat het om alle overheidsorganisaties, bestuursorganen, toezichthouders, politie e.d., voor zover ze tot taak hebben om de bedoelde handhavingsactiviteiten te ontplooiën.

Dienstverlening door de overheid, zoals de verstrekking van paspoorten, valt niet onder handhaving omdat het niet is gericht op naleving van de wet. Overigens is algemeen aanvaard dat de overheid de kosten van verleende diensten kan doorberekenen aan de 'consument'. Ook rechtsbeschermingsprocedures, zoals bezwaar en beroep en het strafgeding, worden niet tot de handhaving gerekend, hoewel ook daar soms vragen van doorberekening spelen (vgl. de discussie over griffierechten of over de doorberekening van een deel van de kosten van het strafproces).

7. Beginselen en grondslagen voor doorberekening

De theorie van de openbare financiën biedt aanknopingspunten voor de vraag of kosten van handhaving kunnen worden doorberekend aan het object daarvan, de burger of een bedrijf. In die theorie wordt onderscheid gemaakt tussen zuiver collectieve voorzieningen of goederen en quasi-collectieve goederen. Zuiver collectieve goederen worden gekenmerkt door non-exclusiviteit (iedereen heeft toegang tot de consumptie ervan) en non-rivaliteit (de consumptie van de één gaat in principe niet ten koste van de consumptie van de ander). Als voorbeeld van een zuiver collectief goed worden vaak dijken en het leger genoemd. Iedereen heeft profijt bij de veiligheid die deze twee goederen bieden, maar niet iedereen zal hier vrijwillig aan meebetalen. Als een kleine groep bereid is hiervoor te betalen, kunnen ook anderen hier zonder betaling van profiteren. Er kan bij collectieve goederen geen individueel profijt worden vastgesteld. Vanwege dit waarschijnlijke 'free-rider gedrag' zullen zonder bekostiging van de overheid geen zuiver collectieve goederen tot stand komen. Het principe is daarom dat zuiver collectieve goederen uit de algemene middelen worden betaald. Quasi-collectieve goederen zijn individuele goederen - in economische termen: goederen die naar hun aard gesplitst kunnen worden in individuele eenheden - die de overheid om maatschappelijke of praktische redenen zelf in productie heeft genomen, en waarvan de financiering voornamelijk plaatsvindt via de algemene middelen. Een voorbeeld is het wegennet. Ook bepaalde handhavingstaken zijn als quasi-collectief aan te merken: de overheid voert ze zelf uit, hoewel het mogelijk zou zijn om die taken over te laten aan zelfregulering in een sector. Bij quasi-collectieve goederen is dus sprake van een algemeen belang, op grond waarvan de volksvertegenwoordiging het nodig acht dat de overheid dit borgt (bijvoorbeeld omdat zelfregulering het maatschappelijk vereiste niveau niet kan waarborgen). Algemeen belang duldt op datgene waarvan de wetgever vindt dat het voor het welzijn van het volk nuttig, gewenst of noodzakelijk is. Hier kan niettemin sprake zijn van een individueel toerekenbaar profijt, dat een rechtvaardigingsgrondslag biedt voor de doorberekening van kosten. De aanwezigheid van een algemeen belang, betekent dus niet automatisch dat dit volledig bekostigd dient te worden uit de algemene middelen. Weggebruikers hebben individueel toerekenbaar profijt van het wegennet en zouden hier ook zelf voor kunnen betalen.

Bij handhaving is het niet eenvoudig te zeggen wanneer sprake is van een zuiver dan wel van een quasi-collectief goed. Bij bepaalde handhavingsactiviteiten, zoals bij repressieve handhaving, is vaak niemand aan te wijzen die een individueel toerekenbaar profijt heeft of die de kosten veroorzaakt. Het ligt dan voor de hand te spreken van een zuiver collectief goed, dat uit de algemene middelen hoort te worden betaald. Bij andere handhavingsactiviteiten is de rekening in beginsel wel bij een of meer personen neer te leggen. In welke gevallen dat ook daadwerkelijk

nuttig en nodig is, zegt de theorie van de openbare financiën niet. Wel zijn uit de theorie twee beginselen af te leiden die een grondslag kunnen bieden voor doorberekening van handhavingskosten: het profijtbeginsel en het 'de veroorzaker betaalt'-beginsel.

Profijtbeginsel

Als individuele personen of groepen van personen aanwijsbaar zijn die een specifiek belang of profijt hebben bij de dienst of prestatie van de overheid, kan dit een grond zijn om (een deel van) de kosten niet te bekostigen uit de algemene middelen maar aan hen door te berekenen. Het bepalen of er sprake is van profijt van het toezicht is niet eenvoudig. Dat vergt dus een goede motivering. Inmiddels is het algemeen geaccepteerd dat als het gaat om toelatingsactiviteiten er sprake is van een individueel toerekenbaar profijt voor een (rechts)persoon omdat deze activiteiten plaatsvinden op verzoek van deze (rechts)persoon met het doel om toestemming te krijgen om iets te doen dat voor anderen verboden is.

De vraag of, en zo ja, wanneer, een groep personen als groep profijt heeft van toezicht is lastiger te beantwoorden en de beantwoording vergt dan ook een zorgvuldige onderbouwing. In Maat houden 1996 staat beschreven dat een groepsbijdrage kan worden gevraagd "als een of enkele partijen profijt hebben van het toezicht". Als voorbeeld wordt hierbij marktordening genoemd: in bepaalde sectoren is nog geen sprake van partijen met gelijke marktmacht (bijv. de telecomsector). De kleinere bedrijven hebben derhalve belang bij het toezicht op de grotere bedrijven. De gedachte is dat een dergelijke ordening in het algemeen in het voordeel van de sector als geheel werkt, ook al zou beargumenteerd kunnen worden dat sommige bedrijven in de sector juist profijt hebben van weinig toezicht.

In dit rapport wordt beoogd de definitie van systeemprofijs verder te verhelderen; er kan van systeemprofijs worden gesproken als de groep van ondertoezichtgestelden zelf specifiek en in substantiële mate profijt ondervindt van toezicht op de groep. Naast marktordening is een vaker naar voren gebrachte indicatie van een dergelijk systeemprofijs het vertrouwen in de kwaliteit van producten en dienstverlening: de onzekerheid of producten en dienstverlening aan de kwalitatieve vereisten voor voldoende consumentenbescherming voldoen kan het effect hebben dat er minder vraag is naar producten. Een voorbeeld waarbij dit speelt is een spaarrekening. Als er onzekerheid bestaat over de vraag of het geld bij een bank in goede handen is, zullen veel mensen ervoor kiezen om het geld zelf in bewaring te nemen. Handhavingsactiviteiten kunnen het vertrouwen van klanten vergroten waardoor het aantrekkelijker wordt om bepaalde producten en diensten te kopen. In dergelijke gevallen heeft dus de gehele sector, ook diegene die goede producten en diensten leveren, in zeker zin profijt van toezicht. Dat een sector profijt kan hebben bij goede naleving van de sector als geheel, blijkt ook uit het feit dat bedrijven van bepaalde sectoren bereid zijn te betalen voor certificering, een vorm van particulier uitgeoefend toezicht. De stap naar doorberekening van kosten van door de overheid uitgeoefend toezicht op de sector is dan niet zo groot meer. Het feit dat bedrijven al kosten kwijt zijn aan certificering kan overigens wel een contra-indicatie zijn om daarbovenop ook nog eens een bijdrage aan het overheidstoezicht in rekening te brengen.

Het is van belang dat doorberekening op basis van profijt steeds zorgvuldig wordt gemotiveerd. Van systeemprofijs zal vaak alleen sprake kunnen zijn als het aantal partijen binnen het systeem niet heel groot is, het product of de dienst gelijksoortig is en er gelijke belangen heersen binnen de groep ondertoezichtgestelden. Hierbij moet de groep die het systeem omvat kunnen worden afgebakend, moet het duidelijk zijn dat de groep profijt heeft, moet het verschil in genoten profijt tussen de verschillende groepsleden niet te groot zijn en moeten ondertoezichtgestelden zich niet gemakkelijk aan de groep kunnen onttrekken (de zgn. free riders).

In sectoren die gevormd worden door grote aantallen productaanbieders en dienstverleners ten behoeve van het algemene publiek, zoals de horeca en andere midden- en kleinbedrijven, kan ervan uitgegaan worden dat het profijt van het toezicht niet specifiek en in substantiële mate toerekenbaar is aan de groep ondertoezichtgestelden (maar aan iedereen). In dergelijke sectoren is geen sprake van systeemprofijs en kunnen de kosten van toezicht niet op basis van het profijsbeginsel worden doorberekend.

Daarbij geldt dat ook als er een grondslag kan worden gevonden, er beperkingen zijn aan de keuze om wel of niet door te berekenen. Deze liggen besloten in de randvoorwaarden voor doorberekening die worden besproken in paragraaf 8.3. Als bijvoorbeeld het verloop in een groep vrij groot is en er veelvuldig nieuwe toetreders zijn, kan de uitvoering van een systeem van doorberekening zo bewerkelijk worden dat de kosten de baten overschrijden, zodat de afweging om door te berekenen negatief uitvalt. In paragraaf 8.2 onder Toezicht op naleving wordt verder ingegaan op 'systeemprofijs'.

De veroorzaker betaalt

Naast het profijsbeginsel kan het beginsel van 'de veroorzaker betaalt', in afwijking van het algemene uitgangspunt, een grondslag bieden voor doorberekening van handhavingskosten. Als een persoon of bedrijf of groep van personen of bedrijven de overheid aanwijsbaar noodzaakt tot meer dan regulier toezicht en handhaving, kan het redelijk zijn om (een deel van) de kosten die voor, bijvoorbeeld, hercontroles worden gemaakt aan die (rechts)personen door te berekenen. Een voorbeeld is het bedrijf waarbij tijdens een eerste controle-onderzoek onregelmatigheden zijn geconstateerd en dat daarmee aanleiding geeft tot verdere controles. Ook kan het redelijk zijn om handhavingskosten ten behoeve van een helder afgebakende groep door te berekenen.

Verschillende situaties kunnen zich hier voordoen. Ten eerste kan sprake zijn van individuele doorberekening. Een vastgestelde niet-naleving leidt tot extra handhavingskosten voor de overheid, bijvoorbeeld voor vervolgininspecties. De kosten van deze extra handhavingsactiviteiten zijn in beginsel aan de individuele overtreder toe te rekenen. Ten tweede kan er, in afwijking van het algemene uitgangspunt, op basis van het beginsel van 'de veroorzaker betaalt' ook een grond voor doorberekening aan een groep (rechts)personen bestaan. Dit is het geval als er sprake is van risicovol gedrag en/of de aard van activiteiten van de sector de overheid noodzaken tot meer dan regulier toezicht. De aard van de activiteiten kan dusdanige risico's voor de veiligheid met zich meebrengen dat de overheid genoodzaakt is tot het houden van veel toezicht, met hoge kosten als gevolg. Zolang deze kosten door de belastingbetaler worden gedragen zullen bedrijven deze externe effecten van hun productie niet meenemen in hun beslissingen. De maatschappij zou dan op deze wijze opdraaien voor de kosten van bijvoorbeeld chemieproductie, omdat deze niet zijn opgenomen in de verkoopprijs van deze producten via doorberekening aan de producenten.

Van belang is om hier te benadrukken dat ook als er vanuit de economische theorie bezien argumenten zijn om handhavingskosten door te berekenen, er niettemin grenzen zijn aan doorberekening. Hierbij zijn de randvoorwaarden die in paragraaf 8.3 van dit rapport beschreven staan, van belang voor de vraag of, en zo ja, welke kosten kunnen worden doorberekend. Doorberekening kan, bijvoorbeeld, onaanvaardbare gevolgen hebben voor de concurrentiepositie van het bedrijfsleven. Waar sprake is van handhavingsactiviteiten die uitgaan boven hetgeen normaal is bij personen in vergelijkbare situaties, ligt het in de rede niet meer door te berekenen dan de extra kosten. Waar een dergelijke splitsing niet mogelijk is, is dat niet zonder meer reden om alle kosten van de handhaving door te berekenen aan de veroorzaker. Het collectief heeft er immers profijs van dat de regels worden gehandhaafd ten aanzien van overtredders, wat pleit voor een (gedeeltelijke) bijdrage uit de algemene middelen (zie ook par. 9 over de kostenberekening).

Betaling uit algemene middelen

De besproken beginselen – het profijtbeginsel en het ‘de veroorzaker betaalt’-beginsel – bieden weliswaar, in afwijking van het algemene uitgangspunt, een grondslag om tot doorberekening van toezichtskosten over te gaan, maar kunnen nooit zonder meer een afdoende rechtvaardiging daarvoor vormen. Er zal steeds een bredere afweging van belangen moeten plaatsvinden. Naarmate het profijt algemener, minder goed individualiseerbaar is, worden strengere eisen aan de rechtvaardiging van doorberekening gesteld. De belangenafweging is voor een groot deel ook afhankelijk van de specifieke kenmerken van een bepaald domein, het soort doelgroep dat daarin opereert, de beleidsdoelstellingen, de gehanteerde toezichtsvisie alsmede van meer praktische overwegingen zoals de kosten voor de overheid en de lasten voor burgers en bedrijven die een stelsel van doorberekening meebrengt. Harde criteria voor die afweging zijn niet te geven. De werkgroep is het er weliswaar over eens dat ‘typische’ overheidstaken uit de algemene middelen moeten worden bekostigd, maar de discussie over doorberekening gaat juist over specifieke onderdelen van die taken of over de randen daarvan, waarvoor bekostiging uit de algemene middelen op enig moment niet meer vanzelfsprekend zou kunnen zijn. Opsporing en vervolging van strafbare feiten, bijvoorbeeld, zijn typische overheidstaken, die uit de algemene middelen worden betaald. Toch is inmiddels door de wetgever vastgelegd en door de rechter (Hof Leeuwarden van 15 juni 2012 (LJN BW8480) aanvaard dat een klein deel van de kosten van het strafproces (de administratieve verwerking van geldboetes) via een opslag op de boete bij de dader kan worden neergelegd. Ook strafrechtelijke beginselen als het nemo-teneturbeginsel en ‘ne bis in idem’ brengen niet mee dat de administratiekosten uit de algemene middelen moeten worden betaald.³³

³³ Het Hof Leeuwarden stelt hierover: ‘16. (...) De betrokkene stelt in zijn verweerschrift dat het in rekening brengen van administratiekosten zich niet verdraagt met het beginsel van “nemo tenetur”, zoals dit voortvloeit uit artikel 6 van het EVRM en artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. De strekking van dit beginsel is dat niemand kan worden gedwongen om tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Naar het oordeel van het hof is het in rekening brengen van de administratiekosten bij het opleggen van de administratieve sanctie niet in strijd met dit beginsel. Het in rekening brengen van de administratiekosten is niet gebaseerd op enige verklaring van betrokkene. Evenmin is bij het opleggen van de administratieve sanctie gebruik gemaakt van een verklaring van de betrokkene, zodat reeds daarom geen sprake kan zijn van strijd met het beginsel van “nemo tenetur”. Het hof kan de betrokkene niet volgen in zijn opvatting dat uit dit beginsel moet worden afgeleid dat als uitgangspunt dient te gelden dat niemand hoeft bij te dragen aan de kosten van tenuitvoerlegging van de aan hem opgelegde straf. Daarnaast stelt de betrokkene dat het in rekening brengen van de administratiekosten in strijd is met het beginsel dat niemand voor een tweede keer mag worden berecht of gestraft voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds is veroordeeld of waarvan hij is vrijgesproken (“ne bis in idem”). Anders dan de betrokkene kennelijk meent, is het hof van oordeel dat het in rekening brengen van de administratiekosten niet als het opleggen van een tweede straf kan worden beschouwd, maar als een door de wetgever aan het opleggen van een administratieve sanctie gekoppeld gevolg, ertoe strekkend dat de kosten die met de inning zijn gemoeid bij de persoon aan wie de sanctie is opgelegd in rekening worden gebracht...’

8. Schematisch overzicht

8.1 Stroomschema

Aan de hand van de bovenbeschreven beginselen en belangenafweging kan het volgende stroomschema worden opgesteld voor het in een concrete casus nemen van een besluit over wel of niet doorberekenen. Onder het schema worden per categorie handhavingsactiviteiten de te maken keuzes en afwegingen toegelicht die van belang zijn voor de toepassing van de uitzonderingsgronden. Daaraan voorafgaand moet het volgende worden opgemerkt. Het schema gaat uit van beslismacht voor beleidsmaker en wetgever om in afwijking van het algemene uitgangspunt over te gaan tot doorberekening van handhavingskosten. Bekostiging uit de algemene middelen is startpunt, vanuit de gedachte dat handhaving in zijn algemeenheid een overheidstaak is. Doorberekening kan, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan, op basis van een dragende onderbouwing. Het stroomschema helpt bij het formuleren van die onderbouwing, maar leidt nooit dwingend tot doorberekening.

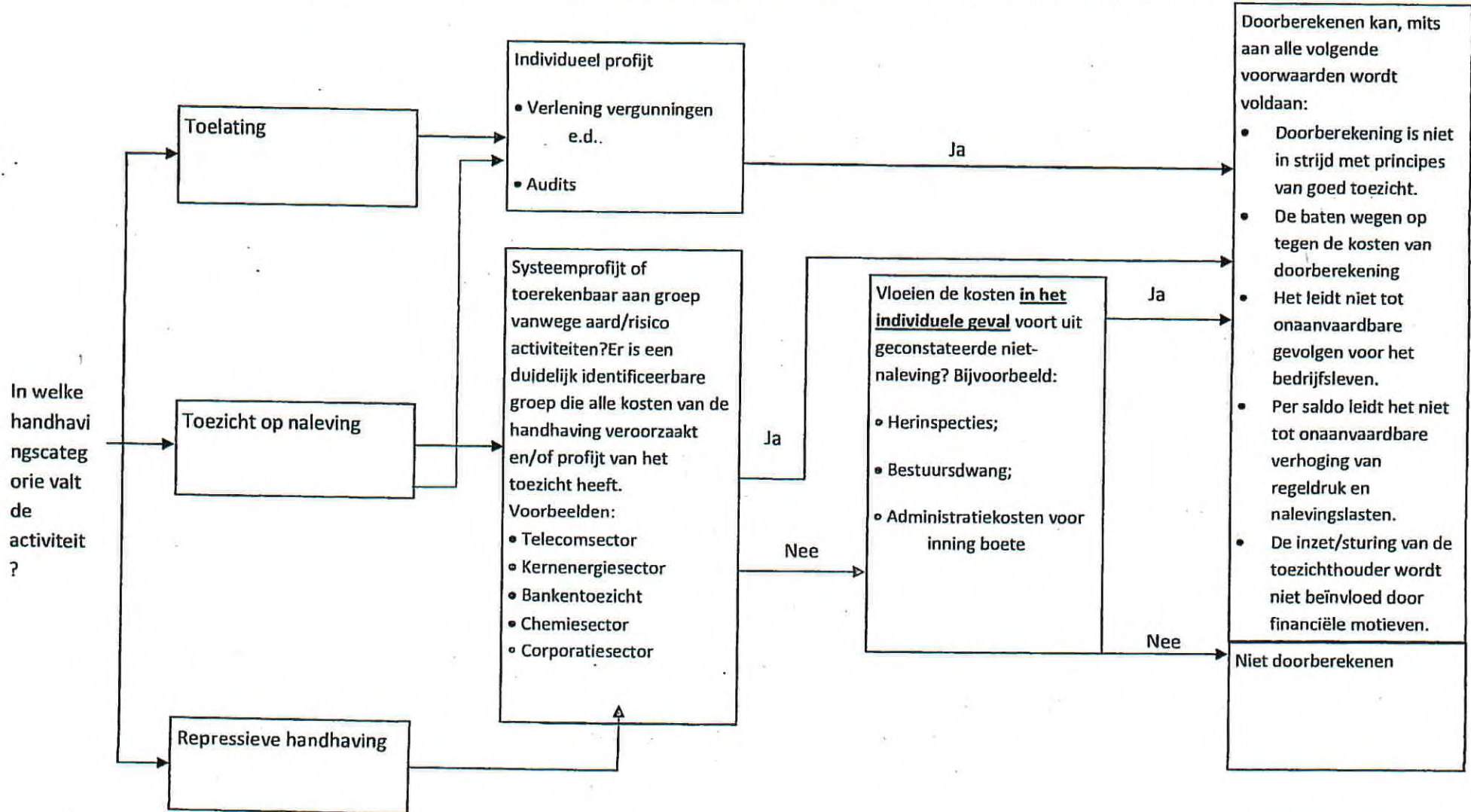
Op het schema bestaat één belangrijke uitzondering: regelmatig zien we dat het Europese recht in bepaalde geharmoniseerde domeinen aan de lidstaten een verplichting oplegt om tot doorberekening van handhavingskosten over te gaan. Verordening 882/2004 van 29 april 2004 inzake officiële controles op de naleving van de wetgeving inzake diervoeders en levensmiddelen en de voorschriften inzake diergezondheid en dierenwelzijn, bijvoorbeeld, schrijft in artikel 27 voor dat lidstaten heffingen kunnen innen ter dekking van de kosten van officiële controles. Voor aanvullende officiële controles zijn lidstaten op grond van artikel 28 zelfs verplicht de kosten door te berekenen. In zo'n geval is het stroomschema niet relevant. Dat laat onverlet dat een kabinetsstandpunt over doorberekening van toezichtskosten wel leidend zal zijn voor Nederlandse onderhandelaars bij de inzet voor de onderhandelingen over nieuwe Europese instrumenten waarin (de bekostiging van) toezicht een rol speelt.

Behalve EU-regelgeving kan ook andere internationale regelgeving overigens reden zijn om af te wijken van dit kader voor doorberekening van handhavingskosten (zie bijvoorbeeld het hiervoor genoemde voorbeeld van artikel 14 van de Wet op de Havenstaatcontrole).

1. Handhavingsactiviteit

2. Toerekenbaar profijt en/of toerekenbaar aan de veroorzaker?

3. Randvoorwaarden voor doorberekenen



8.2 Toelichting op het schema: de handhavingscategorieën

Toelating

Ten aanzien van handhavingsactiviteiten van de overheid in de vorm van toelating wordt geen wijziging beoogd ten opzichte van wat Maat houden 1996 daarover bepaalde. Het verlenen van een vergunning, erkenning, ontheffing of enigerlei andere toestemming brengt een concreet en individualiseerbaar profijt mee voor de betrokken burger of het betrokken bedrijf. Dit volgt reeds uit het feit dat zo'n toestemming doorgaans niet ambtshalve maar op aanvraag of verzoek wordt verleend. Algemeen aanvaard is dat de overheid hiervoor een vergoeding mag vragen, een retributie in de klassieke zin, vaak ook legesheffing geheten. Hiervoor is – ingevolge artikel 104 Grondwet – een duidelijke wettelijke grondslag vereist. Vragen rijzen vooral ten aanzien van de wijze van tarifiering (welke kostencomponenten, verband vergoeding-werkzaamheden overheid). Zie hiervoor par. 9.3.

Het begrip 'post-toelating' wordt voortaan niet meer gehanteerd. In Maat houden 1996 omvatte post-toelating alle toezichtsactiviteiten volgend op de oorspronkelijke toelating en tevoren aangekondigd aan de houder van de toestemming. Hieronder kunnen ook vallen steekproefcontroles en periodieke audits. In het bijzonder bij vergunningen voor onbepaalde tijd leverde deze definitie discussie op omdat in de praktijk moeilijk onderscheid is te maken tussen controles die erop gericht zijn na te gaan of de vergunninghouder nog aan de voorwaarden voldoet en controles die gericht zijn op de naleving van de wet.³⁴ Daarom worden al dit soort toezichtsactiviteiten volgend op een toelating voortaan gerekend tot 'toezicht op naleving'. Een uitzondering wordt gemaakt voor de verlenging of hernieuwde toekenning van een vergunning (of andere toestemming) voor bepaalde tijd of een verzoek om wijziging van een vergunning voor onbepaalde tijd, en de voor dat soort beschikkingen direct vereiste onderzoeken: dergelijke handhavingsactiviteiten zijn als een vorm van toelating te beschouwen, met een duidelijk individualiseerbaar profijt. Ook hier zal het initiatief bij de burger of onderneming liggen in de vorm van een aanvraag of verzoek. Overigens moet niet worden uitgesloten dat controles die voorheen tot post-toelating werden gerekend maar nu tot toezicht op naleving worden gerekend omdat ze niet zijn gericht op een verlenging of wijziging van een vergunning, nog steeds een duidelijk individualiseerbaar profijt meebrengen en om die reden zich in beginsel lenen voor doorberekening van de kosten. Denk aan tevoren aangekondigde controles, zoals audits, die bedrijven als het ware een 'bewijs van goed gedrag' voor de klant opleveren.

Toezicht op naleving

Toezicht op naleving omvat alle controles en toezichtsactiviteiten gericht op naleving van de wet, met uitzondering van die onder de beide andere categorieën vallen (toelating en repressieve handhaving). In Maat houden 1996 werd dit preventieve handhaving genoemd: activiteiten van toezicht die steekproefsgewijs plaatsvinden en/of niet aangekondigd zijn, gericht op de naleving van wetgeving en het voorkomen van overtredingen. Het steekproefsgewijze of niet-aangekondigde karakter lijkt hierbij overigens niet essentieel: ook stelselmatig, vooraf aangekondigd toezicht, mits gericht op naleving van de wet, kan tot toezicht op naleving worden gerekend. Verder worden, zoals aangegeven in paragraaf 6, voortaan ook alle controles na een toelating die niet zijn gericht op een verlenging of wijziging van een toelating, tot toezicht op naleving gerekend.

³⁴ Zie ook F.C.M.A. Michiels, Doorberekening van controlekosten: nieuw beleid noodzakelijk, NTB 2009, 35.

In de regel worden de kosten van toezicht op naleving niet doorberekend. Toezicht op naleving strekt tot profijt van het collectief: het zorgt dat burgers op de door de wet beoogde arrangementen kunnen vertrouwen, damt maatschappelijke risico's in, waarborgt de betaalbaarheid van voorzieningen enz.. Toezicht dient ook zonder aanzien des persoons plaats te vinden en hoort niet afhankelijk te zijn van de mogelijkheid of de rekening wel of niet bij een persoon of bedrijf kan worden neergelegd: ook dit zijn overwegingen die het toezicht een duidelijk collectief karakter geven. Er zijn echter uitzonderingen mogelijk.

Een uitzondering bestaat indien kan worden gemotiveerd dat een individuele partij profijt heeft van het toezicht (bijvoorbeeld bij bepaalde reguliere audits bij vergunninghoudende bedrijven die voorheen tot post-toelating werden gerekend). De tweede uitzondering is gelegen in de aanwezigheid van een afgebakende groep van personen of bedrijven waarbij er een duidelijk systeemprofijs is bij het toezicht, bijvoorbeeld bij marktordening, of waarbij het risicovolle gedrag van leden van de groep of de aard van de activiteiten dusdanige risico's met zich meebrengt dat de overheid genoodzaakt is tot het houden van veel toezicht. Zoals hierboven in par. 7 onder Profijtbeginsel is aangegeven, is het beoordelen van het criterium of er sprake is van een systeemprofijs niet eenvoudig. Hiervan kan slechts sprake zijn als het aantal partijen binnen het systeem niet heel groot is, het product of de dienst gelijksoortig is en er gelijke belangen heersen binnen de groep ondertoezichtgestelden. Hierbij moet de groep die het systeem omvat op basis van objectieve criteria kunnen worden afgebakend, moet het duidelijk zijn dat de groep profijt heeft, moet het verschil in genoten profijt tussen de verschillende groepsleden niet te groot zijn en moeten ondertoezichtgestelden zich niet gemakkelijk aan de groep kunnen onttrekken (de zgn. free riders).

In sectoren die gevormd worden door grote aantallen productaanbieders en dienstverleners ten behoeve van het algemene publiek, zoals de horeca en andere midden- en kleinbedrijven, kan ervan uitgegaan worden dat het profijt van het toezicht niet specifiek en in substantiële mate toerekenbaar is aan de groep ondertoezichtgestelden (maar aan iedereen). In dergelijke sectoren is geen sprake van systeemprofijs en kunnen de kosten van toezicht niet op basis van de uitzonderingsgrond systeemprofijs worden doorberekend.

Een voorbeeld van hoe concreet sprake kan zijn van systeemprofijs bij de op de groep uitgeoefende handhaving betreft de uitzendsector. In reactie op misstanden, zoals koppelbaaspraktijken, werd intensief toezicht op de sector ingevoerd gesteund door enerzijds (private) certificatie en anderzijds door een vrijwaring van inlenersaansprakelijkheid voor de betaling van het wettelijk minimumloon indien gebruik wordt gemaakt van de diensten van gecertificeerde bureaus. Door het intensieve toezicht, toegespitst op malafide uitzendbureaus, en de aanvullende maatregelen zijn behoorlijke verbeteringen in de sector bereikt en kunnen onderbetaling en slechte arbeidsomstandigheden van inleenkrachten worden bestreden. De handhaving heeft daarmee bijgedragen aan het vertrouwen in de sector.

Zoals hierboven uiteengezet, kan in afwijking van het algemene uitgangspunt ook een grond voor doorberekening aan een groep (rechts)personen bestaan als er sprake is van risicovol gedrag en/of de aard van activiteiten van de sector de overheid noodzaken tot meer dan regulier toezicht. De aard van de activiteiten brengt dusdanige risico's voor de veiligheid met zich mee dat de overheid genoodzaakt is tot het houden van veel toezicht, met hoge kosten als gevolg. Zolang deze kosten door de belastingbetaler worden gedragen zullen bedrijven deze externe effecten van hun productie niet meenemen in hun beslissingen. De maatschappij zou dan op deze wijze opdraaien voor de kosten van bijvoorbeeld chemieproductie, omdat deze niet zijn opgenomen in de verkoopprijs van deze producten. Dit kan een grondslag vormen voor doorberekening.

Een andere belangrijke uitzondering wordt gevormd door de hercontroles of andere situaties waarin een (rechts)persoon extra nalevingstoezicht nodig maakt. Het is niet onredelijk om de extra kosten, voor zover die dus uitgaan boven hetgeen normaal nodig is in een sector, aan de individuele veroorzakers door te berekenen ('de veroorzaker betaalt'). Deze grond kan ook positief worden geformuleerd: differentiatie in doorberekening in de zin dat sommige bedrijven meer kosten moeten betalen dan anderen alnaargelang ze extra toezicht behoeven, kan gerechtvaardigd zijn als prikkel voor bedrijven om zich goed te gedragen.³⁵ Deze uitzonderingsgrond veronderstelt wel dat in de praktijk een systeem mogelijk is waarbij hercontroles op objectieve gronden kunnen worden onderscheiden van reguliere controles. Verder moet transparantie worden betracht over de kosten van de controles en over welk deel kan worden toegerekend aan de noodzaak tot hercontrole en dus door het betrokken bedrijf is veroorzaakt. Zolang de kostendoorberekening niet hoger is dan een redelijke afspiegeling van de werkelijke kosten en het doel niet is om leed toe te voegen, kan de kostendoorberekening voor de hercontrole niet worden aangemerkt als een straf of 'criminal charge' voor de eerder geconstateerde overtreding.³⁶

Repressieve handhaving

Maat houden 1996 legde ten aanzien van de doorberekening van kosten van repressieve handhaving een grote terughoudendheid aan de dag en sprak zelfs van de onwenselijkheid om kosten door te berekenen. Deze terughoudendheid houdt verband met het feit dat met repressieve handhaving dusdanige algemene belangen zijn gemoeid dat het dicht in de buurt komt van een zuiver collectief goed. Hierbij kan worden gedacht aan strafdoelen als generaal-preventieve werking, vergelding en normexpressie en, meer in het algemeen, aan de notie dat handhaving van de wet in ieders belang is. Deze belangen gelden nog onverkort, maar dat laat onverlet dat de uitzonderingsmogelijkheden die bij reguliere toezichtsactiviteiten een basis kunnen vormen voor de doorberekening van toezichtskosten ook een grondslag kunnen zijn om bepaalde kosten van repressieve handhaving door te berekenen. Repressieve handhaving omvat evenwel diverse handhavinginstrumenten en die diversiteit is de laatste jaren nog groter geworden. Repressieve handhaving kan zowel langs strafrechtelijke als langs bestuursrechtelijke weg en binnen de bestuursrechtelijke handhaving kan worden onderscheiden tussen reparatoire sancties (bestuursdwang, de oplegging van een dwangsom) en punitieve sancties (bestuurlijke boete). Binnen deze categorie is dan ook differentiatie mogelijk. Ten eerste is er (bestuursrechtelijke) reparatoire handhaving, zoals de toepassing van bestuursdwang, die ingevolge artikel 5:25 Awb geschiedt op kosten van de overtreder. Onder deze kosten vallen naast de kosten van het herstel van de illegale situatie ook de kosten van de overheid zoals de kosten van aanmaning en van de betekening en ten uitvoerlegging van een eventueel dwangbevel.. Ook in Maat houden 1996 werd aangetekend dat bestuursdwang een repressieve activiteit is waarvoor een uitzondering kan worden gemaakt op het destijds geldende uitgangspunt van niet-doorberekening van repressieve handhavingskosten. Daarnaast is er de strafrechtelijke handhaving. Op dit moment is er geen aanleiding meer om die uit te sluiten van doorberekening, zoals in Maat houden 1996 nog wel werd gedaan. Enige ruimte voor kostendoorberekening is beleidsmatig en in de rechtspraak inmiddels ook aanvaard (vgl. de administratiekosten bij geldboetes, zie par. 7 onder 'Betaling uit de algemene middelen'). Verder geldt hier, net als bij het toezicht op naleving, dat een grondslag

³⁵ Zie ook F.C.M.A. Michiels.

³⁶ Dit kan worden afgeleid uit de (overigens heel casuïstische) jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over het begrip 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Zie ook de in par. 7 geciteerde uitspraak van het Hof Leeuwarden over de doorberekening van administratiekosten voor de oplegging van een verkeersboete: 'Anders dan de betrokkene kennelijk meent, is het hof van oordeel dat het in rekening brengen van de administratiekosten niet als het opleggen van een tweede straf kan worden beschouwd, maar als een door de wetgever aan het opleggen van een administratieve sanctie gekoppeld gevolg, ertoe strekkend dat de kosten die met de inning zijn gemoeid bij de persoon aan wie de sanctie is opgelegd in rekening worden gebracht...'

kan bestaan voor doorberekening van bepaalde handhavingskosten bij repressieve handhaving ten aanzien van een afgebakende groep van (rechts)personen. Het gaat daarbij om een omslagstelsel waarbij ook de kosten van repressieve handhaving, bijvoorbeeld de kosten van oplegging van bestuurlijke boetes, kunnen worden meegenomen. Zo'n geval kan zich voordoen bij groepen die onderworpen zijn aan strenge regulering, waarvan de handhaving de hele groep tot profijt strekt omdat daarmee slechte nalevers worden aangepakt.

8.3 De toetsingscriteria

Als op grond van de toepassing van het profijtbeginsel en/of het beginsel van de veroorzaker betaalt de conclusie wordt getrokken dat er een grond is voor afwijking van het algemene uitgangspunt dat handhavingskosten niet worden doorberekend, is dit niet het eindstation. Wanneer men wil overgaan tot doorberekening zal moeten worden nagegaan of wordt voldaan aan onderstaande randvoorwaarden.

Doorberekening mag in ieder geval niet leiden tot strijd met de in hoofdstuk 2 omschreven uitgangspunten van toezicht en handhaving. Deze passeren hieronder nog eens de revue. Kunnen hiervoor geen waarborgen in het systeem worden gebouwd, dan mag niet worden doorberekend.

Sluit het stelsel aan bij uitgangspunten van risicogebaseerd toezicht?

Indien mogelijk moet de hoogte van de door te berekenen kosten beïnvloedbaar zijn voor de betrokkene. Handhavingsactiviteiten vinden doorgaans plaats op basis van een risicoanalyse. Bij risicogebaseerd toezicht worden de schaarse toezichtmiddelen gericht ingezet op de plaatsen waar de risico's het grootste zijn of worden verondersteld. Op deze wijze wordt goed gedrag beloond. Doorberekening van handhavingskosten mag er niet toe leiden dat in zo'n stelsel bedrijven - hetzij de wél voor controle hetzij de niet voor controle geselecteerde bedrijven - onevenredig zwaar worden belast. Goede naleving moet daarom, waar mogelijk, ook gevolgen hebben voor de doorberekening van handhavingskosten. In paragraaf 9.3 over de kostenberekening wordt hierop verder ingegaan.

Wegen de baten van doorberekening op tegen de kosten?

Denkbaar is dat de maatschappelijke kosten van doorberekenen van handhavingskosten de baten overtreffen. Dit kan het geval zijn als de kosten voor de instandhouding van een stelsel van doorberekening (administratiekosten inclusief inningskosten, verwachte bezwaar- en beroepsprocedures) bij de toezichthouder relatief hoog zijn ten opzichte van de kosten die men wil doorberekenen. Als de inspanningen die aan de kant van de overheid moeten worden verricht om de kosten te innen relatief hoog zijn en daardoor de baten van doorberekening niet opwegen tegen de lasten ligt bekostiging uit de algemene middelen meer in de rede.

Een belangrijke maatschappelijke kost wordt gevormd door regeldruk en nalevingskosten voor het bedrijfsleven. Tot die kosten horen uiteraard ook retributies en andere bij bedrijven in rekening gebrachte bijdragen. In het algemeen is het streven van de overheid om regeldruk en nalevingskosten te beperken. Ook moet zo veel mogelijk worden voorkomen dat doorberekening negatieve gevolgen heeft voor de concurrentiepositie van bedrijven ten opzichte van bedrijven in het buitenland (level-playing-field). Economische redenen kunnen dus eveneens aanleiding zijn om handhavingskosten uit de algemene middelen te bekostigen.

Een meer specifieke afwegingsfactor voor de handhavingscategorie toelating is de vraag of doorberekening van alle (werkelijke) kosten tot gevolg heeft dat daarmee slechts een zeer beperkte groep toegang heeft. Als de activiteit waarvoor toelating wordt gevraagd slechts door het

selecte gezelschap dat de toelatingskosten kan betalen, wordt uitgevoerd, kan dat reden zijn om een deel van de kosten van de toelatingsactiviteiten uit de algemene middelen te bekostigen. Concurrentie op een bepaalde markt kan bijvoorbeeld meer in het maatschappelijke belang zijn dan het doorberekenen van de toelatingskosten.

Is onafhankelijkheid van het toezicht voldoende gewaarborgd?

Mogelijk kan een volledige doorberekening aan de veroorzakers of een groep van personen spanning opleveren met de gewenste onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het toezicht. Voorkomen moet worden dat financiële overwegingen aan de kant van de toezichthouder een rol gaan spelen in de afweging van de inzet van het toezicht en dat ingrijpen door een toezichthouder afhankelijk wordt gemaakt van financiële medewerking van een sector. Deze spanning zal zich met name voordoen bij het doorberekenen van kosten van herinspecties en het opleggen van boetes die terugvloeien naar de toezichthouder. In een omslagstelsel zal dit probleem zich minder snel voordoen. Hier zal de begroting van de toezichthouder voor het komende jaar namelijk al zijn vastgesteld en worden de kosten achteraf middels een verdeelsleutel doorbelast. Er is dan voor de toezichthouder geen reden om zich door financiële overwegingen te laten leiden. Dat risico kan zich mogelijk wel voordoen in een stelsel van doorberekening op individuele basis, zoals bij het doorbelasten van kosten van herinspecties, waar het aantal van die herinspecties of de draagkracht van de doelgroep direct invloed heeft op de inkomsten die eruit voortvloeien. Het is van belang dat in zo'n stelsel waarborgen worden ingebouwd om te voorkomen dat financiële overwegingen een oneigenlijke rol gaan spelen. Transparantie over de handhavingsdoelstellingen en -inzet is een van de middelen die ertoe kan bijdragen dat dit ongewenste effect niet optreedt.

Is voldoende rekening gehouden met beleid van andere toezichthouders?

Indien wordt besloten toezichtskosten door te berekenen is het van belang dat rekening wordt gehouden met het doorberekeningsbeleid dat andere toezichthouders waarmee de ondertoezichtgestelden te maken hebben, op dit punt voeren. Voorkomen moet worden dat er onverklaarbare verschillen bestaan die onduidelijkheid scheppen bij burgers en bedrijven die met verschillende toezichthouders te maken hebben.

Is voorzien in een prikkel tot kostenbeheersing?

Als de kosten van het toezicht niet op de overheidsbegroting drukken, ontbreekt de natuurlijke prikkel tot kostenbeheersing, zoals in paragraaf 2 is uiteengezet. Bij de afweging of al dan niet kosten zullen worden doorberekend, zal dan ook steeds moeten worden bezien of waarborgen of mechanismen in het systeem kunnen worden ingebouwd om te voorkomen dat de begroting van de toezichthouder alsmaar groeit (zie bijv. het in artikel 9 van de Wet bekostiging financieel toezicht voorziene overleg met een representatieve vertegenwoordiging van de onder toezicht van DNB en de AFM staande financiële ondernemingen, waarover nader de volgende paragraaf) of dat het toezicht afhankelijk wordt van onderhandelingen met een sector over de kosten.

9. Kostenberekening

Als doorberekening van handhavingskosten gelegitimeerd kan worden, rijst de vraag naar de berekening zelf: welke kosten(componenten), in welke mate en volgens welk systeem? Maat houden 1996 formuleert een aantal algemene uitgangspunten voor de kostenberekening. Die uitgangspunten zijn:

1. Het moet duidelijk zijn welke kosten worden gemaakt en welke worden doorberekend, o.a. door transparante opbouw, duidelijke grondslag, vergelijkbare eenheden, specificatie van te betalen kosten.
2. De vergoeding moet redelijk zijn voor de werkelijke kosten die worden gemaakt. Ze mag de werkelijke kosten in beginsel niet overschrijden.
3. De vergoeding moet zoveel mogelijk een duidelijke, directe relatie hebben met het profijt voor de betrokkene en/of met de kosten die de betrokkene heeft veroorzaakt.
4. Indien mogelijk moet de hoogte van de vergoeding beïnvloedbaar zijn voor de betrokkene.

Deze uitgangspunten worden in het rapport Maat houden 1996 maar in beperkte mate toegelicht. Niettemin is de werkgroep van mening dat de uitgangspunten nog steeds heel bruikbaar zijn. De uitgangspunten zullen hieronder nader worden uitgewerkt. Daarna worden per handhavingscategorie nog enkele specifieke afwegingsfactoren met betrekking tot de kostenberekening aangegeven.

9.1 Transparantie over het tarievenstelsel

Voor de houdbaarheid van een stelsel van doorberekening van handhavingskosten is het van groot belang dat voldoende inzichtelijk is wat wordt doorberekend. Onvoldoende transparantie in kosten, kostprijzen en tarieven per activiteit kan tot onbegrip bij ondernemers en personen die de tarieven moeten betalen leiden. Het is van belang dat degenen die de kosten dragen niet de indruk krijgen dat zij teveel of anderen te weinig bijdragen. Goede communicatie en transparantie aan de kant van de overheid draagt bij aan acceptatie van doorberekening. Gemaakte keuzes ten aanzien van, bijvoorbeeld, een vast tarief of uurtarief per activiteit of de opbouw van de kostendoorberekening van overhead moeten inzichtelijk worden gemaakt. De Handreiking Kostentoe rekening leges en tarieven van het ministerie van BZK³⁷ dat een handvat biedt voor inzichtelijke kostenopbouw en kostenverdeelmethodes inzake leges en tarieven, kan inspiratie vormen voor de berekening van de handhavingskosten.

9.2 Alleen de werkelijke kosten

Uitgangspunt is dat alleen een vergoeding mag worden gevraagd voor de reële kosten die de overheid moet maken. Méér dan de werkelijke kosten is niet geoorloofd, want dat ondergraaft de acceptatie van het stelsel. Bovendien verandert de vergoeding dan van karakter en kan de burger haar ervaren als een belasting of een straf. In alle gevallen geldt dat er een relatie dient te zijn tussen de tarieven en de feitelijke kosten die in een bepaalde sector gemaakt worden. Om deze reden ligt het voor de hand dat de kosten van het toezicht in één sector niet worden doorberekend aan bedrijven in een ander sector (kruissubsidiëring). Dit uitgangspunt geldt ook bij een omslagstelsel, waarbij de kosten middels een verdeelsleutel worden verdeeld over de groep waarop toezicht wordt gehouden. Zou kruissubsidiëring worden toegepast dan betaald de sector

³⁷ Januari 2010, te vinden op www.rijksoverheid.nl.

niet voor de werkelijke toezichtskosten die voor die sector wordt gemaakt. Het is lastig uit te leggen aan een sector waarom zij meebetalen aan de toezichtskosten op een andere sector.

Voor de goede orde zij aangetekend dat een (eventueel honderd procent kostendekkende) bijdrage van burgers of bedrijven in de kosten van handhaving geen straf is in de formele betekenis van die term en ook niet moet worden aangemerkt als een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de burgerlijke vrijheden (EVRM). Dat de kostendoorberekening door de betrokkene eventueel als een straf wordt ervaren of dat ze haar oorzaak vindt in gedrag van de persoon of bedrijf, bijvoorbeeld het niet-naleven van vergunningvoorwaarden, is geen reden om er die betekenis (met bijbehorende rechtsgevolgen zoals de rechten van verdachten en het bis-in-idem-verbod) aan toe te kennen. Wel dient bij de vraag of wel of niet moet worden doorberekend en zo ja hoe hoog de bijdrage moet zijn, rekening te worden gehouden met andere maatregelen en sancties die de overheid kan opleggen. De cumulatie daarvan mag nooit tot een disproportionele belasting van burgers of bedrijven leiden.

Het uitgangspunt dat de vergoeding redelijk moet zijn voor de werkelijke kosten die worden gemaakt, stelt een plafond aan de door te berekenen kosten. Daarachter komt de vraag wat de werkelijke kosten zijn en welke kostenposten mogen worden doorberekend. Dit komt hieronder aan de orde.

9.3 Kosten in verband met de handhavingsactiviteit

Maat houden 1996 bevat geen uitwerking van het daarin opgenomen uitgangspunt dat de vergoeding zoveel mogelijk een duidelijke, directe relatie moet hebben met het profijt voor de betrokkene en/of met de kosten die de betrokkene heeft veroorzaakt. De werkgroep begrijpt het aldus dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de hoogte van de gevraagde vergoeding en het individuele belang bij de handhavingsactiviteit. Dit betekent dat van de vergoeding geen kostencomponenten deel horen uit te maken die te weinig verband houden met de desbetreffende handhavingsactiviteit en dat er, buiten een in de wet vastgelegd omslagstelsel, voor de bedrijven een direct verband dient te zijn tussen de doorberekende kosten en de prestatie (inspectiebezoek). Anders moet het bedrijf opdraaien voor kosten waaraan hij part noch deel heeft. Het uitgangspunt kan dus beter zo worden geformuleerd dat de door te berekenen kosten in een niet te ver verwijderd verband moeten staan tot de handhavingsactiviteit. Dit uitgangspunt werkt wel anders uit in een systeem waarin kosten op individuele basis worden toegerekend aan een handhavingsactiviteit dan in een omslagstelsel, waarin een heel handhavingsbudget wordt omgeslagen over een groep bedrijven. Op dit laatste zal in par. 9.6 worden teruggekomen.

Voor de beantwoording van de vraag wanneer nog in redelijkheid kan worden gesproken van een (niet te ver verwijderd) verband met de handhavingsactiviteiten, kan worden gesteld dat naar mate het verband met de handhavingsactiviteit minder direct is doorberekening minder voor de hand ligt. Ter illustratie hiervan wordt verwezen naar rechtspraak over de berekening van gemeentelijke leges. Hieruit volgt dat de overheid ook verderweg gelegen kosten van de instandhouding van een systeem (bijv. de GBA) mag meenemen bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding, mits er een relatie is tussen dat systeem en de door de overheid te verlenen dienst (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, BK 12/00132, 12/00133, ECLI:NL:GHARL:2013:5740). In dezelfde zaak kon belanghebbende niet aannemelijk maken "dat de totale overheadkosten niet of slechts zijdelings verband houden met belaste diensten en evenmin dat de mate waarin de totale overheadkosten door legesheffing worden verhaald leidt tot een willekeurige en onredelijke belastingheffing die de wetgever bij het toekennen van de bevoegdheid aan de gemeenten om leges te heffen, niet op het oog kan hebben gehad. (...) Ook

wat betreft de afzonderlijke overheadkosten (kosten administratieve organisatie, kosten bestel- en personenauto's, kosten CMD-programmatuur, kosten concernmanagement, kosten informatie, kosten materieel zonder tijdsregistratie, kosten personeelsbeleid, kosten registratie Financiële e.a.g., kosten systemen, kosten treasury en kosten [c-straat] 9A) heeft belanghebbende met hetgeen zij over deze kostenposten heeft aangevoerd (...) niet aannemelijk gemaakt dat de totale overheadkosten niet of slechts zijdelings verband houden met belaste diensten en evenmin dat de mate waarin de totale overheadkosten door legesheffing worden verhaald leidt tot een willekeurige en onredelijke belastingheffing in de hiervoor bedoelde zin."

Er zijn ook kostencomponenten die in een zo ver verwijderd verband tot de handhavingsactiviteit staan, dat doorberekening daarvan op voorhand niet in de rede ligt. Bij kosten die bijvoorbeeld niet rechtstreeks voortvloeien uit de wettelijke toezichttaak van de toezichthouder zoals kosten die verband houden met het door de toezichthouder uit eigen beweging maken van (bestuurlijke) rapportages, marktanalyses en advisering van bewindspersonen is een verband met de handhavingsactiviteit niet zonder meer evident. Van geval tot geval zal moeten worden beargumenteerd waarom kosten wel kunnen worden doorberekend.³⁸ Het ligt voor de hand dat in voorkomend geval hier in de toelichting bij regelgeving nader op wordt in gegaan.

Wat betreft de kosten die de overheid moet maken in verband met de behandeling van bezwaar en beroep tegen een beslissing in het kader van de handhaving geldt het volgende. Zoals aan het slot van paragraaf 6 is aangegeven worden rechtsbeschermingsprocedures als bezwaar en beroep als zodanig niet aangemerkt als een vorm van handhaving waarvoor doorberekening eventueel mogelijk is. De vraag is veeleer of kosten van bezwaar en beroep kunnen worden toegerekend aan een handhavingsactiviteit, bijvoorbeeld de behandeling van een vergunningaanvraag, en dus kunnen worden betrokken in bijvoorbeeld legeskosten. Ten aanzien van kosten van bezwaar en beroep en gemeentelijke dienstverlening, zoals de verstrekking van paspoorten of de verlening van een bouwvergunning, wordt vrij algemeen aangenomen dat ze niet mogen worden meegenomen in de legesheffing.³⁹ Kosten van bezwaar en beroep staan in een zo ver verwijderd verband tot de dienst en het algemeen belang bij rechtsbescherming en bij het heroverwegen van beleid (zoals in bezwaar gebeurt) is zo groot dat de kosten niet individueel toerekenbaar zijn. Bovendien bestaat wat betreft het beroep op de rechter al een beperkte 'eigen bijdrage' van de appellant in de vorm van het griffierecht, waarvoor een aparte wettelijke grondslag bestaat.

Weliswaar ligt de discussie bij gemeentelijke legesverlening enigszins anders nu het aanknopingspunt voor de doorberekening een dienst is en niet een handhavingsactiviteit, wat een nog 'individueel' verband van die kosten tot de dienst veronderstelt. Niettemin meent de werkgroep dat de argumentatie ook opgaat voor de doorberekening van handhavingskosten, zodat kosten van bezwaar en beroep daar niet in meegenomen zouden moeten worden.

Het uitgangspunt dat de door te berekenen kosten in een (niet te ver verwijderd) verband moeten staan tot de handhavingsactiviteit betekent niet dat bij elke activiteit concreet de gemaakte kosten moeten worden bijgehouden. Vanwege de praktische onmogelijkheid om bij elke dienst of toezichtsactiviteit en bij elk subject precies de kosten te berekenen (in termen van mensuren, capaciteitsbeslag e.d.) kan worden gewerkt met gemiddelden, ramingen en verdeelsleutels. Ook kan het belang van ondernemingen om vooraf een inschatting te kunnen maken van de bedragen die in rekening worden gebracht, kan aanleiding zijn om te werken met een vaste

³⁸ Beargumenteerd kan bijvoorbeeld worden dat een marktanalyse nodig is voor een goede en efficiënte manier van inrichting van dat toezicht.

³⁹ A.P. Monsma, Verhalen van kosten van bezwaar en beroep via legestarieven, Erasmus Studiecentrum voor Belastingen van Lokale overheden, 2009, <http://repub.eur.nl/pub/32939>, onderzoek verricht in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

tariefsystematiek in plaats van bijvoorbeeld het hanteren van uurtarieven. Ook in een vaste tariefsystematiek mogen de tarieven de werkelijke kosten in ieder geval niet overschrijden en moet er sprake zijn van een afspiegeling van de werkelijke toezichtsinspanningen.

Wat betreft het vereiste verband tussen kosten en handhavingsactiviteit speelt tot slot de in paragraaf 6 onder 'Betaling uit de algemene middelen' bedoelde afweging tussen individueel profijt en algemeen belang een rol. Waar, zoals bij toezicht op naleving en repressieve handhaving, er ook een algemeen belang bestaat, worden strengere eisen gesteld aan de rechtvaardiging van de doorberekening.

9.4 Beïnvloedbaarheid van de kosten voor de ondertoezichtgestelde

De hoogte van de vergoeding moet zoveel mogelijk beïnvloedbaar zijn voor de betrokkene. Handhavingsactiviteiten vinden doorgaans plaats op basis van een risicoanalyse. Bij risicogebaseerd toezicht worden de schaarse toezichtmiddelen gericht ingezet op de plaatsen waar de risico's het grootste zijn of worden verondersteld. Op deze wijze wordt goed gedrag beloond. Voorkomen moet worden dat doorberekening van handhavingskosten tot gevolg heeft dat dit stelsel wordt ondergraven. Goede naleving moet waar mogelijk ook gevolgen hebben voor de doorberekening van handhavingskosten. Bij het doorberekenen van herinspecties is eenvoudiger te bewerkstelligen dat de niet-nalever zelf de kosten van herinspecties in de hand heeft. In een omslagstelsel, waarbij alle gemaakte kosten worden verdeeld, ligt dit moeilijker. Maar ook daar zou goede naleving in de sector moeten resulteren in een lager toezichtbudget. Ook de mate waarin een sector door zelfregulering, bijvoorbeeld via certificering, in staat is om zelf een behoorlijke mate van naleving te bewerkstelligen, dient betrokken te worden bij de bepaling van de omvang van het van overheidswege uit te oefenen toezicht. Minder overheidstoezicht betekent dat minder kosten aan de sector hoeven worden doorberekend. Op deze wijze wordt een goed niveau van naleving binnen de sector als geheel beloond.

In het algemeen geldt dat in een stelsel van doorberekening van handhavingskosten aan burgers en bedrijven de overheid – extra – oplettend moet zijn op de onderbouwing van de omvang van de handhaving en de kosten daarvan. Nu die kosten niet op de eigen begroting drukken ontbreekt immers de natuurlijke prikkel tot kostenbeheersing. Het is nuttig om daarvoor waarborgen of mechanismen in te bouwen in het systeem. Zo voeren de AFM en DNB op grond van artikel 9 van de Wet bekostiging financieel toezicht tweemaal per jaar overleg met een representatieve vertegenwoordiging van de onder hun toezicht staande financiële ondernemingen. Het overleg met deze zogenoemde panels heeft een tweeledig doel.⁴⁰ In de eerste plaats wordt voor de onder toezicht staande ondernemingen de mogelijkheid gecreëerd om invloed uit te oefenen op de financiële huishouding en, daarmee samenhangend, het beleid van de toezichthouder. In de tweede plaats kan het overleg de toezichthouder nuttige inzichten verschaffen inzake de financiële gevolgen, waaronder administratieve lasten en overige nalevingskosten, die het toezicht voor ondernemingen met zich brengt. Het overleg wordt gevoerd mede aan de hand van een Kostenkader met richtlijnen voor de onderbouwing van de begroting van de toezichthouder voor het nieuwe jaar. De reacties van de marktpartijen tezamen met de zienswijze van de toezichthouder en de minister van Financiën worden gepubliceerd.

Los van de hierboven genoemde uitgangspunten die van belang zijn voor de vraag welke kosten kunnen worden doorberekend speelt de verhouding tussen de kosten en de (maatschappelijke) baten een belangrijke rol. Denkbaar is dat de maatschappelijke kosten van doorberekenen van

⁴⁰ Zie het Toezichtarrangement aangaande de toezichthouders op de financiële markten, p. 23, bijlage bij brief van de Minister van Financiën van 11 februari 2011, Kamerstukken II 2010/2011, 32 648, nr. 1. Zie artikel 6a.

handhavingskosten de baten overtreffen. Dit kan niet alleen het geval zijn als de kosten voor doorberekening (administratiekosten inclusief Inningskosten, verwachte bezwaar en beroepsprocedures) bij de toezichthouder relatief hoog zijn ten opzichte van de kosten die men wil doorberekenen, maar eveneens als doorberekening negatieve gevolgen heeft voor de concurrentiepositie van bedrijven ten opzichte van bedrijven in het buitenland. Als doorberekening van handhavingskosten leidt tot relatief hoge maatschappelijke kosten vormt dit een reden om handhavingskosten uit de algemene middelen te bekostigen. Dit is niet anders als er een identificeerbare groep bedrijven is die de handhavingskosten veroorzaakt. Ook in dat geval zal nog steeds een kosten-batenafweging moeten worden gemaakt.

9.5 Kostenberekening bij toelatingskosten

De kosten van toelatingsactiviteiten zijn doorgaans goed te berekenen. Voor het bepalen van de hoogte van de vergoedingen gelden de hierboven geformuleerde algemene uitgangspunten.

Een meer specifieke afwegingsfactor voor de handhavingscategorie toelating is de vraag of doorberekening van alle (werkelijke) kosten tot gevolg heeft dat daarmee slechts een zeer beperkte groep toegang heeft. Als het maatschappelijke belang vergt dat de activiteit waarvoor toelating wordt gevraagd niet slechts door het selecte gezelschap dat de toelatingskosten kan betalen, wordt uitgevoerd, kan dat reden zijn om een deel van de kosten van de toelatingsactiviteiten uit de algemene middelen te bekostigen. Concurrentie op een bepaalde markt kan bijvoorbeeld meer in het maatschappelijke belang zijn dan het doorberekenen van de toelatingskosten.

9.6 Kostenberekening bij toezicht op naleving

Identificeerbare groep: omslagstelsel

Als er een duidelijk identificeerbare groep bestaat die profijt heeft van het toezicht of er een identificeerbare groep is die kosten van de handhaving veroorzaakt, is het niet onredelijk om van deze groep een bijdrage te vragen in het toezicht. Het ligt voor de hand om de bijdrage neer te leggen in een omslagstelsel, waarbij de kosten middels een verdeelsleutel worden uitgespreid. Een voorbeeld van een dergelijk systeem is te vinden in het financieel toezicht. Voor een omslagstelsel is vereist dat alle bedrijven waarop toezicht wordt gehouden in beeld zijn en frequent worden geïnspecteerd. Dit zal doorgaans het geval zijn in een vergunningstelsel. Is de groep echter niet helder afgebakend of verandert de samenstelling van de groep regelmatig dan ligt doorberekening niet in de rede. De inspanningen die aan de kant van de overheid moeten worden verricht om de kosten te innen zullen in dat geval immers relatief hoog zijn, waardoor de baten van doorberekening niet opwegen tegen de lasten. In dat geval ligt bekostiging uit de algemene middelen meer in de rede.

Verdeelsleutel in omslagstelsel

Als er een afgebakende groep bestaat waaraan handhavingskosten in een omslagstelsel kunnen worden doorberekend, ligt het in de rede om een verdeelsleutel te kiezen die:

- zoveel mogelijk aansluit bij de werkelijke toezichtsinspanningen binnen het bedrijf. Het is voor de acceptatie van het stelsel niet gewenst dat het te betalen aandeel relatief hoog is in vergelijking met de daadwerkelijke kosten die de toezichthouder voor dat specifieke bedrijf of de specifieke groep maakt. (vgl. het hiervoor genoemde tweede en derde uitgangspunt van Maat houden 1996).
- Rekening houdt met de grootte en/of omzet van het bedrijf.