

VU Research Portal

Certificering als reguleringsstelsel?

van Ommeren, F.J.; de Moor-van Vugt, A.J.C.

published in

SEW. Tijdschrift voor Europees en Economisch recht
1999

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. J., & de Moor-van Vugt, A. J. C. (1999). Certificering als reguleringsstelsel? *SEW. Tijdschrift voor Europees en Economisch recht*, 3, 89-96.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Certificering als reguleringssysteem?

Mr A.J.C. de Moor-van Vugt en mr F.J. van Ommeren*

Het is goed mogelijk certificering aan te wenden als een methode waarbij de overheid zich minder vaak en minder intensief behoeft bezig te houden met regulering van maatschappelijke processen. In dit artikel geven wij met behulp van concrete voorbeelden aan waar aan certificering vanuit een rechtsstatelijk perspectief de grootste problemen kleven. Het zal blijken dat de kern van de problematiek vooral gelegen is in de verstrengeling tussen overheidsregulering en particuliere certificeringssystemen. De vraag rijst welke normen van toepassing zijn, en meer in het bijzonder in hoeverre rechtsstatelijke normen in de weg staan aan een mengvorm van overheidsregulering en particuliere certificering.

In deze bijdrage gaan wij allereerst in op het gebruik van certificering als reguleringssysteem van de overheid. Vervolgens staan wij stil bij de verschillende verschijningsvormen van certificering. Hierbij worden tamelijk uitvoerig twee voorbeelden besproken van certificering om beleidsdoeleinden mee te realiseren. Daarna komen de rechtsstatelijke eisen aan bod. Vervolgens wordt het verschijnsel certificering tegen het licht van de rechtsstatelijke eisen gehouden, opnieuw aan de hand van de twee genoemde voorbeelden. De voornaamste knelpunten liggen bij de hoedanigheid van bestuursorgaan van de certificerende instelling, de verplichte certificering, de monopoliepositie van de certificerende instelling en het gebruik door de overheid van door de certificerende instelling verkregen gegevens. Wij ronden af met een slotbeschouwing over het rechtsstatelijke gehalte van certificering in het algemeen.

1. Certificering als instrument van regulering

Certificering komt veel voor op het gebied van de warenwetgeving en de productveiligheid. Ook internationaal is dat het geval. In Europees verband bestaan bijvoorbeeld sedert het 'Witboek voor de voltooiing van de interne markt' uit 1985 de zogenaamde 'Nieuwe-Aanpak richtlijnen'. Het gaat daarbij om een manier van wetgeven waarbij in richtlijnen voor bepaalde productgroepen (bijv. bouwproducten, speelgoed, machines en medische apparatuur) alleen nog maar globale essentiële eisen bestaan op het terrein van veiligheid, gezondheid, consumentenbescherming en milieu. Aan die eisen moeten producten voldoen om tot de interne markt toegelaten te mogen worden. Voor de invulling van die eisen kan worden verwezen naar normen, die worden opgesteld binnen Europese normalisatie-instituten. Of producten aan de normen voldoen, kan worden getoetst door binnen de Lid-Staten

aangewezen certificerende instellingen¹, die vervolgens het zogenaamde CE/EC-keurmerk (Conformité Européenne)² kunnen afgeven waarna de producten in beginsel vrije toegang tot de gehele Europese markt hebben.³

Het fenomeen certificering heeft zich intussen verspreid over een breed scala aan vooral bestuursrechtelijke en sociaalrechtelijke getinte wetgevingscomplexen op terreinen als: milieu- en bouwrecht, arbeidsomstandigheden en gezondheidszorg. De laatste jaren heeft het daarbij in combinatie met normalisatie sterk aan belang gewonnen. Ging het in het verleden vooral om gedetailleerde technische normstelling op zeer specialistische terreinen, in het kader van de ontwikkeling van het algemeen wetgevingsbeleid is certificering een thema dat nadrukkelijk in meer algemene zin wordt genoemd in het kader van deregulering en verbetering van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van sociaal-economische beleidswetgeving.

Sociaal-economische wetgeving kent als moeilijke eigenschappen onder andere: een hoge omloopsnelheid van normen (bijv: als gevolg van voortdurende technologische ontwikkelingen); onvoldoende mogelijkheden voor de aansluiting van wetgeving op ontwikkelingen in de internationale markt (bijv: snel veranderende eisen van consumenten); lage acceptatiegraad van publiekrechtelijke normen bij de doelgroep (bijv: door geringe normatieve waarde van normen en onvoldoende aansluiten op het handelingsperspectief van betrokkenen). De overwegingen die leven binnen de marktsector ten faveure van certificering zijn daarom uit wetgevingsoogpunt interessant. Certificering wordt bijvoorbeeld veel gebruikt om de kwaliteit van producten, diensten en productieprocessen te waarborgen; deze (ook internationaal)

* De auteurs zijn beiden verbonden aan het Centrum voor Wetgevingsvraagstukken van het Schoordijk-Instituut aan de KU Brabant. Deze bijdrage kwam tot stand in het kader van het aan de KUB toegekende NWO/MAGW-aandachtsgebied over de veranderende positie van de staat. De tekst werd in juli 1998 afgesloten.

1. Zie richtlijn 90/683, *PbEG* 1990 L 380.

2. Geregeld in richtlijn 93/68 en Raadsbesluit 93/465, beide te vinden in *PbEG* 1990 L 220.

3. Een zogenaamde conformiteitsbeoordeling door erkende keurings- en certificerende instellingen levert een gerechtvaardigd vermoeden op dat gekeurde producten voldoen aan de essentiële eisen van de richtlijn. Meestal mag de producent overigens ook op andere manieren zelf aantonen dat zijn product aan de essentiële eisen van de richtlijn voldoet. Zie de mededeling van de Commissie, *PbEG* 1989 C 267, Een globale aanpak op het gebied van certificatie en keuring, Kwaliteitsinstrumenten voor industrieproducten.

onderling uitwisselbaar te maken; financiële risico's te verminderen; zich (met het certificaat) op de markt te profileren en flexibeler in te spelen op marktontwikkelingen.

Certificering maakt dan ook deel uit van de eind 1994 door het kabinet Kok ingezette Operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW).⁴ Daarin is certificering genoemd als een van de vier centrale wetgevingsthema's voor de komende jaren. De regering zag destijds mogelijkheden voor het instrument certificering in combinatie met normalisatie als alternatief voor gedetailleerde specialistische publiekrechtelijke regelgeving. Het geloof in de mogelijkheden van certificering wordt daarbij gevoed door toenemende internationalisering van goederen-, diensten- en informatiestromen, waarvoor harmonisatie van normstelling een vereiste is, maar wetgeving soms een weinig geschikt instrument lijkt. Daarbij komt dat op terreinen als milieu, gezondheidszorg en arbeidsomstandigheden zowel nationaal als internationaal steeds meer met zogenaamde (kwaliteits-)zorgsystemen wordt gewerkt, die door middel van certificering wellicht aan betrouwbaarheid en inzichtelijkheid kunnen winnen.

Beleidsmatig past certificering goed bij ideeën over een terugtrekkende overheid, die gevoed worden door het gegroeide besef van een afnemende bestuurbaarheid van de samenleving door nationale overheden.⁵ In dat licht sluit certificering in combinatie met normalisatie⁶ nauw aan bij in de bestuurskunde en de beleidswetenschappen ontwikkelde ideeën over horizontalisering van overheidsoptreden⁷, zelfsturing en coproductie van beleid⁸; beeldvorming als resultaat van onderhandeling met en/of tussen maatschappelijke organisaties. Het gaat hier dus om sturingsconcepties waarin het netwerkperspectief meer centraal staat. Op wetgevingsgebied past certificering onder andere bij ideeën over zelfregulering⁹, zoals neergelegd in regeringsnotities als 'Recht in beweging' en 'Zicht op wetgeving'. Het kabinet heeft in certificering bovendien kansen gezien uit het oogpunt van deregulering en marktwerking.¹⁰

2. Verschijningsvormen van certificering

Een certificaat is niets meer of minder dan een keurmerk, inhoudende dat het betrokken product, de aangeboden dienst of het betrokken bedrijf voldoet aan een aantal (kwaliteits)eisen. Die kwaliteitseisen kunnen betrekking hebben op materiële zaken, maar ook op productie- of bedrijfsprocessen. In veel gevallen zijn die eisen opgesteld door private branche-organisaties die de kwaliteit van hun product willen waarborgen. Deze eisen zijn echter niet nationaal of internationaal erkend, maar hebben uitsluitend gelding binnen de betrokken organisatie of vereniging. De erkende kapper, gasfitter of slager is meestal herkenbaar aan een vignet ('keurmerk') van de vakorganisatie. Uit commerciële motieven is het aantrekkelijk een certificaat te hebben of erkend te zijn. Het product heeft daardoor immers een streepje voor bij de consument.

In bepaalde gevallen zijn die eisen ontleend aan normen, die nationaal of internationaal op vrijwillige basis zijn vastgelegd en berusten op vrijwillige afspraken tussen alle betrokken partijen. Het vastleggen van deze normen heet normalisatie. Daarvoor zijn speciale instellingen opgericht, zoals bijv. het Nederlands Normalisatie Instituut en het Nederlandse Elektrotechnische Comité. Ook internationaal is normalisatie een bekend verschijnsel. Daarnaast bestaat er standaardisatie, waarbij een afspraak met betrekking tot de norm in eerste instantie eenzijdig tussen belanghebbenden tot stand komt.

Later groeit een dergelijke standaard vaak uit tot een waarover consensus tussen alle partijen bestaat, (zoals bijvoorbeeld bij het VHS-videosysteem is gebeurd).¹¹ ISO-normen worden wereldwijd gehanteerd. Normalisatie en certificering bestaan ook, en aanvankelijk vooral, zonder overheidsbemoeienis.

Een certificaat wordt op aanvraag toegekend door een certificerende instantie. Deze instantie kan worden erkend door een accrediterende instelling. In Nederland is dat de Stichting Raad voor Accreditatie.

Certificering vormt in principe een privaat systeem dat op vrijwilligheid is gebaseerd. Aan het bezit van een certificaat kan de overheid consequenties verbinden. Indien zonder certificaat bepaalde medewerking van de overheid (bijv. een vergunning) niet verkregen kan worden, spreekt men van *verplichte* certificering.

Certificerende instellingen zijn doorgaans krachtens privaatrecht ingesteld. Echter, niet uitgesloten is dat zij voor een bepaald gedeelte van hun taak als (zelfstandig) *bestuursorgaan* moeten worden aangemerkt. Het hebben van de status van bestuursorgaan heeft zeer ingrijpende consequenties voor de werkzaamheden die zij als bestuursorgaan verrichten. Ingevolge art. 1:1, lid 1, sub b Awb moeten (ook) personen of colleges die met enig openbaar gezag zijn bekleed, als bestuursorgaan worden aangemerkt. Een certificerende instelling zal niet al te vlug over openbaar gezag beschikken. In geval van verplichte certificering is dit echter wel goed denkbaar. Het bezit van een certificaat moet dan een noodzakelijke voorwaarde zijn voor het verkrijgen van het gewenste publiekrechtelijke bestuurshandelen.

Een systeem van certificering kan door de overheid c.q. de wetgever ondersteund of gebruikt of zelfs opgezet worden om beleidsdoelstellingen te bereiken.¹² Daarvan volgen hierna twee voorbeelden. In het eerste voorbeeld gaat het om het verantwoord doen plaatshebben van de sanering van ondergrondse olietanks. Daartoe werd met hulp van de overheid een systeem van certificering in het leven geroepen. In het tweede voorbeeld zien we een systeem dat moet leiden tot een verbeterde milieuzorg binnen bedrijven, en tegelijkertijd een ver-

4. *Kamerstukken II*, 24 036, nr. 1, p. 12. Vgl. over deze operatie R.A.J. van Gestel, *Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit: wie biedt er meer*, in: A.J.H.W. Coppelmans e.a. (red.), *Het actuele recht 2*, Lelystad 1995, p. 233-239 en het themanummer van *RegelMaat*, 1996/2.

5. Vgl. P.H.A. Frissen, *De virtuele staat*, Schoonhoven 1996, p. 13-19.

6. Zie voor een uitleg van de begrippen certificering en normalisatie onder meer H.A.M. Backx, *Normalisatie en certificering als alternatieven voor en in wettelijke regelingen*, *RegelMaat* 1995, p. 89-100, en hierna punt 2.

7. Vgl. reeds M.C. Burkens en F.A.M. Stroink, *Sociale verzorgingsstaat en consensuele besluitvorming*, *NJB* 1980, p. 743-750. Zie recentelijk M.L.M. Hertogh e.a. (red.), *Omgang met de onderhandelende overheid, Rechtsstaat, onderhandelend bestuur en controle*, Amsterdam 1998.

8. V.J.J.M. Bekkers, *Co-productie in het milieubeleid: op zoek naar een nieuwe sturingsconceptie*, *Bestuurswetenschappen* 1996/3, p. 177-194; en het themanummer van *RegelMaat* over (inmiddels naar de nieuwe spelling) coproductie, 1998/2.

9. G.J.M. Evers, *Internationalisering door middel van zelfregulering. Het (inter)nationaal gebruik van normalisatie en certificatie*, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen en W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Het recht van Europa?* Lelystad 1998, p. 87 e.v.

10. Zie het rapport *Normalisatie/Certificatie van de MDW-werkgroep Certificering*, Den Haag, d.d. februari 1996.

11. Vgl. het rapport *Normalisatie/Certificatie van de MDW-werkgroep Certificering* p. 4.

12. Vgl. J.A.F. Peters, *Quo iure? Rolpatronen bij certificering*, *Tijdschrift Privatisering* 1998, nr. 3, p. 4-7.

minderde bemoeienis van de overheid met de milieuzorg. Het systeem van certificering dat mede onder door Europese invloeden al in ontwikkeling was, wordt ingezet als krachtig hulpmiddel.

Tanksanering

In 1989 kwam de Regeling Inzake Erkenning Saneringsbedrijven (REIS)¹³ tot stand op initiatief van VROM. De regeling was een complement van een AMvB waarin een landelijke verplichting is opgenomen tot melding en sanering van ondergrondse, lekkende olieopslagtanks, die zich in veel plaatsen bevonden en bevinden in de achtertuinen van particulieren.¹⁴ De verplichting van particulieren om hiertoe over te gaan, valt echter niet te handhaven, wegens gebrek aan gegevens over ingegraven tanks. De REIS-regeling was een neerslag van een beleidsafpraak – een soort convenant – tussen de VNG, het IPO en VROM, waarin een draagvlak werd gecreëerd om de problematiek van de lekkende olietanks te gaan aanpakken.

De AMvB wijst het KIWA aan als enige certificerende instelling, die bedrijven moest certificeren die volgens de aangegeven methode tanks zouden gaan saneren. De methode hield in dat de tanks werden leeggezogen en schoongespoeld, waarna ze werden gevuld met schoon zand. Uit art. 18, derde lid jo. Bijlage VI van de AMvB blijkt dat slechts door KIWA gecertificeerde bedrijven zijn toegelaten als tanksaneerder.¹⁵ KIWA heeft aldus via dit AMvB een monopoliepositie verkregen.

Belangrijke elementen in de REIS-regeling waren vereisten voor erkenning, de wijze van aanvragen en het beslissen op de aanvraag, bepalingen inzake geldigheidsduur en verlenging van het certificaat, een opsomming van bevoegdheden, rechten en plichten van gecertificeerde bedrijven en van het KIWA, sancties en beroepsmogelijkheden.

Deze REIS-regeling is later vervangen door het KIWA-reglement voor Procescertificatie in combinatie met beoordelingsrichtlijn BRL 902/1, die weer ge-updated is in BRL 902/2, van het KIWA.

Het certificaat kan worden verkregen door het aangaan van een overeenkomst met KIWA NV.¹⁶ Eerst moet een aanvraag worden gedaan, waarna onderzoek van de kant van KIWA volgt, of voldaan wordt aan de eisen in de beoordelingsrichtlijn. Dit onderzoek betreft uitsluitend proces- product- en kwaliteitssysteemcontrole. Er is geen onderzoek naar de bonafiditeit van een ondernemer.¹⁷ Het verkrijgen van een certificaat gaat gepaard met bepaalde kosten, die door het KIWA worden vastgesteld.¹⁸

KIWA controleert daarna regelmatig of nog steeds aan de eisen wordt voldaan. De ondernemer/tanksaneerder is verplicht de 'noodzakelijke' medewerking te verlenen om controle door KIWA van de vastgelegde verplichting mogelijk te maken. Dat betekent naar onze mening dat alle daarop betrekking hebbende gegevens beschikbaar moeten zijn en dat betreding van plaatsen en bemonstering mogelijk moet zijn.¹⁹ De tanksaneerder moet er dus zorg voor dragen dat de plaatsen waar hij aan het werk is, toegankelijk zijn voor KIWA. Mocht de opdrachtgever voor de sanering c.q. de grondeigenaar bezwaren hebben tegen betreding van het terrein door KIWA, dan komt de tanksaneerder zijn verplichtingen ten opzichte van KIWA niet na, hetgeen tot maatregelen kan leiden.

KIWA moet geheimhouding van de gegevens inzake de con-

troles ten opzichte van derden waarborgen.²⁰ Niet duidelijk is of dat ook ten opzichte van de overheid geldt. Afnemers, dat wil hier zeggen de opdrachtgevers, mogen echter wel gewaarschuwd worden in geval van veiligheidsrisico's.²¹

Als het KIWA overtredingen constateert, zijn er verschillende sanctiemogelijkheden, variërend van frequentere controles tot het uitdelen van een waarschuwing, het tijdelijk schorsen van het certificaat of het intrekken ervan.²² Na schorsing of intrekking van het certificaat kan de ondernemer er geen gebruik meer van maken. Niet-naleving van deze verplichting komt te staan op een boete van f 10.000,-, en f 1000,- per dag dat de overtreding voortduurt. Tegen deze beslissingen kan men in beroep gaan bij een speciaal ingesteld scheidsgerecht. Daarnaast kunnen derden klachten indienen bij KIWA.²³

KIWA controleert tenminste drie maal per jaar of de certificaathouder de sanering uitvoert zoals voorgeschreven is. Wanneer eerder onregelmatigheden bleken, wordt de controlefrequentie verhoogd. De controles en handhaving wordt door de bedrijven zelf betaald, uit een opslag in de prijs voor de saneringen. Extra controles in geval van gebleken gebreken worden rechtstreeks bij het bedrijf in rekening gebracht.²⁴

Milieuzorgsystemen

Certificering van milieuzorgsystemen is, anders dan in het hiervoor uitgewerkte voorbeeld, een aangelegenheid die niet door een monopolist wordt beheerst. Er zijn verschillende certificerende instellingen waarvan de werkzaamheden worden gecoördineerd door de Stichting Coördinatie Certificatie Milieuzorgsystemen (SCCM), een stichting die door de overheid en het bedrijfsleven gezamenlijk is opgericht.²⁵ Deze stichting heeft een systeem genaamd Certificatie Milieuzorgsystemen, volgens ISO 14001 opgezet. Dit systeem is gebaseerd op de Europese 'Guidelines for the Accreditation of Certification Bodies for Environmental Management Systems' (EAC/G5), die opgesteld zijn door EAC (European Accreditation of Certification). De Stichting is in Nederland aangewezen als uitvoerend orgaan voor de EMAS-verorde-

13. Gepubliceerd in 1988 door KIWA NV, keuringsinstituut voor certificatie, keuringen en advisering integrale kwaliteitszorg voor de bouw-, water en milieusector, te Rijswijk.

14. Art. 18 en 19 AMvB BOOT, Besluit opslaan in ondergrondse tanks, gebaseerd op art. 10 van de Wet Bodembescherming, *Stb.* 1993, 46.

15. Zie bijlage I en VI van het AMvB BOOT.

16. Zie art. 1.3.3 en 5.1.1 KIWA-Reglement voor Procescertificatie.

17. Dat kan betekenen dat een certificaat wordt verstrekt aan bedrijven waartegen een justitieel onderzoek loopt. Vgl. G.W.M. van Vugt en J.F. Boet, *Zuiver handelen in een vuile context*, Arnhem 1994, p. 86-87.

18. Zie art. 6.4.4 KIWA-reglement. In het WODC-onderzoek *Ondernemend milieubeleid* van R.J.J. Eshuis, P. de Graaf, R.F. Kouwenberg en J.W. van Wetten (1997), gesteld op f 6000,-.

19. Zie art. 5.3.6 en 5.3.3 KIWA-reglement.

20. Zie art. 6.6.1 KIWA-reglement

21. Zie art. 5.4.3 KIWA-reglement.

22. Zie art. 5.4.1 KIWA-reglement. Deze sancties zijn ook daadwerkelijk al enige malen toegepast. Zie het WODC-rapport *Ondernemend milieubeleid* van R.J.J. Eshuis, P. de Graaf, R.F. Kouwenberg en J.W. van Wetten (1997).

23. Zie art. 6.1.1 e.v. KIWA-reglement.

24. Zie art. 5.4.1 KIWA-reglement. Ter vergelijking: een extra controleactie, bestaande uit vier controles, kost f 3000,-.

25. De Stichting is te vinden op <http://www.milieuonline.nl>, onder het kopje 'deelnemers'. U kunt daarna SCCM aanklikken.

ning, een EG-verordening inzake het ECO Management and Audit Scheme (milieubeheer- en milieu-auditsysteem).²⁶ De Stichting ontwikkelt uniforme certificeringssystemen ten behoeve van certificerende instellingen. Deze instellingen kunnen echter pas gebruik maken van deze systemen, als zij een overeenkomst sluiten met de SCCM.

Het voorhanden zijn van een gecertificeerd milieuzorgsysteem is voor de overheid een indicatie dat aan wettelijk gestelde milieunormen wordt voldaan. Er gaan stemmen op om dergelijke certificaathouders in vergunningen slechts bepaalde doelnormen op te leggen, en geen gedetailleerde voorschriften meer te hanteren (vergunning op hoofdlijnen).²⁷ In de rechtspraak is overigens wel kritiek op deze aanpak, aangezien geen echte garantie bestaat dat er geen onaanvaardbare gevolgen voor het milieu ontstaan. Bovendien zijn er onvoldoende handvatten voor handhaving van de kant van de overheid en komt de positie van derden in gevaar, aldus kort samengevat deze kritiek.²⁸

Op dit moment wordt onderzocht of bedrijven, wanneer zij een gecertificeerd milieuzorgsysteem hebben, zonder veel verder onderzoek van de kant van de overheid, milieuvergunningen (vergunning op hoofdlijnen) kunnen krijgen en houden, en of de toezichthoudende taak van de overheid kan worden vervuld door de certificerende instelling. Het certificeringssysteem voorziet in zodanige eisen dat de vergunningsvoorschriften door het voldoen aan de certificeringseisen als het ware al vervuld zijn. Certificering zelf ziet eigenlijk niet op dit resultaat, maar verhoogt de kansen dat aan de vergunningsvoorschriften wordt voldaan; aldus schuiven de certificeringseisen en de vergunningsvoorschriften over elkaar heen zonder identiek te zijn.

In de SCCM-regeling is expliciet aandacht besteed aan de vraag in hoeverre een certificerende instelling toezichthoudende taken heeft. Het SCCM wijst er echter uitdrukkelijk op dat de taak van de certificerende instelling *niet* is om te beoordelen of het bedrijf nog aan de wettelijke c.q. vergunningsvoorschriften voldoet, maar uitsluitend om de werking van het milieuzorgsysteem te bezien. De certificerende instelling spreekt slechts uit dat zij vertrouwen heeft in naleving, maar geeft daarvoor geen garantie af, aldus het SCCM.

De certificerende instelling heeft in dit systeem de bevoegdheid informatie te vragen over het functioneren van het milieuzorgsysteem. De certificaathouder dient alle documenten, registraties en rapporten terzake over te leggen. De certificerende instelling heeft toegang tot het bedrijf om een onderzoek ter plaatse uit te voeren in de vorm van steekproeven en het houden van interviews.

De EAC-richtlijnen eisen waarborgen voor betrouwbaarheid van de verkregen informatie. Het Certificatiesysteem Milieuzorgsystemen refereert daar slechts aan, maar heeft daarvoor geen expliciete waarborgen opgenomen. Toch is dit wel van belang, omdat de gevolgen van het niet voldoen aan een verzoek om informatie ingrijpend kunnen zijn. Dat kan namelijk leiden tot intrekking van het certificaat. Andere omstandigheden die onder meer tot intrekking aanleiding zijn: procedures voor corrigerende en preventieve maatregelen werken niet naar behoren; procedures voor het melden van overschrijdingen van voorschriften aan het bevoegd gezag werken niet naar behoren; na een herbeoordeling constateert de certificerende instelling dat het milieuzorgsysteem niet functioneert.

Intrekking volgt echter pas nadat de certificerende instelling een onvolkomenheid heeft gesignaleerd, en het bedrijf de

gelegenheid heeft gegeven deze te herstellen. In voorkomend geval kan de certificerende instelling het certificaat schorsen, dat wil zeggen dat het bedrijf zich naar buiten niet meer mag profileren met het certificaat en/of de afnemers op de hoogte moet stellen van de onvolkomenheden. Bij herstel van de fout herneemt het certificaat zijn werking, bij voortdurend verzuim volgt intrekking. De beslissing omtrent intrekking wordt genomen door een onafhankelijke auditor, die geen deel heeft uitgemaakt van het auditteam dat het onderzoek heeft uitgevoerd, en die ook anderszins onafhankelijk is van de opdrachtgever (dat is het bedrijf zelf).²⁹

In het systeem is geen sprake van een klachtregeling, in die zin dat bedrijven zich bij de certificerende instelling kunnen beklagen over toezichtshandelingen of intrekking van het certificaat. Wel refereert het weer aan de EAC-richtlijnen, die wel een klachtregeling eisen tegen beslissingen van een certificerende instelling.

Verlies van het certificaat kan problematisch zijn als een bedrijf vanwege het milieuzorgsysteem een vergunning op hoofdlijnen heeft gekregen. Het betekent in ieder geval dat de vergunningverlener een meer gedetailleerde vergunning kan gaan opleggen, en de vergunning op hoofdlijnen kan intrekken.

3. Rechtsstatelijke eisen

Kenmerkend voor de rechtsstaat is dat daarin niet alleen de bestuurden, maar ook de staat zelf, met al zijn instellingen en organen, voor al zijn handelen, *onderworpen* is aan het recht. Op dit punt bestaat er in de literatuur zeer geruime overeenstemming. Wezenlijk voor de rechtsstaat is (daarom) de gelding van het *consistentieprincipe*. Consistent optreden bewerkstelligt rechtszekerheid, maar het consistentieprincipe strekt iets verder. Het rechtszekerheidsbeginsel geeft niet aan waarom het bestuur zich aan nieuw beleid moet houden, er heeft zich immers nog geen precedent voor gedaan, er is nog geen vertrouwen opgewekt. De verplichting consistent te handelen betekent met name dat de overheid zich aan de door haar zelf opgestelde regels dient te houden en deze op stelselmatige wijze dient toe te passen. Het verbod van willekeur vormt een van de uitwerkingen van dit fundamentele beginsel.³⁰

Rechtszekerheid werkt als rechtsstatelijkheidsbeginsel vooral in abstracto. Het recht werkt met de bekende fictie dat een ieder wordt geacht de wet te kennen. Ten aanzien van de informatievoorziening over de toepasselijkheid van regels voor het concrete geval worden aan de overheid helemaal niet zulke hoge eisen gesteld. Hoe moet iemand bijvoorbeeld van tevoren weten welke vergunningen, met inbegrip van de daaraan verbonden voorschriften, nodig zijn voor de door hem te verrichten activiteiten? Het bevoegd gezag slaagt er lang niet

26. Vo. 1863/93, *PbEG* 1993 L 168.

27. Dit beleid wordt voorgestaan door het ministerie van VROM blijkens de nota Bedrijfsinterne milieuzorg als basis voor een andere relatie tussen bedrijven en overheden, VROM, oktober 1995.

28. Zie Vz Afd. bestuursrechtspraak, 31 maart 1998, *M&R* 1998, augustusnummer, m.nt. R.J.G.M. van Gestel.

29. Intrekking van een certificaat heeft nog nooit plaatsgevonden, aldus de directeur van het SCCM in het blad *Handhaving* 1998/2, p. 28-30 (30).

30. F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd, De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, diss. VU 1996, p. 220 en p. 318 e.v. Zie ook P. Nicolai e.a., *Bestuursrecht*, 6e druk Amsterdam 1997, p. 21.

altijd in hier tijdig zekerheid over te verschaffen. Scheltema wijst er terecht op dat de overheid hier achter blijft ten opzichte van particulieren (bedrijven), waar het privaatrecht soms verdergaande eisen stelt.³¹

Nauwelijks minder overeenstemming bestaat erover het feit dat in een rechtsstaat de staat een *minimum aan materiële bestaansvoorwaarden* moet garanderen.³² Een staat kan meer of minder sociaal zijn. Wie wil spreken in termen van beginselen, en aan de hand daarvan tot uitdrukking wil brengen dat in een (sociale) rechtsstaat de overheid hiervoor mogelijkheden behoort te bieden, kan heel wel uit de voeten met 'het beginsel van de dienende overheid'.³³ Hierbij dient in ogen-schouw te worden genomen dat de overheid niet zelf die minimale bestaansvoorwaarden hoeft te realiseren, maar dat zij daarvoor de randvoorwaarden dient te scheppen. Dat kan bijvoorbeeld door het verlenen van financiële steun of door structuren te creëren waarin een systeem van rechtsbetrekkingen kan gedijen. Wanneer de overheid niet zelf de certificerende instellingen erkent, zal zij toch minstens mogelijk moeten maken dat andere instanties in staat en bevoegd zijn om certificeringsinstellingen te erkennen (accreditatie).

Er zijn vele wegen die naar Rome leiden. Een minimum aan bestaansvoorwaarden, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en democratie, het zijn alle vier belangrijke waarden die vrijwel altijd op de een of andere manier in verband met de rechtsstaat worden gebracht. Binnen de rechtsstaat zijn er meer manieren om deze basisprincipes te realiseren. Vanwege hun grote belang wordt wel eens uit het oog verloren dat de *beginselen* van machtscheiding, legaliteit, kiesrecht, de ministeriële verantwoordelijkheid, besluitvorming door vertegenwoordigende organen, openbaarheid, het waarborgen van grondrechten, een onafhankelijke rechterlijke macht, doelmatigheid en doeltreffendheid enz., – ook in een rechtsstaat – *geen doel op zichzelf* vormen. Zij staan tot de basisprincipes in een doel – middel verhouding.³⁴ Zij dragen bij aan hoger gelegen waarden. Het ene beginsel kan door het andere worden gecompenseerd of er zelfs mee botsen.

Daarbij is het zaak de *wezenlijke kern* van de basisprincipes en de nadere beginselen niet uit het oog te verliezen.³⁵ Wanneer meer beginselen tegelijkertijd van toepassing zijn, worden zij tegen elkaar afgewogen; daarbij zal het ene beginsel soms moeten wijken voor het andere, maar hun wezenlijke kern mag niet verloren gaan. Zo kan aan het legaliteitsbeginsel een ruimere of beperktere reikwijdte worden toegekend, maar aan zijn kern – te weten: eenzijdig op te leggen verplichtingen dienen een wettelijke grondslag te hebben – mag door de andere beginselen geen afbreuk worden gedaan. Dit sluit niet uit dat een andere reguleringsconstructie wordt gekozen, zodat geen verplichting hoeft te worden opgelegd. Dat is nu juist het wezenlijke van certificering: de regulering is gebaseerd op een in principe op vrijwilligheid gebaseerd stelsel. Bij verplichte certificering ligt dit anders. Daar stelt de certificerende instelling in wezen eenzijdig rechten en verplichtingen vast en oefent aldus openbaar gezag uit. Deze bevoegdheid dient bij of krachtens de wet te zijn toegekend.³⁶ In het verlengde van de nadere beginselen zijn de *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* te beschouwen, zij geven directe behoorlijksmaatstaven voor bestuursorganen. De vraag rijst in hoeverre deze normen ook op certificerende instellingen van toepassing (moeten) zijn. Behalve voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geldt dit bijvoorbeeld ook voor het verbod van vooringenomenheid (art. 2:4 Awb). Bij het antwoord op deze vraag zal onderscheid

moeten worden gemaakt tussen certificerende instellingen die aan te merken zijn als (zelfstandig) bestuursorgaan en die wel-ke louter privaatrechtelijk zijn.

4. Rechtsstatelijke randvoorwaarden voor certificering als reguleringsinstrument

Bij de behandeling van de vraag in hoeverre het verschijnsel certificering in overeenstemming is met de rechtsstatelijke eisen, ligt het voor de hand steeds in ogen-schouw te nemen of het bestuur van de certificerende instelling al dan niet als bestuursorgaan moet worden aangemerkt. Immers, indien we met een bestuursorgaan van doen hebben, heeft dit betekenis voor de doorwerking van de rechtsstatelijke eisen. Wij gaan hier niet op alle in de vorige paragraaf genoemde eisen in: slechts die punten waarvoor prangende problemen zijn te zien bij de twee gegeven voorbeelden, halen wij naar voren. Tot slot volgt een relativerende opmerking: indien we met een zuiver privaatrechtelijke instelling van doen hebben kan via het privaatrecht een heel eind aan de rechtsstatelijke eisen tegemoet gekomen worden.

Bestuursorgaan

Over het antwoord op de vraag wanneer een certificerende instelling als bestuursorgaan moet worden aangemerkt, valt verschillend te denken. De verschillende opvattingen zijn te illustreren aan de hand van de invloed die een certificaat heeft op vergunningverlening.

In een terughoudende benadering valt alleen dan een bestuursorgaan aan te nemen voor zover de certificerende instelling handelingen verricht die eenzijdig de rechtspositie van de betrokkenen bepalen zonder dat deze mogelijkheden heeft die rechtspositie op een andere manier te bewerkstelligen. Een voorbeeld vormt het geval dat een vergunning alleen dan is te verkrijgen indien men over een certificaat beschikt. Het bezit van het certificaat vormt dan een *noodzakelijke* voorwaarde voor de vergunningverlening.

In een wat ruimere opvatting is reeds een bestuursorgaan aan te nemen in die gevallen dat een wettelijk voorschrift rechtsgevolgen aan een certificaat verbindt. Indien de aanvrager over een certificaat beschikt, volgt daaruit dat de aanvrager in

31. M. Scheltema. Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht, *NJB* 1996, p. 1359; vgl. ook M. Scheltema, De rechtsstaat, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle 1989, p. 17, 18.

32. J. van der Hoeven, De rechtsstaat herdacht, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle 1989, p. 2.

33. Scheltema, a.w. 1989, p. 20 e.v.

34. Zie Scheltema, a.w. 1989, p. 15. Vgl. ook Scheltema a.w. 1996, p. 1358 en H.A. Oldenzijl, *Wetgeving en rechtszekerheid*, diss. Groningen 1998, p. 43.

35. Het is nogal 'in' om de wezenlijke kern van beginselen op te sporen. Vgl. J.B.J.M ten Berge, *Rede van de voorzitter*, VAR-reeks 115, Alphen aan den Rijn 1996, p. 7 e.v. (die spreekt van de 'kritische massa', maar daar niet iets anders mee bedoeld) en S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat*, diss. Rotterdam 1997, p. 39 e.v. ('harde kern') en H. Kummeling, Grondrechten en de taak van de overheid in het licht van zelfregulering, in: H.R.B.M. Kummeling, S.C. van Bijsterveld (red.), *Grondrechten en zelfregulering*, Deventer 1997, p. 50 die een speurtocht bepleit naar de harde kernen van juridische verplichtingen die voortvloeien uit grondrechten.

36. Zijlstra a.w., p. 362, acht het op lokaal niveau toekennen van openbaar gezag zonder bijzondere formeel wettelijke grondslag in strijd met de Gemeentewet.

principe aan (bepaalde) vergunningsvoorschriften heeft voldaan; heeft hij geen certificaat dan moet op andere wijze worden aangetoond dat aan de voorschriften is voldaan. Het bezit van het certificaat vormt een *voldoende* voorwaarde voor de vergunningverlening. Een voorbeeld hiervan vormt het certificaat aan de hand waarvan kan worden afgeleid dat bouwmaterialen voldoen aan de eisen van het Bouwbesluit. Art. 415 Bouwbesluit schrijft voor dat indien bij of krachtens het Bouwbesluit een eis is gesteld ten aanzien van een bouw materiaal of bouwdeel en voor dat bouw materiaal of bouwdeel een op die eis toegesneden, door de minister van VROM erkende kwaliteitsverklaring is afgegeven, mits dat bouw materiaal of bouwdeel overeenkomstig die kwaliteitsverklaring is toegepast, aan de desbetreffende eis van het Bouwbesluit is voldaan. De erkenning door de minister van de kwaliteitsverklaring (het certificaat) vormt voor het vergunningverlenende bestuursorgaan (B en W) voldoende bewijs dat aan de voorschriften van het Bouwbesluit is voldaan.

Het MDW-rapport schenkt op dit punt geen klare wijn. Enerzijds wordt bij verplichtende certificering aangenomen dat de certificerende instelling in beginsel een bestuursorgaan is indien de bezitter van een certificaat bepaalde handelingen niet kan verrichten zonder zo'n certificaat, anderzijds wordt reeds aangenomen dat zodra de wet rechtsgevolgen aan een certificaat verbindt de certificerende instelling als bestuursorgaan moet worden bestempeld.³⁷

Gezien het feit dat de bestuursrechter over het algemeen spaarzaam is met het aanvaarden van bestuursorganen zonder wettelijke grondslag, neigen wij naar de eerste, dus de meest terughoudende, opvatting.³⁸ Het lijkt ons niet voor de hand te liggen de ietwat verruimde jurisprudentie van de bestuursrechter ten aanzien van bestuursorganen zomaar te extrapoleren naar certificerende instellingen, aangezien deze jurisprudentie betrekking heeft op steunverlenende instellingen.³⁹ Van oudsher is subsidieverlening in vergaande mate onder de paraplu van het bestuursrecht gebracht.

Bij verplichte certificering oefent de certificerende instelling openbaar gezag uit. Dit betekent dat deze in principe op een wettelijke grondslag moet zijn gebaseerd. KIWA is bij AMvB als certificerende instelling aangewezen.

Voor zover een certificerende instelling als bestuursorgaan moet worden aangemerkt, zal het vrijwel steeds om een *zelfstandig* bestuursorgaan gaan, aangezien zij niet hiërarchisch ondergeschikt is of verantwoording verschuldigd is aan een algemeen vertegenwoordigend orgaan of aan een orgaan dat daaraan ondergeschikt is (bijvoorbeeld ondergeschikt aan de minister). Aan een privaatrechtelijke organisatie wordt openbaar gezag toegekend (vgl. art. 1:1, lid 1, sub b Awb). Dit dient bij of krachtens de wet te gebeuren (vgl. Aanwijzing voor de regelgeving nr. 124e lid 2).⁴⁰ Rechtens is het deze toekenning die aan een privaatrechtelijke instelling de status van zelfstandig bestuursorgaan verleent. In het hiervoor gegeven voorbeeld van de tanksanering kan men verdedigen dat KIWA NV een bestuursorgaan is: art. 18, derde lid van AMvB BOOT geeft aan dat verwijdering van tanks moet geschieden overeenkomstig de voorschriften van Bijlage VI bij het AMvB. In deze bijlage staat dat verwijdering alleen mag geschieden door door KIWA NV erkende saneerders. Hier is indirect openbaar gezag toegekend aan KIWA. Bij de milieuzorgsystemen ligt dit anders: er is geen monopolie en er is geen rechtstreeks verband tussen de milieuvergunning en het certificaat.

Juist bij certificerende instellingen ligt het voor de hand expli-

ciet te kiezen voor de figuur van het zelfstandige bestuursorgaan, aangezien het toekennen van openbaar gezag in verband met de aard van de betrokken bestuurstaak bijzonder aangewezen moet worden geacht. Met name moet dan worden gedacht aan het toekennen van openbaar gezag aan een op de markt werkzame privaatrechtelijke organisatie die bij uitstek geschikt is voor het behartigen van een bestuurstaak, omdat deze bijvoorbeeld specifieke deskundigheid vergt, die bij haar normale werkzaamheden aansluit, zoals keuringen of certificering (vgl. de toelichting bij Aanwijzing 124b).

Aanwijzing 124l, lid 3 zegt dat de minister de bevoegdheid dient te hebben om de tarieven die een zelfstandig bestuursorgaan hanteert, goed te keuren. Indien er sprake is of kan zijn van concurrentie tussen meer aanbieders, zoals bij (wettelijk verplichte) certificering, kan de goedkeuringsbevoegdheid achterwege blijven, dan wel worden volstaan met het vaststellen van een maximumtarief, aldus de Aanwijzingen. De regeling rondom tanksanering voldoet daar niet aan. Het is immers het KIWA dat de tarieven vaststelt, eventueel nog met raadpleging van een representatieve groep ondernemers⁴¹, terwijl er geen sprake is van een (mogelijke) concurrentieverhouding, KIWA is immers monopolist.

Verplichte en vrijwillige certificering

In punt 3 gaven wij aan dat daar waar organisaties keuzes maken die zij dwingend aan anderen kunnen opleggen, betrokkenheid van de overheid aangewezen is. Het voorbeeld van de tanksanering betreft een vorm van verplichte certificering. Uit de strekking van de AMvB volgt dat een tanksaneerder niet mag optreden zonder certificaat. Het KIWA moet dus voor zijn certificerende activiteiten als bestuursorgaan worden aangemerkt. Dit betekent dat de Awb onverkort op zijn certificerende optreden van toepassing is. Certificeringsbeslissingen van het KIWA dienen als besluiten in de zin van de Awb te worden beschouwd waartegen in principe bezwaar openstaat en beroep op de *bestuursrechter*.

We hebben in het voorbeeld van de tanksanering echter van doen met een privaatrechtelijk handhavingstelsel. Dit handhavingstelsel (berisping, schorsing, intrekking, en eventueel een boete) is op contractuele basis totstandgekomen. Op zichzelf is dit goed denkbaar. Art. 6:91 e.v. BW bevat enige voorschriften met betrekking tot het boetebeding.

Aangezien KIWA moet worden aangemerkt als een bestuursorgaan, dienen hierbij wel enige kanttekeningen bij te worden gemaakt. Een contractuele basis voor een handhavingstelsel is immers in het bestuursrecht minder gebruikelijk. In het bestuursrecht dient de bevoegdheid tot handhaving op een wettelijke grondslag te berusten, alleen voor de intrekking van een begunstigende beslissing is, indien dit uit een reparatoir oogmerk gebeurt, geen wettelijke basis nodig.

Wanneer het bestuursorgaan ook over publiekrechtelijke handhavingsmiddelen zou beschikken waarmee een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt, is de privaatrechtelijke weg niet toegestaan. Tevens moet er voor worden gewaakt

37. Rapport Normalisatie/Certificatie van de MDW-werkgroep Certificering d.d. februari 1996, p. 38 en 40.

38. Zie voor de ruimere opvatting: Peters, *TP* 1998 nr. 3, p. 5.

39. ABRvS 30 november 1995, *AB* 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra (Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers).

40. De Aanwijzingen inzake zelfstandige bestuursorganen vormen een aanvulling van de Aanwijzingen voor de regelgeving (*Stert.* 1996, 177).

41. Art. 6.4.4 KIWA-reglement.

dat de competentieverdeling tussen overheidslichamen niet op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.⁴²

De bestuursrechtelijke inkleuring betekent dat de grondslag van dit handhavingssysteem precair is. Heeft de tanksaneerder de bedingen inderdaad vrijwillig aanvaard? Dit punt weegt extra zwaar nu de tanksaneerder niet de mogelijkheid heeft naar een andere certificeringsinstelling te gaan; het KIWA bevindt zich immers in een monopoliepositie. Indien de saneerder zich niet in de door KIWA gestelde voorwaarden kan vinden, is de *bestuursrechter* bevoegd van dit geschil kennis te nemen. De verlening van het certificaat moet immers als besluit in de zin van de Awb worden aangemerkt. Bij de beoordeling door de rechter kan ook het handhavingssysteem van het KIWA-reglement aan de orde komen. De administratieve rechter is niet erg over de figuur van de contractuele boete te spreken. Zowel bij de subsidieovereenkomst als bij de gedoogovereenkomst achtte hij het boetebeding niet geoorloofd.⁴³ Het is daarom nog maar de vraag of de bestuursrechter dit handhavingssysteem hier overeind zou laten.

Intussen is op basis van het KIWA-reglement voor de Procescertificatie de rechtsbescherming geregeld via arbitrage, en is daarna de *burgerlijke rechter* bevoegd. Doorgeredeneerd betekent dit dat de arbitrage in wezen een bezwaarschriftprocedure is en dat de burgerlijke rechter een vordering daarna niet ontvankelijk zou moeten achten, nu eigenlijk de bestuursrechter competent is.

Het voorbeeld van de milieuzorgsystemen betreft een vorm van vrijwillige certificering: ook zonder certificaat mogen in beginsel de activiteiten worden verricht. Het bezit van het certificaat geeft echter wel een aantal voordelen in verband met de milieuvergunningen. Wanneer de band tussen een certificaat voor milieuzorgsystemen en de milieuvergunning sterker zou gaan worden, zoals wordt bepleit, voorzien we ook hier soortgelijke problemen als hiervoor geschetst voor de tanksanering. In een dergelijk geval, waarin de aanwezigheid van een certificaat bepalend kan zijn voor de mogelijkheid een vergunning van de overheid te verkrijgen en te houden, hebben toezichtshandelingen en intrekking van het certificaat ingrijpende rechtsgevolgen voor de rechtspositie van het bedrijf, zodanig dat de certificerende instelling in onze opvatting optreedt als bestuursorgaan.

Toepasselijk recht in een monopoliepositie

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn op te vatten als meer toegespitste beginselen dan de algemene rechtsstaat principes; zij zijn toegesneden op het optreden van bestuursorganen. De vraag rijst in hoeverre deze normen ook op certificerende instellingen van toepassing zijn. Behalve voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geldt dit bijvoorbeeld ook voor het verbod van vooringenomenheid (art. 2:4 Awb).

Indien een certificerende instelling geen bestuursorgaan is – en dat zal meestal het geval zijn – dan zijn op haar optreden ook niet de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Echter, met behulp van normen van privaatrechtelijke herkomst kan hetzelfde worden bereikt. Dit is vooral van belang indien in het privaatrecht een persoon, en dus ook een certificerende instelling, in een machtspositie verkeert, of anderszins in het maatschappelijk verkeer een bovengeschiedte positie heeft.

Over het algemeen behoeft iemand in het privaatrecht geen

rekening te houden met de belangen van de derden. Dit ligt echter anders wanneer men in een machtspositie verkeert. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat iemand die een monopoliepositie inneemt, wel degelijk met de belangen van derden rekening dient te houden.⁴⁴ Bij de concretisering van open privaatrechtelijke normen, zoals de redelijkheid en billijkheid en hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, wordt de maatschappelijke positie van partijen in ogenschouw genomen.

Deze lezing van het privaatrecht wordt niet door iedereen gedeeld. Zo meent Van Dijk dat niet alleen personen die in een machtspositie (monopoliepositie) verkeren, maar iedereen in het privaatrecht rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen.⁴⁵ Dat gaat naar onze mening te ver. Aan de andere kant meent onder meer Simon (dat er zo'n principiële onderscheiding tussen publiek- en privaatrecht moet worden gemaakt) dat in het privaatrecht het gelijkheidsbeginsel zo sterk overheerst dat er geen rekening wordt gehouden met de verschillende positie tussen partijen.⁴⁶ Dat gaat onzes inziens niet ver genoeg.

Aangezien KIWA is aan te merken als een bestuursorgaan, zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur er op van toepassing en is langs die weg een rem gezet op eventueel misbruik van machtspositie. Bij de milieuzorgsystemen is dit niet zonder meer het geval. Aldaar zijn de certificerende instellingen immers geen bestuursorganen. Vanuit rechtsstatelijk oogpunt mag niettemin vergaande zorgvuldigheid worden verwacht. Dit geldt sterker naar mate de certificerende instellingen in een monopoliepositie verkeert en de keuzevrijheid van de certificaathouders om een andere instelling te benaderen kleiner is.

Gebruik van gegevens

De vraag rijst of de overheid gebruik kan of mag maken van de gegevens die de certificerende instelling door middel van audits verkrijgt. De certificaathouder is verplicht deze informatie te verstrekken of straffe van verlies van het certificaat. De certificerende instelling kan deze gegevens, wanneer niet is voorzien in een goede regeling omtrent geheimhouding, uit onachtzaamheid of uit burgerzin doorspelen aan de overheid. De overheid kan in het kader van toezicht op bedrijven, de informatie bij de certificerende instelling opvragen, zolang geen goede regeling bestaat omtrent geheimhouding of vertrouwelijkheid. Een dergelijke gang van zaken is niet in strijd met de jurisprudentie van het EHRM rond het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel, wanneer de overheid in de verkregen informatie aanleiding ziet een punitieve sanctie op te leggen, omdat alleen degene die de sanctie opgelegd gaat krijgen, de overtreder, zich kan beroepen op dit recht.⁴⁷ De

42. HR 28 februari 1997, AB 1997, 314 m.nt. ThGD (SKV/B).

43. ARRvS 4 november 1993, AB 1994, 182 m.nt. NV en ABRvS 16 november 1995, AB 1996, 288 m.nt. GJ.

44. Zie reeds: HR 24 mei 1968, NJ 1968, 252 m.nt. GJS (Buma/Brinkmann).

45. H.L.E. van Dijk, *De aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde beschikkingen*, diss. KUB 1990, p. 93.

46. H.J. Simon, in: F.J. van Ommeren e.a., *Overheid en burgerlijk recht*, Zwolle 1992, p. 4, zie ook zijn dissertatie: *Publiekrecht of privaatrecht?*, Zwolle 1993. Als onze indruk juist is deelt hij die opvatting met de 'hele' Maastrichtse school.

47. Zie bijv. EHRM 17 december 1996, JB 1997, 80, BNB 1997/254, m.nt. Feteris, NJCM-bulletin 1997/3, p. 298-314, m.nt. Myjer, NJ 1997, 699, m.nt. Knigge.

gegevens waar het hier om gaat, bestaan immers 'onafhankelijk van de wil' van de overtreder, en kunnen gebruikt worden voor het bewijs. Dit is de consequentie van de driehoeksverhouding, die in dit soort gevallen optreedt. Zou dezelfde situatie zich voordoen rechtstreeks in de relatie tussen overheid en overtreder, dan zou de overtreder een grotere bescherming genieten.

In het voorbeeld van de tanksanering is er enerzijds een verplichting tot medewerking aan controles en daarmee een verplichting tot informatieverschaffing, anderzijds is er voorzien in een geheimhoudingsplicht van KIWA ten opzichte van derden, waarbij onduidelijk blijft of de overheid ook een 'derde' is. Aangezien er echter geen sancties staan op het niet volgens de richtlijnen uitvoeren van tanksaneringen, is er voor de gecertificeerde bedrijven geen rechtstreeks rechtsgevolg in de relatie met de overheid: deze heeft immers geen sanctiemogelijkheid.⁴⁸

In het voorbeeld van de milieuzorgsystemen ligt dat enigszins anders, althans wanneer men zou voortgaan op de weg naar verdere aansluiting van certificering en vergunningverlening. Dan staat er voor het bedrijf dat de gegevens moet verschaffen in verband met de audit wel wat op het spel, als deze gegevens doorgesluisd worden naar de vergunningverlenende instantie. In zo'n geval is de certificerende instelling minder goed beschermd tegen de overheid.⁴⁹

5. Certificering in de rechtsstaat

Wanneer men certificering begrijpt als een op basis van een ieders aspiratie naar vrijheid opgezette reguleringsmethode, dan is zij heel wel in te passen in de eisen van de rechtsstaat (vergelijk ook paragraaf 3). Immers, juist de gedachte van de vrijwillige deelname past veel beter in het systeem van de (Westerse) rechtsstaat dan de met drang en dwang opgelegde eenzijdige normen. Op Europees niveau is certificering met name ingezet om handelsbelemmeringen te voorkomen, zonder in al te veel detailregels te hoeven vervallen.

Het rechtsstatelijke consistentieprincipe verlangt een stelselmatig en systematisch overheidsoptreden, zeker waar het regulering betreft. Certificering, bestaande uit een systeem van normstelling, certificaatverlening en toezicht door een

onafhankelijke instantie, valt hiermee heel wel te verenigen. Certificering draagt bij aan de bewerkstelling van de gedachte van een dienende overheid die vooral faciliteiten schept.

De wezenlijke, dus niet te veronachtzamen, kern van het legaliteitsbeginsel is dat verplichtingen op een wettelijke grondslag dienen te berusten. Dit betekent dat uit een oogpunt van rechtsstatelijkheid de verplichte certificering op een wettelijke grondslag dient te berusten.

Op het punt van de rechtszekerheid schiet de certificering nogal eens te kort. Het is dikwijls buitengewoon moeilijk te achterhalen wie welke (technische) normen vaststelt, en hoe deze kunnen worden bemachtigd. Ook zijn de verschillende certificeringsstelsels niet altijd even goed toegankelijk, laat staan goed onderling op hun merites te beoordelen en te vergelijken. De private bekendmaking en publicatie is op zijn minst ondoorzichtig te noemen; een goed overzicht ontbreekt in de meeste sectoren.

Met de onafhankelijkheid van de certificerende instellingen is het op zijn zachtst gezegd onduidelijk gesteld. Het vermoeden rijst dat de belangen van (bestuurders van) certificerende instellingen te veel verweven zijn met die van de certificaathouders, doordat zij beide uit dezelfde maatschappelijke sector voortkomen.

Op bestuursorganen zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur sowieso van toepassing. Voor andere certificerende instellingen gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in principe niet. Echter, via open normen als de redelijkheid en billijkheid en hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kan hetzelfde resultaat worden bereikt, afhankelijk van de mate waarin de certificerende instelling in een machtspositie verkeert.

48. De mogelijkheid van een actie uit onrechtmatige daad laten we hier buiten beschouwing.

49. Vgl. het werkdocument *Juridische aspecten van de vergunning op hoofdzaken*, Publicatiereeks Milieu en Bedrijven nr. 1997/11, ministerie van VROM. Dit werkdocument werd opgesteld door onderzoekers van het Centrum voor Wetgevingsvraagstukken van de KU Brabant, in samenwerking met VROM.

Over fanmail en strafport: marktwerking in de postsector

*Mr H.H.P. Lugard en mr F. Rijnsbergen**

De liberalisering van wat wel wordt aangeduid als (voorheen) gereguleerde sectoren is de afgelopen jaren in een stroomversnelling terechtgekomen. Dit heeft ertoe geleid dat in verschillende sectoren, die traditioneel aan de overheid waren voorbehouden, meer marktwerking is ontstaan. Deze

tendens doet zich ook in de postsector voor. In deze bijdrage staan recente ontwikkelingen in de postsector centraal.

* De auteurs zijn respectievelijk werkzaam als bedrijfsjurist bij Philips International en als advocaat bij Kennedy Van der Laan Advocaten te Amsterdam.