

New Babylon
Bezuidenhoutseweg 57
2594 AC Den Haag

Postbus 11756
2502 AT Den Haag
telefoon (070) 515 30 00
www.pelsrijcken.nl

Pels Rijcken
& Droogleever
Fortuijn *advocaten*
en notarissen

Ministerie van Economische Zaken | Directie Wetgeving
en Juridische Zaken

Postbus 20101
2500 EC DEN HAAG

onze ref. CB/ACR/10040299
uw ref. WJZ/13101433
inzake Advies privaatrechtelijke
kwaliteitssystemen en artikel 5 WED

24 juli 2013

Geachte heer V, geachte heer G

U hebt advies gevraagd over, kort gezegd, de grenzen en randvoorwaarden die artikel 5 van de Wet op de economische delicten (Wed) stelt aan de privaatrechtelijke sanctionering in het kader van privaatrechtelijke kwaliteitssystemen van overtredingen die tevens een economisch delict vormen.

U heeft in het bijzonder de volgende vragen gesteld:

1. Staat artikel 5 WED de privaatrechtelijke sanctionering van overtredingen die tevens een economisch delict vormen dan wel onlosmakelijk met een economisch delict samenhangen, in de weg, als het betrokken privaatrechtelijke kwaliteitssysteem losgekoppeld is van de overheid?
2. Zo nee, waaraan moet een privaatrechtelijk kwaliteitssysteem voldoen om voldoende van de overheid te zijn losgekoppeld (opheffing van het "verlengde arm"-karakter)?

3. In hoeverre kan hierbij een rol spelen

- dat publiekrechtelijke toezichthouders afspraken maken met een privaatrechtelijk kwaliteitssysteem over toezicht op controle of uitwisseling van informatie, en/of
- dat het kwaliteitssysteem onderworpen is aan toezicht door een publiekrechtelijke toezichthouder, en/of
- dat de inhoud van het kwaliteitssysteem de goedkeuring van de overheid behoeft, en/of
- het privaatrechtelijke kwaliteitssysteem door de overheid algemeen verbindend voor de betrokken sectorgenoten zou worden verklaard, en/of
- het functioneren van het privaatrechtelijke kwaliteitssysteem door de overheid wordt gefaciliteerd?

4. Indien vraag 1 met ja moet worden beantwoord: hoe kan dan – via regelgeving of anderszins – worden bewerkstelligd dat artikel 5 WED niet meer in de weg staat aan privaatrechtelijke sanctiëring als daar bedoeld?

Hieronder treft u mijn advies aan.

1 Achtergronden

1.1 De strafrechtelijke handhaving van normen met betrekking tot voedselkwaliteit kent beperkingen. De opsporings- en vervolgingscapaciteit is beperkt en de bewijslast is zwaar. In de praktijk wordt deze vorm van handhaving dan ook weinig effectief geacht. Daarom wordt gezocht naar andere, ook private vormen van toezicht op de naleving. Daarbij bestaat behoefte aan sanctiëring, om het toezicht effectief te maken. De mogelijkheden daartoe, meer in het bijzonder de mogelijkheid om boetes en andere punitieve sancties op te leggen, worden onder meer begrensd door het bepaalde in artikel 5 Wed:

“Tenzij bij de wet anders is bepaald, kunnen ter zake van economische delicten geen andere voorzieningen met de strekking van straf of tuchtmaatregel worden getroffen dan de straffen en maatregelen, overeenkomstig deze wet op te leggen.”

1.2 Artikel 5 Wed legt het primaat van de bestraffing van economische delicten bij de strafrechter. Bestuursrechtelijke beboeting of tuchtrechtelijke sanctiëring van economische delicten is alleen toegestaan voor zover de wet (in formele zin) daartoe een bevoegdheid verleent. Met artikel 5 Wed is beoogd verkapte bestraffing door de overheid tegen te gaan. In een aantal gevallen heeft de overheid beproefd om de bedrijfstak zelf in te schakelen voor de handhaving door middel van private kwaliteitssystemen. De Stichting Kwaliteitsgarantie Vleeskalversector (SKV) is daar een voorbeeld van. De SKV was onder meer bevoegd om bij overtreding van haar reglementen boetes op te leggen. De Hoge Raad heeft in een drietal arresten echter

26-7-2013

geoordeeld dat door de SKV opgelegde boetes in strijd waren met artikel 5 Wed dan wel een doorkruising van de Wbo opleverden.

- 1.3 Ook vanuit 'Europa' wordt aangedrongen op de eigen verantwoordelijkheid van onder meer de veesector om te komen tot zelfcontrole. Een ouder voorbeeld is richtlijn nr. 96/23/EG inzake controlemaatregelen ten aanzien van bepaalde stoffen en residuen daarvan in levende dieren en in producten daarvan, waarin is voorgeschreven dat de lidstaten in hun wetgeving het uitgangspunt neerleggen dat de marktdeelnemers zelf verantwoordelijk zijn voor kwaliteitstoezicht. Een ander voorbeeld is Vo. (EG) 882/2004. Het is de vraag of het voor de beantwoording van uw vragen veel verschil maakt of een Europese richtlijn of verordening kwaliteitssystemen voorschrijft. Wij gaan er vooralsnog vanuit dat dat niet het geval is.
- 1.4 Tegen deze achtergrond zullen wij hierna onderzoeken welke mogelijkheden er binnen de grenzen van artikel 5 Wed zijn om het toezicht op de naleving en de bestraffing van overtreding van voedselkwaliteitsnormen over te laten aan private organisaties. Het advies is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 gaan wij in op de grenzen van artikel 5 Wed zoals die uit de wetsgeschiedenis en jurisprudentie naar voren komen. In paragraaf 3 gaan wij in op de wijze waarop de totstandkoming en inhoud van een privaatrechtelijk stelsel van toezicht en handhaving zou kunnen worden beïnvloed. In paragraaf 4 sluiten wij af met een conclusie en aanbeveling.

2 Grenzen artikel 5 Wed

- 2.1 De Wed-wetgever beoogde met artikel 5 'oneigenlijk gebruik' van bestuurlijke of administratieve maatregelen – verkapte bestraffing - overbodig te maken en tegen te gaan. Met de bepaling is niet beoogd elke nadelige voorziening die haar oorzaak vindt in een economisch delict onmogelijk te maken. Ontneming van bepaalde voordelen komt op zichzelf niet in strijd met artikel 5 Wed. Ook kan sprake zijn van bepaalde administratieve faciliteiten, die berusten op vertrouwen dat de overheid stelt in degene aan wie die faciliteiten worden verleend. Wordt een economisch delict gepleegd, dan komt het onthouden van de faciliteiten in principe niet in strijd met artikel 5 Wed.

Zie de memorie van toelichting, algemeen gedeelte (Kamerstukken II, 1947/48, 603, nr. 3, p. 5-6

"Intussen is dit een voorschrift, dat alleen bij consciëntieuze eerbiediging van zijn letter en zijn geest tot zijn recht kan komen. Eensdeels toch zal men het artikel niet zo mogen interpreteren, dat verboden zou zijn elke voor de delinquent nadelige voorziening, die haar aanleiding vindt in een economisch delict. Het is bijvoorbeeld mogelijk, dat uit het gepleegd zijn van een economisch delict volgt, dat iemand bepaalde van overheidswege toegekende voordelen in groter omvang heeft genoten dan bij inachtneming door hem van de voorschriften het geval zou zijn. Gewoonlijk zal er dan aanleiding zijn dit in te halen door in een volgend tijdvak die voordelen in verminderde mate toe te kennen. Verder zijn er allerlei administratieve faciliteiten, die berusten op vertrouwen, dat de administratie stelt in hem, aan wie de faciliteit verleend

wordt. Het zou niet aangaan met een beroep op art. 6 (thans 5) van de administratie te verlangen, dat zij zulk vertrouwen blijft schenken aan hem, die door het plegen van het delict getoond heeft het niet te verdienen."

Zie ook nog Bijlage bij Hand. TK. 1947-1948, 603, 3, p. 12/13

Zie voor de toepassing in de praktijk ARRvS 21 januari 1988, AB 1989, 36 en Vz ARRvS 16 februari 1988, AB 1989, 214

en CBb 21 februari 2013, LJN BZ4377, rov. 5.3/5.4:

"Vaststaat dat verweerder het beleid hanteert dat het regime van klepkeuring het uitgangspunt is en dat een vervoerder in aanmerking kan komen voor een "verlicht" keuringsregime, te weten stalkeuring, indien de vervoerder gecertificeerd is volgens de criteria van de Kwaliteitsregeling Dierwaardig Vervoer. De vervoerder wordt in dat geval geacht er - na de voorafgaande stalkeuring door een dierenarts - zelf voor te kunnen zorgdragen dat uitsluitend dieren worden getransporteerd die daartoe geschikt zijn. (...) Van bestraffing of leedtoevoeging is geen sprake. Dat appellante het toepassen van klepkeuring als bestraffend ervaart, kan daaraan niet afdoen. (...) Van strijd met artikel 5 Wed is geen sprake."

- 2.2 Artikel 5 Wed is dus uitdrukkelijk beperkt tot bestraffing (in de vorm van punitieve sancties) van economische delicten; aan andere vormen van sanctionering (herstelsancties) staat de bepaling niet in de weg. De bepaling houdt bovendien niet in dat iedere vorm van bestraffing voor het plegen van economische delicten dient plaats te vinden via het economisch strafrecht. Artikel 5 Wed is erop gericht dat bestraffing voor het plegen van economische delicten *door de overheid* plaatsvindt door middel van het economisch strafrecht, of op basis van een specifieke bevoegdheid in de wet in formele zin (tot oplegging van een bestuurlijke boete). Aangenomen wordt dat *zuiver privaatrechtelijke* bestraffing van economische delicten niet in strijd is met artikel 5 Wed. Daaronder wordt verstaan dat marktpartijen onderling afspraken maken waarin zij zichzelf onder een sanctiestelsel brengen. Artikel 5 Wed geldt dus niet indien sancties worden opgelegd op basis van een puur privaatrechtelijke overeenkomst. Door sanctionering van een privaatrechtelijke overeenkomst wordt het verbod van artikel 5 Wed dan ook niet overtreden.

A. Mulder en D.R. Doorenbos, Schets van het economisch strafrecht, Deventer, 2008, p. 149: "De wettelijke waarborg ex art. 5 is een waarborg tegen maatregelen van de overheid, niet tegen maatregelen van particuliere organisaties waarbij men zich vrijwillig heeft kunnen aansluiten."

Zie ook conclusie OM voor HR 20 december 2002, NJ 2004, 450, onder 35: "Het verbod van art. 5 WED wordt door sanctionering van een louter privaatrechtelijke verbintenis niet overtreden."

- 2.3 Er moet wel sprake zijn van zuiver contractuele afspraken. Daarvoor zijn de feiten met betrekking tot inrichting van een privaatrechtelijk stelsel met bestraffende sancties

relevant. Uit (de feiten in) de SKV-arresten moet worden afgeleid dat er in dat geval geen sprake was van zuiver contractuele afspraken, maar van het (in wezen) uitoefenen van een publieke taak, door middel van het handhaven van publiekrechtelijke voorschriften, op initiatief van de overheid.

Rov. 3.8.5 van het SKV III-arrest luidt als volgt:

"Art. 5 WED strekt ertoe dat de overheid wegens economische delicten niet zonder uitdrukkelijke machtiging door de wetgever in formele zin andere sancties dan in de WED voorzien zal opleggen. Blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis heeft de wetgever met dit artikel beoogd, onder meer als waarborg tegen toepassing van sancties door de administratie, de strafrechtspraak op economisch terrein te concentreren bij de rechterlijke macht. Het kan dan ook niet in de bedoeling van de wetgever hebben gelegen dat het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie op dit terrein zou kunnen worden doorkruist door ingrijpende maatregelen van privaatrechtelijke aard op initiatief van een ander overheidsorgaan (vgl. Hoge Raad 15 mei 1970, NJ 1970, 327)."

Op de mate van vrijwilligheid van de aansluiting gaat de Hoge Raad niet in, maar hij neemt wel in aanmerking dat vrijwel alle belanghebbenden in de sector bij de SKV zijn aangesloten (SKV III). De Hoge Raad concludeert dat in "indirecte, materiële zin" de boete dus wel een door art. 5 Wed verboden sanctie is.

- 2.4 De ideale situatie zou dan ook zijn dat de sector zelf overgaat tot het opzetten van zelfcontrolesystemen waarin is voorzien in punitieve sancties bij overtreding.¹ Op die manier zou de overheid daar geheel buiten kunnen blijven en zou een zuiver privaatrechtelijke regeling kunnen worden opgezet. Nader zou dan moeten worden bezien op welke wijze door de overheid eisen kunnen worden gesteld aan de totstandkoming en inhoud van een privaatrechtelijk stelsel zonder dat daarbij de grenzen van artikel 5 Wed worden overschreden. Die grenzen blijken met name uit de drie SKV-arresten van de Hoge Raad en uit twee uitspraken van het CBB, van 1 april 2004 en van 21 februari 2013. Bij de uitspraak van het CBB van 1 april 2004 past de kanttekening dat daarin vooral wordt ingegaan op de Wbo, terwijl de product- en bedrijven worden opgeheven.
- 2.5 De Hoge Raad heeft zich driemaal gebogen over een casus waarin de wijze waarop de Stichting Kwaliteitsgarantie Vleeskalversector is opgezet werd beoordeeld.

Zie:

- HR 28 februari 1997, JB 1997/82, AB 1997/314;
- HR 10 december 1999, JB 2000/20, LJN: AA3828;
- HR 20 december 2002, nr. C01/035HR, LJN: AE9249.

¹ Dat zou ook aansluiten bij het beleidskader Toezicht op controle (toezicht op toezicht) van het voormalige ministerie van LNV van 22 maart 2005.

De inhoud van deze arresten zullen wij niet uitvoerig bespreken; daarmee vertrouwen wij u gezien de vraagstelling bekend. Wel zullen wij nader ingaan op de vraag wat deze arresten betekenen voor de (on)mogelijkheid van privaatrechtelijke sanctionering van overtredingen die tevens een economisch delict vormen dan wel daarmee onlosmakelijk samenhangen.

- 2.6 De belangrijkste boodschap die uit de arresten kan worden gehaald is dat de SKV als 'verlengde arm' van de productschappen optrad. Daarbij neemt de Hoge Raad onder meer de volgende aspecten in aanmerking:
- de SKV is opgericht ter uitvoering van de Verordening van het productschap en daartoe zijn door het productschap bepaalde taken aan de SKV opgedragen. De statuten en reglementen van de SKV zijn overeenkomstig die Verordening goedgekeurd door de productschappen;
 - de productschappen zijn ieder met een lid in het bestuur van de SKV vertegenwoordigd;
 - de SKV wordt gefinancierd door het ministerie van LNV en de productschappen.

Een ander belangrijk aspect dat naar voren komt uit de arresten is dat er op vrijwillige basis tot aansluiting bij de SKV moet kunnen worden overgegaan. Er mag dus geen sprake zijn van een formele aansluitplicht of van materiële aansluitdwang. Daarvan zou wel sprake zijn bij algemeen verbindend verklaring van een kwaliteitssysteem voor sectorgenoten. Verder was in de SKV-casus van belang dat door de productschappen uitdrukkelijk eigen taken aan de SKV waren opgedragen, terwijl dat op grond van de Wet op de bedrijfsorganisatie niet mogelijk was. Uit de arresten kan mijns inziens niet worden afgeleid of strafbedreiging in het kader van private kwaliteitssystemen van overtredingen van publiekrechtelijke regelgeving/economische delicten hoe dan ook onaanvaardbaar moet worden geacht; in de SKV-arresten wordt de nauwe relatie met de beide betrokken productschappen voorop gesteld en lijkt daaraan beslissende betekenis toe te komen.

- 2.7 De uitspraak van het CBb van 1 april 2004 bespreken wij iets uitvoeriger. Op basis van de hiervoor genoemde richtlijn 96/23/EG heeft het Productschap Vee en Vlees onder meer de Verordening zelfcontrole varkens op het verbod gebruik van bepaalde stoffen 2002 vastgesteld (Inmiddels ingetrokken). Daarin was een kader gegeven op grond waarvan een systeem van zelfcontrole kan worden ingericht. Dat kader voorzag onder meer in criteria voor erkenning van certificering van kwaliteitstoezicht. De handel in varkens en producten afkomstig van niet-gecertificeerde bedrijven was verboden, tenzij daarvan een monster was onderzocht en goedgekeurd. Het CBb heeft zich hierover in zijn uitspraak van 1 april 2004 uitgesproken en overwogen dat de Verordening een inbreuk maakt op het regelgevings- en handhavingssysteem zoals dat is neergelegd in de Wbo en de Wed. Het CBb maakt hier ook uitdrukkelijk een vergelijking met het arrest SKV III. Een zekere doorkruising van het publiekrechtelijke regelgevings- en handhavingssysteem is echter volgens het CBb gegeven de

verplichting in de richtlijn onvermijdelijk. Niet gebleken is dat de productschapsverordening tegen de achtergrond van (de inhoud van) de verplichting in de richtlijn een onnodig zware inbreuk op het systeem maakt.² Het ging in deze zaak niet om het opleggen van sancties. De Verordening schreef ten aanzien van de oplegging van sancties ook niet meer voor dan dat het certificeringssysteem bij overtreding van de voorschriften van het certificeringssysteem adequate sancties moest opleggen. Of de beoordeling door het CBb anders was uitgevallen als in de Verordening specifieke (punitieve) sancties waren voorgeschreven, is dus niet met zekerheid op basis van deze uitspraak van het CBb te zeggen.

- 2.8 De uitspraak van het CBb van 21 februari 2013 geeft richting aan de beoordeling van sancties in het kader van een privaat kwaliteitssysteem in het licht van artikel 5 Wed.
- 2.9 Aan de hand van deze gezichtspunten zal nader worden gezien welke eisen kunnen worden gesteld aan de totstandkoming en inhoud van een privaatrechtelijk stelsel, zonder dat sprake is van 'een verlengde arm' van de overheid en zonder dat artikel 5 Wed voor het overige wordt geschonden.

3 Invloed op totstandkoming en inhoud privaatrechtelijk stelsel

Totstandkoming stelsel

- 3.1 Uitgangspunt voor een verdedigbaar privaatrechtelijk stelsel dat het mogelijk maakt om te sanctioneren is dat de overheid geen relevante invloed heeft op het bestuur, de statuten en de financiering. Voor de sector zal van belang zijn dat een stelsel van toezicht en sanctionering voordelen oplevert. Daarbij zou kunnen worden gedacht aan voordelen die de overheid kan bieden in de vorm van verminderde administratieve lasten of lagere kosten van controles of flexibeler controles (vgl. stal-/klepkeuring).
- 3.2 Om het voor de sector aantrekkelijk te maken over te gaan tot privaatrechtelijke binding aan publiekrechtelijke normen ligt het voor de hand om het toezicht in het publieke domein en de lasten die daarmee gepaard gaan voor de sector te verminderen. Daarbij kan worden gedacht aan het minder vaak controleren van de producten van aangeslotenen of het verlagen van de kosten van controles van aangeslotenen.³ Een belangrijke grens daarbij is dat de voordelen evenredig moeten zijn met de voordelen die het privaatrechtelijke stelsel heeft voor de naleving van de normen en niet zodanig groot moeten zijn dat ondernemers zich feitelijk wel moeten aansluiten. Die situatie zou kunnen ontstaan indien de geboden voordelen een groot concurrentievoordeel opleveren waardoor niet-aansluiting geen reële, vrije keuze meer

² CBb 1 april 2004, JB 2009/154

³ Wel dient hierbij in het oog te worden gehouden dat indien de 'lasten' zijn neergelegd in regelgeving daarvan slechts kan worden afgeweken indien die regelgeving zelf in die afwijkingsmogelijkheid voorziet. Dat laatste betekent dat er toch een zekere publiekrechtelijk invloed bestaat op het privaatrechtelijke stelsel. Vgl. in dit verband rechtbank Rotterdam 18 juli 2007, LJN: BB2030 waarin is geoordeeld dat de beslissing omtrent aansluiting publiekrechtelijk rechtsgevolg heeft vanwege de daaraan in regelgeving verbonden financiële voordelen.

Is. In dat geval zou er in materiële zin van aansluitdwang kunnen worden gesproken waardoor het privaatrechtelijke stelsel zijn vrijwillige basis verliest.⁴ Daarmee zou de publiekrechtelijke invloed op het stelsel eraan bij kunnen dragen dat in een procedure geoordeeld wordt dat de privaatrechtelijke toezichthouder de verlengde arm van de overheid is en dat sprake is van doorkruising van het publiekrecht en dat in strijd met artikel 5 Wed wordt gehandeld. Om dat te voorkomen dient de publiekrechtelijke invloed op het privaatrechtelijke kwaliteitssysteem zoveel mogelijk te worden beperkt. Waar het omslagpunt precies ligt, is afhankelijk van de inrichting van het systeem als geheel en kan dus niet in abstracto worden bepaald. Wij zullen de in de adviesaanvraag genoemde gezichtspunten hieronder langslopen en aangeven of daarmee het privaatrechtelijke karakter van het kwaliteitssysteem onder druk komt te staan.

Afspraken publieke toezichthouder en kwaliteitssysteem

- 3.3 In principe hoeft het maken van afspraken tussen de publieke toezichthouder en het kwaliteitssysteem niet te betekenen dat het privaatrechtelijke karakter van dat systeem onder druk komt te staan. Of dat laatste het geval is, zal vanzelfsprekend afhangen van de inhoud van de afspraken. Voorkomen moet worden dat het beeld ontstaat dat de private toezichthouder in feite een deel van het toezicht overneemt van de publieke toezichthouder en daarmee 'een vooruitgeschoven post' of 'verlengde arm' wordt. Ook moet worden voorkomen dat het beeld ontstaat dat de private toezichthouder aanwijzingen krijgt van de publieke toezichthouder en in feite alleen handhavend optreedt op instigatie van de publieke toezichthouder. Het uitwisselen van informatie achten wij in dit verband dan ook kwetsbaar als dat op grote schaal en stelselmatig gebeurt. Krijgt de deelnemer echter voordelen in het kader van de overheidscontrole, dan is onvermijdelijk dat het kwaliteitssysteem noodzakelijke informatie over overtredingen/ uitsluitingen/ schorsingen etc. doorgeeft aan de overheid. Overigens zou denkbaar kunnen zijn dat het private kwaliteitssysteem de publieke toezichthouder informeert als sprake is van zeer ernstige misstanden. Dit behoeft nadere uitwerking.

Toezicht van de publieke toezichthouder en goedkeuring van het systeem

- 3.4 Als de private toezichthouder onder toezicht van de publieke toezichthouder komt te staan, doet dat afbreuk aan het privaatrechtelijke, vrijwillige karakter van het privaatrechtelijke systeem. De publieke toezichthouder stelt dan namelijk uiteindelijk de eisen waaraan de private toezichthouder moet voldoen. De publieke toezichthouder heeft bovendien belang bij een bepaalde wijze van toezicht door de private toezichthouder, omdat daarmee de toezichtsinspanningen van de publieke toezichthouder (en de daarmee gepaard gaande kosten) kunnen worden verminderd. Om die reden achten wij een directe toezichtsrelatie tussen de publieke en de private toezichthouder niet raadzaam.

⁴ Zie Conclusie A-G Mok bij HR 10 december 1999, JB 2000/20 (SKV II) en zie ook rov. 3.8.5 en 3.8.6 van het SKV III-arrest, alsmede prof. mr. A.A. Freriks, Private handhaving - bestuursrechtelijke betekenis van (semi)private figuren in de handhaving van publieke normstelling, preadvies voor de VAR 2008, p. 200 e.v..

Over het stellen van een goedkeuringseis met betrekking tot de inhoud van het private kwaliteitssysteem aarzelen wij. Het risico van een dergelijke goedkeuringseis is dat wordt geoordeeld dat de overheid dan in feite voorschrijft wat de inhoud van het private kwaliteitssysteem zou moeten zijn. Voorstelbaar is dat het private kwaliteitssysteem periodiek door een onafhankelijk certificeringssysteem wordt beoordeeld. Het behalen van het certificaat kan een element zijn in de beoordeling van door publieke toezichthouder in het kader van zijn eigen toezichtsbeleid.

Algemeen verbindend verklaren voor sectorgenoten

- 3.5 Zoals hiervoor al kort aan de orde kwam, doet het algemeen verbindend verklaren van een kwaliteitssysteem voor sectorgenoten afbreuk aan het private karakter daarvan. Er wordt daarmee immers geen vrije keuze meer gelaten voor aansluiting, maar er wordt een materiële aansluitplicht opgelegd. Dit lijkt ons in het licht van artikel 5 Wed problematisch.

Faciliteren van het kwaliteitssysteem

- 3.6 De mate van faciliteren van het kwaliteitssysteem zal bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of daarmee afbreuk wordt gedaan aan het privaatrechtelijke karakter van het systeem. Als de overheid het systeem volledig bekostigt, doet dat afbreuk aan dat karakter. Het verstrekken van subsidie voor bepaalde onderdelen van het kwaliteitssysteem zou echter niet zonder meer afbreuk hoeven te doen aan het privaatrechtelijke karakter. Die subsidie zal dan een stimulerend karakter moeten hebben en er niet toe moeten leiden dat de sector zelf geen kosten hoeft te maken. In het laatste geval zou immers geoordeeld kunnen worden dat de overheid het toezicht 'uitbesteedt' aan het privaatrechtelijke systeem maar daarin door de financiering wel een beslissende stem heeft. Er zal dan ook een evenwicht moeten worden gevonden waarbij het systeem voor het merendeel financieel wordt gedragen door de sector zelf en de overheid slechts voor een klein deel financieel ondersteunt.

Inhoud stelsel

- 3.7 Hoe kan de sector komen tot een stelsel dat in overeenstemming met artikel 5 WED is?
- 3.8 In de eerste plaats is van belang dat de sector zelf moet besluiten tot het oprichten van het stelsel. De op te richten privaatrechtelijke toezichthouder moet dus niet zijn opgericht ter uitvoering van wet- of regelgeving. Evenmin zouden er publiekrechtelijke taken of bevoegdheden aan de privaatrechtelijke toezichthouder moeten worden op- of overgedragen. Daarmee zou de privaatrechtelijke toezichthouder de verlengde arm van de overheid worden, zoals in de SKV-zaken werd geoordeeld. Om diezelfde reden zou de overheid de privaatrechtelijke toezichthouder niet, althans in beperkte mate, moeten financieren en evenmin zitting moeten nemen in het bestuur ervan.
- 3.9 Zo zal de overheid niet mogen voorschrijven dat het kwaliteitssysteem handhavend moet kunnen optreden tegen overtredingen door middel van boetes. Indien een

daartoe strekkende eis min of meer door de overheid aan een privaatrechtelijke kwaliteitssysteem wordt opgelegd, is het risico reëel dat dit als strijdig met artikel 5 Wed wordt beschouwd. Ook in zoverre is het dan ook belangrijk om te waarborgen dat de sector uit vrije wil komt tot de keuze om een sanctiestelsel met punitieve sancties in het leven te roepen. Te denken valt aan een door de overheid vast te stellen toezichtsbeleid waarin is aangegeven dat indien de sector zelf voorziet in een effectief stelsel van toezicht en handhaving dat door een onafhankelijke instantie is gecertificeerd, de aangeslotenen minder vaak worden gecontroleerd of dat de controles globaler zullen zijn en daarvoor lagere kosten in rekening worden gebracht. Op die wijze wordt alleen een algemene richtlijn gegeven zonder in een bepaalde richting te dwingen. Er is dan geen sprake van publiekrechtelijk genormeerde privaatrechtelijke punitieve handhaving, maar wordt de sector slechts een (aantrekkelijke) mogelijkheid voorghouden om te komen tot een – effectief – privaatrechtelijk systeem van toezicht en handhaving. Het staat de sector vervolgens vrij om al dan niet over te gaan tot het oprichten van een privaatrechtelijk stelsel en om al dan niet te voorzien in een sanctiestelsel.

4 Conclusie en aanbeveling

- 4.1 Een privaat stelsel van kwaliteitscontrole dat voorziet in bestraffing bij overtreding is niet in strijd met artikel 5 Wed als het stelsel zo veel als mogelijk privaatrechtelijk wordt gehouden. Dat betekent dat het private stelsel niet uitdrukkelijk zou moeten worden opgericht ter uitvoering van wet- of regelgeving. Evenmin zou publieke goedkeuring vereist moeten zijn. Verder betekent dit dat het private stelsel niet of slechts in zeer geringe mate gefinancierd zou moeten worden door de overheid. Ook zouden er geen taken of bevoegdheden moeten worden op- of overgedragen en zou de overheid geen zitting moeten nemen in het bestuur van de private toezichthouder.
- 4.2 In aansluiting op een privaat stelsel is publiek toezichtbeleid mogelijk, dat rekening houdt met het bestaan van een dergelijk stelsel. Meer concreet zou in het toezichtsbeleid kunnen worden vastgelegd onder welke omstandigheden en voorwaarden het reguliere toezicht of de lasten daarvan in geval van een privaat stelsel kunnen worden verminderd. Daarbij kan worden gedacht aan certificering en eisen aan handhaving bij overtreding. Bij de voordelen die in het vooruitzicht worden gesteld is het zaak de evenredigheid tussen de voordelen die worden geboden en de voordelen die het private stelsel oplevert in het oog te houden. Ook is van belang dat de voordelen niet zodanig groot mogen zijn ten opzichte van het reguliere stelsel dat feitelijk geen keuze bestaat om tot aansluiting over te gaan of niet. Daarmee zou aansluitdwang ontstaan, hetgeen afbreuk doet aan het privaatrechtelijke karakter van het stelsel, met vrijwillige aansluiting.

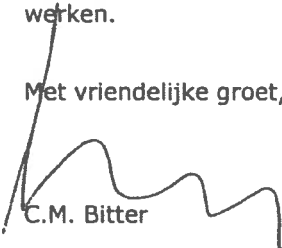
26-7-2013

datum 24 juli 2013
onze ref. CB/ACR/10040299

11/11

Tot zover ons advies. Wij zijn natuurlijk graag bereid dat nader toe te lichten of uit te werken.

Met vriendelijke groet,

614  C.M. Bitter