

Hoe stevig is de piramide van Braithwaite?

Henk van de Bunt, Judith van Erp en Karin van Wingerde*

In de afgelopen jaren zijn opmerkelijke veranderingen opgetreden in de uitoefening van het toezicht op bedrijven. In de Verenigde Staten bijvoorbeeld is het toezicht op regel naleving door bedrijven mede onder invloed van enkele grote schandalen aanzienlijk versterkt.¹ Naast hogere straffen voor ondernemingen en bestuurders zijn ook de eisen verscherpt, die aan het interne toezicht op ondernemingen worden gesteld. Ook in Nederland zijn de reacties op organisatiecriminaliteit duidelijk punitiever geworden. Sedert enkele jaren beschikken veel inspecties en toezicht-houders, zoals de Arbeidsinspectie en de Nederlandse Mededingings Autoriteit (NMA), over de mogelijkheid administratieve boetes op te leggen, en zij maken daarvan steeds vaker gebruik.² Tegelijkertijd is er ook een sterk geloof in het zelf-regulerend vermogen van ondernemingen. De grote betekenis die de overheid en het bedrijfsleven aan de code Tabaksblat toekennen, geeft aan dat niet alleen op het gebruik van punitieve instrumenten wordt gemikt. (Een goed overzicht van de 'uitdijende' externe en interne controle in Nederland is Van Waarden, 2006).

Er is derhalve sprake van een ogenschijnlijk tegenstrijdige ontwikkeling tussen twee handhavingsstijlen, coöperatief en punitief (Van Stokkom, 2004; Ponsaers & Hoogenboom, 2004). De intrigerende vraag of je moet samenwerken of straffen, overreden of afdwingen, staat centraal in de publicaties van de Australische criminoloog John Braithwaite over regulering en handhaving van wetten. In zijn boek *To Punish or To Persuade* (1985) presenteert Braithwaite zijn 'ei van Columbus': je moet beide doen. Voor het eerst formuleert hij daar zijn handhavingspiramide waarin hij de op afschrikking gebaseerde methode van gedragsbeïnvloeding met de op compliance gerichte benadering verenigt. In 1992 publiceert hij samen met Ian Ayres het boek *Responsive Regulation; Transcending the deregulation debate* (Ayres & Braithwaite, 1992) waarin de handhavingspiramide verder wordt uitgewerkt. Daarin wordt ook een piramide voor regelgeving gepresenteerd (p. 38 e.v.);

* Met dank aan Krista Huisman, student-assistent, voor het verzamelen van een groot aantal beleidsrapporten. De tweede auteur ontvangt een persoonsgebonden subsidie van de Nederlandse organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO).

- 1 Hierbij valt te denken aan de invoering van de Sarbanes-Oxley Act in 2002, naar aanleiding van de fraudes bij Enron en WorldCom. De wet heeft verregaande gevolgen voor de wijze waarop ondernemingen zijn ingericht en is erop gericht om het bestuur van bedrijven te dwingen hun verantwoordelijkheden serieus te nemen. Wanneer zij dit nalaten, kunnen zeer zware straffen volgen (www.sec.gov en www.soxlaw.com).
- 2 Op 26 juni 2007 is de Eerste Kamer bovendien akkoord gegaan met het wetsvoorstel dat de NMA de bevoegdheid verleent om bestuurders ook persoonlijk sancties op te leggen bij overtreding van de Mededingingswet. Uit de Memorie van Toelichting kunnen wij opmaken dat 'sancties tegen individuen een belangrijke additionele afschrikking kunnen vormen' (Tweede Kamer 2004-2005, 30 071, nr. 3, p. 10).

wij beperken ons hier tot de handhaving van wetten. Het begrip 'responsive' geeft aan dat de wijze waarop gereageerd wordt op regelovertreden afgestemd moet zijn op de houding en beweegredenen van de regelovertreder. Soms zal straffen de aangewezen reactie zijn, dan weer overleg en overreding. Eén ding is wel duidelijk: 'responsiveness implies that there are no universal solutions' (p. 5).

Sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw is de balans tussen deterrence en compliance onderwerp van wetenschappelijk debat (o.a. Bardach & Kagan, 1982; Hawkins & Thomas, 1984). Responsive regulation heeft zich binnen het academische debat ontwikkeld tot de centrale theorie, die door veel hedendaagse auteurs als referentiekader wordt gebruikt (Gunningham e.a., 2003; Simpson, 2002; Sparrow, 2000; Gunningham & Grabosky, 1998). Ook in de Nederlandse criminologische literatuur is het werk van Braithwaite een belangrijke inspiratiebron (Ponsaers & Hoogenboom, 2004; Huisman, 2001; Van den Heuvel, 1993; 1996; Van de Bunt, 1992). Al eerder verscheen een themanummer van het *Tijdschrift voor Criminologie*, dat volledig was gewijd aan de theorieën van Braithwaite (Van de Bunt & Huisman, 1996).

Gelet op de navolging die Braithwaite zowel in de wetenschappelijke literatuur als in de handhavingspraktijk krijgt, is er alle reden om specifiek aandacht te besteden aan de handhavingspiramide. Wij zijn ons bewust van het feit dat de 'responsive regulation'-benadering meerdere aspecten omvat. De handhavingspiramide is echter het meest uitgewerkt en heeft in de praktijk van toezicht en handhaving de meeste navolging gekregen. Na een uitleg van deze piramide zullen wij beschrijven hoe deze in de beleidsrapporten van de belangrijkste toezichthouders in Nederland is geïnterpreteerd.³ Hoewel de toezichthouders in hun beleidsrapporten aangeven responsief te handhaven, zullen wij laten zien dat die responsiviteit ver af staat van hetgeen Ayres en Braithwaite met responsiviteit hebben bedoeld. Vervolgens worden enkele veronderstellingen en implicaties van het piramidemodel met betrekking tot hun empirische houdbaarheid kritisch besproken. Het betreft de ultimatum-remedium-gedachte van het strafrecht en de escalatie van interventies.

De handhavingspiramide

John Bradford Braithwaite (1951) is zijn loopbaan begonnen als bestuurder van de Australische Consumenten- en Mededingingsautoriteit,⁴ de equivalent van de NMA en Consumentenautoriteit in Nederland. In deze functie deed hij ervaringen op die grote invloed zouden hebben op zijn latere wetenschappelijke werk. Hij ontdekte daar de kracht van de informele sociale controle: organisaties die consumentenwetten overtraden, waren maar al te graag bereid om hun leven te beteren wanneer de Consumentenautoriteit met negatieve publiciteit dreigde. Na zijn eerste boek, *Inequality, Crime and Public Policy* (1979) schreef hij hierover samen

3 Het betreft zowel de klassieke rijksinspecties als de nieuwe toezichtautoriteiten op rijksniveau. Beide typen toezichthouders zijn belast met het nalevingtoezicht op bedrijven.

4 Commissioner of the Trade Practices Commission, inmiddels de Australian Competition and Consumer Commission.

met Brent Fisse *The Impact of Publicity on Corporate Offenders* (1983). Zij maken duidelijk dat de angst voor reputatieverlies geen financiële, maar een morele basis heeft. Bedrijven willen een goede reputatie hebben en personeelsleden willen trots kunnen zijn op hun bedrijf.

Het bekendste boek van Braithwaite is zonder twijfel *Crime, Shame and Reintegration* (1989). Centraal hierin staat shaming als mechanisme voor sociale controle, dat volgens Braithwaite gebruikt kan worden om zowel het gedrag van individuele personen als van organisaties te beïnvloeden. Shaming betekent enerzijds: te schande maken, moreel veroordelen, anderzijds: schaamtegevoelens ontwikkelen. Volgens Braithwaite worden regelovertreders het meest effectief aangepakt als hun gedrag expliciet en scherp wordt veroordeeld. Dit zal ertoe leiden dat de overtreder zich zal schamen en dat schaamtegevoel hem er in de toekomst van zal weerhouden opnieuw in de fout te gaan. Daarom is deze shaming-strategie niet alleen effectief, maar ook efficiënt: overtuigen is goedkoper dan straffen.

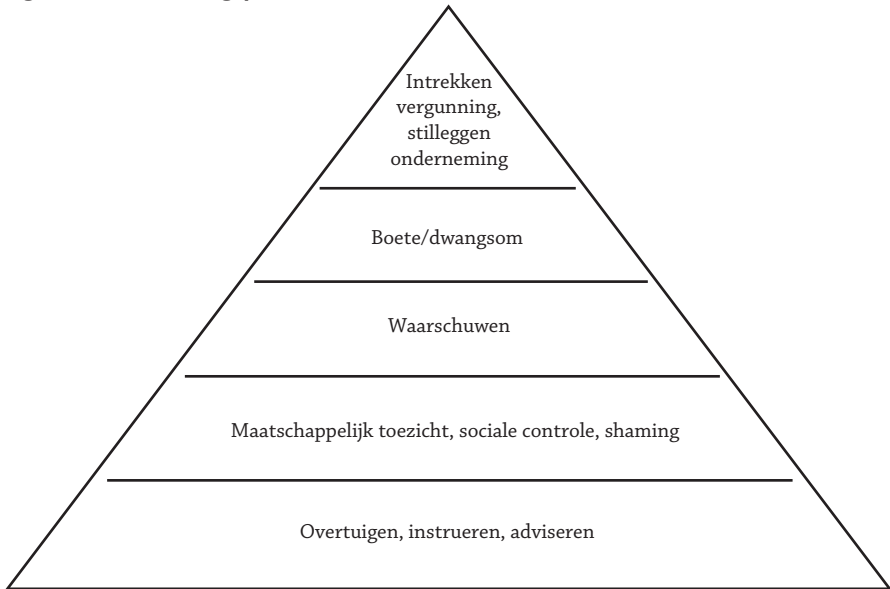
Volgens Braithwaite verschillen organisaties in dit opzicht niet fundamenteel van personen. Ook organisaties hebben een 'geweten' en willen de wet gehoorzamen. Het naleven van de wet gebeurt volgens hem niet uit berekening, maar uit overtuiging. Organisaties, waaronder ook op winst gerichte ondernemingen, vinden het eenvoudigweg niet juist om de wet te overtreden (1989, 140). Omdat bedrijven zich eerder door morele overwegingen laten weerhouden van het plegen van criminaliteit dan door de angst voor straffen, is een 'moraliserende' straf eerder op zijn plaats dan een op afschrikking gerichte straf:

'What is needed is punishment for organizational crime that maximizes the sense of shame, that communicates the message that white collar crime is as abhorrent to the community as crime in the streets' (p. 143).

Volgens Braithwaite speelt informele sociale controle, met name uitingen van verontwaardiging in de media, een belangrijke rol in deze benadering:

'(...) the nub of deterrence is not the severity of the sanction but its social embeddedness. (...) the deterrence literature supports the view that the severity of sanctions is a poor predictor of the effectiveness of social control, while the social embeddedness of sanctions is an important predictor' (p. 55).

In *Responsive Regulation* introduceert Braithwaite de handavingspiramide. Hiermee brengt hij visueel tot uitdrukking dat er een opbouw zit (dient te zitten) in de reacties van de overheid op regelovertredingen van een organisatie. Bij de meeste regelovertredingen kan worden volstaan met praten en adviseren. In veel minder gevallen stoelt de handhaving op deterrence. Tegen een nog kleinere categorie amorele, berekenende regelovertreders, die zich ook aan afschrikking weinig gelegen laat liggen, moet het zwaarste geschut in stelling worden gebracht: incapacitation (1992, 53). Het gaat om het uitsluiten van de mogelijkheid van bedrijven om criminaliteit te plegen door stillegging, intrekking van de vergunning of een verbod aan de bestuurders om in de toekomst een bedrijf uit te oefenen.

Figuur 1: Handhavingspiramide

Gebaseerd op Ayres & Braithwaite (1992, 35)

Cruciaal voor de effectiviteit van de handhaving is dat de handhavers over een rijk geschakeerd sanctiearsenaal beschikken, met een opbouw van lichte sancties (zoals het sturen van een waarschuwingsbrief) naar de meest verregaande, het intrekken van de vergunning en stillegging van de organisatie. Deze zware sancties vormen de top van de piramide en zijn onmisbaar voor de effectiviteit van de lichtere sancties. Braithwaite noemt deze zware sancties 'benign big guns', vrij vertaald: de stokken achter de deur. Handhavers kunnen effectiever opereren als de organisaties weten dat er tegen hen zwaar geschut in stelling *kan* worden gebracht. Wanneer eenmaal dit beeld van de handhaving bestaat, zal het werk van de inspecties worden verlicht: 'Regulatory agencies will be able to speak more softly when they are carrying big sticks' (1992, 19).

Braithwaite stelt hierover heel expliciet dat een handhavingsstrategie die alleen gebaseerd is op overtuiging en zelfregulering, misbruikt zal worden. Dankzij de mogelijkheid van escalatie in sancties kan de handhaver een *tit-for-tat*-strategie volgen. In eerste instantie zal de handhaver proberen om de betrokken organisatie door overleg en overreding als het ware naar regelnaleving toe te praten. Maar wanneer de organisatie volhardt in het overtreden van de afspraken en de regels, zal worden overgeschakeld op een sanctie hoger in de piramide. Dit type sanctie is gericht op afschrikking; cruciaal hierbij is niet de hoogte, maar de morele kracht van de straf. Daarbij is een belangrijke rol weggelegd voor de sociale omgeving van het bedrijf. Braithwaite noemt in dat verband de invloed van belangengroepen, zoals milieuorganisaties, maar ook van ketenpartners, leveranciers, klanten en bewoners uit de omgeving. Deze partijen kunnen mede druk uitoefenen op bedrijven door openlijk regelovertreden af te keuren.

Als ook dit niet helpt, als het niet lukt shaming te bewerkstelligen, wordt de organisatie afgestraft, zelfs tot de dood erop volgt (stillegging van het bedrijf). De organisatie heeft het dus in zekere zin zelf in de hand aan welk type sanctie zij wordt onderworpen. Door mee te werken en beterschap te beloven, dwingen zij als het ware een tegemoetkomende overheidsreactie af. Een te starre punitieve reactie op regelovertredingen zou volgens Braithwaite leiden tot de vorming van 'subcultures of resistance'. Organisaties binden de juridische strijd aan en verliezen hun geloof in de legitimiteit van het overheidsoptreden. Daarentegen speelt de responsieve stijl in op de verantwoordelijkheid van de organisaties om zelf orde op zaken te stellen en op hun bereidheid om de regels na te leven. 'Punitiviteit maakt meer kapot dan de handhaver lief is' zou het motto van Braithwaite's handhavers kunnen luiden.

De piramide in de strategienota's van de landelijke toezichthouders

Blijkens recente strategienota's van de belangrijkste inspecties en toezichthouders in Nederland is de handhavingspiramide een grote inspiratiebron geweest. Maar niet alleen hier geniet het gedachtegoed van Braithwaite grote populariteit, ook in het buitenland worden zijn ideeën nagevolgd. Zo werkt de Australische belastingdienst volgens het model van responsive regulation (Braithwaite, 2007). In Groot Brittannië stelt de Better Regulation Executive prof. Macrory het werk van Braithwaite centraal in de *Macrory Review of Regulatory Penalties* (2006). En ook in niet-westerse landen heeft Braithwaite invloed (Van Rooij, 2006, 232).

In Nederland nemen twee toezichthouders (Inspectie Verkeer en Waterstaat – IVW en de Onderwijsinspectie) de handhavingspiramide van Braithwaite bijna letterlijk over. In de nota *Toezicht in beweging* (2004) neemt de IVW de strategie van de 'flexibele response' tot uitgangspunt: 'de inspectie kiest de interventie die past bij de oorzaak van de niet-naleving'. De Onderwijsinspectie (Ministerie van Onderwijs, ..., 2006) stelt dat slagvaardig toezicht en creatief interveniëren belangrijke uitgangspunten zijn van haar handhavingsbeleid. Hierbij wordt de 'interventiepiramide' van Braithwaite gepresenteerd als het model waarin de bestaande interventiemogelijkheden in onderlinge samenhang staan beschreven. Ook de filosofie van de benign big gun wordt bijna letterlijk overgenomen: 'Omdat de zware sancties een afschrikwekkende werking hebben, zullen instellingen wel geneigd zijn om te reageren op mildere interventies' (2006, 30).

Ook andere toezichthouders kiezen voor een dergelijke opbouw van sancties in de handhaving. Dit wordt in verschillende bewoordingen tot uitdrukking gebracht: 'voorlichting waar het mogelijk is (zacht waar het kan) en stevig waar het nodig is (hard waar het moet)' zo luidt het credo van de Arbeidsinspectie (2006). Een gevleugelde uitdrukking is ook de variant daarop 'soepel waar het kan, en streng waar het moet' (OPTA, 2006; Voedsel- en Warenautoriteit, 2005). De VROM-inspectie (2006) spreekt over de noodzaak van de 'interventiemix' en het vinden van de balans tussen controleren en ondersteunen. De NMA kent 'verschillende toezichtstijlen' waarbij per geval wordt bezien welke stijl het meest geëigend is (Nederlandse Mededingingsautoriteit, 2006). De Autoriteit Financiële Markten (AFM), tot slot, spreekt van een 'bijdragemodel', waarmee wordt bedoeld dat de

AFM eerst met de bedrijven zelf gaat praten. Maar naast dit 'opvoedkundige' optreden kan de AFM in de vorm van 'overvalonderzoeken' en zware sancties ook uit een ander vaatje tappen. Kist, oud-bestuurslid van de AFM: 'Het grootste gedeelte van de taak impliceert het bevorderen van naleving om vervolgens via opvoeden op het topje van de piramide bij de vlag van sanctioneren uit te komen' (Commissie Stevens, 2006, 77).

Hoewel de inspecties het idee van de handhavingspiramide op het eerste gezicht lijken over te nemen, leert een nadere beschouwing dat van daadwerkelijke responsiviteit zoals Braithwaite het bedoelt geen sprake is. Illustratief hiervoor is het bestuurlijke boetebeleid van een aantal Nederlandse toezichthouders.⁵

In dit boetebeleid worden de argumenten genoemd die de strafmaat bepalen. Analyse van deze documenten leert dat de aard, ernst, duur en schade van de overtreding als de belangrijkste criteria bij de boetebepaling worden genoemd. Niet de overtreder, maar de overtreding vormt dus het ijkpunt voor de straf. Het boetebeleid kent ook wel enkele dadergerichte elementen. Recidive is een grondslag voor verhoging van de boetes van de Arbeidsinspectie, de Mededingingsautoriteit en de Voedsel- en Warenautoriteit, de OPTA, het CBP, Commissariaat voor de Media en de Nederlandse Emissieautoriteit, soms met 50 procent. De Mededingingsautoriteit en de OPTA zijn het meest expliciet in het 'belonen' van een coöperatieve opstelling van bedrijven met een verlaging van de basisboete. Een andere vorm van het belonen van medewerking is de clementieregeling van de NMA. De clementieregeling is echter te beschouwen als een klokkenluidersregeling of een vorm van kroongetuigenbescherming. Het gaat niet om het belonen van de bereidheid tot naleving.

Bedrijven die meewerken of de overtreding uit eigen wil beëindigen, dan wel de gene aan wie schade is berokkend uit eigen beweging schadeloos stellen, kunnen een lagere bestuurlijke boete tegemoet zien. Ook de Arbeidsinspectie laat de boete mede afhangen van de risico's in een bedrijf en de opstelling van de werkgever en diens aandacht voor ARBO-zorg. Enkele andere inspecties kiezen echter voor een strikte daadgerichte boetebepaling: bij overtredingen van de Meststoffenwet (AID) en de Arbeidstijdenwet en Arbeidstijdenbesluit vervoer (IVW en AI) wordt een standaardboete voorgeschreven. In het geval van de arbeidstijden is vermeldenswaardig dat de standaardboete er is gekomen omdat maatwerk te veel tijd en capaciteit kostte.

Kortom, de toezichthouders incorporeren weliswaar de handhavingspiramide in hun beleidstheorieën, maar het beleid ten aanzien van hun belangrijkste sanctie, de bestuurlijke boete, is slechts in zeer beperkte mate responsief. Immers in de bepaling van de hoogte van de boetes wordt weinig rekening gehouden met attitude en beweegredenen van de regelovertreeders. De ogenschijnlijk zo simpele piramide blijkt in de praktijk toch niet zo eenvoudig toepasbaar. In de twee nu volgende

5 Het betreft de boeterichtlijnen van de volgende inspecties, voor zover openbaar: Arbeidsinspectie, AID, Agentschap Telecom, College Bescherming Persoonsgegevens, College Toezicht op de Kansspelen, Commissariaat voor de Media, IVW, Staatstoezicht op de mijnen, VWA, OPTA, NMA, AFM, Nederlandse Emissie Autoriteit. Boeterichtsnoeren vloeien deels uit de wet voort en bestaan deels uit de invulling van discretionaire ruimte door de inspecties. Van de dertien bekeken inspecties beschikken er tien over een openbaar boetebeleid.

paragrafen zullen we betogen dat de piramide verder afstaat van de handhavingspraktijk dan op het eerste gezicht lijkt. We bespreken daartoe twee in onze ogen problematische aspecten van responsive regulation. In de eerste plaats de gedachte dat het strafrecht uitsluitend toegepast zou moeten worden voor de zwaarste delicten, in de tweede plaats de flexibele en dadergerichte handhaving.

Strafrechtelijke activiteit aan de onderkant van de piramide

Organisaties zijn gehouden om veel regels en normen na te leven. Naast de ordeningswetten op het terrein van bijvoorbeeld milieu, arbeidsveiligheid en mededinging gelden de klassieke strafrechtelijke verbodsbepalingen, zoals die over fraude, diefstal, corruptie en mishandeling, onverkort voor organisaties. Bovendien zijn organisaties onderworpen aan tal van andere informele regels, gedragscodes en contractueel vastgelegde afspraken. De morele lading van al deze regels loopt onderling sterk uiteen. Over het afkeurenswaardige van het geven van een valse voorstelling van zaken om de aandelenkoers te manipuleren, bestaat tegenwoordig weinig verschil van mening. Maar hoe zit het met het verstrekken van steekpenningen om orders in de wacht te slepen in landen waar corruptie alom aanwezig is? En wat is er mis met het maken van prijs- en werkafspraken in de bouw om de discontinuïteit in orderportefeuilles te voorkomen? Het probleem bij organisatiecriminaliteit is dat regelovertradingen dikwijls gepaard gaan met honorabele bedoelingen, zoals omzetverhoging of behoud van werkgelegenheid. Dit compliceert het morele oordeel over regels en regelovertradingen door de bedrijven zelf. Zij zijn geneigd hun overtradingen te rechtvaardigen en te neutraliseren (Simpson, 2002, 157). Dit wordt vergemakkelijkt als de overheid zelf niet duidelijk kan maken wat de bedoelingen van de regels en de te beschermen belangen zijn.

Als inderdaad sprake is van een gebrek aan morele lading, komt de handhavingspiramide op drijfzand te staan. Sanctioneren is voor Braithwaite immers een kwestie van 'moral education' (1989, 142), maar dat veronderstelt wel dat bedrijven het gedrag dat door de regel wordt verboden ook moreel verwerpelijk vinden. Juist bij 'licht onrecht' is de kans op morele onverschilligheid groot. Dit zou betekenen dat de amorele dader niet uitsluitend in de top van de piramide is te vinden, maar juist in de basis, waar geen plaats is voor straffen. Bij licht onrecht zal de strategie van overleg, overtuigen en inspelen op het schaamtegevoel niet goed werken.

De beste manier om naleving van dergelijke regels te bereiken is dan vaak door te belonen en te bestraffen. Chambliss (1967) onderzocht de naleving van parkeerregels op de campus van een universiteit. In de periode dat er niet of nauwelijks gecontroleerd en beboet werd, verklaarden de respondenten in ruime meerderheid dat zij regelmatig de parkeerregels overtraden. Na verscherping van het toezicht en verhoging van de straffen bleek dat het aantal overtradingen drastisch afnam. Met andere woorden: juist als sprake is van licht onrecht moet er niet gemoraliseerd maar beloond of gestraft worden.

In de praktijk blijkt dat er inderdaad veel strafrechtelijke sancties worden opgelegd aan de onderkant van de piramide. In tegenstelling tot wat op grond van de

handhavingspiramide verwacht mag worden, hebben de meeste strafrechtelijke interventies betrekking op het 'kleine onrecht', althans afgaande op de aard van de overtredingen en de hoogte van de opgelegde boetes. Dat wordt duidelijk uit een vergelijking van de bij de kantonrechter (overtredingen) en rechtbank (zwaardere delicten) ingeschreven strafzaken tegen rechtspersonen. In 2003 kwamen 25.177 van dergelijke strafzaken bij de kantonrechter, voor het merendeel verkeersgerelateerde overtredingen van voorschriften uit het Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens (RVV 1990) en van de voorschriften uit de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen (WAM).

Bij de rechtbank werden 14.500 strafzaken tegen rechtspersonen ingeschreven. Wat betreft de afhandeling van deze misdrijven werd het merendeel (10.640) in 2003 door het Openbaar Ministerie met een transactie afgedaan. Door de rechter in eerste aanleg werden 1.755 sancties opgelegd aan rechtspersonen, de meeste (1.510) voor WED-delicten. In 2006 was de verhouding vergelijkbaar: 1.555 van de 1.690 sancties. De meeste opgelegde sancties betreffen een onvoorwaardelijke geldboete, tussen de 453 en 2.268 euro. Datzelfde geldt voor de transactiebedragen. Het gaat hierbij derhalve om relatief lage bedragen. Er zijn in de afgelopen jaren (1994-2006) weinig zware sancties opgelegd. Zo werd in deze periode jaarlijks 10-20 keer de sanctie stillegging van de onderneming opgelegd, alleen 2001 was met vijf stilleggingen een uitzondering (Centraal Bureau voor de Statistiek, 2007).

Braithwaite heeft weinig op met dergelijke geringe straffen voor organisaties: 'Routine wrist-slapping fines fulfill no moral educative function – they are a morally neutral tax on law breaking – and they are a joke in deterring massive corporations' (1989, 142). Maar kan het anders, en wat zijn de risico's van 'moral education' bij organisaties die weinig boodschap hebben aan de morele betekenis van de overtreden regels? Interessant in dit verband is het recente onderzoek van Christine Parker (2006). Zij introduceert het begrip 'compliance trap'. Parker onderzocht de werking van de handhavingspiramide bij de Australische Mededingingsautoriteit. Deze trachtte op basis van de handhavingspiramide stigmatiserende reputatiesancties op te leggen. In de praktijk leidde dit echter tot een politieke lobby van de bedrijven in kwestie, een gebrek aan politieke steun voor de Mededingingsautoriteit en uiteindelijk tot het aftreden van haar voorzitter.

Parker concludeert dat moraliserend en stigmatiserend optreden van handhavers, zonder maatschappelijke en politieke steun, het functioneren van de handhavingsorganisatie ondermijnt. Moral education en het dreigen met the big gun blijken moeilijk uitvoerbaar als er geen werkelijke overeenstemming bestaat – in de politiek, maatschappij en met het veld – dat organisatiecriminaliteit zo ernstig is dat het als criminaliteit moet worden behandeld. De compliance trap houdt in dat handhavers zich als gevolg van het ontbreken van maatschappelijke steun gedwongen zien ofwel hun normatieve boodschap af te zwakken, ofwel terug te vallen op een niet-responsieve strategie van het handhaven van wetten 'volgens het boekje' (Bardach & Kagan, 1982).

Tussen droom en daad

De handhavingspiramide is gebaseerd op de gedachte dat handhavers hun optreden en sancties afstemmen op de 'instelling' of de 'goede wil' van de onderneming. Hier weerklinken de inzichten uit de restorative justice beweging waaraan Braithwaite in zijn 'andere leven' verbonden is.⁶ In de praktijk blijkt de uitvoering hiervan problematisch te zijn; de piramide stoelt meer op idealisme dan op realiteitszin.

Kennis van de toezichthouder

In de eerste plaats impliceert responsief handhaven dat de toezichthouders goed op de hoogte zijn van wat zich in de branche en bij de afzonderlijke bedrijven afspeelt. Ze moeten immers hun attitude en vermogen tot zelfregulering op juiste waarde kunnen schatten. In hoeverre beschikken Nederlandse toezichthouders over dergelijke kennis?

De kennis van individuele bedrijven blijkt in de praktijk beperkt, omdat directe controles steekproefsgewijs en projectmatig plaatsvinden. Terugkerende controles, waarmee de toezichthouder zou kunnen achterhalen in welke mate bedrijven verbeteringen doorvoeren, zijn zeldzaam. Voor het onderzoek 'Fraude in beeld' (Platform Bijzondere Opsporingsdiensten, 2007) werden 1.500 ondernemers uit diverse sectoren telefonisch geïnterviewd over hun opvattingen, houdingen, ervaringen en gedragsintenties met betrekking tot regelnaleving en handhaving. Zo werd onder andere in kaart gebracht hoe vaak ondernemingen naar eigen zeggen gecontroleerd worden.

Het percentage bedrijven dat in het verleden tussen de 2 en 5 keer gecontroleerd is, ligt voor vrijwel alle landelijke toezichthouders onder de 10 procent. Van deze toezichthouders worden alleen de Belastingdienst en de Arbeidsinspectie door een grotere groep ondernemers genoemd als toezichthouders waarmee ze herhaalde contacten hebben (resp. 31 en 16 procent van de bedrijven noemt dat zij 2 tot 5 keer contact hebben gehad). En 15 procent van de ondernemingen zegt nog nooit gecontroleerd te zijn door een handhavende instantie (2007, 133, tabel 4.13). Uit een uitgave van de werkgroep communicatie van het beraad van inspecteurs-generaal (2006) blijkt verder, dat de Arbeidsinspectie bedrijven met meer dan 100 werknemers gemiddeld eens per 5 jaar bezoekt. Bedrijven met 10 tot 100 werknemers krijgen gemiddeld eens per dertien jaar bezoek van de Arbeidsinspectie en voor bedrijven met minder dan 10 werknemers is dit slechts eenmaal per 77 jaar. De AID bezoekt de intensieve veehouderij gemiddeld eens in de 5 jaar en de tuin- en akkerbouw eens in de 10 jaar. Ook de VROM-inspectie komt niet systematisch terug bij overtredende bedrijven. De controles die worden uitgevoerd, zijn bovendien veelal administratief van aard. Het toezicht door de nieuwe autoriteiten voor markttoezicht (AFM, NMA, OPTA) betreft uitsluitend de bestudering van documenten. Fysieke controles, zoals persoonlijke

6 In het boek *Restorative justice en responsive regulation* (2002) integreert hij de beide stromen in zijn werk en laat hij zien dat 'John the criminologist' en 'John the scholar of business regulation' één persoon zijn. Responsive regulation wordt toegepast op reguliere misdaad en restorative justice op de regulering van bedrijven.

waarnemingen van een inspecteur ter plaatse, worden in beperkte mate verricht (Mertens, 2006).

Gezien de frequentie en aard van het toezicht is het de vraag of toezichhouders werkelijk responsief kunnen optreden. Responsiviteit vereist immers een goede bekendheid met individuele ondernemingen, die alleen op basis van vrij intensief contact tot stand kan komen. Dergelijk contact is in een groot deel van de praktijk van het Nederlandse toezicht afwezig.

Escalatie van sancties

In de tweede plaats veronderstelt de tit-for-tat-strategie dat handhavers in staat zijn om sancties 'op te schalen' als de situatie daarom vraagt. Maar is dit wel een realistische veronderstelling? In het Nederlandse stelsel van handhaving kan de sfeerovergang tussen bestuurs- en strafrechtelijke handhaving als een mooi voorbeeld van zo'n escalatiestrategie worden beschouwd. Bestuursrechtelijke handhaving zit onderin de piramide, terwijl strafrechtelijke handhaving meer op afschrikking en onschadelijkmaking is gericht. Een bewuste escalatiestrategie veronderstelt dat bestuurlijke en strafrechtelijke handhavers onderling afstemming plegen, waarbij de strafrechtelijke handhaver die zaken voor vervolging selecteert waarbij eerder bestuurlijk optreden geen effect heeft gesorteerd. Een voorbeeld van dergelijke afstemming is een periodiek overleg in de sector milieu waarin bestuursorganen en OM gezamenlijk inschatten bij welke bedrijven kan worden volstaan met een bestuurlijke waarschuwing, waar de waarschuwing kracht bijgezet moet worden met een 'flankeerbrief' van het OM,⁷ en waar direct proces verbaal moet worden opgemaakt.

Uit onderzoek naar milieuhandhaving blijkt evenwel dat in de praktijk slechts beperkt afstemming en gezamenlijke besluitvorming plaatsvindt over de inzet van het instrumentarium in concrete casussen. Bovendien blijkt dat handhavingsoverleg vaak een algemeen en informeel karakter heeft. De bestuurlijke en strafrechtelijke trajecten worden daarom als 'gescheiden werelden' getypeerd (Struiksma e.a., 2006, 44). Ook een lopend onderzoek waarin de zestien zwaarste milieu- en fraudezaken van de VROM-Inlichtingen- en Opsporingsdienst werden geanalyseerd, laat zien dat strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhavers los van elkaar opereren en dat strafrechtelijke actie niet geënt is op eerdere bestuursrechtelijke interventies, zoals de piramide veronderstelt.⁸ Volgens de logica van de piramide komen de zaken voor strafrechtelijke sanctionering in aanmerking als eerder, op coöperatie gericht optreden heeft gefaald.

In de praktijk echter is sprake van een 'zij-instroom': zaken komen direct in strafrechtelijk vaarwater terecht. De aanleiding kan heel divers zijn: van heterdaad tot

7 Het uitgangspunt van het flankeerbeleid is dat van alle bestuurlijke handhavingsactiviteiten een afschrift wordt verzonden aan het openbaar ministerie. In sommige gevallen stuurt het openbaar ministerie zelf een flankeerbrief inhoudende dat een strafbare overtreding is geconstateerd en dat het OM afziet van vervolging, mits binnen de gestelde termijn aan de voorwaarden van het bestuur wordt voldaan. Zie: <http://archieff.om.nl/beleid/beleidsregel.php?vv=0&cid=14&rid=302>

8 Het materiaal is in 2007 verzameld door zes masterstudenten van de opleiding Criminologie aan de Vrije Universiteit en de Erasmus Universiteit. Het onderzoek staat onder begeleiding van Henk van de Bunt, Wim Huisman en Judith van Erp.

anonieme tip, maar in geen van de zestien bestudeerde gevallen was de toepassing van het strafrecht een gevolg van falen van achtereenvolgende bestuursrechtelijke ingrepen. In het enkele geval dat eerder bestuursrechtelijk was opgetreden, stond dit los van de aanleiding tot het strafrechtelijk onderzoek. Dat is ook goed voor te stellen als we weten dat de handhaving van milieuregelgeving in de bestudeerde gevallen verspreid was over vele instanties waaronder gemeenten, provincies, waterschappen, openbaar ministerie, VROM-inspectie, VROM-Inlichtingen en Opsporingsdienst. Dit maakt nog eens duidelijk dat in de handhavingspraktijk geen sprake is van een gemakkelijke, soepele opschaling van interventies als het gedrag van de overtreder hierom vraagt. De overgang van de ene strategie op de andere betekent ook de overdracht van de zaak van de ene op de andere handhavingsorganisatie, met alle communicatie- en competentieproblemen van dien.

Eigen agenda van de handhaver

In de derde plaats kan worden opgemerkt dat de piramide idealistisch is, omdat ervan wordt uitgegaan dat de toezichthouders er op gericht zijn om te bereiken dat bedrijven regels naleven. Maar van een dergelijke houding is niet altijd sprake. Naar de feitelijke handhavingsstijl van Nederlandse toezichthouders is helaas in beperkte mate onderzoek verricht. Wij wijzen vast vooruit op een artikel van Mascini en Van Wijk, te verschijnen in het themanummer van het *Tijdschrift voor Criminologie*, over Toezicht en Compliance (2008, nr. 2). Uit het eerdergenoemde rapport 'Fraude in Beeld' (Platform Bijzondere Opsporingsdiensten, 2007) wordt duidelijk dat de Nederlandse handhaver zich bij de keuze van instrumenten in de eerste plaats laat leiden door het doel de daders aan te pakken, en pas in de tweede plaats het bevorderen van regelnaleving. Van een responsieve stijl, in de zin dat de keuze voor instrumenten wordt bepaald door kenmerken van de doelgroep, is nauwelijks sprake (p. 197-199).

Deens onderzoek naar responsiviteit toonde opvallend genoeg aan dat handhavers in de praktijk juist tegen de piramide in handelen (Lehmann Nielsen, 2006). Hoe talrijker en ernstiger de overtredingen van een bedrijf, hoe minder zwaar de opgelegde sancties, en hoe beter de nalevingsstatus van een bedrijf, hoe zwaarder de straf. Een verklaring hiervoor wordt niet gegeven. Ook Simpson (2006) heeft onderzocht in hoeverre milieuhandhaving in de VS is afgestemd op kenmerken van ondernemingen. Het enige bedrijfskenmerk dat een relatie heeft met opgelegde sancties is de winstgevendheid van het bedrijf: bedrijven met lagere winstniveaus krijgen meer formele sancties opgelegd, terwijl tegen de meer winstgevende bedrijven meer informele maatregelen (telefoontjes, waarschuwingen) worden genomen. Ook dit is niet in overeenstemming met de piramidegedachte en ook in dit geval ontbreekt een verklaring.

Deze bevindingen geven aan dat er kennelijk in de handhaving ook andere belangen en overwegingen een rol spelen in het optreden van de handhavers (Hawkins, 2002; Mascini, 2004; Haines & Gurney, 2003). Zowel de individuele handhaver als zijn organisatie heeft een eigen agenda, mede bepaald door de politieke context waarin handhavers zichtbare resultaten moeten boeken. Zo kan worden verklaard waarom handhavers juist die zaken vervolgen waarin ze succes verwachten en weinig tegenstand zullen ondervinden. Complexe zaken van veelplegers,

waarbij het bedrijf moet worden stilgelegd, voldoen zelden aan dat criterium. De discretionaire ruimte van de handhavers wordt dan in feite niet toegesneden op het bewerkstelligen van regelnaleving, maar op de eigen individuele of organisatorische belangen (vgl. Chambliss & Seidman, 1971). Dit probleem is des te actueler in een tijd waarin steeds hogere eisen worden gesteld aan de transparantie van toezichthouders.

Criminologische inspiratiebron en maatschappelijke werkelijkheid

De theorie van responsive regulation heeft een centrale plaats in het wetenschappelijke debat over regulering en handhaving. Ook is de theorie de laatste jaren door veel Nederlandse (en ook buitenlandse) toezichthouders overgenomen in strategienota's en beleidsplannen. Met name de door Braithwaite ontwikkelde handhavingspiramide heeft ogenschijnlijk veel navolging gekregen in het Nederlandse handhavingsbeleid. Hoewel Nederlandse toezichthouders in strategienota's aangeven de handhavingspiramide als uitgangspunt te nemen, hebben wij kunnen zien dat er bij de uitwerking van de piramide wordt afgeweken. Dit is geïllustreerd aan de hand van het boetebeleid van verschillende inspectiediensten waarin, zo bleek, maar weinig responsieve elementen zijn terug te vinden. Hoe overtuigend de piramide op het eerste gezicht ook lijkt, bij nadere bestudering blijkt deze allerm minst gemakkelijk toepasbaar. Twee centrale principes van de piramide, de *ultimum remedium*-gedachte en de strategie van escalatie, zijn niet toegesneden op de complexe maatschappelijke werkelijkheid. Daarin wordt het strafrecht voornamelijk ingezet voor lichte overtredingen waarbij de intrinsieke bereidheid om na te leven ontbreekt. Bovendien belemmert de lage controlefrequentie en de spreiding van handhavingsbevoegdheden over verschillende instanties een gecoördineerde aanpak van overtreders. De handhavingspiramide gaat grotendeels voorbij aan deze werkelijkheid en beschouwt handhavingsinstanties als geïsoleerd van hun politieke en maatschappelijke context. In de praktijk staat de handhavingspiramide dus niet zo stevig op zijn grondvesten als de missiedocumenten en strategische nota's van de toezichthouders doen geloven.

De kracht van de piramide ligt in de grote vanzelfsprekendheid van de visie op bestraffing. Ondanks de kanttekeningen appelleert de gedachte dat we eerst moeten praten en dat straf slechts een stok achter de deur moet zijn, aan een elementair gevoel van redelijkheid en rechtvaardigheid. Daarom vormt het werk van Braithwaite voor veel criminologen, onder wie wijzelf, een grote inspiratiebron.

Literatuur

- Arbeidsinspectie (2006). *Jaarplan 2007*. Den Haag: Ministerie van sociale zaken en werkgelegenheid.
- Ayres, I. & Braithwaite, J. (1992). *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press.
- Bardach, E. & Kagan, R.A. (1982). *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*. Philadelphia: Temple University Press.

- Braithwaite, J. (1979). *Inequality, Crime, and Public Policy*. London and Boston, Routledge & Kegan Paul.
- Braithwaite, J. (1985). *To punish or to persuade. Enforcement of Coal Mine Safety*. Albany: State University of New York Press.
- Braithwaite, J. (1989). *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press.
- Braithwaite, V. (2007). Responsive Regulation and Taxation: Introduction. *Law & Policy*, 29(1).
- Bunt, H.G. van de (1992), *Organisatiecriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint.
- Bunt, H.G. van de & Huisman, W. (red.) (1996). *Organisatiecriminaliteit: wie is er bang voor 'shaming'?* Themanummer *Tijdschrift voor Criminologie*, 38(4).
- Centraal Bureau voor de Statistiek. (2007). Voorburg/ Heerlen, 1-10-2007.
- Chambliss, W.J. (1967). Types of deviance and the effectiveness of legal sanctions. *Wisconsin Law Review*, 703-719.
- Chambliss, W.J. & Seidman, R.B. (1971). *Law, Order and Power*. Reading: Addison-Wesley Pub. Co.
- Commissie Stevens (2006). *Het gezicht van toezicht. Aanbevelingen tot vermindering van de toezichtlast*. Den Haag: Ministerie van Economische Zaken.
- Fisse, B. & Braithwaite, J. (1983). *The Impact of Publicity on Corporate Offenders*. Albany: State University of New York Press.
- Gunningham, N., Grabosky, P. & Sinclair, D. (1998). *Smart Regulation, Designing environmental policy*. Oxford: Clarendon.
- Gunningham, N.A., Kagan, R.A. & Thornton, D. (2003). *Shades of Green. Business, Regulation, and Environment*. Stanford: Stanford University Press.
- Haines, F. & Gurney, D. (2003). The shadows of the law: Contemporary approaches to regulatory and the problem of regulatory conflict. *Law & Policy*, 25(4).
- Hawkins, K. & Thomas, J.M. (eds.) (1984). *Enforcing Regulation*. Boston: Kluwer-Nijhoff.
- Hawkins, K. (2002). *Law as last resort, Prosecution decision-making in a regulatory agency*. New York: Oxford University Press.
- Heuvel, G. van den (1993), *Onderhandelen of straffen. Over organisatie-criminaliteit en overheidscontrole*. Arnhem: Gouda Quint.
- Heuvel, G. van den (1996). Beschaming in de republiek. Over de theorieën van John Braithwaite. *Tijdschrift voor Criminologie*, 38(4).
- Huisman, W. (2001). *Tussen winst en moraal. Achtergronden van regel naleving en regel-overtreding door ondernemingen*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Inspectie Verkeer en Waterstaat (2004). *Toezicht in beweging. Ontwikkeling in het toezicht van Verkeer en Waterstaat*. Den Haag: Inspectie Verkeer en Waterstaat.
- Lehmann Nielsen, V. (2006). Are Regulators Responsive? *Law & Policy*, 28(3).
- Macrory, R.B. (2006), *Regulatory Justice, Making Sanctions Effective (Macrory Review of Regulatory Penalties*, Final report, www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/penalties.
- Mascini, P. (2004). De wisselvalligheid van de twijfel: ongelijkheid in de uitvoering van het asielbeleid verklaard. In: P. Mascini & N. Doornbos (red.). *Onbekend terrein: grenzen van het vreemdelingenbeleid*. *Amsterdams Sociologisch Tijdschrift*, 31(1), 113-147.
- Mascini, P. en Wijk, E. van (2008). Te verschijnen. Themanummer toezicht en compliance. *Tijdschrift voor Criminologie*, (50)2.
- Mertens, F. (2006). *Toezicht in een polycentrische samenleving*. Delft: Technische Universiteit.
- Ministerie van Onderwijs, Wetenschap en Cultuur (2006). *Toezicht in vertrouwen, vertrouwen in toezicht. Visie op toezicht OCW 2007-2011*. Den Haag: Ministerie van Onderwijs, Wetenschap en Cultuur.

- Nederlandse Mededingingsautoriteit (2006). *Jaarverslag NMa 2005*. Den Haag: NMA.
- OPTA (2006). *Jaarverslag en marktmonitor 2005*. Den Haag: OPTA.
- Parker, C. (2006). The 'Compliance' Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement. *Law & Society Review*, 40(3).
- Platform Bijzondere Opsporingsdiensten (2007). *Fraude in beeld. Deel II, Verantwoording, resultaten en implicaties*. Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- Ponsaers, P. & Hoogenboom, B. (2004). Het moeilijke spel van wortel en stok. Organisatiecriminaliteit en handhavingstrategieën van bijzondere inspectie- en opsporingsdiensten. *Tijdschrift voor Criminologie*, 46(2), 165-181.
- Rooij, B. van (2006). *Regulating Land and Pollution in China. Lawmaking, compliance and Enforcement; Theory and Cases*. Leiden: Leiden University Press.
- Simpson, S.S. (2002). *Corporate Crime, Law, and Social Control*. New York: Cambridge University Press.
- Simpson, S.S. (2006). Corporate Crime and Regulation. In: H. Elffers, P. Verboon & W. Huisman (eds). *Managing and maintaining compliance*. Den Haag: Boom Juridische uitgever.
- Sparrow, M. (2000). *The Regulatory Craft, Controlling risks, solving problems, and managing compliance*. Washington DC: Brookings Institution Press.
- Stokkom, B. van (2004). *Handhaven: eerst kiezen, dan doen. Sociaal-wetenschappelijke mogelijkheden en beperkingen*. Den Haag: Ministerie van Justitie, Expertisecentrum Rechtshandhaving.
- Struiksmā, N., Ridder, J. de & Winter, H.B. (2006). *De effectiviteit van bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving van milieuwetgeving*. Groningen: Rijksuniversiteit Groningen.
- Tweede Kamer (TK), *Wijziging van de mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet. 2004-2005*, 30 071, nr. 3.
- Voedsel- en Warenautoriteit (2006). *Jaarverslag 2005*. Den Haag: Voedsel en Warenautoriteit.
- Vrom Inspectie (2006). *Jaarrapportage 2005: Handhaven in perspectief*. Den Haag: Ministerie van VROM.
- Waarden, F. van (2006). Werk in een wantrouwende wereld, omvang en oorzaken van een uitdijende controle-industrie. *B en M*, 33(4), 232-252.
- Wergroep Communicatie IG-beraad (2006). *Introspecties*. www.ivw.nl/nl/Images/Introspecties_tcm5-15869.pdf

Internet:

www.sec.gov

www.soxlaw.com

www.commissiecorporategovernance.nl

www.om.nl