

Toezicht en private borging

Discussienotitie

2 juli 2018

Opgesteld door Martin de Bree voor
Bureau Inspectieraad



Inhoud

Introductie	3
Probleemstelling	3
Vraag	3
Private borging	4
Wat is het?	4
Welke vormen van private borging zijn er?	4
Relatie met toezicht	6
Aandachtspunten.....	6
Twee opties afwegen.....	8
Implicaties voor inspecties.....	9
Wat wordt van de inspectie gevraagd?	10

Introductie

In het voorjaar van 2018 heeft de Inspectieraad in een brief aan de minister van Binnenlandse Zaken zijn programma Innovatie Toezicht toegelicht. De Inspectieraad heeft dit programma gestart om de verschillende ontwikkelingen binnen de rijksinspecties te ondersteunen en met elkaar te verbinden. Enkele van de onderwerpen die in dit programma een plek krijgen hebben te maken met de verdeling van risico's en verantwoordelijkheden tussen publieke en private partijen, de rol van de overheid en de inspecties hierin en de wijze waarop de vele initiatieven van private borging een rol kunnen spelen in het publiek toezicht.

Probleemstelling

In een steeds complexer en dynamischer wordende samenleving komt de traditionele top-down wijze van regulering en toezicht meer en meer onder druk te staan. Toezichhouders kunnen niet alles controleren en lopen soms achter de feiten aan. Dat de overheid het niet alleen kan, is al lange tijd onderkend¹, maar vormen van zelfregulering zoals certificering en governance codes blijken veelal alleen een illusie van controle te geven.

Het probleem is dat de overheid het niet alleen kan, maar dat de borging van publieke belangen door private partijen te kort schiet, waardoor publieke belangen als veiligheid, gezondheid, milieu en kwaliteit in het gedrang komen.

Vraag

Toch zijn er mogelijkheden om van private borging nuttig gebruik te maken bij het borgen van publieke belangen. In de commerciële luchtvaart bijvoorbeeld is de veiligheid enorm toegenomen terwijl in het toezicht hierop in sterke mate gebruik wordt gemaakt van de eigen borging van private luchtvaartmaatschappijen, zij het dat dit geleidelijke proces wel lang heeft geduurd.² Een ander voorbeeld is het Programma Zelfregulering Gezond en Veilig Werken waarbij bedrijven worden opgeroepen en gestimuleerd om veiligheid te bevorderen.

De vraag lijkt dus niet zo zeer te zijn of private borging een rol kan spelen bij publiek toezicht maar onder welke condities dit kan.

Om de relatie tussen toezicht en private borging te verhelderen worden in deze notitie twee vragen behandeld.

1. Welke vormen van private borging zijn te onderscheiden?
2. Op welke manier kunnen inspecties hiermee omgaan of op inspelen?

In deze notitie wordt eerst stil gestaan bij het begrip private borging en worden vervolgens de verschillende vormen hiervan kort beschreven. Daarna is beschreven hoe inspecties met private borging zouden kunnen omgaan om zodoende hun toezicht te optimaliseren.

¹ Zie bv. de KVOTII (2005)

² Case study Rob van Dorp en Martin de Bree (2017). Kan Transportveiligheid een vlucht maken? Transport Safety (in review)

Private borging

Wat is het?

Allereerst is het van belang te duiden wat met private borging wordt bedoeld. In een onderzoek naar de mogelijkheden van private borging in het omgevingsrecht is de volgende definitie gebruikt.³ Van private borging van de naleving is sprake als private partijen (onder toezicht staande en andere, derde private partijen gezamenlijk)

- de geldende regels bijhouden en deze kennen,
- maatregelen nemen om na te leven,
- controleren op naleving,
- correctieve acties uitvoeren om eventuele overtredingen op te heffen en
- preventieve acties uitvoeren om herhaling van overtredingen te voorkomen,

met als doel om een duurzame naleving door de onder toezicht staande te realiseren.

Opgemerkt moet worden dat in deze definitie van private borging de naleving als doel centraal staat. Het probleem hiermee is dat regels niet het hoogste doel zijn. Dat hoogste doel is het achterliggende maatschappelijke effect dat de wetgever beoogt te realiseren door middel van de regels. Een te grote nadruk op regelnaleving naar de letter van de wet heeft het gevaar in zich dat er te weinig aandacht is voor schadelijk maar legaal gedrag.⁴ In de bovengenoemde brief stelt de Inspectieraad dat een risicogestuurde aanpak centraal blijft staan. Daarom ligt het voor de hand dat *private borging primair gericht moet zijn op het beheersen van risico's die het realiseren van het doel van de regels kunnen bedreigen*. Het gaat hierbij dus om het waarborgen van belangen die een rechtstreekse relatie met de mens hebben zoals veiligheid, gezondheid, milieu en kwaliteit.

Welke vormen van private borging zijn er?⁵

Kijkend naar de definitie van private borging zijn meerdere mechanismen te onderscheiden die aan de effectiviteit van private borging kunnen bijdragen. Onderscheiden worden achtereenvolgens interne borging, governance, externe controle als verlengstuk van de private organisatie, externe controle door derden.

Interne borging

Een private organisatie kan allerlei maatregelen nemen in het kader van kwaliteitszorg, risicomangement en veiligheidsbeheersing die kunnen bijdragen aan effectieve private borging. Formele (procedures, protocollen) en informele regels (organisatiecultuur, tone at the top) zijn erg bepalend voor het uiteindelijke gedrag van een organisatie. Voor de opzet en werking van

³ Bree M.A. de (2013). Private Borging van Regelnaleving in het Omgevingsrecht, RSM Erasmus University in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu.

⁴ Een notie die ook door de raad van State wordt gedeeld. Zie <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2017/instituut/raakvlakken-tussen-wetgevingsadvisering-en-bestuursrechtspraak/nadere-beschouwing-over-complexiteit/> (geraadpleegd op 16 april 2018)

⁵ Deze notitie is gebaseerd op niet-wettelijk verplichte vormen van private borging.



managementsystemen zijn standaarden opgesteld die eisen geven voor het (extern) toetsen van de interne private borging.⁶

Governance

Sommige organisaties hebben een Raad van Toezicht (RvT) of Raad van Commissarissen (RvC) die toezicht houdt op het bestuur. Deze RvT's en RvC's hebben doorgaans ook de opdracht te toetsen of het bestuur de regels naleeft en de risico's beheerst. In verschillende sectoren zijn governance codes of codes van goed bestuur opgesteld waarin de taken van deze zogenoemde interne toezichthouders zijn vastgelegd. Deze raden hebben niet alleen een toezichthoudende taak. Ook vervullen zij meestal de rol van werkgever en klankbord voor het bestuur. Deze drie rollen kunnen soms conflicterend zijn, bijvoorbeeld als een RvC moet ingrijpen in het bestuur dat het kort tevoren zelf heeft aangesteld. Een voorbeeld van het gebruik van governance is de Autoriteit Woningcorporaties die een beoordelingskader voor governance heeft opgesteld.⁷

Externe controle

Onder deze vorm valt de externe controle als verlengstuk van private organisaties. Voorbeelden zijn certificatie en accreditatie, accountantscontrole, inzet van keuringsinstanties etc. De scope van hetgeen bij externe controles wordt beoordeeld en de wijze waarop dit gebeurt, lopen zeer uiteen. Zo zijn er alleen al op het gebied van certificatie verschillende standaarden voor personen, producten, processen en managementsystemen. Sommige certificatiestandaarden (zoals ISO14001) bevatten expliciete eisen ten aanzien van regelnaleving die al dan niet in certificatieschema's of richtlijnen zijn uitgewerkt.⁸

Derden

Een laatste vorm van private borging is de rol die derden spelen. Sommige brancheorganisaties stellen eisen aan hun leden. Ook zijn er initiatieven van burgers (melden van fouten, overlast of luchtverontreiniging e.d.), klanten, patiënten(raden), NGO's en collega-bedrijven/concurrenten om organisaties te monitoren en te houden aan verantwoordelijk gedrag.

Opgemerkt moet worden dat geen enkele vorm van private borging of combinatie van vormen volledig foutloos is.⁹ Als de kern van private borging bestaat uit het gestructureerd beheersen van risico's op

⁶ Zie bv. de door de NVWA ontwikkelde criteria voor toezichtsondersteuning door private kwaliteitssystemen (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2017/09/25/criteria-voor-toezichtsondersteuning-door-private-kwaliteitssystemen>), het beleidskader Systeemgericht Toezicht van de Provincie Noord-Brabant (2013) en de pilot in de zorg, beschreven in Annemiek Stoopendaal, Martin de Bree, Franske Keuter, Paul Robben, 'Systeemtoezicht in de Nederlandse gezondheidszorg. Een experimentele innovatie van toezicht.', Tijdschrift voor Toezicht 2014-2, p. 27-46

⁷ Strikt genomen valt dit voorbeeld buiten de scope van dit stuk omdat toezicht op governance van woningcorporaties wettelijk geregeld is.

⁸ Voor ISO 14001 is SCCM schemabeheerder en hebben de Europese Accreditatieorganisaties een richtlijn opgesteld die voorschrijft hoe certificerende instellingen het aspect compliance moeten beoordelen (EA-7/04).

⁹ Ditzelfde geldt voor publieke borging.

schade aan publieke belangen, dan is duidelijk dat – hoe effectief de beheersing ook moge zijn – incidenten nooit volledig uit te sluiten zijn.

Een tweede opmerking is dat er ook wettelijke verplicht gestelde vormen van private borging zijn, waarbij de ene vorm wat explicieter door de wetgever is geduid dan de andere.¹⁰ Deze notitie heeft primair betrekking niet-wettelijk verplichte vormen van private borging.

Relatie met toezicht

Sparrow¹¹ merkt op dat onder bepaalde omstandigheden risico identificatie, -analyse, en -beheersing door de publieke toezichthouder kunnen worden overgelaten aan private partijen. Een veel voorkomende stellingname is, dat als er sprake is van private borging, de publieke toezichthouder geen rol meer zou hebben. De redenering is dan dat private partijen immers zelf zorgen voor de noodzakelijk borging. Deze stelling lijkt onjuist.

Ten eerste heeft de publieke toezichthouder een maatschappelijke eindverantwoordelijkheid om te toetsen of aan de eisen wordt voldaan. Op de tweede plaats ligt het voor de hand dat pas bij een adequate beoordeling van de effectiviteit van private borging - dus bij een *vastgestelde effectiviteit* van de private borging - kan worden besloten tot aanpassing van het toezicht, zoals de extensivering van reality checks. Deze verantwoordelijkheid om de effectiviteit van private borging vast te stellen lijkt, ook gelet op het eerste punt, bij de publieke toezichthouder te liggen.

De vorm van toezicht die hierbij goed past wordt ook wel metatoezicht aangeduid. Bij metatoezicht toetst de overheidstoezichthouder de private borging op haar doeltreffendheid en voert in het kader daarvan aangepast nalevingtoezicht uit dat bestaat uit het doen van steekproefsgewijze reality checks ter verificatie van de goede werking van de private borging. Onderzoek wijst uit dat metatoezicht de toezichthouder niet alleen in staat stelt om het niveau van de private borging te bepalen, maar dat het ook kan helpen een impuls te geven aan de verdere verbetering ervan.¹² Eventueel kan de overheidstoezichthouder bij het beoordelen van de doeltreffendheid van private borging gebruik maken van oordelen van derden zoals certificerende instellingen, mits deze deskundig tot stand komen en betrouwbaar mogen worden geacht.

Aandachtspunten

Bij het gebruik maken van private borging zijn er twee belangrijke punten waarmee de overheidsinspectie rekening dient te houden.

¹⁰ Te denken valt bv. aan wettelijk verplichte certificering (o.m. bij asbestverwijdering), kwaliteitszorg (o.m. in de zorg), veiligheidsbeheersing (o.m. in de luchtvaart en de chemische industrie) en governance (onder meer bij woningcorporaties).

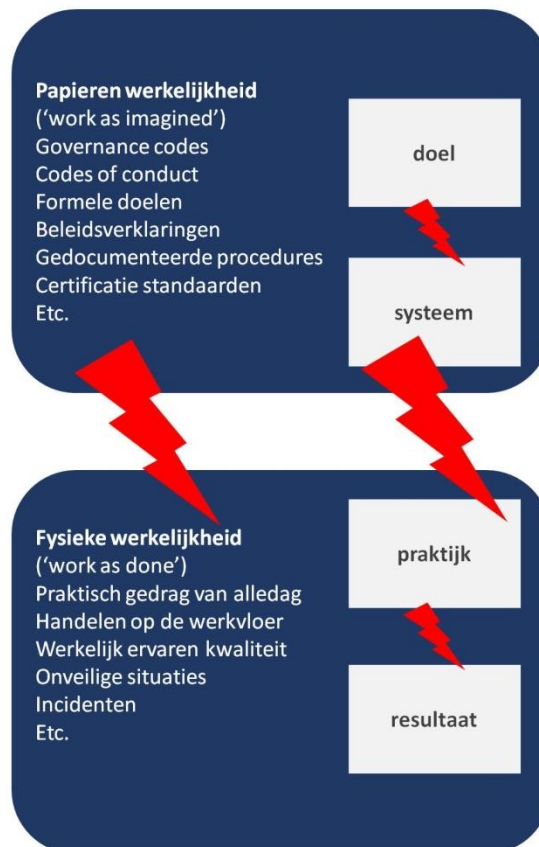
¹¹ Sparrow, M (2012). Joining the Regulatory Fold, Criminology & Public policy, volume 11, Issue 2.

¹² De Bree MA de & Stoopendaal A (2018). De- and recoupling and Public Regulation, Organization Studies (in review).

Papieren en fysieke werkelijkheid

Een eerste punt heeft te maken met de effectiviteit van de private borging. Een bekend verschijnsel is dat formele (papieren) en actuele (fysieke) werkelijkheid bij de private borging ontkoppeld kunnen zijn. De neiging tot ontkoppeling is soms opzettelijk (free rider gedrag) en soms onopzettelijk en wordt bij allerlei organisaties waargenomen (niet alleen private). Dit verschijnsel kan zich voordoen bij alle vormen van private borging en vormt met name een reëel gevaar als de partij die toetst, te afhankelijk is van de getoetste organisatie waardoor eventuele inconsistenties tussen formeel en werkelijk beleid onvoldoende kritisch worden blootgelegd. Omdat bij private borging de toetsende partij¹³ doorgaans in mindere of meerdere mate verbonden is aan de getoetste partij of daar zelfs deel van uitmaakt is een onvoldoende kritische blik een reëel gevaar.

In onderstaande figuur is het ontkoppelingsprobleem schematisch getuid.¹⁴



Van belang is dat, ook al is de private toetsing niet perfect, dit niet betekent dat private toetsing onbruikbaar is. Uit onderzoek blijkt dat als een organisatie zich naar volwassenheid ontwikkelt, de

¹³ zoals de interne kwaliteitsborger, interne toezichthouder/commissaris, certificerende instelling.

¹⁴ Ontleend aan De Bree & Stoopendaal (2018), Zie voetnoot 12.

interne toetsing als tegenkracht sterker kan worden en zeer waardevol en constructief kritisch kan zijn.¹⁵

Geen enkele vorm van borging is foutloos

Een tweede aandachtspunt heeft te maken met het beoordelen van de private borging. Een veel gemaakte fout is om een incident aan te voeren als bewijs dat de private borging niet goed werkt. Maar omdat private borging een vorm van cyclisch leren is waarbij onvermijdelijk af en toe iets misgaat, is dit een onterechte bewijsvoering, die bovendien contraproductief kan uitwerken. Een enkel incident betekent niet dat de borging niet goed werkt om de simpele reden dat de borging nooit 100% perfect kan zijn. Omgekeerd betekent het ontbreken van incidenten niet dat de borging goed werkt. Wellicht neemt de organisatie grote risico's en heeft tot op heden geluk gehad dat er geen incidenten zijn voorgevallen of worden problemen verdoezeld.

Het beoordelen van private borging tegen de norm van perfectie (nul fouten) is zinloos en zorgt alleen maar voor teleurstellingen want is gebaseerd op een irreële verwachting.

Bij het optreden van incidenten gaat het er vooral om dat de toezichthouder de context beschouwt:

- Wat is gedaan om te voorkomen dat het incident zou gebeuren?
- Wat is gedaan om de fout te herstellen?
- Wat is geleerd om te voorkomen dat dit weer gebeurt?

Het omgaan met private borging door een inspectie vraagt in wezen om een respons die op twee manieren contra-intuïtief is:

- Optreden als er nog geen incidenten zijn, maar wel sprake is van te kort schietende risicobeheersing.
- Terughoudend zijn met optreden als er een incident optreedt ondanks de goede private borging en waarop de organisatie adequaat reageert door het incident zelf te ontdekken, aan te pakken en van te leren om herhaling te voorkomen.

Twee opties afwegen

Gegeven het feit dat de private borging nooit foutloos kan en zal zijn, heeft de inspectie grofweg de keuze uit twee opties ten aanzien van private borging in een bepaalde situatie (sector of deelsector):

1. Het niveau van private borging is dermate twijfelachtig dat de bruikbaarheid voor toezicht te klein is ofwel
2. de private borging is kansrijk en kan worden benut door de inspectie.

De beslissing van de inspectie om voor optie 1 of 2 te kiezen zal moeten afhangen van de vraag of een dergelijk strategie in de gegeven situatie haalbaar en zinvol is.

¹⁵ Zie onder meer Tilcsik, A. (2010). From ritual to reality: Demography, ideology and decoupling in a post-communist government agency. *Academy of Management Journal*, 53(6), 1474–1498.

Om voor de tweede optie te kiezen zal wel moeten vaststaan dat er een reële verwachting is dat private borging werkelijk een substantiële bijdrage zal kunnen leveren. Dit hangt met name af van de professionaliteit en de intrinsieke motivatie van de betreffende (deel)sector om te komen tot een niveau van borging die substantieel bijdraagt aan de publieke belangen.

Ook aan de zijde van de inspectie zijn er voorwaarden voor de tweede optie, namelijk of de inspectie qua competenties en capaciteit toegerust is om de private borging te beoordelen. Ook is de vraag van belang of er sprake is van voldoende maatschappelijk en bestuurlijk draagvlak voor deze keuze.

Implicaties voor inspecties

Het toepassen van metatoezicht – dus het toezicht waarbij van private borging gebruik worden gemaakt – door een inspectie heeft twee belangrijke, met elkaar samenhangende kanten:

- (a) het analyseren van het niveau van private borging en
- (b) het aanzetten tot verbetering van private borging.

Ad (a)

De analyse van het niveau van private borging heeft als doel te doorgronden in hoeverre de private mechanismen die tot borging moeten leiden, effectief zijn. Een dergelijke analyse vergt van de inspectie competenties die niet zo zeer van technische, maar meer van sociaalwetenschappelijke aard zijn vanwege het grote belang van bedrijfscultuur, bedrijfsvoering/management, ethiek en integriteit.

Het gaat er met name om de volgende vragen te beantwoorden:

- Is met deskundigheid vastgesteld welke risico's een bedreiging kunnen vormen voor publieke belangen en welke maatregelen nodig zijn om deze risico's te beheersen?
- Worden deze maatregelen ook daadwerkelijk uitgevoerd met voldoende besef van het achterliggende doel van het publieke belang?
- In hoeverre zijn de doelen, gedocumenteerde systemen of standaarden, dagelijkse praktijk en het resultaat consistent?
- Is er sprake van voldoende zelfkritische controle op deze consistentie?
- Leren de betrokken partijen van eventueel inconsistenties zodat de private borging doorlopend verbetert?

Van belang is dat deze analyse in constructieve, op verbetering gerichte, interactie met de betrokken private partijen plaats vindt. Deze omstandigheden zijn gunstig om alle relevante informatie op tafel te krijgen die nodig is om een goed beeld te krijgen en verbeterstappen te zetten.¹⁶

Ad (b)

Deze analyse vormt een basis voor de inspectie om met de private partij(en) in gesprek te gaan, niet vanuit een verticale, maar een horizontale houding. Zoals eerder genoemd hebben organisaties niet

¹⁶ Zie onder meer Perezts, M., & Picard, S. (2014). Compliance or comfort zone? The work of embedded ethics in performing regulation. *Journal of Business Ethics*, 131(4), 833–852.



alleen de neiging tot ontkoppeling, maar ook tot de omgekeerde beweging van herkoppeling. De feedback van de inspectie over de mate van consistentie tussen wat organisaties zeggen na te streven en wat zij werkelijk doen, kan hieraan in belangrijke mate bijdragen.

Van belang is het besef dat een al te verticale benadering van private borging (oordelend, terugkijkend, expliciet (dreigen met) straffen) grote nadelen heeft. Metatoezicht vraagt om een blik die gericht is op verbetering, dialoog en gerechtvaardigd wederzijds vertrouwen. Maar het is wel van belang dat metatoezicht alleen daar wordt toegepast waar dit haalbaar is en dat bewust misbruik hard wordt aangepakt.

Wat wordt van de inspectie gevraagd?

Wat is nodig om het niveau van private borging te analyseren en aan te zetten tot verbetering? De beslissing om structureel gebruik te maken van private borging heeft voor de betreffende inspectie implicaties. Deze implicaties liggen zowel op het niveau van het discours en beleid, het leervermogen en de competenties. Het gaat hierbij niet zozeer om het vervangen van het een door het ander, maar meer over het toevoegen van nieuwe dimensies aan de bestaande praktijk.

Discours en beleid

Er zijn enkele noties die relevant zijn voor hoe toezichthouders zich verhouden tot hun opdracht in het algemeen en tot private borging in het bijzonder. Vanuit wetenschappelijk onderzoek groeit het bewijs dat het straffen van onder toezicht staande personen en organisaties maar beperkt effectief is. Ook wordt duidelijk dat straffen, in gevallen waar het niet effectief is, ook contraproductieve effecten kan hebben. Met name kan het de uitwisseling van informatie en daarmee het leren belemmeren. Daarmee is zeker niet gezegd dat straffen in geen enkele situatie werkt. Soms is het absoluut nodig om hard in te grijpen. Maar het betekent wel dat het van groot belang is dat de toezichthouder weet in welke gevallen straffen wel en wanneer het niet geschikt is.

Een ander punt is dat wettelijke regels niet per se perfect zijn. Regels sluiten niet altijd goed aan bij een samenleving die steeds dynamischer en complexer wordt.¹⁷ Als inspecties te star vasthouden aan de letter van de wet, ontstaat het gevaar dat de risico's, die situationeel zijn, uit beeld verdwijnen. Er moet dus in het denken en doen van inspecties ruimte worden gecreëerd om los te komen van een al te formalistische benadering ten gunste van een risicogerichte benadering. Ruimte die niet alleen in het eigen denken en doen moet worden gevonden, maar ook moet worden geclaimd bij de opdrachtgevers. Een duidelijk en onderbouwd beleid kan hiervoor de basis vormen.

¹⁷ Zie bv. het white paper van het Expert Forum Rechtmatigheid in een Nieuwe Tijd: https://sbe.vu.nl/nl/Images/Whitepaper_Expertforum_Rechtmatigheid_april_2018_tcm257-883672.pdf



De inspectie als lerende organisatie

Verschillende inspecties onderkennen het belang om een lerende organisatie te zijn.¹⁸

Bij een lerende organisatie hoort een kwetsbare opstelling; een zelfkritische blik om het eigen functioneren te onderzoeken en aan te wenden voor verbeteringen.

Dit streven is om twee redenen van groot belang. Ten eerste levert leren betere prestaties op. Ten tweede helpt het een lerende organisatie te zijn als onder toezicht staanden tot leren aangezet moeten worden. Bij het aanspreken van onder toezicht staande organisaties op kernwaarden als betrouwbaarheid, transparantie, consistentie tussen woord en daad en zelfreflectie, is de inspectie in een setting van private borging geloofwaardiger en effectiever als het zelf deze waarden zichtbaar nastreeft.

Van belang is vanzelfsprekend dat de inspectie de ruimte heeft om zich kwetsbaar op te stellen. Wellicht is het zinvol om als gezamenlijke inspecties hierin op te trekken om deze ruimte bij de opdrachtgevers te claimen, bijvoorbeeld door het belang hiervan goed te onderbouwen en uit te leggen.

Competenties

Modern overheidstoezicht verandert van een technische uitdaging naar een sociale uitdaging. De inspectie kijkt niet meer (uitsluitend) vanuit een geïsoleerde positie naar een zaak en oordeelt of deze aan de eisen voldoet, maar wordt meer en meer een speler in een ingewikkeld spel van publieke en private krachten die het resultaat bepalen. Het doorgronden van dit spel en het bespelen van de relevante krachten zijn essentieel voor de succesvolle inspectie van de toekomst en vergt vanzelfsprekend speciale competenties van management en personeel. Het gaat hierbij om competenties op het gebied van onder meer bedrijfskunde, organisatiekunde, ethiek, psychologie, auditing, en governance. Tegelijkertijd zal de inspectie ook nog steeds technisch inhoudelijke kennis in huis moeten hebben en deze geïntegreerd met de niet-technische kennis moeten kunnen inzetten, bv. in de vorm van multidisciplinaire teams.

¹⁸ Zie bv. het Meerjarenbeleidsplan Gezond Vertrouwen IGZ 2016-2019 en het Jaarbericht 2015 van de Inspectie Veiligheid en Justitie.