

M.W. Scheltema, Transnationale private normen in het bestuursrecht, In: Hybride Bestuursrecht, Preadvies voor de Vereniging voor Bestuursrecht, Boom: Den Haag 2016, p. 170-177.

5. Conclusie

5.1 Inleiding

Hiervoor is uiteengezet wat onder TPR moet worden verstaan. TPR kan worden gedefinieerd als een stelsel van private (dat wil zeggen: niet direct of indirect op de klassieke democratisch gelegitimeerde wijze tot stand gekomen) normen die bedoeld is om meerdere malen te worden gebruikt en waarin de regels een algemene strekking hebben. Deze regels zijn opgesteld, in een aantal gevallen in samenwerking met anderen, door degenen die aan de regels zijn gebonden of door hun vertegenwoordigers. Daarnaast is denkbaar dat de regels door een (overkoepelende) organisatie, waarin ook overheden kunnen deelnemen, worden opgesteld. In dergelijke gevallen is geen sprake van (directe) zelfbinding van private actoren. Kenmerk is wel steeds dat (mede) private actoren zijn betrokken bij de ontwikkeling van TPR en deze is bedoeld om het handelen van private actoren te reguleren.

In mijn deel van het preadvies stond de legitimiteit en effectiviteit van TPR centraal. Nu TPR niet direct of indirect op klassieke wijze wordt gelegitimeerd, zijn andere vormen van legitimiteit noodzakelijk. Deze houden vooral verband met het organiseren van inspraak van bij TPR betrokkenen. Ook de effectiviteit van TPR is relevant omdat dit negatieve consequenties kan hebben. Daarom is belangrijk (zeker als de overheid gebruik wil maken van TPR om publieke doelstellingen te realiseren) dat de voordelen van het gebruik van TPR voldoende opwegen tegen de nadelen. De zojuist bedoelde legitimiteit en effectiviteit van TPR zijn besproken vanuit drie perspectieven: dat van de wetgever, dat van toezichthouders en dat van de bestuursrechter.

Gebleken is dat niet alle (Europese) landen op dezelfde wijze met TPR omgaan. Sommige landen (zoals Nederland en Engeland) zien meer ruimte voor toepassing daarvan dan bijvoorbeeld landen als Italië. De Europese Unie heeft inmiddels een (concept) framework ontwikkeld voor het gebruik van TPR door de Unie. De gedachte is dat TPR een waardevolle aanvulling kan vormen, maar niet in verband met fundamentele normen (waar de Unie geen regelgevende bevoegdheid heeft) en evenmin waar harmonisatie van regels binnen de Unie wordt beoogd.

5.2 Het perspectief van de wetgever

Voor het perspectief van de wetgever geldt dat al ruim voor de jaren '90 van de vorige eeuw werd nagedacht over de vraag wanneer private regulering een rol kan spelen in het kader van het realiseren van publieke doelstellingen. Nog sterker: uitgangspunt van de aanwijzingen voor de regelgeving is dat de markt zichzelf reguleert indien dat mogelijk is. In dat verband zijn ook (overigens vrij abstracte) criteria ontwikkeld waaraan private regulering zou moeten voldoen. Opvallend is dat de toetsing aan die criteria weinig transparant gebeurt (als dat al gebeurt), weinig duidelijkheid bestaat over de vraag hoe de legitimiteit en effectiviteit van TPR moet worden bepaald, terwijl degenen die met TPR te maken krijgen (in het algemeen) niet in dat proces worden betrokken. Zeker ten aanzien van TPR die door haar internationale karakter niet zonder meer in de Nederlandse rechtsorde hoeft te passen, lijkt het organiseren van inspraak (over het functioneren van TPR in de Nederlandse rechtsorde) van groot belang. Dit vergroot ook de transparantie over het gebruik van TPR door Nederlandse publieke entiteiten en de toetsingscriteria, hetgeen de legitimiteit van het gebruik ervan door de Nederlandse overheid kan vergroten en ook meer duidelijkheid kan verschaffen over de (toetsing van de) legitimiteit en effectiviteit ervan. Bovendien kan deze grotere transparantie en inspraak ook, bijvoorbeeld jegens de Europese Commissie, worden gebruikt om beter te onderbouwen dat Unierechtelijke regelgeving (deels) via TPR wordt geïmplementeerd. Het vorenstaande kan mijns inziens het beste worden bereikt door in de Awb een wettelijke 'erkenningprocedure' op te nemen waarin de overheid, indien zij gebruik wil maken van TPR voor het realiseren van publieke doelstellingen, door middel van een openbaar voorbereid besluit beslist over deze erkenning. Het is in dat verband van belang om inspraak niet alleen mogelijk te maken, maar deze ook zoveel mogelijk te faciliteren en te organiseren. De mogelijke toetsing van dit besluit door de bestuursrechter verleent aan de 'erkenning' additionele legitimiteit en bevordert bovendien de eenduidige toetsing van TPR.

De criteria waaraan moet worden getoetst hangen samen met de effectiviteit (die vooral ziet op de inhoud van de TPR) en de legitimiteit van TPR (de voorbereiding en de wijze van betrekken van belanghebbenden in het besluitvormings- en evaluatieproces). Daarbij moet worden bedacht dat de mate waarin en wijze waarop op effectiviteit en legitimiteit moet worden getoetst mede afhangt van de functie van de betreffende TPR. Naar in het eerste hoofdstuk is uiteengezet, heeft TPR verschillende functies (van signalering dat bepaalde algemene belangen worden meegenomen tot certificering van private standaarden). Afhankelijk van de wijze waarop de overheid van TPR gebruik wil maken bij het realiseren van doelstellingen van algemeen belang, zal ook de toetsing kunnen verschillen. Het maakt bijvoorbeeld verschil of subsidiering van TPR wordt overwogen of meerdere toezichthouders gebruik willen maken van certificering in het kader van het door hen uitgeoefende toezicht. In het eerste geval kan de toetsing mijns inziens minder indringend zijn dan in het tweede.

In verband met de criteria voor legitimiteit en effectiviteit vallen verschillende categorieën te onderscheiden. De eerste en tweede zien vooral op effectiviteit en de derde op legitimiteit. De eerste categorie ziet op de normen zelf, de kenbaarheid en de handhaving ervan. Zo moet worden bijgedragen aan het algemeen belang, in welk verband TPR ook duidelijke doelstellingen dient te bevatten. Het kan zijn dat TPR alleen bestaande best practices codificeert en er toe dient om met betrokkenen te bespreken hoe die het best

kunnen worden geïmplementeerd. Als die best practices niet aansluiten bij de doelstelling van de overheid, is de TPR uiteraard minder geschikt om dat doel te bereiken. Daarbij moet worden bedacht dat TPR vaak beter werkt om marktdeelnemers nieuwe activiteiten te laten ontplooiën dan om bestaande activiteiten in te perken. Bij voldoende externe druk lijkt dat laatste echter wel mogelijk. Verder is van belang of de normen voldoende duidelijk en specifiek, kenbaar en handhaafbaar zijn. In verband met handhaafbaarheid is relevant of TPR ook daadwerkelijk kan worden afgedwongen, dat wil zeggen of de private autoriteit afdwingmacht heeft en ook daadwerkelijk effectief optreedt, alsmede of voldoende afschrikwekkende sancties bestaan (in gevallen waarin TPR beoogt om bepaalde normen te implementeren). Dat is met name bij TPR relevant omdat Nederlandse toezichthouders in het algemeen niet de bevoegdheid hebben om op internationaal niveau te controleren. Daarnaast is van belang dat duidelijk wordt gemaakt hoe TPR zich verhoudt tot nationale normen (bijvoorbeeld als die strenger zijn of juist niet). Naarmate TPR beter aansluit bij nationale normen, gebruiken en situaties, des te hoger zal de acceptatiegraad bij mogelijke gebruikers zijn. Op internationaal terrein kan voorts een probleem zijn dat TPR niet door (vooraf) duidelijk afgebakende entiteiten is opgesteld. Dan bestaat het risico dat er veel regels op hetzelfde terrein tot stand worden gebracht en onduidelijk is welke gelden. Er moeten dan tussen de TPR systemen afspraken worden gemaakt over de vraag wie gaat ordenen of er moeten in TPR zelf duidelijke conflictregels staan. Voorts is relevant of de geschillenbeslechting (zowel voor geschillen over toetreding tot TPR, tussen deelnemers aan het systeem onderling als voor externe partijen) op adequate wijze is geregeld. Ook is de deskundigheid binnen een bepaalde private kring van belang. Daarnaast is van belang dat TPR normen regelmatig worden geëvalueerd en worden aangepast zodat een blijvende verbetering van bijvoorbeeld duurzaamheid mogelijk is. Wanneer immers langere tijd aan dezelfde normen wordt vastgehouden, ontstaat het risico dat die niet meer voldoende zijn aangepast aan nieuwe ontwikkelingen.

Een tweede categorie ziet op de kosten voor de gereguleerden (en voor de overheid in die zin dat de ratio achter zelfregulering niet alleen kostenbesparing voor de overheid moet zijn gericht), op de kwestie of er voldoende vraag uit de markt bestaat die de TPR kan bevorderen, op welke wijze een markt functioneert en of die, daarvan uitgaande, geschikt is voor TPR, alsmede op mogelijke negatieve externe effecten zoals beperking van de mededinging en consequenties voor het milieu, mensenrechten of arbeidsomstandigheden. Ook moet de private reguleringsorganisatie transparant zijn over de herkomst van de financiering van het private systeem en moet die financiering adequaat zijn om de beoogde doelen te realiseren. Voorts is van belang dat de spreiding van (financiële) risico's op een evenwichtige manier plaatsvindt tussen de bij de TPR betrokkenen.

De volgende categorie ziet op de legitimiteit van TPR binnen de bij deze TPR betrokkenen, in verband waarmee de organisatiegraad en het draagvlak binnen een bepaalde (private) kring van belang zijn. Ook de governancestructuur van TPR is relevant. Zo moeten alle bij een initiatief betrokkenen de mogelijkheid hebben om hun inzichten kenbaar te maken. Daarnaast is van belang dat (extern) verantwoordelijkheid wordt afgelegd over en inspraak bestaat

in het functioneren en de gevolgen van de TPR, bijvoorbeeld in een algemene vergadering of door externe verslaglegging.

Van belang is nog dat de hiervoor beschreven categorieën van criteria in onderlinge samenhang worden beschouwd. Het kan immers zijn dat TPR op ruime schaal inspraak van belanghebbenden heeft georganiseerd, maar door het trage besluitvormingsproces qua aanpassing van de normen aan nieuwe ontwikkelingen en qua handhaving minder goed presteert. Die plus- en minpunten zullen dus tegen elkaar moeten worden afgewogen.

5.3 Het perspectief van de toezichthouder

Wanneer een toezichthouder gebruik wil maken van TPR in het kader van het publieke toezicht, geldt hetgeen in de vorige paragraaf is gezegd wellicht in verstrekte mate. Naarmate TPR minder goed past in de Nederlandse rechtsorde, minder legitiem en effectief is, des minder effectief zal TPR het publieke toezicht kunnen ondersteunen (of deels vervangen). Juist in internationaal verband is echter het probleem dat een publieke toezichthouder buiten de eigen landsgrenzen lastig kan controleren. Dit brengt mee dat de publieke toezichthouder (naast samenwerking met buitenlandse toezichthouders, maar dat is zeker buiten de westerse wereld een uitdaging) min of meer gedwongen is (om in internationaal verband ieder geval nog enige controle te organiseren) ook gebruik te maken van TPR controlesystemen (zoals certificering). Het is daarom des te belangrijker dat ook in het kader van toezicht voldoende grip (en kennis) bestaat op (over) TPR.

In het kader van toezicht heeft TPR veelal een specifieke functie die hogere eisen aan de normen en de handhaving stelt dan bijvoorbeeld voor TPR geldt die vooral bedoeld is om samenwerking tussen marktpartijen te organiseren of een signaalfunctie vervult. Het is daarom nog belangrijker of en hoe de in het kader van het publieke toezicht gebruikte TPR functioneert. Daarom dient naast een evaluatie van de legitimiteit en effectiviteit van de TPR door de toezichthouder nog meer te worden onderzocht dan legitimiteit en effectiviteit van TPR alleen. Ik heb dat geduid als de 'drie fasen toets'. Deze bestaat uit een onderzoek van de Nederlandse markt waarop het publieke toezicht moet functioneren of functioneert, waarbij onder meer naar organisatiegraad, intrinsieke motivatie en andere marktstimuli moet worden gekeken. Vervolgens moet worden bezien of het toezicht zelf zodanig is ingericht dat het geschikt is om met TPR aangevuld toezicht te houden. In dat verband moet bijvoorbeeld worden gekeken naar de wettelijke regeling, maar ook naar de sector, de organisatie en aanwezige kennis binnen de toezichthouder. Ten slotte moet de TPR zelf worden onderzocht aan de hand van de hiervoor bedoelde criteria.

Indien een TPR systeem is 'erkend' zou de publieke toezichthouder een rol kunnen spelen om TPR ingang te doen vinden in een bepaalde markt. Zo is denkbaar dat de kosten van (publiek) toezicht worden verminderd voor degenen die deelnemen aan een TPR systeem. Een publieke toezichthouder zou ter aanmoediging van TPR verder straffe sanctionering van

desondanks geconstateerde overtredingen (in ieder geval tijdelijk) kunnen beperken om het leerproces in een bepaalde branche met TPR niet teveel te verstoren, met name als duidelijk is dat een bedrijf zich heeft ingespannen om de regels wellicht niet naar de letter maar wel naar de geest na te leven. Het gaat er dan meer om om ervoor te zorgen dat een duurzaam leren van eerdere incidenten plaatsvindt. Verder is het belangrijk om met de markt te communiceren en te evalueren hoe de publieke toezichthouder de TPR regels interpreteert. Anderzijds zal na verloop van tijd, wanneer TPR is ingeburgerd, strenger moeten worden omgegaan met sanctionering, met name als TPR er toe leidt dat minder wordt gecontroleerd door de publieke toezichthouder. Dan geldt in beginsel dat schending van het vertrouwen van de publieke toezichthouder in beginsel tot straffe sanctionering moet leiden. Daarbij moet echter goed worden onderzocht op welke wijze bestraffing moet plaatsvinden en wat de effecten daarvan zijn.

Indien publiek toezicht wordt ondersteund door TPR, kan het probleem van samenloop van sancties rijzen. In dat verband dient te worden bedacht dat TPR systemen over andere sancties kunnen beschikken dan de publieke toezichthouder en deze sancties internationaal (in combinatie met publieke regelgeving) ook effectiever kunnen zijn. Wel zal het palet van mogelijke sancties binnen TPR systemen vaak minder uitgebreid zijn dan die waarover de publieke toezichthouder beschikt. Zo kan bij certificering een certificaat worden ingetrokken of opgeschort, maar bestaan er geen andere sancties. Het vorenstaande neemt niet weg dat de publieke toezichthouder duidelijk zal moeten maken hoe hij omgaat met TPR en op welke wijze schending van de standaarden van het TPR systeem ook publiekrechtelijk relevant zijn. Daarnaast is de vraag of indien een publieke sanctie mogelijk is een rol kan spelen of het TPR systeem een certificaat heeft ingetrokken. Is dan sprake van een ongeoorloofde samenloop van sancties? Dat is mijns inziens niet het geval nu de sancties andere doelen hebben en ook niet zonder meer dezelfde overtreding wordt bestraft. Desalniettemin lijkt het wenselijk dat publieke toezichthouders beleid ontwikkelen wanneer en hoe zij (hen bekende) private sancties meenemen bij het opleggen van publieke sancties.

5.4 Het perspectief van de bestuursrechter

Voor de bestuursrechter is van belang wat de context is van de beslissing die van de bestuursrechter wordt gevraagd. Zo zal een rol spelen of een publieke toezichthouder een boete heeft opgelegd wegens overtreding van TPR normen die in het kader van het toezicht een rol spelen, dat een subsidie wordt geweigerd omdat niet is voldaan aan bepaalde door in de subsidieregeling genoemde in TPR gestelde eisen of dat een besluit wordt beoordeeld gegrond op beleid van een bestuursorgaan dat mede is gebaseerd op TPR. Verder is van belang hoeveel beleids- of beoordelingsvrijheid een bestuursorgaan toekomt.

TPR kan een rol spelen bij de toetsing door de bestuursrechter waarin deze meestal niet TPR als zodanig toetst, maar in het kader van een besluit in verband waarmee TPR wordt gebruikt om bestuursrechtelijke (open) normen in te vullen of door bestuursorganen op TPR

gebaseerd beleid te toetsen. Er is dan sprake van een indirecte toetsing van TPR. Daarnaast kan de bestuursrechter in bijzondere gevallen direct aan TPR toetsen indien daarnaar in bestuursrechtelijke regelgeving (bijvoorbeeld ter invulling van bepaalde in het publieke toezicht gestelde vereisten) wordt verwezen.

De legitimiteit en effectiviteit van TPR (in de Nederlandse rechtsorde) kunnen een rol spelen bij de toetsing door de bestuursrechter. Indien de bedoelde TPR uitdrukking geeft aan een in Nederland breed gedragen opvatting of benadering (en daarom meer legitimiteit geniet) en effectief is, zal de invulling van een open norm of beleidsvrijheid door het bestuursorgaan aan de hand van de TPR meer voor de hand liggen en kan de bestuursrechter dat eerder sanctioneren. In dat verband geldt overigens wel dat naarmate de beleidsvrijheid groter wordt in het algemeen een minder indringende toets door de bestuursrechter mogelijk lijkt. Indien TPR bijvoorbeeld verband houdt met specifieke (technische) deskundigheid van private certificeerders, zal de bestuursrechter veelal lastig kunnen beoordelen of die specifieke technische normen (en de controle daarvan) voldoende effectief zijn.

Nu TPR niet zonder meer onderdeel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde, bestaat er voor de bestuursrechter des te meer reden om de legitimiteit en effectiviteit van TPR te toetsen alvorens er bijvoorbeeld een bestuursrechtelijke open norm (zoals het belastingrechtelijke begrip 'goed koopmansgebruik') mee in te vullen of de evenwichtigheid van door een bestuursorgaan gebruikte beleidsvrijheid te toetsen. Niet alle TPR zal immers zonder meer kunnen functioneren in de Nederlandse rechtsorde en daarom lijkt het van belang om deze, in sterkere mate dan in verband met specifiek voor Nederland ontwikkelde private regulering geldt, op legitimiteit en effectiviteit te beoordelen.

De legitimiteit en effectiviteit van TPR kan bij de bestuursrechter met name aan de orde komen indien een belanghebbende of het bestuursorgaan aangeeft waarom TPR wel of niet breed wordt gedragen en/of waarom dit al dan niet effectief is. De bestuursrechter is bij zijn toetsing van TPR dus mede afhankelijk van hetgeen partijen in dat verband naar voren brengen. Het lijkt daarom van belang dat partijen (en met name het bestuursorgaan) inzicht verschaffen over de werking (en legitimiteit en effectiviteit) van TPR die in het kader van het beleid wordt gebruikt.

Indien de in de vorige hoofdstukken voorgestelde 'erkenning' van TPR door middel van een (openbaar voorbereid) besluit zou plaatsvinden, zal de bestuursrechter daarbij een rol spelen. Hij zal kunnen toetsen of het erkenningsbesluit rechtmatig is en op een deugdelijke motivering berust. Juist de mogelijkheid van deze rechterlijke toets van de 'erkenning' maakt deze meer objectief en transparant en bevordert ook het rekening houden door een bestuursorgaan met de uitkomsten van inspraak door belanghebbenden. Het opent bovendien de mogelijkheid voor de organen die dergelijke besluiten nemen om van de jurisprudentie van de bestuursrechter te leren en daarmee bij toekomstige beslissingen hun voordeel te doen. De bestuursrechter is daardoor ook beter geëquipeerd en geëquipeerd om (mede doordat alle relevante belanghebbenden die hebben ingesproken de mogelijkheid hebben om zich in de procedure te mengen) de legitimiteit en effectiviteit van TPR te beoordelen (die dan immers centraal staat in de procedure).

Een laatste vraag is hoe de bestuursrechter zou moeten omgaan met een (voorafgaande) beslissing van een private geschilbeslechter in het kader van TPR indien dit een (in- of extern) geschilbeslechtsmechanisme kent. Ook hier is de context van de beslissing van de private geschilbeslechter van belang. Ziet die (deels) op dezelfde materie als waarover de bestuursrechter moet beslissen? Indien dat zo is, bestaat er meer reden om daarmee rekening te houden. Daarnaast kan van belang zijn of en in welke mate de private rechtsgang met waarborgen is omkleed en wat de kwaliteit van de procedure is. Naarmate de waarborgen groter zijn en de kwaliteit van de procedure hoger is, bestaat er meer reden daarmee rekening te houden. In dat verband is ook van belang in hoeverre de private geschilbeslechter specifieke (bijvoorbeeld technische) deskundigheid heeft waarover de bestuursrechter niet beschikt.