

# Controlekosten in de luchtvaart

Een advies over het onderscheid tussen controles in het kader van post-toelating en controles in het kader van nalevingstoezicht en het belang daarvan voor de mate waarin de kosten van die controles kunnen worden doorberekend

## Adviescommissie Controlekosten Luchtvaart

prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels, voorzitter  
mr. P. van Rossum  
mr. D.B.G. van Duren

m.m.v. mr. R. Klarus

Maart 2009

# Inhoudsopgave

1	Algemeen	pag. 3
2	Wetgeving inzake de bevoegdheid tot doorberekening van controlekosten	pag. 5
3	Beleid	pag. 9
3.1	Maat houden	pag. 9
3.2	Rapport secretariaat van het DIET-comité	pag. 11
3.3	Nota van de plaatsvervangend Inspecteur-Generaal van de IVW	pag. 12
4	Praktijk	pag. 14
5	Rechtspraak	pag. 16
6	Analyse van de kernbegrippen	pag. 20
6.1	De begrippen toelating en post-toelating; nalevingstoezicht; voorwaarden en voorschriften	pag. 20
6.2	Een combinatie van (post-)toelatingscontrole en nalevingstoezicht?	pag. 23
7	Conclusies, overwegingen en advies	pag. 25
7.1	Conclusies	pag. 25
7.2	Overwegingen	pag. 27
7.3	Advies	pag. 28

*Probleemschets; instelling commissie*

Al geruime tijd bestaat er verschil van inzicht tussen (een deel van) de luchtvaartsector en de Inspectie Verkeer en Waterstaat (IVW) over de vraag in hoeverre bepaalde controlekosten aan de te controleren bedrijven kunnen worden doorberekend. Het gaat om de door de IVW gemaakte kosten van periodieke controles die worden verricht bij bedrijven die reeds beschikken over een vergunning, erkenning etc., om na te gaan of die bedrijven nog steeds voldoen aan de eisen waaraan moest worden voldaan om voor die vergunning, erkenning etc. in aanmerking te komen. Men spreekt in dit verband wel van post-toelaten en post-toelatingscontrole, op de voet van het rapport 'Maat houden'<sup>1</sup>. Het bedoelde verschil van inzicht is ook naar voren gekomen tijdens een aantal rechtszaken, die in hoofdstuk 5 worden besproken. Omdat het verschil van inzicht niet in het reguliere overleg van het zogeheten DIET-comité<sup>2</sup> kon worden overbrugd, is in december 2008 door de Inspecteur-Generaal van de IVW, in overleg met de sector, de 'Bemiddelingscommissie posttoelatingstarieven Luchtvaart' ingesteld, bestaande uit prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (Universiteit van Tilburg), voorzitter, mr. P. van Rossum (advocaat; als commissielid aangewezen door de sector)<sup>3</sup> en mr. D.B.G. van Duren (als commissielid aangewezen door de IVW).

*Opdracht*

De commissie kreeg van de opdrachtgever primair de volgende opdracht mee: 'welke taken van de Inspectie zijn te beschouwen als posttoelatingstaken (en daarmee te onderscheiden van handhavingstaken); van deze taken kunnen de kosten dan worden doorberekend aan de luchtvaartsector. Dit alles op basis van de huidige regelgeving en het huidige beleidskader.'

Oogmerk zou dus zijn om vast te stellen welke controles onder de noemer post-toelating kunnen worden begrepen. De commissie zou vervolgens moeten nagaan of er voor de doorberekening van de kosten van *die* controles, binnen de grenzen van het huidige recht en beleid, een solide (d.w.z. inhoudelijk duidelijke en juridisch houdbare) basis kan worden gevonden, voor 2008 en 2009, maar zo mogelijk ook voor de langere termijn.

De commissie diende rond 1 maart 2009 een advies uit te brengen. Al bij de eerste beraadslagingen bleek de benaming van de commissie wat ongelukkig, omdat de opdracht niet zozeer bemiddeling inhield, maar het geven van een advies, op basis van een inhoudelijk scherpe analyse van de problematiek, waarmee beide partijen zouden kunnen leven, maar dat niet noodzakelijkerwijs de trekken van een compromis zou hoeven te hebben. Voorts bleek de term post-toelaten vragen op te roepen. De commissie heeft zichzelf daarom aangeduid als Adviescommissie Controlekosten Luchtvaart. Het advies is op 11 maart 2009 aan de Inspecteur-Generaal van de IVW gezonden.

---

<sup>1</sup> MDW-werkgroep doorberekening van handhavingskosten, *Maat houden*. Een kader voor doorberekening van toelatings- en handhavingskosten, Den Haag 1996. Aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van de Minister van Justitie van 19 juli 2006, *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 036, nr. 22.

<sup>2</sup> DIET staat voor Doelmatigheid, Inspectie-effectiviteit en Transparantie. Het DIET-comité staat onder voorzitterschap van de heer R.L.O. Linschoten.

<sup>3</sup> De heer Van Rossum is bij de werkzaamheden van de commissie bijgestaan door mr. R. Klarus.

### *Vraagstelling*

In dit advies dient dus volgens de aan de commissie gegeven opdracht de vraag te worden beantwoord in hoeverre kosten van post-toelatingscontrole kunnen worden doorberekend. Deze vraag kan echter alleen worden beantwoord wanneer eerst de voorvraag is beantwoord wat post-toelaten precies is en of er een werkbaar onderscheid valt te maken tussen post-toelatingscontrole en nalevingstoezicht. Het uitgangspunt, conform het vigerende beleid van de centrale overheid, verwoord in het rapport 'Maat houden', is namelijk dat kosten van nalevingstoezicht *niet* worden doorberekend (tenzij sprake is van een van de in Maat houden genoemde uitzonderingen) en die van post-toelatingscontrole *wel* (tenzij het beleid in een uitzondering voorziet of het EG-recht en/of de wet daaraan in de weg staat). Het gaat in dit rapport dus primair over de principiële vraag naar het onderscheid tussen controles in het kader van het toezicht en die in het kader van post-toelating. Het antwoord op deze vraag zou dan de basis moeten bieden voor een advies over de bevoegdheid tot doorberekening van kosten van bepaalde controles in 2008 en 2009. Zo mogelijk zou dit antwoord tevens de basis moeten bieden voor een structurele regeling, al dan niet in de vorm van een (wijziging van een) wettelijke regeling.

### *Werkwijze*

De commissie heeft een groot aantal stukken bestudeerd, vier keer vergaderd en een gesprek gevoerd met de heer P. Terpstra van de IVW, om zich een beter beeld van de praktijk te vormen.

### *Opbouw van dit advies*

Hierna komen eerst (in de hoofdstukken 2 tot en met 5) de relevante onderdelen van de wetgeving, het beleid, de praktijk en de rechtspraak aan de orde. Elk hoofdstuk begint met een beschrijving, die wordt gevolgd door commentaar van de commissie. Daarna volgt in hoofdstuk 6 een analyse van de kernbegrippen. Het advies wordt afgesloten met conclusies, enkele overwegingen en een advies.

## 2 Wetgeving inzake de bevoegdheid tot doorberekening van controlekosten

### *Noodzaak van een wettelijke grondslag*

Ingevolge artikel 104 Grondwet hebben retributies (gevraagde vergoedingen van kosten die door de overheid in het kader van door haar geleverde diensten worden gemaakt) een wettelijke grondslag nodig. Voor heffingen waar geen geleverde dienst tegenover staat, zoals bij nalevingstoezicht, geldt a fortiori het vereiste van een wettelijke grondslag. De commissie gaat er van uit dat voor doorberekening van controlekosten in een publiekrechtelijke context door een bestuursorgaan dus een wettelijke grondslag nodig is.<sup>4</sup> De wetgever heeft voor controles in de luchtvaart in een brede wettelijke grondslag voorzien, in artikel 11.2a Wet luchtvaart (zie hierna). Maat houden biedt een kader voor de wetgever waarbinnen deze verantwoord keuzes kan maken voor het scheppen van zulk een grondslag. ‘Maat houden’ kent als (het door de wetgever te hanteren) uitgangspunt dat de kosten voor nalevingstoezicht niet worden doorberekend. Daarop maakt Maat houden echter wel enkele uitzonderingen. Vreemd of strijdig met ons rechtssysteem is doorberekening ook van (bepaalde) *toezichtskosten* dus zeker niet. Maar er moet dus wel een wettelijke grondslag voor zijn. Het louter bij wijze van vergunningvoorschrift verplichten tot betaling voor uitgevoerd nalevingstoezicht, zonder zo’n wettelijke grondslag daarvoor, is dus niet toegestaan.

### *EG-recht*

In het EG-recht is in diverse regelingen sprake van (al dan niet verplichte) doorberekening van kosten die worden gemaakt bij controles. Soms ogen de bepalingen nogal ruim, waardoor verwarring kan ontstaan over de vraag of tot de controle waarvan de kosten kunnen worden doorberekend, ook het toezicht op de naleving behoort.

Artikel 64 van Verordening 216/2008 van het Europees Parlement en de Raad<sup>5</sup> bepaalt dat tarieven en vergoedingen in rekening *worden* gebracht voor (onder meer) ‘de afgifte en vernieuwing van certificaten en voor de hiermee verband houdende taken van voortdurend toezicht’. Onder ‘voortdurend toezicht’ verstaat artikel 3 sub a van de Verordening ‘de taken die moeten worden verricht om te verifiëren dat te allen tijde gedurende de geldigheidsperiode van het certificaat wordt voldaan aan de voorwaarden waaronder het certificaat is afgegeven, alsmede het nemen van veiligheidsmaatregelen’. Tot die voorwaarden moet blijkens artikel 3 sub e worden gerekend ‘de toepasselijke eisen, waaronder begrepen de bepalingen van deze verordening en de voor de toepassing daarvan vastgestelde uitvoeringsvoorschriften’. Dit lijkt er op te duiden dat er na de toelating voortdurende controles moeten zijn om na te gaan of nog steeds aan de voorwaarden wordt voldaan, terwijl die voorwaarden mede inhouden het naleven van voorschriften, en dat de kosten van *die* controles moeten worden doorberekend. Het artikel dat expliciet gaat over het toezicht op de

---

<sup>4</sup> De rechtspraak heeft in een aantal gevallen wel, zij het onder strikte beperkingen, aanvaard dat financiële voorwaarden aan het verlenen van vergunningen e.d. worden gesteld ook zonder wettelijke grondslag. Zie ARRvS 30 augustus 1985, AB 1986, 243 m.nt. Lubach (Rabobank Stompwijk Zoeterwoude) en ABRvS 1 februari 1995, *De Gemeentestem* 7013, 8 m.nt. Goorden (Bussumse kapverordening). De voorwaarden hadden echter geen betrekking op kosten van controles in het kader van (post-)toelating of handhaving.

<sup>5</sup> *Pb EG* 2008 L 79/26. Deze verordening is de opvolgster van Vo. 1592/2002; zie van die verordening het vergelijkbare artikel 53.

naleving, artikel 24 van Vo. 216/2008,<sup>6</sup> zegt evenwel niets over de eventuele mogelijkheid van kostendoorberekening.

Vo. 593/207 van de Commissie<sup>7</sup> verstaat onder vergoedingen ‘de door het agentschap geheven bedragen die verschuldigd zijn door de aanvragers voor het verkrijgen, handhaven of wijzigen van de in artikel 15 van Verordening (EG) nr. 1592/2002 bedoelde, door het agentschap afgegeven, gehandhaafde of gewijzigde certificaten.’ Het gaat dus ook hier om onderzoek dat nodig is om te kunnen bepalen of het certificaat behouden mag blijven. De te betalen kosten betreffen overigens vergoedingen aan het Europese Agentschap voor de Veiligheid van de Luchtvaart (EASA). De EASA laat die controletaken namens haar door de IVW verrichten en vergoedt de IVW daarvoor. Het EG-recht verplicht de lidstaten niet om hun eigen toezichtskosten (op het terrein van de luchtvaart) door te berekenen.

Ook op andere terreinen dan de luchtvaart kent het EG-recht bepalingen betreffende doorberekening van controlekosten, waarbij niet altijd een onderscheid tussen (post-)toelatingscontrole en nalevingstoezicht wordt gemaakt. Art. 28 van Vo. 882/2004 (over controles op naleving van wetgeving inzake diervoeders en levensmiddelen) bijvoorbeeld verplicht tot het doorberekenen van de kosten van extra nalevingstoezicht bij ‘slechte nalevers’. Soms is niet alleen sprake van een wettelijke bevoegdheid tot doorberekening van controlekosten, maar zelfs van een verplichting (zie bijv. art. 19 juncto 18 lid 2 EG-richtlijn 96/23, inzake controles op stoffen en residuen in levende dieren en producten daarvan) om te verzekeren dat elk land voldoende middelen heeft voor die controles en om bepaalde verschillen tussen de door de landen berekende kosten te vermijden.

#### *Commentaar*

De te vergoeden controles betreffen dus enerzijds het ‘voortdurend toezicht’ of nog steeds aan de voorwaarden/eisen wordt voldaan. Als de geldende voorschriften een wezenlijk onderdeel uitmaken van die voorwaarden of eisen, zou het voortdurend toezicht mede als toezicht op de naleving kunnen worden gezien. Want los van de vraag of de vergunninghouder nog altijd recht heeft op de vergunning, kunnen de te verrichten controles ook dienen ter onderbouwing van andere sancties dan het intrekken van de vergunning. Anderzijds geven de besproken regelingen geen specifieke grondslag voor doorberekening van kosten van toezicht op de naleving en wordt in de bepalingen die over dat toezicht gaan niet gerept van doorberekening van kosten. De conclusie moet zijn dat het bestudeerde en hierboven besproken EG-recht geen bijdrage levert aan het maken van een helder onderscheid tussen soorten controles en de mogelijkheid van doorberekening van de kosten daarvan.

#### *Nederlands recht*

Artikel 11.2a Wet luchtvaart (Wl) betreft het *toezicht op de naleving* van verplichtingen voortvloeiend uit de erkenning als bedoeld in artikel 3.25 Wl en de Air Operator’s Certificate (AOC) als bedoeld in artikel 4.1 Wl. Artikel 11.2a lid 3 luidt als volgt:

‘De houder van een erkenning of een AOC is gehouden tot betaling, overeenkomstig door Onze Minister van Verkeer en Waterstaat te stellen regels, van het door Onze

---

<sup>6</sup> Zie ook het vergelijkbare artikel 16 van Vo. 1592/2002.

<sup>7</sup> *Pb EG* 2007 L 140/3.

Minister van Verkeer en Waterstaat ter zake van de kosten van toezicht vastgestelde tarief.’

Dit derde lid biedt dus een grondslag voor doorberekening van (door de IVW gemaakte) *toezichtskosten* ten aanzien van de daar bedoelde gevallen. Het gaat om toezicht op houders van een erkenning – dat zijn bedrijven die werkzaamheden verrichten verband houdende met de luchtwaardigheid of de geluidsproductie van burgerluchtvaartuigen – en houders van een AOC – dat zijn luchtvaartmaatschappijen. Tot het toezicht behoort blijkens de eerste twee leden van artikel 11.2a in elk geval het periodiek onderzoeken van het erkende bedrijf, het steekproefsgewijs onderzoeken van door het erkende bedrijf vervaardigde ontwerpen, producten of onderdelen, het periodiek onderzoeken van de houder van de AOC en het uitvoeren van inspectievluchten. Het derde lid inzake de betaling van toezichtskosten strekt zich weliswaar uit tot een substantieel deel van de activiteiten in de luchtvaartsector waarop door de IVW toezicht wordt gehouden, maar niet tot alle bedrijven en activiteiten in de sector. Voor andere bedrijven/activiteiten dan bedoeld in artikel 11.2a is er geen wettelijke grondslag voor het doorberekenen van *toezichtskosten*.

Artikel 11.2a lid 3 W1 is tot stand gekomen in een tijd (jaren negentig) waarin de vergunningen<sup>8</sup> nog voor bepaalde tijd werden verleend. In de wetsgeschiedenis wordt waarschijnlijk in verband daarmee de doorberekening, niettegenstaande de tekst van het derde lid, uitsluitend in verband gebracht met de kosten van post-toelatingsonderzoek en dus *niet* van toezichtsonderzoek. De minister is van mening ‘dat het gaat om toezicht dat moet leiden tot verlenging van de erkenning dan wel van de AOC. Dit toezicht kan derhalve worden aangemerkt als «post-toelating»’.<sup>9</sup> In de memorie van toelichting wordt gesteld: ‘De kosten die aan een erkenning zijn verbonden hebben betrekking op de volgende activiteiten: de eerste afgifte van een erkenning, het specifieke toezicht en de her-afgifte van de erkenning en de uitbreiding en wijziging van de erkenning.’<sup>10</sup> Ook dit duidt op erkenningen voor bepaalde tijd en dus op kosten voor post-toelating. In de nota naar aanleiding van het verslag tenslotte staat: ‘We zullen trachten duidelijk te maken waarom wij van mening zijn dat er sprake is van post-toelating (...). Indien deze erkenningen voor bepaalde tijd worden verleend, dan dient de geldigheidstermijn na afloop van de oorspronkelijke geldigheidstermijn te worden verlengd. Hiervoor is wederom een (vooraf aangekondigde) controle nodig. Ook de doorberekening van deze kosten is mogelijk op grond van het zojuist genoemde rapport.’<sup>11</sup> (Bedoeld is Maat houden.)

Er zijn nog enkele andere artikelen in de Wet luchtvaart die doorberekening mogelijk maken. Het gaat daarbij steeds om handelingen die door de IVW worden verricht (inclusief onderzoek dat wordt gedaan) in het kader van de afgifte, wijziging of verlenging van een erkenning of ontheffing. Zie artikel 6.55 lid 6 (erkenning vluchtvervoer gevaarlijke stoffen), artikel 6.58 lid 6 (ontheffing vluchtvervoer gevaarlijke stoffen) en artikel 8.12 lid 5 (ontheffing plaatsen objecten op luchthaven).

---

<sup>8</sup> Hierna spreken we gemakshalve van vergunning, maar daarin is steeds ook elke andere begunstigende beschikking als een erkenning, certificaat e.d. inbegrepen.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II 1998-1999*, 26 336, A, (Nader rapport) p. 3.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II 1998-1999*, 26 336, nr. 3 (MvT) p. 8.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II 1998-1999*, 26 336, nr. 6 (NnavV) p. 6.

### *Commentaar*

De *tekst* van artikel 11.2a Wl als wettelijke grondslag voor doorberekening biedt op zichzelf een duidelijke basis voor doorberekening van *toezichtskosten*. In de wetsgeschiedenis van dat artikel is de regering echter vooral ingegaan op doorberekening van de kosten van (*post-*)*toelating*. Dat spoorde met het gegeven dat de vergunningen steeds moesten worden verlengd. Doordat sindsdien een groot aantal vergunningen voor onbepaalde tijd wordt verleend, kunnen controles niet meer in direct verband worden gebracht met nieuwe besluiten tot verlenging etc. Er is immers geen noodzaak meer tot verlenging, her-erkenning etc. Zoals hierna nog zal blijken, heeft de commissie geconstateerd dat ook bij vergunningen voor *bepaalde* tijd niet elke controle zonder meer aan een te nemen besluit kan worden gekoppeld. Men kan dus zeggen dat door de omzetting naar vergunningen voor onbepaalde tijd een reeds bestaand (maar aanvankelijk niet als zodanig waargenomen) probleem scherper zichtbaar is geworden. Wel is het ook in de nieuwe situatie (na omzetting in vergunningen voor onbepaalde tijd) zinvol periodieke controles uit te voeren om na te gaan of de vergunning behouden mag blijven. De onderzoeken zijn inhoudelijk (in vergelijking met de periode dat vergunningen voornamelijk voor bepaalde tijd werden verleend) niet gewijzigd, de kosten zijn niet veranderd, alleen de juridische context waarin de onderzoeken plaatsvinden is gewijzigd. Maar dat is wel een gegeven. Het is dus de vraag of het in overeenstemming met de in de wetsgeschiedenis gevolgde redenering is om kosten die juridisch heel wel zouden kunnen en wellicht zouden moeten worden aangemerkt als kosten van het toezicht op de naleving (zie hoofdstuk 3) op grond van deze wettelijke grondslag door te berekenen.

Artikel 11.2a is uitgewerkt in de Regeling tarieven luchtvaart. Daarin worden zowel tarieven berekend voor eerste afgifte van vergunningen e.d. als jaarlijks te betalen tarieven voor de instandhouding daarvan. Dit lijkt erop te duiden dat de minister, nu nimmer afstand is genomen van de in de wetgeschiedenis gevolgde lijn, geen gevolgen verbindt aan het feit dat nu de vergunningen voor onbepaalde tijd worden verleend, het periodieke toezicht niet zonder meer als post-toelatingsonderzoek, maar tenminste mede (zo niet uitsluitend) als toezicht op de naleving moet worden beschouwd. Anderzijds biedt de *tekst* van artikel 11.2a wel degelijk de ruimte om ook de kosten van toezicht op de naleving te verhalen. Zowel het daar gehanteerde begrip 'toezicht' als de aard van de genoemde handelingen, maakt het onlogisch het artikel zo uit te leggen dat daarmee uitsluitend (post)toelating zou zijn bedoeld. Los van het feit dat de tekst sowieso een belangrijke bron voor de uitleg van een wetsartikel is, zou kunnen worden verdedigd dat nu de minister de ontwikkeling richting vergunningen voor onbepaalde tijd niet heeft (hoeven) voorzien, hem niet kan worden tegengeworpen dat ook thans artikel 11.2a slechts op post-toelatingkosten betrekking zou kunnen en mogen hebben. Hoe dan ook moet de conclusie zijn dat tekst en geschiedenis van artikel 11.2a Wl niet meer met elkaar overeenkomen, hetgeen vragen kan oproepen omtrent de controlewerkzaamheden die op basis daarvan doorberekend kunnen worden, vooral na de omzetting van vergunningen van bepaalde naar onbepaalde tijd. Deze onduidelijkheid vraagt om verheldering door de wetgever. De commissie komt hierop bij de aanbevelingen terug.

Wellicht ten overvloede merkt de commissie op, dat de verplichting die de vergunninghouder heeft om controlewerkzaamheden te dulden en daaraan mee te werken, hetgeen wat het toezicht betreft reeds uit artikel 5:20 Awb voortvloeit, los staat van de eventuele verplichting de daaraan voor de overheid verbonden kosten te betalen.



### 3 Beleid

#### 3.1 Maat houden

Het belangrijkste beleidsstuk inzake de doorberekening van controlekosten is ongetwijfeld 'Maat houden'. Hierin wordt een onderscheid gemaakt tussen (post)toelatingskosten en kosten van toezicht op de naleving. Bij toelating gaat het om het door de overheid geven van een publiekrechtelijke 'toestemming in de vorm van een vergunning, ontheffing, vrijstelling, certificaat, erkenning, bewijs van bevoegdheid/inschrijving/keuring, toestemming, oordeel, machtiging of concessie.' (p. 13) Bij post-toelating gaat het om activiteiten die volgen op de toelating. Bij de omschrijving van het begrip lijkt het te gaan om gevallen waarin een toestemming voor bepaalde tijd is verleend. ('Een bewijs van toelating, zoals een vergunning of ontheffing, kan eindig zijn. De vergunning is dan voor een beperkte tijd geldig en moet na een periode van bijvoorbeeld enkele jaren worden verlengd.' (p. 13) Ook uit andere passages lijkt te moeten worden afgeleid (om niet te zeggen: blijkt) dat het bij post-toelating *uitsluitend* gaat om gevallen waarin een vergunning etc. een beperkte geldigheidsduur heeft en waarin deze opnieuw moet worden verleend of verlengd, al dan niet (maar waarschijnlijk veelal wel) op aanvraag. Zie p. 18 alsmede bijlage 3: in alle gevallen waarin van een vergunning voor onbepaalde tijd sprake is, wordt de vraag naar de aanwezigheid van post-toelating negatief beantwoord. Als preventieve handhaving beschouwt Maat houden 'de 'activiteiten van toezicht die steekproefsgewijs plaatsvinden en/of niet aangekondigd zijn, gericht op de naleving en het voorkomen van overtredingen' (p. 14).

Bij (post-)toelatingskosten is volgens Maat houden sprake van een individueel toerekenbaar profijt/voordeel van de (post-)toelatingsactiviteiten van de overheid (p. 51). Bij handhaving zou hiervan, uitzonderingen daargelaten, geen sprake zijn omdat handhaving 'een collectief karakter heeft' en de kosten daarvan niet individueel zouden zijn toe te rekenen.

Bij vergunningen etc. voor *onbepaalde* tijd, betreft de controle (volgens de hier beschreven systematiek van Maat houden) dus toezicht op de naleving, hetzij in preventieve, hetzij in repressieve vorm (acties nadat een vermoeden van overtreding is ontstaan). Er zijn echter passages in Maat houden die onzeker maken of de voorgaande uitleg juist is. Het gaat met name om de volgende drie passages die in het rapport onder het kopje 'post-toelating' respectievelijk 'doorberekening van post-toelatingskosten' zijn te vinden:

- 'Ook komt het voor dat de vergunninghouder tevoren wordt medegedeeld dat hij een controle kan verwachten of hij de vergunningsvoorwaarden naleeft.' (p. 13-14).
- 'Voorbeelden van post-toelatingshandelingen zijn (...) het periodiek laten uitvoeren van een certificeringsaudit. Niet voldoen aan de post-toelatingseisen kan betekenen dat de toelating vervalt.' (p. 14)
- 'Het gaat om handelingen waarbij na een zekere periode volgend op toelating, wordt bezien of de betrokken burgers/bedrijven nog steeds voldoen aan de gestelde toelatingseisen, al dan niet gekoppeld aan een verlenging van het 'toelatingsbewijs'. In feite gaat het om de eerste fase van (preventieve) handhaving waarbij deze vorm van handhaving zich onderscheidt van andere handhavingvormen doordat aan de vergunningverkrijger van te voren bekend is wanneer deze activiteiten worden verricht.' (p. 42)

### *Commentaar*

Alvorens op de passages zelf in te gaan, merkt de commissie op dat het nuttig is een onderscheid te maken tussen *voorwaarden* waaraan moet zijn voldaan alvorens een aanvrager een vergunning krijgt en *voorschriften* waaraan hij zich vervolgens als vergunninghouder moet houden. (Zie uitgebreider hoofdstuk 6.)

De eerste passage is verwarrend omdat een controle of de vergunninghouder de ‘vergunningvoorwaarden’ *naleeft* even goed, zo niet beter, onder het begrip ‘preventieve handhaving’ kan worden gebracht. Dat is het geval wanneer met deze voorwaarden in feite wordt bedoeld op *voorschriften*. Wanneer bedoeld is dat bij die controle wordt nagegaan of de vergunninghouder nog steeds aan de voorwaarden (in de door de commissie gegeven betekenis) voldoet, waardoor zijn vergunning kan worden verlengd, zou de passage wel in overeenstemming met de rest van het rapport zijn.

De tweede passage schept verwarring doordat het periodiek laten uitvoeren van een certificeringsaudit niets zegt over de vraag waartoe die audit precies wordt uitgevoerd: om een nieuw certificaat te kunnen verlenen (dan is duidelijk sprake van een post-toelatingscontrole) of om na te gaan of een reeds verleend certificaat eventueel moet worden ingetrokken? In het laatste geval kan even goed, zo niet beter van toezicht op de naleving worden gesproken. Dat het ‘niet voldoen aan de post-toelatingseisen kan betekenen dat de toelating vervalt’, lijkt te duiden op nalevingstoezicht, maar *kán* ook aldus worden begrepen dat wanneer bij de controle die *met het oog op verlenging* nodig is, blijkt dat niet meer wordt voldaan aan de toelatingseisen, de verlenging niet doorgaat en derhalve de toelating (vergunning etc.) van rechtswege vervalt, namelijk na verstrijken van de termijn waarvoor deze is verleend.

De derde passage tenslotte onderstreept allereerst nog eens dat de opstellers van Maat houden geen scherp beeld hadden van het onderscheid tussen post-toelatingscontrole en nalevingstoezicht. De woorden ‘al dan niet gekoppeld aan een verlenging’ wekken de indruk dat van post-toelating ook sprake kan zijn bij een vergunning voor onbepaalde tijd.

Dat bij (post-)toelatingskosten sprake zou zijn van een individueel toerekenbaar profijt/voordeel van de (post-)toelatingsactiviteiten van de overheid en bij handhaving, uitzonderingen daargelaten, niet omdat handhaving ‘een collectief karakter heeft’ en de kosten daarvan niet individueel zouden zijn toe te rekenen, is weliswaar een onderbouwing van de keuze om de kosten bij (post-)toelating wel en bij nalevingstoezicht niet door te berekenen, maar maakt niet duidelijk waarin het verschil tussen beide soorten controles zit. Overigens blijkt de wetgever er soms toch voor te hebben gekozen om de kosten van nalevingstoezicht aan bepaalde partijen toerekenbaar te laten zijn.

Ook zou een verschil zijn dat controlebezoeken in het kader van post-toelating vooraf worden aangekondigd en die in het kader van het toezicht op de naleving niet (p. 16). Ook controlebezoeken in de sfeer van de handhaving worden echter wel vooraf aangekondigd. Het onderscheid tussen post-toelatingskosten en kosten van toezicht op de naleving is dus alles bijeen niet helder te maken aan de hand van Maat houden en in de praktijk soms moeilijk te maken. Een enkele verwijzing door de wetgever naar Maat houden biedt in dit opzicht dus eveneens onvoldoende helderheid voor de praktijk.

### 3.2 Rapport secretariaat van het DIET-comité

In Bijlage 1 bij het rapport van 8 december 2007 van het secretariaat van het DIET-comité<sup>12</sup> worden de volgende vijf criteria voor het onderscheid tussen toezicht op de naleving en post-toelatingscontrole genoemd:

- de terminologie,
- de bekendheid en het geplande karakter van de audits versus het onverwachte en niet-geplande karakter van de inspecties,
- de omvang van de audits is gebaseerd op complexiteit en risico-analyse, waarbij per bedrijf een minimumprogramma wordt vastgesteld,
- de aard van de rapportage,
- zichtbare handhavingsinspecties.

De audits in het kader van post-toelating zijn volgens het rapport ‘gericht op het verbeteren van het veiligheidsmanagementsysteem of het kwaliteitssysteem van de bedrijven.’ De nalevingscontroles kunnen de vorm van thema-inspecties aannemen en ze kunnen dienen ter onderbouwing van sancties.

#### *Commentaar*

Deze criteria kunnen naar het oordeel van de commissie niet allemaal dienen tot het maken van een helder onderscheid tussen post-toelatingscontroles en het nalevingstoezicht. Wel zitten er in deze bijlage aanzetten tot het maken van een onderscheid.

Niet beslissend is in elk geval of iets een controle, toezichtsbezoek of audit wordt genoemd. Terminologie is wel dienstbaar aan een op andere gronden te maken helder onderscheid. Wanneer twee activiteiten wezenlijk verschillen, is het verstandig en praktisch ze met verschillende termen aan te duiden.

De audits in het kader van post-toelating zijn volgens het rapport zoals gezegd ‘gericht op het verbeteren van het veiligheidsmanagementsysteem of het kwaliteitssysteem van de bedrijven.’ Wanneer die verbeteringen in het geheel niet worden gerelateerd aan het al dan niet voldoen aan wettelijke voorschriften, kan inderdaad zonder meer van post-toelatingscontrole worden gesproken. Maar als er wel een relatie is met het naleven van wettelijke voorschriften is mede sprake van nalevingstoezicht. Of in de audits wel of niet een verband wordt gelegd met de naleving van wettelijke voorschriften, zal uit het praktijkonderzoek moeten blijken. Zie hoofdstuk 4. Voor alle duidelijkheid: het gaat bij het onderscheid tussen post-toelating en toezicht om hetgeen waaraan wordt getoetst, niet om de feitelijke handelingen die de controleurs verrichten. Wat de feitelijke handelingen betreft valt namelijk niet te onderscheiden: bij toezicht kunnen dezelfde handelingen worden verricht als bij een audit, maar met een ander oogmerk.

Een ander verschil heeft volgens het rapport betrekking op het plannen en aankondigen van audits. Dat controles al dan niet tevoren zijn gepland én aangekondigd, is echter niet principieel onderscheidend omdat ook nalevingscontroles tevoren kunnen worden gepland en aangekondigd, hetgeen om praktische redenen ook vaak gebeurt.

---

<sup>12</sup> Koos van Dijken en Jeroen Schutz (IOO), *Tarieven Lucht Inspectie Verkeer en Waterstaat 2008*. Het rapport is de vrucht van een poging van de werkgroep ‘posttoelaten en handhaven’ van het DIET-comité om uit de impasse inzake het onderscheid tussen posttoelaten en handhaven te geraken.

Het vaststellen van een minimumprogramma voor elk afzonderlijk bedrijf, op basis van complexiteit en risico-analyse, kan even goed in het kader van toezicht op de naleving geschieden.

Dat nalevingscontroles de vorm van thema-inspecties *kunnen* aannemen, is in het geheel niet bepalend voor het handavingskarakter ervan. In het algemeen is de term inspectie niet van belang; elke controle kan zo worden genoemd en aan de term inspectie zijn geen rechtsgevolgen verbonden.

De omvang van inspecties respectievelijk audits is al evenmin bepalend voor het karakter van controles (post-toelatingscontrole dan wel nalevingstoezicht). Ook het al dan niet toepassen van sanctiebevoegdheden is niet noodzakelijkerwijs gekoppeld aan een nalevingscontrole; bepalend is of er feiten bekend zijn geworden die een sanctie rechtvaardigen, niet of die feiten bekend zijn geworden door het toezicht op de naleving. Ook bij audits kunnen, ook al zijn ze daarop niet gericht, feiten boven tafel komen die een sanctie rechtvaardigen. Alleen zijn de auditors niet degenen die een sanctiebesluit zullen voorbereiden of ermee zullen dreigen. Wanneer uit een audit naar voren komt dat er mogelijk van een overtreding sprake is, zal het bevoegde gezag (ingeval dat van de auditresultaten op de hoogte is) zich eerst nader moeten informeren, al dan niet door middel van toezicht, alvorens eventueel een sanctie toe te passen.

### 3.3 Nota van de plaatsvervangend Inspecteur-Generaal van de IVW

In een nota van 6 maart 2008<sup>13</sup> van de plaatsvervangend Inspecteur-Generaal van de IVW wordt een passage gewijd aan het onderscheid tussen post-toelating en handhaving. 'Post-toelatingsactiviteiten zijn activiteiten die voor bedrijven met een bestaande vergunning worden uitgevoerd om te bekijken of het bedrijf (nog) aan de toelatingseisen voldoet.' (p. 4) Niet aangegeven wordt of het hierbij om het voldoen aan voorwaarden, om het naleven van voorschriften of een combinatie van beide gaat. (Zie uitgebreid over het begrippenpaar voorwaarden-voorschriften hoofdstuk 6.) 'Handhavingsactiviteiten zijn activiteiten die in het kader van de geldende wet- en regelgeving worden uitgevoerd om veiligheidsrisico's te beperken door de naleving van het gehele spectrum aan wetten en regels te bevorderen.'

Andere verschillen die in deze brief worden genoemd, betreffen de aanleiding voor het onderzoek, het al dan niet vooraf aangekondigd zijn van een bezoek, de terminologie, de frequentie van de onderzoeken en hetgeen er wordt gedaan met de resultaten van het onderzoek. Deze verschillen komen grofweg overeen met die in het DIET-rapport.

#### *Commentaar*

Ofschoon handhaving tot meer strekt dan bevordering van veiligheid is wel duidelijk dat het bij handhaving, en dus ook bij nalevingstoezicht als onderdeel van het brede begrip handhaving, gaat om het toezicht op de naleving van geldende voorschriften. Het verschil met post-toelating blijft echter onduidelijk zolang dat laatste begrip niet helder is. Andere verschillen die in deze brief worden genoemd, te weten de aanleiding voor het onderzoek, het al dan niet vooraf aangekondigd zijn van een bezoek, de terminologie, de frequentie van de onderzoeken en hetgeen er wordt gedaan met de resultaten van het onderzoek, zijn allemaal niet principieel. Zowel bij post-toelatingsaudits als bij toezichtsonderzoeken is een specifieke aanleiding niet

---

<sup>13</sup> Kenmerk VENW/IVW-2008/2422.

nodig, kán vooraf worden aangekondigd, kán de terminologie worden gekozen die men dienstig acht, kán men aantallen bezoeken in een programma vastleggen en kán men met de resultaten wel of niet een sanctietraject ingaan. Dat de genoemde verschillen het door de praktijk beleefde verschil tussen post-toelating en handhaving inkleuren, kan waar zijn, maar het zijn geen verschillen die juridisch scherp zijn en voor de rechter voldoende onderscheidend zijn om het verschil te maken. Zie over de rechtspraak hoofdstuk 5.

De commissie heeft acht casus bestudeerd, die betrekking hebben op diverse soorten bedrijven in de luchtvaartsector. In dit hoofdstuk worden deze casus kort beschreven, waarbij de nadruk ligt op de vraag waarop het onderzoek dat door de IVW wordt uitgevoerd betrekking heeft. De acht casus hebben betrekking op diverse soorten bedrijven in de luchtvaartsector en geven volgens de commissie een goed beeld van de diversiteit in deze sector.

#### *Casus 1-4*

Vier casus betreffen *helicopterbedrijven* die beschikken over een erkenning voor onbepaalde tijd voor het uitvoeren van vluchten. In twee gevallen<sup>14</sup> worden tekortkomingen gesignaleerd, waarvan in elk geval sommige overtredingen van wettelijke voorschriften inhouden.<sup>15</sup> Aan het eind van de brief is vermeld dat tegen de beslissing dat de tekortkomingen binnen een bepaalde in de brief aangegeven periode moeten zijn beëindigd, een bezwaarschrift kan worden ingediend.

In de twee andere casus<sup>16</sup> is getoetst op het in overeenstemming met de Europese regelgeving, in het bijzonder de Joint Aviation Requirements (JAR), meer in het bijzonder Part-145.A en in één geval ook Part M. In beide gevallen worden tekortkomingen gesignaleerd en met het bedrijf besproken. De bedrijven accepteren de resultaten. Impliciet volgt daaruit dat ze de tekortkomingen zullen gaan verhelpen. In de begeleidende brief wordt er nadrukkelijk op gewezen dat het niet verhelpen en afmelden van de bevindingen gevolgen kan hebben voor de erkenning. In alle vier de gevallen wordt door de IVW gesproken van audits.

#### *Commentaar*

Dat in enkele gevallen een bezwaarschrift kan worden ingediend, lijkt te duiden op een situatie waarin nalevingstoezicht is uitgevoerd, gevolgd door een last, waarvan de wettelijke basis de commissie dan echter niet bekend is; het gaat niet om een last onder dwangsom of bestuursdwang. Waarschijnlijker is het dat het niet om een besluit, maar een advies gaat en dat de rechtsmiddelenverwijzing ten onrechte in de brief is opgenomen. Hoe dan ook wijst het feit dat er controle plaatsvindt op het naleven van wettelijke voorschriften, hetgeen in alle casus 1-4 (mede) aan de orde is, er op dat er in elk geval mede sprake is van toezicht op de naleving.

Dat in alle vier de gevallen door de IVW wordt gesproken van audits, duidt erop dat de IVW zelf het onderzoek niet beschouwt als toezicht op de naleving, maar als post-toelatingsonderzoek.

#### *Casus 5-8*

De vijfde casus betreft een *onderhoudsbedrijf*. De inhoudelijke eisen voor afgifte van de vergunning (in casu een Maintenance Organisational Approval) voor onbepaalde tijd zijn gelijk aan de eisen voor het continueren van de vergunning en zijn te vinden in part 145.A. Zie bijvoorbeeld 145.A.10 (vereisten erkenning zijn dezelfde voor zowel issue als continuation) en 145.B.20-3 jo. 145.B.30 (initial approval en continuation of approval van de erkenning zijn (minimaal) gelijk). Het gaat hier om de eisen die gelden voor de vergunningen waarvan de commissie heeft begrepen dat de

---

<sup>14</sup> Rapporten van 16 oktober 2008 en 22 december 2008.

<sup>15</sup> Het niet voldoen aan JAR-FCL-eisen respectievelijk het niet voldoen aan JAR-OPS en ACJ-OPS.

<sup>16</sup> Rapporten van 13 december 2007 en 8 oktober 2008.

IVW in het kader daarvan de meeste ‘gewraakte’ werkzaamheden verricht: de erkenning en de AOC (die een zelfde systematiek kent als de erkenning). De zesde casus gaat over een *luchtvaartterrein*. Hier gaat het om een certificaat voor bepaalde tijd (drie jaar). De voorwaarden waaraan moet worden voldaan om een certificaat te krijgen, gelden na verkrijging als na te leven voorschriften, maar de houder van het certificaat moet daarnaast nog aan andere voorschriften voldoen. Hier is dus wel sprake van een regelmatige her-erkenning en dus van post-toelating. Bovendien is er geen een-op-een relatie tussen (alle) voorwaarden en voorschriften. De zevende en achtste casus zien beide op een *luchtvaartmaatschappij* en hebben betrekking op het AOC (casus 7) respectievelijk de exploitatievergunning (casus 8). Het AOC wordt afgegeven voor onbepaalde tijd. Er wordt gecontroleerd op het voldoen aan geldende wet- en regelgeving. Bij de exploitatievergunning, eveneens geldend voor onbepaalde tijd, blijven sommige voorwaarden ook na verlening echte voorwaarden, zoals het gevestigd zijn in Nederland; andere worden ‘omgezet’ in voorschriften.

#### *Commentaar*

In drie van de vier casus is sprake van verlening voor onbepaalde tijd. In alle gevallen gaat het geheel dan wel grotendeels om het controleren op het naleven van wettelijke voorschriften. Dat is in elk geval mede nalevingstoezicht. In één casus is er sprake van een vergunning voor bepaalde tijd en is er bovendien een duidelijk verschil tussen voorwaarden en voorschriften in die zin dat op meer wordt gecontroleerd dan het voldoen aan wettelijke voorschriften. Dit duidt op post-toelatingsonderzoek.

#### *Conclusie*

In zeven van de acht casus is een vergunning voor onbepaalde tijd verleend en is er in zodanige mate sprake van controle op het naleven van wettelijke voorschriften, dat de uitgevoerde audits, niettegenstaande de aanduiding die de IVW daaraan zelf geeft, minstens mede als toezicht op de naleving moeten worden aangemerkt.

## 5 Rechtspraak

In dit hoofdstuk laat de commissie alle haar bekende relevante rechterlijke uitspraken kort de revue passeren. De eerste rechterlijke uitspraak is er een van de Rechtbank Breda, waarin deze het aanvaardbaar acht dat de toezichtskosten die nauw verband houden met de kosten voor post-toelatingsonderzoek worden doorberekend.

- Rb Breda 13 maart 2002, nrs. 00/2235 t/m 00/2239 BESLU (Mastenbroek Aeroskill B.V. I)

De minister betoogde 'dat de kosten van toezicht in nauw verband staan met die de erkenning, in die zin dat ik het kader van het toezicht wordt gezien of nog steeds aan de eisen voor erkenning wordt voldaan.' (...) 'De rechtbank kan verweerder hierin volgen, voor zover het gaat om toezichtwerkzaamheden die in een nauw verband staan tot de (her)afgifte en de wijziging van erkenningen.' De rechtbank meende echter dat niet aannemelijk was gemaakt dat alle verrichte toezichtwerkzaamheden in een dergelijk nauw verband stonden met de (her)erkenning en dat geen duidelijk onderscheid was gemaakt tussen toezichthandelingen waarvan dat wel respectievelijk waarvan dat niet kon worden gezegd. In een latere uitspraak (Rb Breda 17 januari 2005, nrs. 03/2317 en 04/586 BESLU (Mastenbroek Aeroskill B.V. II) werd het door de minister vervolgens alsnog aangebrachte onderscheid en de daarmee samenhangende gedeeltelijke doorberekening door de rechtbank aanvaard.

Aanvankelijk steunde ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) de lijn van het ministerie, waarbij de stelling van de minister dat bepaald onderzoek was gedaan in het kader van post-toelating werd aanvaard, reeds omdat niet was gebleken dat ze in het kader van handhaving waren gemaakt. Daarbij lijkt de Afdeling dus nog geen scherp onderscheid tussen toezichtshandelingen en post-toelatingshandelingen te eisen. Zie:

- ABRvS 16 juli 2003, nr. 200206404/1 (Heli Holland B.V.)

In deze uitspraak gaat het om de kosten van steekproeven. De Afdeling meent dat de steekproef-onderzoeken zijn gedaan in het kader van post-toelating, waarbij zij in aanmerking neemt dat deze steekproef-onderzoeken tevoren door de minister zijn aangekondigd. De uitspraak is gedaan in het hoger beroep tegen Rb Assen 22 oktober 2002.

Deze lijn wordt ook gevolgd in enkele uitspraken van rechtbanken.

- Rb Breda 17 januari 2005, nrs. 03.2317 en 04/586 BESLU (Mastenbroek Aeroskill B.V. II)
- Rb Utrecht 8 juni 2005, nrs. SBR 04/1973 en 04/1974 (Medical Air Assistance B.V.)
- Rb Assen 15 december 2005, nr. 04/698 BELEI (Quick Airways B.V.)
- Rb Assen 15 december 2005, nrs. 04/796 en 04/797 BESLU (KLM Flight Academy)
- Rb Assen 15 december 2005, nr. 04/752 BESLU (Heli Holland Air Service B.V. & Heli Holland Technics B.V.)

Vervolgens ging de Afdeling vanaf eind 2005 een andere koers varen. Dit blijkt uit een drietal uitspraken die, tezamen genomen, duidelijk maken waar de Afdeling thans voor staat.

- ABRvS 28 december 2005, nr. 200501811/1 (Mastenbroek Aeroskill B.V. III)



De Afdeling merkt eerst op dat steekproeven zowel in het kader van preventieve handhaving (nalevingstoezicht) als post-toelating kunnen plaatsvinden. Vervolgens overweegt de Afdeling:

‘Het is evenwel aan de staatssecretaris om aannemelijk te maken dat de gemaakte kosten voor deze activiteiten uitsluitend zijn gemaakt in het kader van post-toelating. De enkele omstandigheid dat de activiteiten niet hebben geleid tot daadwerkelijke handhaving is naar het oordeel van de Afdeling daartoe onvoldoende. Ook de enkele stelling dat het doel van steekproeven is om na te gaan of de inspecties op de juiste wijze door een daartoe erkend bedrijf zijn uitgevoerd en dat sprake is van een individueel toerekenbaar profijt, acht de Afdeling in dit geval onvoldoende om zonder meer aannemelijk te achten dat het om post-toelatingsactiviteiten gaat. Een en ander sluit niet uit dat sprake is van steekproefsgewijs toezicht, gericht op naleving en het voorkomen van overtredingen en derhalve als preventieve handhaving in de zin van het rapport. Nu de staatssecretaris heeft nagelaten te motiveren hoe in dit geval de grens wordt getrokken tussen preventieve handhaving in evenbedoelde zin en post-toelatingsactiviteiten, is de conclusie dat de beslissing op bezwaar op dit punt een voldoende deugdelijke motivering ontbeert.’

Deze lijn wordt voortgezet in

- ABRvS 29 maart 2006, nr. 200504264/1 (Swanenberg Heli Services B.V)

In deze uitspraak voegt de Afdeling aan het eerder overwogene toe:

‘Indien in het kader van de doorberekening van kosten gebruik wordt gemaakt van een begrip als (post-)toelating, dat in de Awb niet staat omschreven, is het aan de staatssecretaris om aannemelijk te maken dat van activiteiten, die niet zijn gericht op toezicht op de naleving van de regels, sprake is.

De door de staatssecretaris naar voren gebrachte omstandigheden dat de activiteiten vooraf zijn aangekondigd, niet hebben geleid tot daadwerkelijke handhaving en niet hebben plaatsgevonden naar aanleiding van een vermoeden van strafbare feiten, zijn naar het oordeel van de Afdeling daartoe onvoldoende. Ook de enkele stelling dat appellante een toerekenbaar profijt heeft bij het toezicht, het toezichtsprogramma is gebaseerd op richtlijnen van de International Civil Aviation Organisation en dit toezichtsprogramma aan appellante bekend is gemaakt, acht de Afdeling in dit geval onvoldoende om zonder meer aannemelijk te achten dat het om (post-)toelatingsactiviteiten gaat, althans dat het niet ook om handhaving in de zin van hoofdstuk 5 van de Awb gaat, zodat niet zonder meer valt in te zien dat deze kosten geheel voor rekening van appellante dienen te komen, waar uitgangspunt van het beleid is dat de handhavingskosten voor rekening van de overheid dienen te blijven. Nu de staatssecretaris alle activiteiten die zijn verricht tijdens de voortdurende controle op appellante heeft doorberekend aan appellante, niet aannemelijk heeft gemaakt dat hierbij sprake is geweest van uitsluitend (post-)toelatingsactiviteiten en voorts heeft nagelaten te motiveren hoe bij de onderscheiden door de staatssecretaris verrichte activiteiten de grens is getrokken tussen preventieve handhaving en (post-)toelatingsactiviteiten, is de conclusie dat de beslissingen op bezwaar op dit punt in strijd met artikel 7:12 van de Awb een voldoende deugdelijke motivering ontberen.’

De laatste uitspraak van dit drietal is

- ABRvS 15 november 2006, nr. 200600949/1 (Heli Holland Air Service B.V. & Heli Holland Technics B.V.)

In deze uitspraak overweegt de Afdeling (voor zover niet reeds eerder overwogen in de voorgaande uitspraken):

‘Tussen partijen is niet in geschil dat kosten die zijn te kwalificeren als handhavingskosten in beginsel niet door de staatssecretaris mogen worden doorberekend en de kosten gemaakt in verband met (post-)toelatingsactiviteiten in beginsel wel mogen worden doorberekend’ (...).

‘Naar het oordeel van de Afdeling heeft de staatssecretaris nagelaten te motiveren hoe bij de verschillende activiteiten de grens is getrokken tussen toelating en post-toelating. In het bijzonder is het de Afdeling onvoldoende duidelijk geworden of de enkele omstandigheid dat de activiteiten worden verricht op aanvraag steeds voldoende grond is om te constateren dat sprake is van toelating, niet van post-toelating. Naar ter zitting van de Afdeling van de zijde van de staatssecretaris is bevestigd kan het zich voordoen dat de geldingsduur van een verleende toelating en dus het moment waarop het bedrijf gehouden is een nieuwe aanvraag in te dienen, mede afhangt van het resultaat van de uitgevoerde controle-activiteiten. Derhalve lijkt veeleer sprake van voortdurende controle-activiteiten, waarvan de resultaten kunnen worden gebruikt bij de beoordeling van een volgende aanvraag.

De Afdeling ziet er niet aan voorbij dat volgens het aan het rapport ontleende beleid ook bij activiteiten in het kader van post-toelating doorberekening mogelijk is. Voor zover evenwel het onderscheid tussen toelating en post-toelating niet in alle opzichten duidelijk is, kan de in eerdere uitspraken reeds geconstateerde en blijkens hetgeen hierna is overwogen ook thans nog bestaande onduidelijkheid over het onderscheid tussen post-toelating en preventieve handhaving in zoverre niet worden ondervangen met het door de staatssecretaris gehouden betoog dat die onduidelijkheid zich niet doet gevoelen omdat niet van post-toelating, maar van toelating sprake is. Derhalve is niet afdoende gemotiveerd dat ten aanzien van geen van de op aanvraag verrichte activiteiten sprake is van handhaving in de zin van Hoofdstuk 5 van de Awb.’

Deze lijn uit de thans vigerende jurisprudentie van de ABRvS (inhoudende dat er door de staatssecretaris onvoldoende duidelijk onderscheid tussen toezicht en post-toelating wordt gemaakt) wordt ook aangehouden in:

- Rb Zutphen 15 december 2006, nr. 04/1694 BESLU (Special Air Services B.V.)

#### *Commentaar*

Uit de op deze problematiek betrekking hebbende rechtspraak komen de volgende hoofdlijnen naar voren.

1. Volgens de hoogste bestuursrechter (de ABRvS) is de minister/staatssecretaris (de verantwoordelijke bewindspersoon) er tot nu toe niet is geslaagd duidelijk te maken waar precies de grens tussen toelating en post-toelating ligt en ook niet waar de grens tussen post-toelatingscontroles en toezicht op de naleving wordt getrokken. Dit wil overigens niet zeggen dat die laatste grens volgens de rechter niet te trekken is; daarover laat hij zich niet uit.
2. Volgens de Afdeling bestaat er geen verschil van mening over dat doorberekening van kosten die zijn te kwalificeren als handhavingskosten (kosten van toezicht op de naleving) niet is toegestaan (uiteraard tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt).
3. Uit het voorgaande heeft de rechter de conclusie getrokken dat *volledige* doorberekening van kosten van controles die zowel het één – post-toelatingscontrole – als het ander – nalevingscontrole – zijn, niet is toegestaan. Dit lijkt een gedeeltelijke doorberekening als optie open te laten, mits duidelijk zou kunnen worden aangegeven voor welk aandeel van de activiteiten het om het een respectievelijk het ander gaat.
4. De beschrijving die Maat houden geeft van post-toelatingscontrole bevat voor de rechter onvoldoende onderscheidende elementen en onvoldoende houvast bieden,

zoals uit de navolgende opsomming blijkt. Niet relevant of beslissend voor het onderscheid tussen (post-)toelating en handhaving is blijkens de besproken rechtspraak namelijk dat:

- het onderzoek niet heeft plaatsgevonden naar aanleiding van een vermoeden van strafbare feiten;
- er na het onderzoek geen sancties zijn gevolgd;
- de controle al dan niet op aanvraag is gedaan;<sup>17</sup>
- het gaat om steekproeven;
- de activiteiten al dan niet vooraf zijn aangekondigd;
- het betrokken bedrijf een toerekenbaar profijt heeft bij het toezicht;
- het toezichtsprogramma is gebaseerd op richtlijnen van de International Civil Aviation Organisation;
- het toezichtsprogramma aan appellante bekend is gemaakt.

Opmerkelijk is dat tot dusver artikel 11.2a WI in de jurisprudentie niet aan de orde gekomen is. De Afdeling noemt het artikel wel, maar wijdt geen overwegingen aan de reikwijdte ervan.

Gelet op de rechtspraak lijkt een praktisch werkbaar onderscheid tussen nalevingstoezicht en post-toelatingscontrole nodig, omdat de rechter een louter theoretisch te maken onderscheid waarschijnlijk onvoldoende zal vinden om doorberekening van post-toelatingskosten op te baseren. Uit een besluit moet immers duidelijk blijken voor welke onderdelen van het verrichte onderzoek kosten worden doorberekend, waarbij nauwkeurig moet worden aangegeven voor welke onderdelen *uitsluitend* sprake is van post-toelating.

---

<sup>17</sup> Dit heeft te maken met het feit dat het volgens de Afdeling voor het onderscheid tussen toelating en post-toelating niet beslissend is dat de controle op aanvraag is gedaan. Waar deze begrippen niet goed kunnen worden onderscheiden, werkt dat door in het onderscheid tussen post-toelating en handhaving.

## 6 Analyse van de kernbegrippen

### 6.1 De begrippen toelating en post-toelating; nalevingstoezicht; voorwaarden en voorschriften

In dit hoofdstuk worden mede op basis van de in de voorgaande hoofdstukken verkregen inzichten enkele kernbegrippen geanalyseerd: toelating en post-toelating; nalevingstoezicht; voorwaarden en voorschriften. Ofschoon het uiteindelijk in dit advies gaat om het onderscheid tussen post-toelatingscontrole en nalevingstoezicht, speelt het begrip 'toelating' op de achtergrond ook een rol. Aan de hand van enkele vergelijkingen worden de contouren van de afzonderlijke begrippen helder. In het voorgaande is reeds gebleken dat 'Maat houden' deze begrippen weliswaar omschrijft, maar daarin geen rechte lijn volgt, hetgeen verwarring heeft veroorzaakt, die wel eens een belangrijke oorzaak zou kunnen zijn voor het aanhoudende meningsverschil tussen sector en overheid. Voor een goed begrip van de materie is voorts het onderscheid tussen de begrippen voorschriften en voorwaarden van belang.

#### *Toelating en post-toelating*

Het verschil tussen toelating en post-toelating zit in het feit dat in het eerste geval er nog geen sprake is van een eerdere vergunningverlening; het gaat dus om de eerste keer dat voor de betrokken activiteit, het betrokken product etc. vergunning wordt verleend. Een verschil tussen toelating en post-toelating is niet of er al dan niet op aanvraag controle wordt uitgeoefend. Een aanvraag daartoe is er bij toelating in die zin dat de aanvraag van de vergunning het verzoek impliceert om het ter verkrijging van de vergunning benodigde onderzoek uit te voeren. Ook bij post-toelating is het echter in de regel zo dat voor het verlenen van een nieuwe vergunning dan wel de *verlenging* van de geldingsduur van de bestaande vergunning een aanvraag van de vergunninghouder nodig is en dus ook een (impliciete) aanvraag om onderzoek te doen.

Een belangrijke vraag is of er óók sprake is van post-toelating ingeval er geen nieuwe vergunning of verlenging nodig is (bij een vergunning voor onbepaalde tijd), doch het bevoegd gezag wel bevoegd is de vergunning (ambtshalve) in te trekken en met het oog daarop periodieke controles uitvoert. De commissie komt daarop hierna terug.

#### *Toelatingscontrole en nalevingstoezicht*

Men spreekt van controles in het kader van toelating wanneer een handelwijze, product e.d. voor de eerste keer wordt onderzocht en erkend, geregistreerd etc. Het nalevingstoezicht, geregeld in hoofdstuk 5 Awb, is er, voor zover hier van belang, op gericht na te gaan of een bedrijf zich aan de bij of krachtens de wet gestelde regels houdt. Voor zover sprake is van een situatie waarin een bedrijf een vergunning wenst te krijgen, maar nog niet heeft, kan van nalevingstoezicht *in het kader van de vergunning* geen sprake zijn: er zijn immers nog geen regels die *in dat kader* voor dat bedrijf gelden. Daarvan kan pas sprake zijn na (verlening en) inwerkingtreding van de vergunning. Bij toelating gaat het er dus om of een aanvrager aan alle wettelijke en beleidsmatige voorwaarden voldoet om de vergunning te verkrijgen. De kosten die de overheid moet maken om dat na te gaan, zijn in principe door te berekenen, mits de wet daarvoor een grondslag bevat. Sterker: EG-bepalingen of nationale wettelijke bepalingen kunnen tot doorberekening verplichten.

### *Post-toelatingscontrole en nalevingstoezicht*

Complexer is de relatie tussen post-toelatingscontrole en nalevingstoezicht. De complexiteit is het grootst bij een ruime opvatting van het begrip post-toelaten. ‘Maat houden’ lijkt te kiezen voor de enge opvatting, maar sommige passages zaaien daaraan weer twijfel. Zie hoofdstuk 3.

Bij de *enge* definitie van het begrip post-toelaten is sprake van een geldende vergunning, maar is die slechts voor een bepaalde duur verleend, zodat periodiek de werkingsduur van de vergunning moet worden verlengd (of een nieuwe vergunning moet worden verleend). Het onderzoek dat nodig is om een besluit te kunnen nemen op een aanvraag om verlenging, heet post-toelatingscontrole. De kosten daarvan kunnen, evenals die van toelatingsonderzoek, worden doorberekend (tenzij zich een wettelijke of EG-rechtelijke beperking voordoet). Dit is in zoverre in overeenstemming met het voorgaande dat het verlengen van de geldingsduur van een vergunning in veel opzichten kan worden gelijkgesteld met het verlenen van een (nieuwe) vergunning. Het is immers betrekkelijk willekeurig of men wil spreken van een nieuwe (maar wellicht geheel gelijklopende) vergunning of verlenging van de oude vergunning (met wellicht enkele kleine aanpassingen).

Toch kan zich hier een probleem voordoen, namelijk wanneer het post-toelatingsonderzoek mede wordt uitgevoerd met het oog op toezicht op de naleving, althans de resultaten van het onderzoek in het kader van eventuele sancties zouden worden gebruikt.

In de *ruime* definitie is óók sprake van post-toelaten ingeval een vergunning voor *onbepaalde tijd*<sup>18</sup> is verleend, maar de overheid periodiek nagaat of nog steeds wordt voldaan aan de voorwaarden voor verlening, die inmiddels de voorwaarden voor behoud zijn geworden. Complicerend is dat ingeval een vergunning voor onbepaalde tijd wordt verleend, er na inwerkingtreding van de vergunning af en toe controles nodig zijn, onder meer om te bepalen of betrokkene blijft voldoen aan de voorwaarden die voor verlening golden en nu gelden voor het *behouden* van de vergunning. Deze voorwaarden zijn veelal dezelfde als die gelden voor het verkrijgen van de vergunning (zie hoofdstuk 4). In de sfeer van de luchtvaartbedrijven gaat het tegenwoordig in veel gevallen nu juist om vergunningen voor onbepaalde tijd. Dat wordt, anders dan voorheen, voor veel vergunningen vereist door het Europese recht (zodat een eventuele terugkeer naar een systeem van vergunningverlening voor bepaalde tijd, wat daar overigens van zij, geen optie meer is). De achtergrond daarvan is het streven naar lastenverlichting voor het bedrijfsleven: bedrijven hoeven niet meer elk jaar of elke paar jaar een nieuwe vergunning aan te vragen. ‘Maat houden’ is geschreven midden jaren negentig en lijkt zoals gezegd voor de mogelijkheid van doorberekening van post-toelatingskosten uit te gaan van de situatie waarin vergunningen steeds voor *bepaalde tijd* worden verleend. Bij vergunningen in de luchtvaart die voor *onbepaalde tijd* zijn verleend, lijkt het er dan op dat controles na vergunningverlening in de systematiek van Maat houden geen post-toelatingscontroles zijn, al is Maat houden hierin niet volstrekt helder (zie onder 3.1). Anders ligt het wanneer een vergunninghouder verzoekt om *wijziging* van de vergunning. Feitelijk is dan sprake van een *hernieuwd*, maar gewijzigd *toelaten*, hetgeen post-toelating kan worden genoemd omdat het een toelating na de eerste toelating is. Ook wanneer het bevoegd gezag in verband met een wetswijziging ambtshalve de vergunning moet aanpassen, is er mogelijk onderzoek nodig ten

---

<sup>18</sup> Voor onbepaalde tijd wil zeggen dat de vergunning geldig blijft totdat die wordt ingetrokken of vernietigd dan wel van rechtswege (in het kader van een wetswijziging) haar geldigheid verliest.

behoefte van die wijziging en dus van post-toelatingsonderzoek; van nalevingstoezicht is dan geen sprake.

Dat er bij een vergunning voor onbepaalde tijd in de systematiek van Maat houden vermoedelijk geen sprake is van post-toelaten, brengt niet mee dat elke juridische grond, laat staan elk inhoudelijk argument, aan doorberekening van de kosten van periodieke controles zou zijn ontvallen. Maat houden is immers niet meer dan een beleidsnota en kent bovendien uitzonderingen op het uitgangspunt. De wetgever kán een grondslag bieden om óók kosten van nalevingstoezicht te verhalen. Wel is het belangrijk hier vast te stellen dat in de praktijk en in beleidstukken te gemakkelijk, onder verwijzing naar Maat houden, van post-toelating wordt gesproken ook in gevallen waarin daarvan naar de opvatting van de commissie geen sprake is. Maat houden biedt daarvoor onvoldoende helderheid en de aard van de eisen waarop door de IVW gecontroleerd wordt heeft veelal (mede) het karakter van voorschriften zodat veelal (mede) sprake is van nalevingstoezicht. Deze verwarring moest eerst worden aangeduid om haar vervolgens aan te kant te zetten. Pas daarna kan, op basis van heldere begrippen, naar een oplossing worden gezocht. Daarom wordt in dit advies veel aandacht aan dit onderscheid besteed. Alvorens daaraan conclusies te verbinden, moet nog worden ingegaan op het onderscheid tussen voorwaarden en voorschriften.

#### *Voorwaarden en voorschriften*

Een ander begrippenpaar dat de aandacht verdient, is dat van voorwaarden versus voorschriften. In theorie gaat het hierbij om twee duidelijk te onderscheiden fenomenen. Bij voorwaarden gaat het, voor zover hier van belang, om eisen waaraan moet zijn voldaan om een vergunning te kunnen krijgen, bij voorschriften om verplichtingen die gelden voor degene die een vergunning heeft gekregen. Zo is het hebben van de hoofdvestiging van de onderneming in Nederland een *voorwaarde* voor het verkrijgen van bepaalde vergunningen, terwijl er voor het onderhoud van vliegtuigen *voorschriften* voor de vergunninghouder gelden. Op voorschriften kan worden gehandhaafd met bestuursdwang en last onder dwangsom, op voorwaarden niet. Wel kan wanneer een bedrijf niet meer aan een voorwaarde als even genoemd voldoet, de vergunning worden ingetrokken. De voorwaarden waaronder een vergunning wordt verleend en verlengd en de voorschriften waaraan de vergunninghouder zich vervolgens moet houden, vallen echter bij een aantal typen vergunningen (vrijwel) geheel samen, namelijk in de gevallen waarin de voorwaarden zijn geformuleerd als een set wettelijke voorschriften die gelden voor vergunninghouders, waardoor er dus eisen gelden die niet alleen als voorwaarden, maar ook als voorschriften functioneren. In *die* gevallen is het onderscheid tussen voorwaarden en voorschriften in de praktijk derhalve ook niet goed bruikbaar om een onderscheid tussen nalevingstoezicht en post-toelatingscontrole op te baseren. In andere gevallen echter is het onderscheid wel degelijk ook in de praktijk waardevol. Er zijn zoals gezegd ook voorwaarden die niet zien op het in overeenstemming handelen met wettelijke verplichtingen, maar van andere aard zijn. Denk behalve aan het gevestigd zijn in Nederland, aan het hebben van een AOC, het in eigendom hebben van een of meer vliegtuigen en van de onderneming.<sup>19</sup> Dit zijn geen na te leven voorschriften, maar wel omstandigheden die met enige regelmaat (ook na de toelating) moeten worden onderzocht omdat aan deze *voorwaarden* gedurende de gehele toelatingsperiode blijvend moet worden voldaan. Zoals in hoofdstuk 4 is

---

<sup>19</sup> Zie de voorwaarden 1, 2, 3 en 6 van de casus Luchtvaartmaatschappij in hoofdstuk 4.

gebleken, zijn de meeste voorwaarden in de acht onderzochte casus echter tevens voorschriften: zodra de vergunning in werking is getreden worden de (meeste) voorwaarden die eerst golden voor verlening omgezet in voorschriften. Het is daarom de vraag of het theoretische onderscheid tussen voorwaarden en voorschriften voor de praktijk veel oplevert. Het grootste deel van het onderzoek tijdens een audit betreft het voldoen aan voorschriften en is daarmee toezicht op de naleving.

## 6.2 Een combinatie van (post-)toelatingscontrole en nalevingstoezicht?

Er zijn veel situaties waarin post-toelatingscontrole en nalevingstoezicht praktisch niet kunnen worden gescheiden, omdat de controle zowel het ene als het andere doel dient of kan dienen. In bepaalde mate doet zich dit probleem overigens ook voor bij toelating (het ‘dynamische’ deel ervan; zie hierna). Voor die situaties zijn er twee benaderingen visies mogelijk. Enerzijds kan men stellen dat juist omdat de controle-activiteiten *mede* het karakter van (post-)toelatingscontrole hebben, het mogelijk en redelijk is de kosten daarvan gedeeltelijk door te berekenen. Anderzijds is verdedigbaar dat, omdat het hoe dan ook (uitsluitend of *mede*) om nalevingstoezicht gaat, doorberekening helemaal niet mag plaatsvinden.

In de *eerste visie* doet zich de situatie waarin de controle beide doeleinden kan dienen, allereerst voor bij de *toelating*, waar de toetsing slechts gedeeltelijk kan worden uitgevoerd alvorens een bedrijf in werking gaat, terwijl een ander deel van de toets noodzakelijkerwijs later moet geschieden, wanneer het bedrijf de vergunning al bezit (omdat het zonder vergunning immers helemaal niet mag werken). Denk aan controle op vliegactiviteiten: daarvoor moet men tijdens een vlucht controleren, maar om de vlucht te mogen uitvoeren is al een in werking zijnde vergunning nodig. Het latere (‘dynamische’) deel van de toets is een soort uitgestelde toelatingscontrole. Tegelijk is het onmiskenbaar tevens nalevingstoezicht. Denkbaar zou hier zijn om de kosten voor het uit te voeren uitgestelde deel al bij de vergunningverlening in rekening te brengen als kosten voor toelatingsonderzoek. Maar het voortgezette toelatingsonderzoek zou dan toch betrekkelijk dicht bij de vergunningverlening moeten liggen en niet een jaarlijkse controle moeten betreffen. Te denken valt aan één audit met eventueel vervolgonderzoeken, wanneer tijdens de audit gebreken aan het licht zijn gekomen, zoveel vervolgonderzoeken als nodig om de gebreken te doen verhelpen.

Het voorgaande geldt *mutatis mutandis* ook bij post-toelating, dus bij de verlenging van een vergunning, het verlenen van een nieuwe vergunning of de wijziging van een bestaande vergunning. Ook bij vergunningen voor *bepaalde* tijd kan gedurende de looptijd controle worden verricht die weliswaar primair dient ter onderbouwing van de beslissing omtrent een verlenging, maar ook kan worden gebruikt in het kader van de sanctionering bij gebleken overtredingen. Voor die situaties zou (in deze visie) gehele of gedeeltelijke doorberekening wel te verdedigen zijn, omdat (en voorzover) de controle evident geheel dan wel voornamelijk is gericht op de verlengingsbeslissing, waarvan met name sprake zal zijn wanneer de controle kort voor het aflopen van de geldingsduur van de vergunning plaatsvindt.

In de *tweede visie* wordt als volgt geredeneerd. Zodra de vergunning is verleend (en in werking) is alle controle toezicht op de naleving, met uitzondering van controle op feiten en omstandigheden die als zuivere *voorwaarden* voor het behoud van de vergunning gelden (zoals de vestiging van een bedrijf in Nederland). Voor die redenering pleit dat ook in andere sectoren bepaalde activiteiten pas kunnen worden gecontroleerd wanneer ze feitelijk (mèt vergunning!) worden uitgevoerd. Denk aan de

uitstoot van stoffen die vrijkomen bij de fabricage van producten in een chemische fabriek. De milieuvergunningverlener stelt tevoren criteria, gaat na of de vergunningaanvrager daaraan kán voldoen en controleert nadien. Pas bij de uitstoot kan worden gecontroleerd wat de samenstelling en de hoeveelheid van de uitgestote stoffen is. Het is dus de vraag in hoeverre de claim van de IVW dat specifiek in de luchtvaartsector een deel van de toelatingscontrole noodzakelijkerwijs pas na vergunningverlening kan plaatsvinden terecht is.



## 7 Conclusies, overwegingen en advies

### 7.1 Conclusies

De opdrachtgever ging er van uit dat er binnen het huidige wettelijke en beleidskader op het terrein van de luchtvaartcontroles een helder onderscheid zou zijn te maken tussen post-toelating en nalevingstoezicht, maar dat dit onderscheid tot nu toe niet duidelijk was. De commissie zou in die leemte moeten voorzien, maar heeft moeten constateren, na een analyse van de wetgeving, het beleid (o.a. 'Maat houden'), de praktijk en de rechtspraak, dat een helder onderscheid in veel gevallen niet te maken valt, althans niet binnen het huidige kader. Een belangrijke oorzaak daarvan is, dat *voorschriften*, op de naleving waarvan in het kader van hoofdstuk 5 Awb wordt toegezien, in de luchtvaart vaak dezelfde inhoud hebben als de *voorwaarden* waaraan voorafgaand aan vergunningverlening of –wijziging moet worden voldaan. In de praktijk loopt het toezicht op de naleving daarom vaak samen met het post-toelatingsonderzoek. Daar komt nog bij dat Maat houden geen eenduidige definitie van post-toelaten geeft, waardoor in het beleid en de praktijk ook van post-toelating wordt gesproken in gevallen waarin men eraan kan twijfelen of het wel om post-toelating en niet om nalevingstoezicht gaat. De commissie onderscheidt bij dit alles drie situaties.

- a) Toelating. Er is een duidelijk onderscheid te maken tussen *toelatingsonderzoek*, voorafgaand aan (de eerste) vergunningverlening, en nalevingstoezicht, dat plaatsvindt na vergunningverlening.
- b) Post-toelating in enge zin. Ook tussen *post-toelatingsonderzoek* (dus onderzoek in gevallen waarin reeds een vergunning is verleend) en nalevingstoezicht lijkt wel onderscheid te kunnen worden gemaakt en wel bij het verlenen van een nieuwe vergunning, het verlengen van de geldingsduur van een geldende vergunning (beide bij vergunningen voor bepaalde tijd) en het wijzigen van de geldende vergunning (bij vergunningen voor bepaalde en onbepaalde tijd). Zie echter hierna.
- c) Post-toelating in ruime zin. In gevallen waarin een vergunning voor *onbepaalde* tijd is verleend en er geen sprake is van wijziging van de vergunning, maar ook wanneer bij een vergunning voor *bepaalde* tijd de controle niet in direct verband staat met een post-toelatingsbeslissing als bedoeld onder b, kan tussen post-toelating en handhaving alleen worden onderscheiden ingeval de post-toelatingscontrole niet ziet op naleving van wettelijke voorschriften.

Het onderscheid tussen post-toelating en handhaving komt met name naar voren bij vergunningen voor onbepaalde tijd, maar niet alleen daar. Het kan ook bij vergunningen voor bepaalde tijd problematisch zijn, want het onderzoek dat primair dient voor het kunnen nemen van bovengenoemde besluiten tot verlenging etc., kan tevens een rol spelen bij de handhaving van het geldende besluit. Controles bij een vergunning voor bepaalde tijd kunnen namelijk even goed gericht zijn op de naleving van wettelijke voorschriften. Omdat de meeste luchtvaartvergunningen tegenwoordig echter voor onbepaalde tijd worden verleend, openbaart het probleem zich bij deze vergunningen nadrukkelijker. Om bij vergunningen een onderscheid te kunnen maken tussen post-toelatingsonderzoek en nalevingstoezicht, zou de controle uitsluitend moeten geschieden aan de hand van kwaliteitscriteria die *niet* zijn geformuleerd in termen van het voldoen aan bij of krachtens de wet gestelde voorschriften, maar in termen van voorwaarden om voor een vergunning in aanmerking te kunnen komen.

Andersom dient het nalevingstoezicht, althans voor zover dit op een bepaald bedrijf betrekking heeft<sup>20</sup>, uitsluitend te zien op het naleven van bedoelde voorschriften. Met dit theoretisch heldere onderscheid zou echter slechts een beperkt deel van de controles bij vergunningen voor onbepaalde tijd onder de noemer post-toelating voor doorberekening in aanmerking komen, namelijk alleen de controles of onderdelen daarvan die zuivere voorwaarden betreffen. Uit de casusbeschrijving is gebleken dat dit vermoedelijk slechts een beperkt deel van de in geding zijnde werkzaamheden betreft. Een helder onderscheid dat bij vergunningen voor onbepaalde tijd qua effect meer in de richting van de huidige praktijk zou leiden, valt op basis van het huidige kader zoals Maat houden en andere beleidsstukken, maar ook anderszins, naar het oordeel van de commissie niet te maken. Dat brengt mee dat ook een berekening van het aandeel van elk van de controlesoorten problematisch is.

In het beleid en de praktijk worden niettegenstaande het voorafgaande veelvuldig criteria gehanteerd die weliswaar pretenderen onderscheidend te zijn, maar volgens de commissie niet geschikt zijn om een scherp en principieel onderscheid te maken, en grotendeels reeds in de rechtspraak niet geaccepteerd. Dergelijke criteria zijn dat er bij post-toelating

- periodieke controles worden uitgevoerd, op vaste tijdstippen, die bij de vergunningverlening vaststaan, bijvoorbeeld een keer per jaar, teneinde te controleren of nog aan de voorwaarden voor het verkrijgen van een vergunning (en daarmee dus ook voor het behouden van een verkregen vergunning) wordt voldaan;
- tevoren wordt aangegeven waarop wordt gecontroleerd;
- tevoren de tarieven voor elk van de controle-activiteiten vaststaan en bekend zijn gemaakt;
- de post-toelatingscontroles (audits) door personen van een andere afdeling of instantie worden uitgevoerd dan de toezichtscontroles.

Indien er op een andere grond al een onderscheid gemaakt zou kunnen worden, zouden bovengenoemde criteria hooguit kunnen helpen om dat onderscheid aan de onderzochte bedrijven duidelijker te maken, als uiterlijke kenmerken, maar ze zijn niet constitutief. Alle in de bovengenoemde criteria genoemde activiteiten, feiten en keuzes kunnen namelijk ook bij nalevingstoezicht van toepassing zijn. Ook het nalevingstoezicht kan geheel of gedeeltelijk op de wijze als aangegeven in die criteria worden gecommuniceerd en uitgevoerd (behalve uiteraard wat betreft het criterium van de tarieven).

Het voorgaande laat onverlet dat er bij bepaalde bedrijven van sommige audits of onderdelen daarvan kan worden afgezien op grond van gunstige uitkomsten van eerdere audits, waardoor bedrijven die het goed doen worden beloond met minder controle en dus met minder kosten. Dat afzien van (onderdelen van) audits moet geschieden volgens een tevoren vastgesteld schema. Wanneer een bedrijf meent voor minder controle in aanmerking te komen, op grond van de past-performance, terwijl het volgens de IVW de gehele controle moet ondergaan, kan dit weliswaar tot discussies, zelfs tot procedures bij de rechter leiden, maar het gaat dan *niet* om de vraag of de kosten zijn gemaakt in het kader van post-toelating of handhaving, maar om de vraag of er in het kader van post-toelating teveel controle-activiteiten zijn verricht en de kosten daarvan zijn doorberekend.

---

<sup>20</sup> De commissie laat andere activiteiten van de inspectie, zoals het vormen van een beeld van het nalevingsniveau in de branche of van bepaalde risico's, buiten beschouwing. Kosten van deze activiteiten worden niet doorberekend.

## 7.2 Overwegingen

In veel gevallen waarin nu onder de noemer post-toelating controlekosten worden doorberekend, met name bij vergunningen voor onbepaalde tijd, is er dus in feite geen of slechts in beperkte mate (bij de echte voorwaarden) sprake van uitsluitend post-toelatingsonderzoek; het gaat om nalevingstoezicht of mede om nalevingstoezicht. Voor de doorberekening van de kosten van nalevingstoezicht is voor een aantal vergunningen weliswaar in de tekst van art. 11.2a W1 een grondslag te vinden, maar de wetsgeschiedenis van deze bepaling roept vragen op over de reikwijdte daarvan.. Ook voor een gedeeltelijke doorberekening van kosten, waarvoor de rechtspraak op het eerste gezicht ruimte lijkt te bieden, biedt het huidige kader onvoldoende eenduidige aanknopingspunten om als basis daarvoor te kunnen dienen. In veel gevallen gaat het ook helemaal niet (mede) om post-toelating. (NB: bij het onderzoek dat alleen zuivere voorwaarden betreft, gaat het, andersom, helemaal niet (mede) om nalevingstoezicht). Dat er in bedoelde gevallen geen onderscheidend criterium is waarmee in de praktijk effectief én rechtens zonder meer houdbaar kan worden gewerkt, brengt niet mee dat er voor doorberekening van controlekosten helemaal geen plaats meer zou zijn. Het gaat hier echter vooral om een politieke afweging, die door de wetgever moet worden gemaakt. Bij die afweging zouden de volgende elementen een rol kunnen spelen.

Een ‘historisch argument’ is dat waar de omzetting van vergunningen voor bepaalde tijd naar vergunningen voor onbepaalde tijd verlichting van de lasten voor het bedrijfsleven tot doel had, met die ook in Europees verband beoogde lastenverlichting destijds niet is bedoeld de (financiële) lasten voor de controle-instantie (in Nederland de IVW) te vergroten door de kosten van regulier, periodiek onderzoek naar veiligheidsaspecten (dat formeel dus grotendeels als nalevingstoezicht moet worden beschouwd) voortaan geheel voor rekening van de overheid te laten komen. In elk geval lijken er bij vergunningen voor bepaalde tijd meer aanknopingspunten voor doorberekening, omdat er dan steeds een nieuwe vergunning moet worden verleend en er als het ware steeds opnieuw sprake is van toelating. Daar staat echter tegenover dat de Afdeling bestuursrechtspraak óók voor de situaties waarin vergunningen voor *bepaalde* tijd waren verleend, heeft uitgemaakt dat het in beleid en praktijk gemaakte onderscheid tussen post-toelating en handhaving momenteel onvoldoende duidelijk is. Dit ontkracht weer ten dele het historische argument.

Een andere overweging betreft het mogelijke belang dat de branche er zelf bij heeft dat het controle-onderzoek wordt uitgevoerd. Er is immers niets zo schadelijk voor het imago van de hele sector als het onveilig werken van erkende bedrijven. Deze overweging is relevant voor het eventueel onderbrengen van de sector onder ‘uitzondering 2’ van Maat houden (p. 56). Dit zou aangewezen zijn wanneer ‘er sprake is van enkele partijen die een specifiek aan hen toerekenbaar profijt hebben van de door de overheid verrichte preventieve handhavingsactiviteiten’.

In de telecom-sector bijvoorbeeld is in het kader van de bedoelde uitzonderingsgrond sprake van wettelijk geregelde bevoegdheid tot doorberekening van toezichtskosten, waardoor de OPTA zelfs in belangrijke mate door de branche wordt gefinancierd (zie artikel 16.1 lid 2 Telecommunicatiewet).

Maar men moet het begrip ‘enkele partijen’ dan wel ruim opvatten. Of ‘uitzondering 2’ van toepassing is in de luchtvaartsector, dus dat deze sector zich zodanig onderscheidt van de meeste andere sectoren van het bedrijfsleven dat deze sector onder de bedoelde uitzondering moet vallen, is iets waar de commissie zich niet over uitspreekt. Dat de sector belang heeft bij een scherpe controle, lijkt de commissie overigens aannemelijk, maar dat belang kan wellicht ook worden gediend door (behalve streng te zijn bij de toelating) een zeer stringente handhaving te realiseren, waarbij eerder dan nu sancties worden opgelegd en vergunningen worden ingetrokken. Daardoor zou de IVW wellicht ook kosten kunnen *besparen*. Het belang van de sector kán dus wel bijdragen aan de keuze om controlekosten door te berekenen (op grond van een heldere wettelijke grondslag), maar het is niet zo dat dit belang *zonder meer* in die richting wijst; andere wegen, als een meer op handhaving gerichte aanpak, zijn wellicht ook begaanbaar.

Mede gelet op de overweging van de Afdeling dat de controlekosten niet geheel voor rekening van de bedrijven kunnen worden gebracht, is ten slotte voorstelbaar dat de kosten van een post-toelatingscontrole (waar het gaat om voorwaarden) *deels* zouden mogen worden doorberekend óók wanneer die controle als bijproduct resultaten oplevert die bruikbaar kunnen zijn in het kader van de handhaving, in een bepaalde verhouding. Daarbij zij er terzijde op gewezen dat het voor sanctiebesluiten verkregen bewijs volgens alle hoogste bestuursrechters in beginsel toelaatbaar is, hoe dan ook verkregen, tenzij het bewijs is verkregen ‘op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat gebruik van dit bewijs onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht’.<sup>21</sup> Dat resultaten tevens voor handhaving kunnen worden gebruikt, doet immers niet af aan het feit dat er ‘voorwaardenonderzoek’ ofwel post-toelatingscontrole is uitgevoerd. Er zou dan niet zozeer een scheiding tussen post-toelatingsdelen en toezichtsdelen van controle-onderzoeken moeten zijn, maar een aanduiding voor welk percentage van het een en welk percentage van het ander sprake zou zijn. Ook dat lijkt echter een lastige onderneming, want hoe kan men percentages vaststellen van de ene en de andere soort controle wanneer het onderscheid tussen die soorten controle niet goed te maken valt?

### 7.3 Advies

De opdrachtgever ging er van uit dat een deel van de controletaken in de fase *na* de toelating onder de noemer post-toelating vallen en als zodanig doorberekenbaar zijn. De vraag was alleen welk deel dat precies is. Omdat het huidige kader onvoldoende helderheid biedt met name (maar niet uitsluitend!) voor de situatie waarin vergunningen voor onbepaalde tijd zijn verleend, in welke situatie voorwaarden en voorschriften veelal samenvallen, zal de in de opdracht aan de commissie gevraagde solide basis (‘inhoudelijk duidelijk en juridisch houdbaar’) alleen *door de wetgever* kunnen worden geboden. Die zal zich gelet op het voorgaande eerst goed moeten afvragen of, en zo ja in hoeverre, hij het wenselijk vindt dat de kosten van bepaalde controles (ook ná de toelating) kunnen worden doorberekend en of het daarbij eventueel óók om kosten van toezicht op de naleving kan gaan. Daarbij zal het antwoord op de vraag in hoeverre de luchtvaartsector zich van andere sectoren onderscheidt van belang zijn, er van uitgaande dat de wetgever niet het hele gedachtengoed van Maat houden aan de kant zal willen zetten.

---

<sup>21</sup> Zie o.a. ABRvS 4 februari 2000, AB 2000, 242 m.nt. Damen.

Er zijn argumenten voor en tegen de wenselijkheid van doorberekening van controlekosten in de fase na toelating. Als de wetgever de argumenten vóór uiteindelijk zwaarder zou vinden, zou hij voor doorberekening een duidelijkere grondslag dan de thans in artikel 11.2a Wl bestaande grondslag moeten scheppen. Wat de inhoud van de wettelijke regeling betreft, valt te denken aan een verduidelijking van de reikwijdte van artikel 11.2a Wl, gecombineerd met een toelichting waaruit onomstotelijk blijkt dat de wetgever ook bij vergunningen voor onbepaalde tijd doorberekening van bepaalde controlekosten mogelijk wenst te maken. De commissie denkt daarbij aan de kosten van periodieke (in beginsel jaarlijkse) controles. Hierbij zou dus een uitzondering op Maat houden worden gemaakt, dan wel een van de uitzonderingen in Maat houden (uitzondering 2) worden toegepast. In het laatste geval zou de wetgever er dan van uitgaan dat ‘een of enkele partijen die een specifiek aan hen toerekenbaar profijt hebben van de door de overheid verrichte preventieve handhavingsactiviteiten.’ In uitvoeringsregelgeving zou vervolgens moet nauwkeurig moeten worden vastgelegd welke activiteiten voor welke bedragen doorberekenbaar zijn. Daarbij zou de regelgever kunnen uitgaan van basiscontroles met basistarieven en een stelsel van differentiatie waarbij bedrijven die weinig controle blijken nodig te hebben minder betalen dan bedrijven die regelmatig niet aan de voorschriften voldoen. Het zou alsdan aanbeveling verdienen wettelijk uit te sluiten dat de resultaten van onderzoek dat wordt verricht ter voorbereiding van een besluit om een nieuwe vergunning te verlenen, een bestaande vergunning te wijzigen of te verlengen, wordt gebruikt bij de onderbouwing van een sanctie ter handhaving van de geldende vergunning. Het orgaan kan dan kiezen: ofwel het berekent de kosten van het onderzoek door, maar kan de resultaten dan niet in het kader van de handhaving gebruiken; ofwel het gebruikt die resultaten wel ter handhaving, maar kan dan de kosten niet doorberekenen.

De wetgever is dus aan zet. Of hij wijzigt de wet niet en aanvaardt daarmee dat in veel gevallen binnen het huidige wettelijke en beleidskader een helder onderscheid tussen post-toelatingsonderzoek en nalevingstoezicht niet te maken valt, hetgeen, mede gelet op de rechtspraak terzake, gevolgen heeft voor het in die gevallen al dan niet kunnen doorberekenen van controlekosten. Dat geldt in het bijzonder (maar niet alleen!) voor controles in gevallen waarin een vergunning voor onbepaalde tijd is verleend. Ook voor een *gedeeltelijke* doorberekening van kosten, waarvoor de rechtspraak op het eerste gezicht ruimte lijkt te bieden, biedt het huidige kader in bedoelde gevallen onvoldoende eenduidige aanknopingspunten om zonder meer als basis daarvoor te kunnen dienen. Of de wetgever regelt duidelijk welke controlekosten wel respectievelijk niet door te berekenen zijn. Tot aan een eventuele wetswijziging zou de minister met de branche afspraken kunnen maken die inhoudelijk op die wetswijziging vooruitlopen, gezien het belang dat de sector heeft bij het ondergaan van controles. Voor de langere termijn zou een heldere wettelijke regeling noodzakelijk zijn. Afspraken met de sector zouden echter ook (in plaats van of daarnaast) betrekking kunnen hebben op een meer op handhaving gerichte aanpak.