

Effectiviteit van privaatrechtelijke regulering: is dat meetbaar?

M.W. Scheltema

Mijnheer de Rector Magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,

Is effectiviteit van private regulering meetbaar?¹ Het antwoord op deze vraag is typisch juridisch: het hangt er van af hoe je kijkt. Effectiviteit van private regulering is niet meetbaar in de zin dat deze wiskundig kan worden bewezen. Wel kan worden gezocht naar indicatoren die iets zeggen over effectiviteit. Het is daarbij nuttig te kijken naar andere disciplines dan het recht.

Er kan een economisch, sociologisch en psychologisch perspectief worden gekozen. Het economische perspectief gaat over opbrengsten en kosten van deze vorm van regulering. Het sociologische over de vraag hoe dergelijke regulering 'landt' in bepaalde groepen en of en waarom deze door hen wordt geaccepteerd. Het psychologische perspectief ziet op de vraag of private regulering het gedrag van de gereguleerden beïnvloedt op een wijze die met deze regulering is beoogd.

Ik zet hierna uiteen dat het zowel voor bedrijven, non-gouvernementele organisaties (NGO's) als overheden nuttig kan zijn om inzicht te hebben in effectiviteit van private regulering.

Voordat deze perspectieven aan de orde komen, ga ik kort in op het fenomeen private regulering (of privaatrechtelijke regulering om tot uitdrukking te brengen dat het gaat om niet overheidsregulering).

2. Private regulering

Private regulering is een breed begrip.² Een kenmerk ervan is dat de regels worden opgesteld door degenen die erdoor worden gebonden of door een overkoepelende instantie en dat deze regels ook worden gehandhaafd.³ Er is dus sprake van een vorm van zelfbinding. In veel gevallen is echter het gevolg, of zelfs de intentie, dat derden er consequenties van ondervinden. Ook kan worden

¹ Ik dank Willem van Boom, Siewert Lindenbergh en mijn vader voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie.

² Private regulering wordt ook wel wordt aangeduid met zelfregulering. Zelfregulering is echter een enger begrip omdat private regulering ook kan zien op regulering van anderen dan degenen die de regulering hebben opgesteld.

³ Vergelijk A. Overmars, Bestuurswetenschappen 2011, p. 16.

benadrukt dat bepaalde actoren tot op zekere hoogte verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en handhaven van regels, al dan niet binnen een wettelijk kader.⁴

Zeker internationale private regulering, waarop ik mijn onderzoek toespits, is een veelkleurig fenomeen. Ik onderscheid verschillende typen van internationale private regulering. Dit onderscheid is gebaseerd op de herkomst van deze regulering en de wijze waarop deze tot stand is gekomen. Het gaat om de volgende vormen:⁵

- 1) Door een bepaalde branche of beroepsgroep opgestelde regels, zoals een gedragscode.⁶
- 2) Een gemengd model met een overkoepelende entiteit waarin verschillende belanghebbenden deelnemen, zoals het bedrijfsleven, NGO's, consumentenorganisaties en soms ook overheden. Op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen komt dit model veel voor.⁷
- 3) Een gemengd model waarin verschillende belanghebbenden deelnemen (als onder 2) en waarbij de overkoepelende instantie toegang verschaft tot een schaars goed. Dat is bijvoorbeeld het geval bij Internet-toegang.
- 4) Een contractueel model waarin private regulering door middel van overeenkomsten wordt opgelegd.⁸

Private regulering is een fenomeen dat naast overheidsregulering staat. Dat betekent echter niet dat private regulering geheel losstaat van overheidsregulering. Integendeel: in internationaal verband

⁴ I. Giesen, Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen, Preadvies NJV 2007, Deventer 2007, p. 74-78 en i.h.b. p. 77.

⁵ Daarnaast onderscheiden sommigen ook een model waarin NGO's private regulering opstellen en handhaven, alsmede technische regulering (bijvoorbeeld afkomstig van de International Standardization Organization (ISO)). Te denken valt in het eerste geval aan Consumer International. Zie voor verdere voorbeelden F. Caffaggi, New Foundations of Transnational Private Regulation, *Journal of Law and Society* 2011, Blackwell Publishing: Oxford, March 2011, p. 34. Dergelijke modellen doen zich niet veel voor. Verder is het onderscheid tussen technische regulering en het tweede door mij onderscheiden model, bijvoorbeeld bij ISO, niet scherp, omdat ook andere belanghebbenden in het standaardiseringsproces deelnemen. Zie www.iso.org. Zie ook F. Caffaggi, *Journal of Law and Society* 2011, p. 37; C. Scott, F. Caffaggi and L. Senden, *Journal of Law and Society* 2011, p. 11. Deze vormen heb ik daarom niet als aparte categorie opgenomen.

⁶ Een voorbeeld zijn de regels voor voedselveiligheid die door ondernemersverenigingen zijn opgesteld of regels die zijn opgesteld binnen een branche ter voorkoming van kinderarbeid of in het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Zie daarover bijvoorbeeld F. Caffaggi, *Journal of Law and Society* 2011, p. 34; A. Overmars, *Bestuurswetenschappen* 2011, p. 19. Zie in het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen in de grondstoffenindustrie bijvoorbeeld de Voluntary Principles for the Extraction Industry en daarover C.A. Williams, *Civil society initiatives and 'soft law' in the oil and gas industry*, *International Law and Politics*, vol. 36, 2004, p. 477-484.

⁷ Voorbeelden zijn Forest Stewardship Council (duurzaam hout), Global Compact (alle aspecten van maatschappelijk verantwoord ondernemen), OECD-guidelines for Multinational Enterprises (alle aspecten van maatschappelijk verantwoord ondernemen), de International Swaps and Derivatives Association (ISDA, derivatenhandel) en de corporate governance regels. Zie over dit model bijvoorbeeld F. Caffaggi, *Journal of Law and Society* 2011, p. 35 en 36; A. Overmars, *Bestuurswetenschappen* 2011, p. 19 en 28.

⁸ Zie daarover ook F. Caffaggi, *Journal of Law and Society* 2011, p. 37 en 38. Zie bijvoorbeeld het Model Mining Agreement, dat in de art. 22-27 bepalingen bevat over maatschappelijk verantwoord ondernemen. Dit model is te vinden op www.mmdaproject.org/presentations/MMDA1_0_110404Bookletv3.pdf.

worden de regels in een bepaalde groep of bedrijfstak vaak door een mengsel van overheidsregulering en private regulering bepaald.⁹ Deze interactie tussen overheids- en private regulering kan op verschillende manieren plaatsvinden.¹⁰ Er bestaat een hybride vorm waarin private organisaties normen opstellen die (open) overheidsnormen invullen.¹¹ Ook is denkbaar dat oorspronkelijk door private partijen opgestelde regels worden geïncorporeerd in overheidsregulering.¹² Verder kan sprake zijn van een systeem waarin overheids- en private regulering naast elkaar functioneren en elkaar versterken. Dit kan de handhaafbaarheid van de regels verbeteren.¹³ Ten slotte kunnen overheids- en private regulering elkaar beconcurreren.¹⁴

Internationale private regulering wordt als een aantrekkelijk en ook in de huidige maatschappelijke verhoudingen niet meer weg te denken instrument gezien,¹⁵ bijvoorbeeld omdat:

- (i) daarmee een oplossing kan worden gevonden voor uiteenlopende nationale regelgeving,
- (ii) nationale overheden geen regels kunnen opstellen met globale werking,
- (iii) nationale toezichthouders in een aantal gevallen niet toegerust zijn om te bezien of internationale standaarden worden nageleefd,
- (iv) snelle veranderingen in technologie optreden en overheden de technische kennis missen daaruit voortvloeiende technische normen op te stellen,

⁹ Vergelijk ook A. Akkermans, NTBR 2011, p. 511 en 512.

¹⁰ Zie F. Caffaggi, *Journal of Law and Society* 2011, p. 44 en 45.

¹¹ Te denken valt aan de corporate governance regels die oorspronkelijk zijn opgesteld door de Commissie Tabaksblat en ten aanzien waarvan in een op art. 2:391 lid 5 BW gebaseerde AMvB een 'comply or explain' verantwoordelijkheid is vastgelegd in verband met het jaarverslag. Zie daarover bijvoorbeeld A. Overmars, *Bestuurswetenschappen* 2011, p. 23 en 28. Inmiddels zijn deze in 1997 opgestelde regels in 2004 herzien en uitgebreid.

¹² Een voorbeeld zijn de normen die gelden voor het opstellen en de inrichting van jaarrekeningen door (internationale) ondernemingen. Deze normen, de International Financial Reporting Standards (IFRS), worden door een wereldwijde private organisatie, de International Accounting Standardization Board (IASB), vastgesteld. In de Europese Unie zijn deze normen bindend nu deze zijn vastgelegd in art. 3 Verordening 1606/2002 (PbEG 2002, L 243). Zie daarover ook HR 24 april 2009, NJ 2009, 345 m.nt. Van Schilfgarde (AFM/Spyker).

¹³ Te denken valt aan Nederlandse overheidsregulering op het terrein van het milieu ten aanzien waarvan een onderneming in contracten met (internationale) leveranciers naleving afdwingt. Daarmee wordt de nationale overheidsregulering door middel van de contractuele afspraak in internationaal verband (waar de Nederlandse regelgeving niet geldt) private regulering. Ook valt te denken aan het inschakelen van bedrijven die werken met private standaarden bij publiekrechtelijke handhaving. Zie daarover bijvoorbeeld R. Neerhof, *NTB* 2011, p. 307-318.

¹⁴ Zo is denkbaar dat de private regulering hogere eisen stelt dan overheidsregulering. Daarmee wordt afbreuk gedaan aan de legitimiteit en effectiviteit van de overheidsregulering. Deze concurrentie kan zowel plaatsvinden in de verhouding tussen de nationale overheden en internationale private organisaties als tussen internationale publieke en private organisaties. Vergelijk hierover ook A. Akkermans, NTBR 2011, p. 511 en 512.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld F. Caffaggi, *Journal of Law and Society* 2011, p. 25-29; A. Overmars, *Bestuurswetenschappen* 2011, p. 17; C. Scott, F. Caffaggi and L. Senden, *Journal of Law and Society* 2011, p. 4. Soms wordt daarom ook door overheden opgeroepen om private regulering tot stand te brengen. Zie bijvoorbeeld de Mededeling van de Europese Commissie op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen van 25 oktober 2011, COM(2011) 681, p. 5, 9 en 10. Verder is een zeker niet onwaarschijnlijk toekomstscenario voor de wereldwijde ontwikkeling van het recht een duidelijke toename van private regulering. Zie www.lawofthefuture.org/237/law-scenarios-to-2030 en in het bijzonder het Legal Internet-scenario.

- (v) private partijen soms beter overzicht hebben op een bepaalde markt, en omdat
- (vi) private regulering flexibeler kan zijn.¹⁶

Private regulering kan bijvoorbeeld op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen meer recht doen aan de door het bedrijfsleven gevoelde eigen verantwoordelijkheid. Private regulering kan daardoor een inktvlekwerking hebben die deze effectiever maakt dan overheidsregulering die een onvrijwillig karakter heeft.

Internationale private regulering heeft ook een keerzijde. Zo wordt als bezwaar gezien dat deze de democratische legitimatie en controle door onafhankelijke instanties mist die overheidsregulering wel heeft.¹⁷ De vraag is of dat een groot bezwaar is. Internationale publieke regelgeving, bijvoorbeeld van de VN afkomstige regelgeving, voldoet immers evenmin aan al deze eisen. Zo kan de VN (door burgers) niet voor een onafhankelijke rechter worden gedaagd. Het is dus lastig om wereldwijde volledig democratisch gelegitimeerde en burgers bindende regelgeving tot stand te brengen.¹⁸ Bovendien valt internationale private regulering niet steeds te vergelijken met overheidsregulering. Zo kan de reikwijdte van private regelgeving beperkt zijn. Dat is het geval met regelgeving die wordt ingebed in contractuele afspraken met leveranciers of bij technische regulering binnen een bepaalde branche.¹⁹

Betekent dit nu dat enige vorm van legitimatie van private regulering overbodig is? Dat is stellig niet het geval. Er moet worden gezocht naar alternatieve vormen van legitimatie.²⁰ Deze zijn wellicht ook meer in overeenstemming met de huidige maatschappelijke situatie. Daarin spelen bijvoorbeeld sociale media naast overheidsregulering een steeds grotere rol in de strategiebepaling van bedrijven. Bij het vinden van alternatieve vormen van legitimatie speelt ook het hierna te bespreken sociologische perspectief een nuttige rol.

Ik laat de verschillende vormen van internationale private regulering en de voor- en nadelen daarvan nu verder rusten, hoewel daarover nog veel meer valt te zeggen. Ik ga in op het onderwerp van vandaag: de effectiviteit van internationale private regulering.

3. Effectiviteit

Een belangrijke vraag is of wij wat opschieten met het vinden van indicatoren die iets zeggen over de effectiviteit van internationale private regulering. Het zal u niet verbazen dat die vraag naar mijn

¹⁶ Bij het hierna te bespreken sociologische perspectief blijkt echter dat snelle veranderingen de acceptatie van internationale private regulering kunnen belemmeren.

¹⁷ Dat kan overigens (indirect) wel het geval zijn als private regulering wordt geïncorporeerd in overheidsregulering.

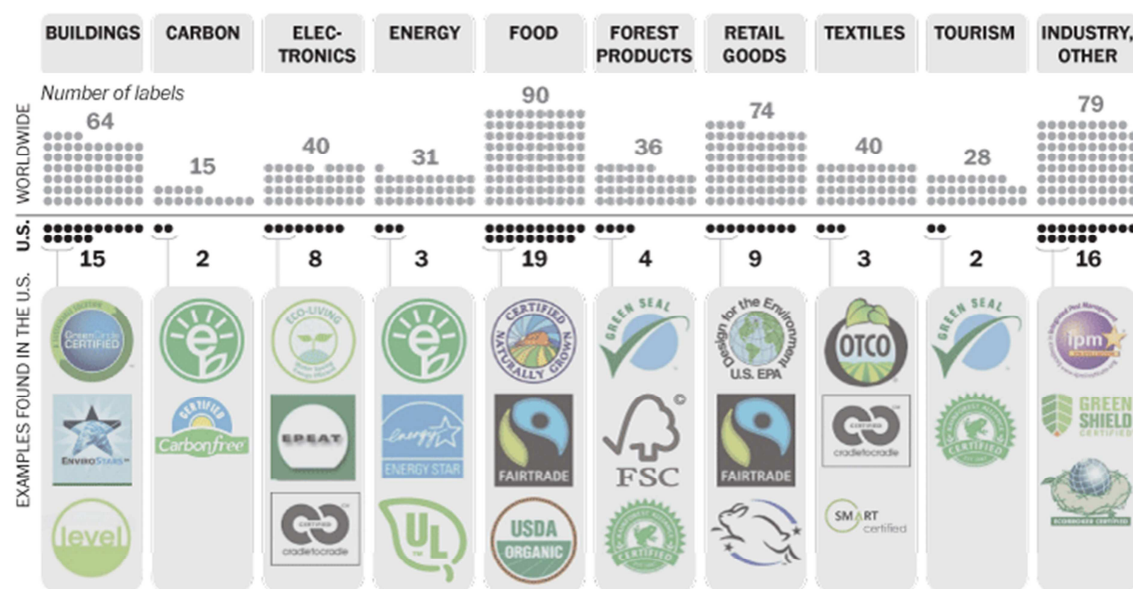
¹⁸ Dat geldt eigenlijk alleen voor de rechtstreeks werkende verdragen, zij het dan indirect via de verdragsluitende staten.

¹⁹ In kleine gemeenschappen zijn andere vormen van acceptatie voorstelbaar. Vergelijk Lord Lloyd of Hampstead en M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Stevens & Sons, Londen 1985, p. 411.

²⁰ Zie ook C. Scott, F. Caffaggi and L. Senden, *Journal of Law and Society* 2011, p. 2. Die moet overigens voor alle belanghebbenden acceptabel zijn, hetgeen niet gemakkelijk is. Zie J.G.S. Kopell, *World Rule*, The university of Chicago press 2010, p. 56.

mening bevestigend moet worden beantwoord. Zo kan een bedrijf dat overweegt zich aan te sluiten bij een van de vele initiatieven op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen, zich afvragen wat daarvan de kosten en baten zijn en in hoeverre andere initiatieven, waarbij men zich wellicht al had aangesloten, niet effectiever zijn. Indien ondernemingen de effectiviteit van internationale private regulering helder kan worden gemaakt, zou dat een prikkel kunnen vormen om daaraan deel te nemen. In dat verband moet worden bedacht dat er vele internationale initiatieven bestaan en ondernemingen in beginsel een keuzemogelijkheid hebben ten aanzien van de vraag welk initiatief zij implementeren.²¹

Labels op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen²²



NOTE: Some labels apply to more than one type of product.

Het gaat niet om bindende regelgeving.²³ Ook de publieke regelgever kan zich afvragen of op een bepaald terrein overheidsregulering noodzakelijk is. Indien op dat terrein al private regulering bestaat, zal voor die overheid van belang zijn of die ook effectief is in de zin dat de door de overheid gewenste effecten worden bereikt. Is dat het geval, dan ligt overheidsregulering minder voor de hand.²⁴ Ook voor NGO's of andere belanghebbenden kan de effectiviteit van belang zijn. Indien op

²¹ D. Curtin and L. Senden, *Journal of Law and Society* 2011, p. 168.

²² World Resources Institute, Big Room Inc., Bonnie Berkiwitz and Laura Stanton, *The Washington Post* 3 mei 2010.

²³ Daarover wordt overigens anders gedacht, sommigen zien als kenmerk van private regulering nu juist dat men eraan is gebonden. Zie daarover bijvoorbeeld I. Giesen, *Preadvies NJV* 2007, p. 93-106, die drie grondslagen voor binding onderscheidt: de wet, consensus en wettelijke open normen. Mijsen inziens geldt voor de door mij te onderzoeken initiatieven echter dat men die eerst dient te accepteren voordat deze in meer of mindere mate bindend worden. Daarmee bestaat er dus een keuzemogelijkheid.

²⁴ Overigens kunnen bedrijven met internationale private regulering ook beogen om overheden (en overheidsregulering) op afstand te houden. Voor hen kan dan van belang zijn om de door de overheid gewenste effecten te creëren omdat de kans op overheidsregulering dan kleiner wordt. Voor hen wordt de

een bepaald terrein al effectieve private regulering bestaat, is er ook voor hen minder aanleiding nieuwe regulering te creëren. Bovendien missen de opstellers van internationale private regulering veelal kennis over de gevolgen van de door hen opgestelde regels die overheden (in een aantal gevallen) wel hebben.²⁵ Nog minder dan bij overheidsregulering kan dus bij private regulering tot uitgangspunt worden genomen dat die effectief is. Kortom, het is van belang om iets te kunnen zeggen over de effectiviteit van internationale private regulering.

Ik spits het onderzoek naar de indicatoren die van belang zijn voor effectiviteit toe op een tweetal terreinen van internationale private regulering, te weten maatschappelijk verantwoord ondernemen en standaardisatie.²⁶ Deze beide gebieden worden gekenmerkt door een aanzienlijke hoeveelheid internationale private regulering.²⁷ Ik toets daarbij twee voorbeelden van internationale private regulering op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen aan de gevonden indicatoren. Het betreft de OECD guidelines for multinational Enterprises (OECD guidelines) en het Global Compact.²⁸ Beide initiatieven bevatten regels (beginselen) op het terrein van mensenrechten, milieu, arbeidsomstandigheden en het voorkomen van corruptie. De OECD guidelines gaan, zoals uit de aanduiding al blijkt, uit van de OECD. Het Global Compact is een initiatief dat afkomstig is van de VN. Beide initiatieven vallen onder het hiervoor besproken tweede model.

Achtereenvolgens komt de effectiviteit vanuit juridisch, economisch, sociologisch en psychologisch perspectief aan de orde.²⁹ Daarbij rijst de vraag of niet met een of hooguit twee van deze perspectieven kan worden volstaan. Dat is tot op heden een meer gebruikelijke benadering. Bovendien is ieder perspectief op zichzelf al complex. Ik zal hierna uiteenzetten dat men al deze perspectieven nodig heeft,³⁰ te beginnen bij het, de meeste van u vertrouwde, juridische perspectief.

4. Juridisch perspectief

Vanuit een juridisch perspectief wordt getwijfeld aan de effectiviteit van private regulering omdat de handhaving ervan als lastig wordt ervaren. Uitgangspunt is daarbij dat regelgeving effectiever valt te

effectiviteit van de internationale private regulering dan vooral bepaald door de afwezigheid van overheidsregulering.

²⁵ Vergelijk I. Giesen, Preadvies NJV 2007, p. 144 en 147-150 die voorstelt dat de overheid aanwijzingen voor alternatieve regelgeving opstelt.

²⁶ Internationale private regulering is echter een zo veelkleurig fenomeen dat voor de verschillende vormen indicatoren die iets zeggen over de effectiviteit ervan een verschillend gewicht kunnen hebben. Dat neemt niet weg dat het nuttig is te onderzoeken of dergelijke indicatoren kunnen worden gevonden.

²⁷ Er zijn overigens andere terreinen denkbaar. Zie bijvoorbeeld over databescherming E.M.L. Moerel, *Binding Corporate Rules*, diss. Tilburg 2011, Amsterdam 2011.

²⁸ Zie voor de tekst van deze internationale private regulering respectievelijk www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf en www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html.

²⁹ Methodologisch moet overigens wel worden onderzocht of op de andere terreinen dan het juridische gedaan onderzoek kan worden vertaald naar de juridische context. Zie A.J. Verheij, I. Giesen en W.H. van Boom, *Afsluitende observaties*, In: *Gedrag en recht*, W.H. van Boom e.a. (red.), Den Haag 2008, p. 604. Ik laat hierna een aantal voorbeelden zien waarin dat mijns inziens kan.

³⁰ Dat wordt in de zogenaamde *civilology* tot uitgangspunt genomen. Zie bijvoorbeeld I. Giesen, *WPNR* 6912 (2011), p. 1074. Vergelijk A.J. Verheij, I. Giesen en W.H. van Boom, In: *Gedrag en recht*, p. 610 en 611.

handhaven door publieke instanties met publiekrechtelijke middelen, zoals boetes.³¹ Dit uitgangspunt kan in de praktijk echter niet worden bevestigd. Dat blijkt onder meer bij regels op het terrein van de consumentenbescherming (de art. 6:193a-193j BW).³² Het gaat bijvoorbeeld om het tegengaan van misleidende praktijken in de vorm van het geven van misleidende informatie over de kenmerken van een product (art. 6:193c lid 1 onder b en art. 6:193d lid 3 BW). Deze privaatrechtelijke regels kunnen met bestuursrechtelijke middelen worden gehandhaafd. Uit een in 2007 en 2008 uitgevoerde evaluatie blijkt echter niet dat bestuursrechtelijke handhaving effectiever is dan privaatrechtelijke.³³

Het is daarmee de vraag of overheidsregulering, zeker in internationaal verband, effectiever is omdat het beter (bestuursrechtelijk) kan worden gehandhaafd. Er bestaat immers geen wereldwijde toezichthouder en uiteenlopende handhaving door verschillende nationale overheden is ook niet bijster effectief, nog daargelaten dat dit kan uitmonden in vele kostbare en langdurige procedures in verschillende jurisdicties. Daarbij moet worden bedacht dat handhaving niet alleen het opleggen van sancties, het intrekken van vergunningen en daarmee gemoeide kosten betreft, maar ook andere aspecten omvat zoals voorlichting en advisering.³⁴

Internationale private regulering valt niet noodzakelijkerwijs minder goed te handhaven. Wil men een website hebben, dan dient men zich aan de private regulering van een private organisatie, de ICANN, te houden. Ook bij standaardisering kan dat het geval zijn. In veel ketens tussen leveranciers en producenten wordt gebruik gemaakt van ISO of andere gestandaardiseerde normen. Zonder daarbij aan te sluiten, kan geen toegang worden verkregen tot de ketens waarin die normen worden gebruikt (bijvoorbeeld in contracten tussen leveranciers en opdrachtgevers).³⁵ Bij standaardisering

³¹ Zie daarover bijvoorbeeld J.M. Emaus and A.L.M. Keirse, NTBR 2011, p. 502.

³² Deze wet vormt de implementatie van Richtlijn 2005/23/EG van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt van 11 mei 2005, PbEU 2005, L 149.

³³ E.L.M. Mout-Vos, Het duale stelsel van handhaving van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), een tussenstand, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2010, p. 258. Zij acht bestuursrechtelijke handhaving voor punitieve sancties echter onontbeerlijk (p. 265).

³⁴ D. Casey and C. Scott, Journal of Law and Society 2011, p. 83. Naarmate men hoger komt op de handhavingspiramide volgen steeds stringenter maatregelen, maar de piramide behoeft in veel gevallen niet geheel te worden gevolgd omdat minder stringente maatregelen al effectief zijn. Zo worden veel conflicten tussen bedrijven vaak met niet juridische sancties opgelost. Zie bijvoorbeeld J. van Erp, J. van Erp, Naming en Shaming in het contractenrecht, In: Gedrag en privaatrecht, W.H. van Boom e.a. (red.), Den Haag 2008, p. 168-170 en 175. Toch lijkt het dreigement van strengere sancties wel noodzakelijk voor effectieve handhaving. Zie D. Casey and C. Scott, Journal of Law and Society 2011, p. 83. Met name voor (punitieve) sancties is overheidsregulering en handhaving door overheden noodzakelijk. Dat geldt bijvoorbeeld indien de detectiekans van het niet naleven van regulering laag is. Dan is de effectiviteit van internationale private regulering minder groot.

³⁵ J.G.S. Kopell, World Rule, p. 52 en 63; C. Scott, F. Caffaggi and L. Senden, Journal of Law and Society 2011, p. 7. Er rijst in het laatste geval overigens wel de vraag of dergelijke afspraken mededingingsrechtelijk door de beugel kunnen. Bij het creëren van een level playing field tussen ondernemingen in het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen valt er het nodige voor te zeggen om dergelijke afspraken toelaatbaar te achten omdat deze bijdragen aan het maatschappelijk nut, anders dan de meeste mededingingsverstorende afspraken. Op dit moment lijkt het (Europese) mededingingsrecht daarvoor echter, mijns inziens ten onrechte, nog geen uitzondering te bevatten. Wel is er dan wellicht toezicht nodig door de autoriteiten om vast te stellen of de afspraken de mededinging niet onnodig verstoren. Te denken valt aan een vergelijkbaar toezicht als is vastgelegd in art. 25 Wbp, op grond waarvan het CBP de bevoegdheid heeft om bij besluit vast te stellen of een gedragscode ten aanzien van de bescherming van persoonsgegevens in

speelt ook certificering door derden een rol. Deze derden stellen vast of een bepaalde standaard wordt nageleefd.³⁶ Ook kan, bijvoorbeeld in verband met maatschappelijk verantwoord ondernemen, druk worden uitgeoefend door consumentenorganisaties, NGO's of investeerders.³⁷ Dan kan (de dreiging van) reputatieschade bij bedrijven ontstaan door het niet naleven van internationale private regulering.³⁸ U kent wellicht de krantenberichten over schending van regels op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Verder kan private handhaving plaatsvinden door het vragen van nakoming van overeenkomsten waarin de naleving van private regulering is overeengekomen.³⁹ Ten slotte kunnen ook overheden, bijvoorbeeld in het kader van het aanbestedingsrecht, de naleving van private regulering handhaven. Tegenwoordig worden in veel aanbestedingen eisen gesteld op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Duidelijk is in ieder geval dat de effectiviteit van internationale private regulering mede wordt bepaald door de mogelijkheden van private handhaving.⁴⁰ Voor het vaststellen van de effectiviteit van private handhaving van internationale private regulering kan men denken aan de volgende, uit het hiervoor gezegde voortvloeiende, indicatoren:⁴¹

- (i) er bestaat een toezichthoudend orgaan dat ten opzichte van de gereguleerden maatregelen kan treffen,
- (ii) het toezichthoudend orgaan beheerst de toegang tot een schaars goed, zoals bepaalde voorzieningen,⁴²
- (iii) er bestaat een serieuze (dreiging met) contractuele handhaving van gemaakte afspraken, en
- (iv) er bestaat een effectief mechanisme voor het indienen van klachten over niet naleving en voor geschillenbeslechting.⁴³

overeenstemming is met de Wbp. De mededingingsautoriteiten zouden een vergelijkbare procedure kunnen volgen bij de toetsing van de gemaakte afspraken.

³⁶ C. Scott, F. Caffaggi and L. Senden, *Journal of Law and Society* 2011, p. 12.

³⁷ C. Scott, F. Caffaggi and L. Senden, *Journal of Law and Society* 2011, p. 10; J.G.S. Kopell, *World Rule*, p. 61. Kopell geeft een aantal voorbeelden waarin NGO's succesvol zijn geweest in private handhaving.

³⁸ Vergelijk daaromtrent bijvoorbeeld J. van Erp, In: *Gedrag en privaatrecht*, p. 165-167.

³⁹ D. Casey and C. Scott, *Journal of Law and Society* 2011, p. 83.

⁴⁰ Vergelijk ook I. Giesen, *Preadvies NJV* 2007, p. 106 en 137-141.

⁴¹ Deze indicatoren zijn overigens niet uitputtend bedoeld. Nader onderzoek kan nog andere opleveren. Soms kan publieke handhaving van internationale private regulering soelaas bieden wanneer internationale private regulering minder effectief is, bijvoorbeeld indien de private regulering is verankerd in wetgeving, maar zeker in internationaal verband is dat veelal evenmin effectief. Er zal dan bovendien afstemming tussen verschillende nationale rechters nodig zijn. Zie F. Caffaggi, *Journal of Law and Society* 2011, p. 49. Vergelijk L.F.H. Enneking, I. Giesen, M.J.C. van der Heijden, T.E. Lambooy, M.L. Lennarts & Y. Visser, *NJCM-Bull* 2011, p. 542 e.v. Daarnaast rijzen in dat geval samenloopproblemen als eveneens private handhaving plaatsvindt. Zie daarover ook I. Giesen, *Preadvies* 2007, p. 141.

⁴² Vergelijk J.G.S. Kopell, *World Rule*, p. 62; M. Oude Vrielink, *Wanneer is zelfregulering een effectieve aanvulling op overheidsregulering?*, In: *Recht van onderop: antwoorden uit de rechtssociologie*, M. Hertogh (red.), Nijmegen 2011, p. 70-73; C. Scott, F. Caffaggi and L. Senden, *Journal of Law and Society* 2011, p. 7. Daarnaast wordt nog genoemd het gezichtspunt dat het gaat om kleinere groepen met gelijklopende belangen en een hoge organisatiegraad. Dat gezichtspunt ziet mijns inziens echter meer op de acceptatie van de normen en dus op het hierna te bespreken sociologische perspectief. Dat neemt niet weg dat handhaving in een dergelijke situatie wel beter valt te organiseren.

Ik kom dan, zoals gezegd, toe aan de toetsing van de twee door mij genoemde voorbeelden, de OECD guidelines en het Global Compact, aan deze indicatoren. De OECD guidelines voldoen in beperkte mate aan gezichtspunt (i). Er kan bij de National Contact Points (NCP's) van de OECD landen waarin een onderneming is gevestigd worden geklaagd over schending van deze guidelines.⁴⁴ Het NCP kan, als tussen de klager en de betrokken onderneming geen oplossing wordt gevonden, een publieke verklaring afgeven of de klacht gegrond is. De OECD guidelines voldoen niet aan gezichtspunten (ii) en (iii). Er wordt geen toegang tot een schaars goed geboden en contractuele handhaving is in beginsel evenmin mogelijk.⁴⁵ Er wordt wel voldaan aan gezichtspunt (iv) in de zin dat de mogelijkheid bestaat om klachten in te dienen bij het NCP en het NCP als bemiddelaar kan optreden in een conflict tussen een klager en een onderneming.⁴⁶

Het Global Compact voldoet in zeer beperkte mate aan gezichtspunt (i) omdat de bedrijven die aangesloten zijn bij het Global Compact daar uit kunnen worden gezet als zij zich evident niet aan de tien beginselen houden. Dat is in de praktijk echter lastig aan te tonen, gelet op de algemene formulering van deze beginselen, zodat deze sanctie feitelijk weinig wordt toegepast. Het Global Compact voldoet niet aan de gezichtspunten (ii)-(iv). Er wordt geen toegang geboden tot een schaars goed, er is geen contractuele handhaving mogelijk en er bestaat evenmin een mechanisme voor het indienen van klachten of voor geschilbeslechting.

Beide initiatieven zijn dus vanuit handhavingsperspectief niet bijster effectief.

5. Economisch perspectief

Vanuit een economisch perspectief is interessant of internationale private regulering effectief is in de zin dat deze bijdraagt aan een vermeerdering van de (economische) welvaart van ondernemingen, burgers en de maatschappij als geheel of aan de vermindering van maatschappelijke kosten.⁴⁷ De beantwoording van die vraag kent een aantal facetten. Zo zal de wijze waarop toename van welvaart of een afname van kosten kan worden vastgesteld, verschillen al naar gelang de soort private

⁴³ Zie in verband met maatschappelijk verantwoord ondernemen de Mededeling van de Europese Commissie over maatschappelijk verantwoord ondernemen van 25 oktober 2011, COM(2011) 681, p. 10. In het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen lijken in internationaal verband alternatieve vormen van geschillenbeslechting vaak effectiever te zijn. Daarbij kan bovendien worden gedacht aan oplossingen die conflicten voorkomen. Vergelijk in verband met geschillenbeslechting ook I. Giesen, Preadvies 2007, p. 138 en 139.

⁴⁴ Probleem is daarbij wel dat lang niet alle OECD landen (gemakkelijk te vinden) NCP's hebben. Bijvoorbeeld Nederland en Engeland hebben echter een duidelijk zichtbare en actieve NCP.

⁴⁵ Dat kan anders worden indien tussen bijvoorbeeld ondernemingen wordt overeengekomen dat de OECD guidelines in acht worden genomen.

⁴⁶ Er wordt overigens getwijfeld aan de effectiviteit van dit geschilbeslechtingsinstrument, bijvoorbeeld omdat de NCP's (behalve in Nederland en Engeland) niet onafhankelijk van de overheid functioneren (die ook belangen kan hebben in het geschil) en omdat de wijze waarop geschillen worden beslecht nogal uiteenloopt tussen de NCP's in verschillende landen.

⁴⁷ Zie over economische analyses van het recht en de ratio daarvan bijvoorbeeld M.G. Faure, WPNR 6912 (2011), p. 1056-1064.

regulering.⁴⁸ Het maakt verschil of (i) private regulering op het terrein van biodiversiteit, (ii) het voorkomen van schade aan lokale gemeenschappen in een gebied waar een mijnbouwonderneming actief is of (iii) technische standaardisering wordt onderzocht. Op deze drie terreinen zijn andere belanghebbenden en andere economische aspecten van belang. Daarnaast speelt een rol of men een economische analyse op macro of op micro niveau wil maken.

Voor deze economische analyse kunnen wellicht inzichten worden ontleend aan economisch onderzoek naar overheidsregulering. Economisch onderzoek naar overheidsregulering vindt al geruime tijd plaats. Zo is in het kader van het Better regulation framework van de Europese Commissie onderzoek naar de economische gevolgen van regelgeving gedaan.⁴⁹ Op economisch terrein worden zowel de impact op macro- als op micro-economisch niveau onderzocht, meestal door te kijken naar (a) economische groei, (b) concurrentie- en innovatievermogen, (c) veranderingen in investeringen, (d) marktaandelen en consumentenprijzen en (e) de handhavings- en implementatiekosten voor de overheid.⁵⁰ Deze complexe impact assessment van de Europese Commissie is echter niet openbaar en leverde veelal ook geen heldere economische analyse op van toekomstige EU-regelgeving.⁵¹ In andere landen, bijvoorbeeld de VS, wordt voor een eenvoudiger methode gekozen aan de hand van een kosten-baten analyse op macro niveau van regelgeving.⁵²

Een kosten-baten analyse van regulering is een van de gezichtspunten voor onderzoek. Verder is de vraag of nuttige inzichten, en zo ja, welke, kunnen worden ontleend aan het onderzoek naar de economische effecten van overheidsregulering.⁵³

Zo zou men, net als bij overheidsregulering gebeurt, in verband met de economische gevolgen van internationale private regulering op macro niveau kunnen kijken naar economische groei, bijvoorbeeld aan de hand van het bruto nationaal product (BNP). Dat heeft de Franse organisatie

⁴⁸ Vanuit de klassieke economische benadering van Coase en de Chicago School of Law and Economics is dat uitgangspunt overigens onjuist. Hun uitgangspunt is dat een markt via onderhandelingen tussen goed geïnformeerde partijen altijd in staat is een efficiënte oplossing te bereiken (dus zonder regulering). Zie daarover M.G. Faure, WPNR 6912 (2011), p. 1057. Later is echter het inzicht gegroeid dat het ook nuttig is de economische consequenties van rechtsregels te onderzoeken. Zie M.G. Faure, WPNR 6912 (2011), p. 1057 en 1058.

⁴⁹ Dit framework dateert van 2002. Zie daarover bijvoorbeeld A. Renda, *Law and economics in the RIA World*, diss. Rotterdam 2011, p. 46 e.v. Zie verder de Mededeling van de Europese Commissie over Smart Regulation in the European Union van 8 oktober 2010 COM (2010), 543; A. Alemanno, *A meeting of minds on impact assessment*, *European Public Law* 2011, p. 485 e.v.; A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2008.

⁵⁰ Andrea Renda, *Law and economics in the RIA world*, p. 56.

⁵¹ Andrea Renda, *Law and economics in the RIA world*, p. 48 and 52.

⁵² Bij die analyse maakt men gebruik van het standaard kosten model voor het meten van de afname van bestuurlijke lasten. Zie Andrea Renda, *Law and economics in the RIA world*, p. 48 and 82. Daar wordt deze analyse echter alleen toegepast ten aanzien van materiële wetgeving. Zie Andrea Renda, *Law and economics in the RIA world*, p. 147 en 148. Op deze methode wordt de nodige kritiek geuit omdat onvoldoende rekening wordt gehouden met menselijk gedrag. Zie Andrea Renda, *Law and economics in the RIA world*, p. 102, 112 en 130-135. Daarnaast lijkt deze methode uit het oog te verliezen dat regelgeving ook baten kan hebben los van de afname van bestuurlijke lasten.

⁵³ Zo is er in de VS op gewezen dat belangengroeperingen aanzienlijke invloed op regelgeving kunnen hebben bijvoorbeeld omdat in hun belang een markt wordt afgeschermd (hetgeen uiteraard inefficiënt is) en politici bereid zijn daaraan hun medewerking te verlenen in ruil voor herverkiezing. Zie daarover M.G. Faure, WPNR 6912 (2011), p. 1059. Niet ondenkbaar is dat dergelijke effecten (en wellicht zelfs in versterkte mate) ook optreden bij internationale private regulering.

voor standaardisatie, AFNOR, gedaan in verband met de directe gevolgen van standaardisering. Uit dat onderzoek blijkt dat standaardisering voor 25% bijdraagt aan de groei van het Franse BNP.⁵⁴

Ten aanzien van de OECD guidelines en het Global Compact zou kunnen worden onderzocht wat de macro-economische effecten zijn in een bepaald land van deze internationale private regulering. Dat kan door te bezien welke economische impact multinationale ondernemingen in dat land hebben voordat deze regulering in acht werd genomen en (enige tijd) daarna.⁵⁵

Het uitvoeren van dergelijk onderzoek is echter veelal kostbaar en de uitkomsten zijn enigszins speculatief omdat wordt gewerkt met veel aannames. Het levert voor ondernemingen bovendien weinig inzicht op in de vraag of internationale private regulering voor hen in economische zin gunstig is. Daarvoor is een micro-economische benadering noodzakelijk.

Op micro niveau is onderzocht of standaardisatie bijdraagt aan de winstgevendheid van een onderneming. Voor (technische) standaardisatie is een economisch model ontwikkeld om vast te stellen wat de economische gevolgen zijn van standaardisering voor een bepaalde onderneming.⁵⁶ Dit model neemt de toegevoegde waarde in de keten van activiteiten van de onderneming tot uitgangspunt.⁵⁷ Daarvoor wordt deze keten van activiteiten verdeeld in een aantal wezenlijke functies van de onderneming. Vervolgens wordt bezien wat deze functies bijdragen aan de omzet van de onderneming en welke standaarden worden gebruikt. Daarna wordt onderzocht wat de invloed is van de standaard op deze functies, bijvoorbeeld doordat (a) tijd wordt bespaard bij het onderwerpen van een product, (b) doordat lagere kosten voor inkoop behoeven te worden gemaakt en (c) doordat de verkoop is toegenomen. Bij sommige ondernemingen blijken standaarden op meer dan 90 manieren mogelijke invloed uit te oefenen op het functioneren van de onderneming. Vervolgens moeten operationele indicatoren worden vastgesteld, bijvoorbeeld (i) hoeveel manuur nodig is om een bepaalde taak uit te voeren, (ii) de kosten van materialen en processen, (iii) het percentage fouten en (iv) de klanttevredenheid. Bepaald wordt dan welke kwantitatieve invloed het gebruik van standaarden heeft op deze operationele indicatoren. Dat gebeurt bijvoorbeeld doordat kosten worden bespaard bij de inkoop van materiaal, omdat minder manuren worden gemaakt bij

⁵⁴ Zie ISO focus juni 2010, p. 17 en 18, te raadplegen op <http://digital.iso.org/Olive/ODE/ISO-Focus-Plus-Org/?href=ISOFP/2010/06/01>. Daarbij verdient opmerking dat de belangrijkste bron van groei in Frankrijk technologische vooruitgang is. Vergelijkbaar onderzoek op verzoek van de Engelse regering leverde een groei op van € 2,5 miljard en een groei van arbeidsproductiviteit van 13% en ook in Duitsland werd een groei van € 16 miljard gevonden. Zie Report of the expert panel for the review of the European standardization system, Standardisation for a competitive and innovative Europe: a vision for 2020, http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/files/express/exp_384_express_report_final_distrib_en.pdf, p. 29.

⁵⁵ Daarvoor is van belang dat economisch onderzoek wordt gedaan naar de economische impact van activiteiten van internationale bedrijven in bepaalde landen.

⁵⁶ Standaardisatie kan overigens ook een (financiële) keerzijde hebben omdat het voldoen aan standaarden voor kleine ondernemingen zeer kostbaar kan zijn en daarmee het marktaandeel van grote ondernemingen kan vergroten. Ook kan het een barrière vormen voor de toetreding van nieuwe technologieën. Zie bijvoorbeeld F. Caffaggi, Journal of Law and Society 2011, p. 30; I. Maher, Journal of Law and Society 2011, p. 134; A. Overmars, Bestuurswetenschappen 2011, p. 22.

⁵⁷ Zie over dit model ISO-focus juni 2010, p. 11, 13, 15 en 32. Daarbij zijn verschillende soorten ondernemingen, zowel qua activiteiten als qua omvang, op verschillende locaties onderzocht.

het ontwerpen van producten of omdat producten goedkoper kunnen worden geproduceerd.⁵⁸ De winst voor belastingen kan dan worden gebruikt om de toegevoegde waarde/winst te berekenen.

Deze benadering is bij (technische) standaardisering goed te gebruiken. In feite gaat het om de geaggregeerde kosten en geaggregeerde opbrengst met en zonder het gebruikmaken van een standaard. Hoewel onderzoek naar de effecten van standaardisering de nodige kosten met zich brengt, wordt dit regelmatig uitgevoerd. Voor standaardisering lijkt het zojuist beschreven economische model dus werkbaar en nuttig.

De vraag rijst of deze methode van het meten van de economische voordelen ook werkbaar is op andere terreinen van internationale private regulering, zoals het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Dat is niet zonder meer het geval. Daarbij speelt een rol dat technische processen in een onderneming een duidelijk afgebakend geheel vormen en de negatieve externe effecten daarvan niet in hoge mate worden beïnvloed door standaardisering. Dat is anders bij maatschappelijk verantwoord ondernemen. Zo is denkbaar dat een bepaalde strategie voor een onderneming profijtelijk is, maar negatieve externe gevolgen heeft, bijvoorbeeld voor consumenten, lokale gemeenschappen of het milieu. Daarnaast ligt er vaak langere tijd tussen het winnen van de grondstoffen benodigd voor een bepaald product en de uiteindelijke levering van het eindproduct. Het gaat dan niet om duidelijk afgebakende processen, maar om een keten van activiteiten van verschillende ondernemingen. Bovendien duurt het vaak langer om maatschappelijk verantwoord ondernemen vorm te geven in de hele keten en zijn de gevolgen op korte termijn daarom minder zichtbaar. Daarnaast is de toe of afname van de winst van een onderneming op langere termijn van veel factoren afhankelijk, zodat ook daarom de voordelen van maatschappelijk verantwoord ondernemen minder makkelijk vallen te meten. Toch heeft economisch onderzoek laten zien dat maatschappelijk verantwoord ondernemen voor ondernemingen en lokale gemeenschappen profijtelijk kan zijn en bovendien goed voor het milieu.⁵⁹

De vraag is dus hoe op dit terrein aanknopingspunten voor een micro economische benadering kunnen worden gevonden. Er bestaan veel verschillende methoden om effecten van maatschappelijk verantwoord ondernemen op een onderneming te meten.⁶⁰ Wellicht dat (onder meer) het Global

⁵⁸ Bij dit onderzoek bleek de winst door toegenomen marktaandeelen die van de kostenreductie te overtreffen. Zie ISO-focus juni 2010, p. 33. Bij 66% van de onderzochte ondernemingen werd een toename van de winst geconstateerd. Zie ISO-focus juni 2010, p. 17. In onderzoek is in dat verband een afname vastgesteld van administratieve lasten, een reductie van kosten, een betere samenwerking met leveranciers en een verbetering van de veiligheid met de daarbij behorende kostenreductie. Zie I. Maher, *Competition law and transnational private regulatory regimes: marking the cartel boundary*, *Journal of Law and Society* 2011, p. 134; Report of the expert panel for the review of the European standardization system, p. 19. Specifiek onderzoek naar de ISO 27001 en 27002 standaard voor informatiebeveiliging heeft aangetoond dat een verhoogd vertrouwen van afnemers leidt tot grotere omzetten en kostenreductie, onder meer doordat minder incidenten optreden. Zie R. van Wessel, X. Yang and H.J. de Vries, *Technology Analysis & Strategic Management* Routledge: London 2011, p. 867 en 872.

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld R.G. Eccles, I. Ioannou en G. Serafeim, *The Impact of Corporate Culture of Sustainability on Corporate Behaviour and Performance*, Working Paper 12-035, 25 november 2011, te vinden op www.hbs.edu/research/pdf/12-035.pdf. Zie verder M.E. Porter en M.R. Kramer, *Harvard Business Review* 2011, p. 3-17, die overigens vooral het idee van het creëren van gedeelde winst ('shared value') promoten.

⁶⁰ Het is ondoenlijk hier alle methoden te noemen, laat staan na te gaan. Er moet nader onderzoek worden verricht om te kunnen vaststellen welke methoden het meest bruikbaar zijn. Een hulpmiddel is de software SimaPro, die gebruik maakt van deze methoden en kan berekenen wat de consequenties zijn voor het

Reporting Initiative hier een rol kan spelen.⁶¹ De gedachte achter dit initiatief is dat in de verslaglegging van ondernemingen transparant wordt gemaakt wat zij op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen doen.⁶² De ondernemingen die deelnemen aan dit initiatief dienen specifieke financiële en kwalitatieve gegevens te verstrekken over het milieu-, economische en sociale profiel van de onderneming. Zo dient in verband met het milieu te worden aangegeven (i) wat het gebruik van energie, water en materialen is per miljoen dollar omzet, (ii) de emissies, (iii) het afvalverwerkingsprofiel, (iv) de milieubelastendheid van de producten en diensten, (v) de milieuprestaties van de leveranciers en (vi) de effecten op het gebruik van land en de biodiversiteit.⁶³ Dit initiatief kan dus worden gebruikt om te bezien wat de economische consequenties zijn voor een onderneming van internationale private regulering op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Dat kan door de gevolgen van deze regulering voor en na de implementatie ervan te bezien. Daarbij heeft het initiatief het voordeel dat, anders dan bij het model voor standaardisatie, niet alleen wordt gekeken naar de toegevoegde waarde voor de onderneming, maar ook naar de effecten voor het milieu en derden. De transparante wijze waarop dat gebeurt, heeft bovendien het voordeel dat dit voor derden buiten de onderneming kenbaar is. Daarom kunnen deze gegevens gemakkelijker worden gebruikt voor onderzoek.

Nadeel van deze benadering is dat ondernemingen vaak aan veel initiatieven op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen deelnemen. Daarmee valt lastiger te meten wat het effect is van een specifiek initiatief. Toch is dat deels wel mogelijk omdat verschillende initiatieven zich kunnen richten op verschillende aspecten van de onderneming. Door te bezien wat de economische gevolgen voor dat aspect zijn, kan een indicatie worden verkregen van de economische gevolgen van private regulering. Nader onderzoek is nodig om te kunnen vaststellen of en, zo ja, in welke mate dat in een economisch model hanteerbaar kan worden gemaakt en welke gemakkelijk toegankelijke indicatoren daarvoor het meest geschikt zijn.⁶⁴

Ten aanzien van de OECD guidelines en het Global Compact zou aan de hand van een dergelijk model dus kunnen worden onderzocht of de kosten (i) van het naleven van deze regulering voor bedrijven, (ii) voor lokale gemeenschappen waarin die bedrijven opereren, (iii) voor afnemers, (iv) voor

milieu, klimaat en gezondheid van de productie van een bedrijf en de daarbij gemaakte keuzes. Zie voor een demo van deze software www.pre-sustainability.com/download/Webdemo/SimaPro_7_Introduction.htm.

⁶¹ Zie www.globalreporting.org en daarover bijvoorbeeld C.A. Williams, *International law and politics*, vol. 36, 2004, p. 471-477. Vergelijk verder bijvoorbeeld het Sustainability Measurement & Reporting System (SMRS), een wereldwijd platform, dat een applicatie bevat waarmee per bedrijfstak kan worden onderzocht wat de effecten zijn op klimaat, grondstoffen, gezondheid, watergebruik en ecosysteem. Zie www.sustainabilityconsortium.org/open-io/use-the-model. Ook op www.earthster.org is software te vinden die de milieu-impact van bepaalde bedrijfstakken transparant maakt.

⁶² Het initiatief gaat overigens verder dan de verslaglegging alleen. Het ziet ook op de strategie van een onderneming en het actief betrekken van belanghebbenden in het proces, mede ter voorkoming van conflicten.

⁶³ Verder zijn voor specifieke bedrijfstakken formats ontwikkeld voor de verslaglegging. De economische indicatoren van het initiatief richten zich vooral op het meten van geldstromen tussen de onderneming en de afnemers, leveranciers, werknemers, investeerders en de overheid. De sociale indicatoren, die bijvoorbeeld zien op diversiteit, arbeidsomstandigheden en veiligheid, zijn echter nog minder ver ontwikkeld, evenals specifieke indicatoren voor het naleven van mensenrechten.

⁶⁴ In dat verband moet bijvoorbeeld worden bezien of de kosten van het naleven van private regulering, zoals gedragsregels, voldoende zichtbaar kunnen worden gemaakt. Veelal wordt het naleven van gedragsregels zo verweven geacht met de dagelijkse bedrijfsvoering dat de kosten daarvan niet afzonderlijk zichtbaar zijn. Zie bijvoorbeeld M. Oude Vrielink, In: *Recht van onderop*, p. 69.

leveranciers en (v) voor het milieu, de baten ervan niet overtreffen. Daarnaast zou moeten worden gezien of het naleven van deze regulering voor de genoemde subjecten in economische zin meer oplevert dan het niet naleven ervan.

Voor het meten van de effectiviteit van internationale private regulering is een zuiver economische benadering echter niet toereikend. Anders dan in de (klassieke) economische benadering tot uitgangspunt wordt genomen, worden menselijke beslissingen niet alleen gebaseerd op een economische analyse van de situatie, maar ook op andere overwegingen en misvattingen.⁶⁵ Daarom moet regulering bijvoorbeeld helpen deze misvattingen te verminderen.⁶⁶ Ook acceptatie ervan is van belang. Een zuiver economische benadering, bijvoorbeeld gebaseerd op Pareto-efficiëntie, waarin de optimale situatie wordt bereikt als de geaggregeerde rijkdom binnen een bepaalde groep toeneemt, doet aan de acceptatie van normen onvoldoende recht.⁶⁷ Met Pareto-efficiëntie is immers niets gezegd over de vraag hoe de rijkdom binnen deze groep is verdeeld.⁶⁸ Bovendien wordt het welvaren van een individu veelal afgemeten aan de relatieve in plaats van de absolute rijkdom.⁶⁹ Zo voelt iemand die € 50.000 per jaar verdient in een onderneming waar iedereen hetzelfde krijgt zich rijker dan iemand die € 60.000 verdient in een onderneming waar de anderen € 80.000 verdienen. Wanneer door internationale private regulering (bijvoorbeeld op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen) het inkomen per hoofd van een lokale gemeenschap per maand met \$ 5 toeneemt, maakt het voor de acceptatie ervan dus verschil of het gaat om een lokale gemeenschap in Nigeria of in Canada.

Er is dus meer nodig om de effectiviteit van internationale private regulering te bepalen dan een economische benadering alleen.⁷⁰ Voor acceptatie van normen is de sociologische benadering van belang.⁷¹ Bij het uit de weg ruimen van misvattingen met name de psychologische. Beide komen hierna aan de orde.

6. Sociologisch perspectief

Vanuit een sociologisch perspectief is van belang of en waarom internationale private regulering binnen een bepaalde groep wordt geaccepteerd. Uit onderzoek blijkt dat de naleving van regulering

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld Andrea Renda, *Law and economics in the RIA world*, p. 110 and 111.

⁶⁶ C. Jolls, *Behavioural law and economics*, In: Diamond, Hannu, Vartiainen and Jahnssonin (red.), *Behavioural economics and its application*, Princeton University Press 2007, p. 34 en 35.

⁶⁷ Andrea Renda, *Law and economics in the RIA world*, p. 117, 118 en 126.

⁶⁸ Vergelijk Andrea Renda, *Law and economics in the RIA world*, p. 122. In de rechtseconomie wordt daarom tegenwoordig niet meer alleen uitgegaan van een zo groot mogelijke efficiëntie. Bovendien kunnen de economische gevolgen van een bepaalde gewenste herverdeling inzichtelijk worden gemaakt. Zie M.G. Faure, *WPNR 6912 (2011)*, p. 1061.

⁶⁹ Andrea Renda, *Law and economics in the RIA world*, p. 118 en 125.

⁷⁰ In de rechtseconomie wordt ook onderkend dat menselijk gedrag van invloed kan zijn en dus bij de economische analyse niet uit het oog mag worden verloren. Zie bijvoorbeeld M.G. Faure, *WPNR 6912 (2011)*, p. 1061 en 1062. Vergelijk J. Klick, *The Empirical Revolution in Law and Economics*, Oratie Rotterdam 2011, Den Haag 2011, p. 23 e.v.

⁷¹ Deze is, zoals gezegd, ook van belang voor het vinden van alternatieve vormen van legitimatie voor internationale private regulering. Daarnaast valt te denken aan de sociale psychologie en de politicologie waarbinnen groepsgedrag en acceptatie van normen evenzeer onderwerp van onderzoek is.

niet alleen afhangt van het gelden daarvan of van mogelijkheden voor handhaving, maar ook van sociale acceptatie binnen een bepaalde groep.⁷²

Voor acceptatie van private regulering is van belang dat draagvlak bestaat voor de regulering vanuit de geregeerden en dat zij een gedeelde visie hebben op het te reguleren onderwerp.⁷³ Hoe groter het draagvlak voor de inhoud en vorm van de regulering binnen een bepaalde groep, zoals een bepaalde branche, hoe hoger de acceptatiegraad.

Voor het bestaan van draagvlak binnen een bepaalde groep is van belang (a) of de groep betrokken is geweest bij de totstandkoming van de private regulering, of (b) deze binnen de groep is verspreid, (c) bekend is, (d) wordt toegepast en (e) de wijze waarop deze wordt overgebracht.⁷⁴ Zo kan een informatie campagne gericht op de groep en het verzorgen van trainingen daaraan bijdragen. Het is daarbij van belang dat niet alleen de inhoud van de norm wordt uiteengezet, maar ook de achtergrond en het doel van de regulering. Daarbij zou voor het organiseren van betrokkenheid van belanghebbenden van inspraakprocedures in het bestuursrecht kunnen worden geleerd.⁷⁵ Wel heeft private regulering het voordeel dat dit van een groep zelf afkomstig kan zijn en daarmee eerder wordt geaccepteerd dan overheidsregulering.⁷⁶

Verder kan externe druk van belang zijn voor het creëren van draagvlak. NGO's, consumenten of andere ondernemingen kunnen de acceptatie van internationale private regulering vergroten.⁷⁷ Zo kunnen contracten met leveranciers in andere landen er aan bijdragen dat private regulering, bijvoorbeeld op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen, binnen die groep bekend en geaccepteerd wordt.

Aan de acceptatie van private regulering binnen een groep kan verder bijdragen dat:⁷⁸

- (i) sprake is van convergerende belangen,
- (ii) een traditie bestaat van zelfregulering,

⁷² D. Casey and C. Scott, *Journal of Law and Society* 2011, p. 81, 82 en 86; A. Overmars, *Bestuurswetenschappen* 2011, p. 19.

⁷³ D. Casey and C. Scott, *Journal of Law and Society* 2011, p. 79; M. Oude Vrielink, In: *Recht van onderop*, p. 72; A. Overmars, *Bestuurswetenschappen* 2011, p. 20.

⁷⁴ D. Casey and C. Scott, *Journal of Law and Society* 2011, p. 82, 91 en 92.

⁷⁵ Een mooi voorbeeld vormt art. 25 Wbp op grond waarvan het CBP de bevoegdheid heeft om bij besluit vast te stellen of een door private partijen opgestelde gedragscode ten aanzien van de bescherming van persoonsgegevens in overeenstemming is met de Wbp. Op grond van dit artikel dient dit besluit te worden voorbereid met de voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4 Awb, waardoor belanghebbenden hun zienswijze kunnen geven op het besluit en daarmee op de gedragscode. Ook in de Verenigde Staten wordt bij de voorbereiding van materiële regelgeving met een vorm van inspraak gewerkt die nuttige gezichtspunten kan verschaffen voor het organiseren van inspraak. Vergelijk ook I. Giesen, *Preadvies NJV* 2007, p. 149.

⁷⁶ Wanneer binnen de groep een bepaalde instantie de regels opstelt (en handhaaft), kan de legitimiteit van een dergelijke organisatie (in sociologische zin) op verschillende manieren worden verklaard, bijvoorbeeld omdat die al lang bestaat, een gezamenlijk belang behartigt of vanwege een staat van dienst op een bepaald terrein. Zie J.G.S. Kopell, *World Rule*, p. 44-54.

⁷⁷ Vergelijk D. Casey and C. Scott, *Journal of Law and Society* 2011, p. 79 en 86; M. Oude Vrielink, In: *Recht van onderop*, p. 72.

⁷⁸ D. Casey and C. Scott, *Journal of Law and Society* 2011, p. 89; M. Oude Vrielink, In: *Recht van onderop*, p. 72; A. Overmars, *Bestuurswetenschappen* 2011, p. 20. Dit blijkt ook uit onderzoek naar de Duitse regels voor corporate governance. Zie P. Zumbansen, *Journal of Law and Society* 2011, p. 70 en 71.

- (iii) de inpasbaarheid van de private regulering in de bedrijfsvoering van de groep,
- (iv) een eigen belang bij de regulering,
- (v) bereidheid tot samenwerking, en
- (vi) een stabiele groep en niet te snelle veranderingen.

Acceptatie is een vorm van legitimatie in sociologische zin.⁷⁹ Deels kan het probleem van democratische legitimatie van internationale private regulering dus worden opgevangen door legitimatie in sociologische zin. Als de private regulerende instantie in staat is de leden van de groep te committeren aan de normen (acceptatie), bestaat er in zoverre legitimatie voor deze regulering.⁸⁰ Dat geldt zeker voor zover ook andere belanghebbenden bij het opstellen van de regulering zijn betrokken.⁸¹

Voor zowel de OECD guidelines als het Global Compact geldt dat deze niet zijn opgesteld door de multinationale ondernemingen waarvoor zij bedoeld zijn. Deze regulering is afkomstig van de overheden die betrokken zijn bij de OECD en van de VN. Wel is daarover met het bedrijfsleven en NGO's overleg gevoerd. Daarnaast geldt voor de OECD guidelines dat in de uitvoerige toelichting daarop is uiteengezet wat de achtergrond en het doel is van deze regels. Verder worden beide initiatieven op uitgebreide schaal publiekelijk gecommuniceerd, bij de Global Compact onder meer door het organiseren van internationale bijeenkomsten. Er wordt dus bij beide initiatieven ten aanzien van het creëren van draagvlak redelijk effectief gehandeld.

Ten aanzien van de overige indicatoren is sprake van een wisselend beeld. Vier wijzen op minder grote effectiviteit en twee op effectiviteit. Er is bij beide initiatieven geen sprake van (i) convergerende belangen omdat het gaat om het bedrijfsleven maar bijvoorbeeld ook lokale gemeenschappen, er bestaat (ii) een beperkte traditie van zelfregulering omdat het gaat om van oudsher publieke belangen die in het verleden vooral door overheden werden behartigd en (iii) de inpasbaarheid in de bedrijfsvoering is niet gemakkelijk.⁸² Ook is zeker niet op alle terreinen van maatschappelijk verantwoord ondernemen waarop deze initiatieven zien (vi) sprake van een stabiele groep en niet te snelle veranderingen. De groepen kunnen wisselen en er kan ook, bijvoorbeeld op milieugebied, sprake zijn van snelle veranderingen. Wel bestaat er voor de deelnemende bedrijven (iv) een eigen belang bij de regulering en bestaat op een aantal terreinen,⁸³ zoals bij de mijnbouw- en

⁷⁹ Vergelijk D. Casey and C. Scott, *Journal of Law and Society* 2011, p. 88; P. Zumbansen, *Journal of Law and Society* 2011, p. 70.

⁸⁰ Vergelijk Lord Lloyd of Hampstead en M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, p. 411. Acceptatie gebaseerd op beloning of dwang is, zeker bij private regulering, vaak lastig en weinig effectief. Vergelijk ook T. Tyler, *The psychology of legitimacy: a relational perspective on voluntary deference to authorities* (1997) 1 *Personality and Social Psychology Rev.*, p. 335.

⁸¹ Daarbij moet worden bedacht dat de groep van gereguleerden veel kleiner kan zijn dan bij traditionele overheidsregulering en de traditionele vormen van legitimatie van overheidsregulering (die bestemd zijn voor zeer grote groepen) dan minder voor de hand liggen. Daar komt bij dat, naar hiervoor is uiteengezet, de traditionele democratische legitimatie van overheidsregulering in de huidige maatschappelijke context ook erosie begint te vertonen, mede gelet op de invloed van bijvoorbeeld sociale media.

⁸² Daarbij geldt dat het Global Compact zo algemene beginselen geeft dat daarmee weinig richting wordt gegeven voor de implementatie in de dagelijkse bedrijfsvoering.

⁸³ Dat geldt bijvoorbeeld voor de mijnbouw- en olieindustrie. Zie bijvoorbeeld de *Voluntary Principles for the Extraction Industry* en daarover C.A. Williams, *Civil society initiatives and 'soft law' in the oil and gas*

olie-industrie, (v) de bereidheid tot samenwerken met concurrenten, met name om een level playing field te creëren.⁸⁴

Empirisch onderzoek naar, en dus het vinden van indicatoren voor, acceptatie van normen is echter niet gemakkelijk omdat er geruime tijd ligt tussen het introduceren van de regulering en het moment waarop de effecten vallen waar te nemen. Nu private regulering bovendien niet op zichzelf staat naast bijvoorbeeld overheidsregulering, is het lastiger vast te stellen welke de effecten aan die regulering zijn toe te schrijven.⁸⁵ Te denken valt wel aan het bevragen van relevante organisaties en personen binnen een groep. Dat is echter vaak tijdrovend en kostbaar onderzoek. Hier moet bij voorkeur naar eenvoudiger vast te stellen indicatoren worden gezocht om de acceptatie binnen een groep vast te stellen. In een aantal gevallen, bijvoorbeeld bij standaardisatie, maar ook bij maatschappelijk verantwoord ondernemen, kan een indicatie zijn dat ondernemingen een bepaalde standaard toepassen of een initiatief op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen onderschrijven. Zo is bij het Global Compact openbaar welke bedrijven daaraan deelnemen. Het toepassen van een standaard is naar mijn mening een duidelijke indicatie. Het onderschrijven van een bepaald initiatief op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen is dat minder. Dat sluit immers niet uit dat de regulering niet daadwerkelijk of slechts in beperkte mate wordt nageleefd. Van (daadwerkelijke) acceptatie is dan geen sprake. In die gevallen dient daarom te worden gezien of ook naleving van de regulering plaatsvindt. Een indicator daarvoor kan zijn dat effectieve handhaving plaatsvindt, maar ook in de sociale media en in (publieke) onderzoeken door bijvoorbeeld NGO's kunnen daarvoor aanwijzingen worden gevonden.

Hiervoor is al uiteengezet dat de economische en sociologische benadering alleen niet toereikend zijn om indicatoren te vinden voor de effectiviteit van internationale private regulering. Deze benaderingen houden immers geen rekening met het feit dat de menselijke beslissingen kunnen zijn gebaseerd op misvattingen en met andere beperkingen in de menselijke besluitvorming. Ook daarmee dient effectieve private regulering rekening te houden. Dat brengt mij bij de psychologische component van de effectiviteit van internationale private regulering.

7. Psychologisch perspectief

Dat de menselijke besluitvorming niet geheel vlekkeloos is, zal in ieder geval een aantal van u niet verbazen. Ik zal daarover iets meer zeggen.⁸⁶ Mensen blijken vaak minder rationeel te beslissen dan

industry, *International Law and Politics*, vol. 36, 2004, p. 477-484 en het Model Mining Agreement, dat is te vinden op www.mmdaproject.org/presentations/MMDA1_0_110404Bookletv3.pdf.

⁸⁴ Het is overigens niet zo dat dit zonder meer leidt tot een grotere acceptatie van de OECD guidelines of het Global Compact. Deze bedrijven komen ook met eigen initiatieven, die ik hiervoor bij de vormen van internationale private regulering heb besproken.

⁸⁵ M. Oude Vrielink, In: *Recht van onderop*, p. 69.

⁸⁶ Het gaat hier vooral om de cognitieve (hoe nemen wij beslissingen) en in mindere mate om de sociale psychologie (interactie tussen mensen en de invloed op gedrag). Zie over de rol van psychologie in het recht en hetgeen op dat terrein gebeurt bijvoorbeeld I. Giesen, *WPNR 6912* (2011), p. 1065-1074. Zie ook reeds I. Giesen, *Handle with care*, Oratie Utrecht 2005, Den Haag 2005.

wij denken.⁸⁷ Daarbij is van belang dat door cognitief psychologen twee besluitvormingsprocessen worden onderscheiden, een intuïtief en een bewust proces.⁸⁸ Het intuïtieve proces geschiedt snel, min of meer automatisch en vereist weinig denkkraft.⁸⁹ Het bewuste proces vereist denkkraft, concentratie en het toepassen van hetgeen men heeft geleerd.⁹⁰ Dit proces is langzaam en vereist inspanning. Daarmee is niet gezegd dat het intuïtieve proces steeds tot verkeerde beslissingen leidt. In het dagelijkse leven kunnen wij goede beslissingen nemen aan de hand van vuistregels omdat we niet alles kunnen analyseren.⁹¹ In het recht wordt echter aangenomen dat bewuste beslissingsprocessen tot betere resultaten leiden. Psychologisch onderzoek bij rechters heeft dat uitgewezen.⁹² Dit onderzoek bestond onder meer uit drie vragen. U mag zelf proberen de vragen te beantwoorden binnen de daarvoor gegeven 30 seconden.

Frederick Cognitive Reflection Test⁹³

1) A bat and a ball cost \$1.10 in total. The bat costs \$1.00 more than the ball. How much does the ball cost?

(2) If it takes 5 machines 5 minutes to make 5 widgets, how long would it take 100 machines to make 100 widgets?

(3) In a lake, there is a patch of lily pads. Every day, the patch doubles in size. If it takes 48 days for the patch to cover the entire lake, how long would it take for the patch to cover half of the lake?

⁸⁷ Bijvoorbeeld R.H. Thaler and C.R. Sunstein, *Nudge*, Yale University Press, London 2008, p. 7.

⁸⁸ C. Guthrie, J.J. Rachlinsky en A.J. Wistrich, *Blinking on the bench: how judges decide cases*, *Cornell Law Review* vol. 93 (2007), p. 105, 107 en 108; R.H. Thaler en C.R. Sunstein, *Nudge*, p. 19 en 20; S.B. Pape, *Warnings and Product Liability*, p. 106 en 107.

⁸⁹ Emotionele processen kunnen daarbij een belangrijke rol spelen. Zie over het intuïtieve proces S. Frederick, *Cognitive reflection and decision making*, 19 *J. Econ. Persp.* 2005, p. 25 and 26; S.B. Pape, *Warnings and Product Liability*, p. 170 en 171.

⁹⁰ S. Frederick, *Cognitive reflection and decision making*, 19 *J. Econ. Persp.* 2005, p. 26; D. Kahneman en S. Frederick, *Representativeness revisited: Attribute substitution in intuitive judgement*, In: *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*, 2002, p. 49.

⁹¹ E. Rassin, *De juiste keuze*, In: *Gedrag en privaatrecht*, W.H. van Boom e.a. (red.), Den Haag 2008, p. 68.

⁹² C. Guthrie, J.J. Rachlinsky en A.J. Wistrich, *Cornell Law Review* vol. 93 (2007), p. 106 e.v. *Vergelijk voor beslissingen door anderen dan rechters* I. Giesen, *WPNR* 6912 (2011), p. 1069 en 1070; E. Rassin, In: *Gedrag en privaatrecht*, p. 68 en 69.

⁹³ S. Frederick, *Cognitive Reflection and Decision Making*, 19 *J. Econ Persp.* 31 (2005), p. 27, fig. 1.

1) The ball costs \$0.05.

2) 5 minutes

3) 47 days.

Bij de onderzochte Amerikaanse rechters die door de tijdsdruk veelal intuïtief beslisten, bleek de gemiddelde score 1.23 van de mogelijke 3.⁹⁴

Cognitive Reflection Test Resultaten⁹⁵

Sample (n)	Mean
MIT (61)	2.18
Carnegie Mellom (746)	1.51
Harvard (51)	1.43
Florida judges (192) ⁹⁶	1.23
Michigan/Ann Arbor (1267)	1.18
Bowling Green (52)	0.87
Michigan State (118)	0.79
Toledo (138)	0.57

Ook bewuste besluitvormingsprocessen kunnen echter worden gehinderd door misvattingen en beperkingen in het menselijke beslissingsvermogen. Zo worden gebeurtenissen achteraf meer voorspelbaar geacht dan zij in werkelijkheid zijn (hindsight bias). Zoals u kunt zien in de tabel die de resultaten geeft van een proef waarin aan rechters werd gevraagd of zij de uitkomst van een hoger

⁹⁴ Dat is gelet op de scores van bijvoorbeeld Amerikaanse studenten niet heel verrassend.

⁹⁵ S. Frederick, Cognitive Reflection and Decision Making, 19 J. Econ Persp. 31 (2005), p. 27 en 28.

⁹⁶ C. Guthrie, J.J. Rachlinsky en A.J. Wistrich, Blinking on the bench: how judges decide cases, Cornell Law Review vol. 93 (2007), p. 115.

beroep hadden verwacht. De ene groep was verteld dat in het actuele hoger beroep een lager bedrag was toegekend en de tweede dat de uitspraak in eerste aanleg in hoger beroep was bevestigd. U ziet dat de uitkomst dat de uitspraak werd bevestigd veel waarschijnlijker werd geacht door de groep die was verteld dat dit ook de uitkomst was van het actuele hoger beroep.

Hindsight Bias⁹⁷

	Percent selecting "affirmed" as outcome
Lesser Group (57)	40.4
Affirm Group (54)	81.5

Bovendien willen mensen in beginsel zo veel mogelijk de bestaande situatie handhaven en dus kiezen voor de optie om niets te doen.⁹⁸ Een bekend voorbeeld bij publieke regulering is orgaandonatie. In landen waar bezwaar moet worden gemaakt tegen het donor zijn, is het aantal donoren aanzienlijk hoger dan in landen waar men moet aangeven donor te willen zijn. In het verlengde daarvan kunnen ook teveel keuzemogelijkheden of ingewikkelde keuzes waarvan de effecten zich pas op langere termijn openbaren mensen hinderen bij het maken van de juiste keuzes. In dergelijke gevallen plegen mensen minder goede keuzes te maken, bijvoorbeeld door niet te kiezen of tamelijk willekeurige keuzes te maken.⁹⁹ Wellicht dat websites die mensen helpen keuzes te maken daarom steeds stijgende populariteit genieten. Ook zijn mensen risicomijdend. Het verlies van een bepaald bedrag maakt mensen twee keer zo ongelukkig als het verkrijgen van datzelfde bedrag hen gelukkig maakt.¹⁰⁰

Het voorgaande is van belang bij de beoordeling van de effectiviteit van internationale private regulering. Wil deze tot effectieve uitkomsten leiden, dan moet rekening worden gehouden met de genoemde menselijke onvolkomenheden. Zo moet er bij het opstellen van regulering voor worden gewaakt teveel of te ingewikkelde keuzemogelijkheden te bieden, zeker als de effecten daarvan pas op langere termijn zichtbaar worden en mensen daarmee geen ervaring hebben.¹⁰¹ Ook moet de regulering een goede terugval optie hebben wanneer gereguleerden niets doen.¹⁰² Dat geldt in ieder

⁹⁷ C.Guthrie, J. Rachlinski, A. J. Wistrich, Inside the Judicial Mind, 86 Cornell Law Review 777 (2001), p. 803, fig. 2.

⁹⁸ Dat geldt zelfs als dit in economische zin voor hen ongunstig is. Zie daarover M.-J. van der Heijden, NTBR 2011, p. 431-433; Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, Nudge, p. 8 and 34; I. Giesen, WPNR 6912 (2011), p. 1069.

⁹⁹ Andrea Renda, Law and economics in the RIA world, p. 110; E. Rassin, In: Gedrag en privaatrecht, p. 69-73.

¹⁰⁰ C. Guthrie, J.J. Rachlinsky and A.J. Wistrich, Judicature vol. 86 number 1 (2002), p. 46 en 47; R.H. Thaler and C.R. Sunstein, Nudge, p. 33; I. Giesen, WPNR 6912 (2011), p. 1069; S.B. Pape, Warnings and Product Liability, p. 173; E. Rassin, In: Gedrag en privaatrecht, p. 78.

¹⁰¹ Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, Nudge, p. 75-77.

¹⁰² Verder is belangrijk hoe regelgeving wordt geformuleerd. Zo ook E. Rassin, In: Gedrag en privaatrecht, p. 78 en 79. Zoals uit het vorenstaande blijkt, maakt het verschil of het voordeel dan wel (de afwezigheid van)

geval als de internationale private regulering (mede) keuzemogelijkheden voor individuen betreft. Het geldt wellicht ook indien deze betrekking heeft op keuzemogelijkheden voor bedrijven.¹⁰³ Zo valt niet uit te sluiten dat bedrijven bijvoorbeeld bij het maken van door internationale private regulering voorschreven risico-inventarisaties worden gehinderd door deze beperkingen in het menselijke besluitvormingsproces.¹⁰⁴

Er dient dus op te worden gelet dat internationale private regulering:

(i) het menselijke besluitvormingsproces onderkent en fouten verwacht,

(ii) een (goede) terugvaloptie heeft als gereguleerden niets doen,

(iii) consequenties van keuzes duidelijk maakt,¹⁰⁵ en

(iv) complexe beslissingen structureert, onder meer door daarvoor beperkte keuzemogelijkheden te bieden en te zorgen dat voldoende informatie beschikbaar is om de keuzes te kunnen maken.¹⁰⁶

Het vaststellen of internationale private regulering aan deze indicatoren voldoet, is relatief eenvoudig. Daarvoor is met name de tekst van de internationale private regulering (en de toelichting daarop) nodig.

Zowel de OECD-guidelines als het Global Compact scoren op dit vlak niet goed. Zo bevatten beide initiatieven geen (ii) terugvaloptie. Indien een bedrijf bijvoorbeeld de regels over verantwoord omgaan met het milieu wil implementeren, is onduidelijk welke normen moeten worden geïmplementeerd. Het blijft dus onduidelijk welke normen gelden als niet wordt gekozen.¹⁰⁷ Ook worden (iii) de consequenties van de keuze voor bijvoorbeeld bepaalde milieunormen niet duidelijk gemaakt. Zo wordt niet uitgelegd hoe die moeten worden geïmplementeerd en hoe wordt gemeten of deze normen worden nageleefd. Ook wordt (iv) geen hulpmiddel of informatie geboden die deze keuze vergemakkelijkt en structureert.

nadeel wordt benadrukt. Het benadrukken dat regulering geen verlies oplevert is in dit opzicht effectiever dan het enkele benadrukken dat het voordelen oplevert.

¹⁰³ Daarbij wordt verondersteld dat beslissingen door bedrijven worden gehinderd door dezelfde beperkingen als voor individuen gelden. Nader onderzoek moet uitwijzen of die veronderstelling juist is. Zie over de invloed van de organisatie van een onderneming op het nemen van beslissingen bijvoorbeeld R.S. Kumar and J.E. Stiglitz, Human Fallibility and Economic Organization, *American Economic Review* 1985, Papers & Proceedings 75, p. 293; T. Wu, Intellectual Property, Innovation, and Decentralized Decisions, *Virginia Law Review* 2006, 92, p. 108; L. Franckx en F.P. de Vries, Environmental Liability and Organizational Structure, Energy, Transport and Environment Working Papers 2004 Series 04-01, p. 1-38; D. Besanko, P. Regibeau en K.E. Rockett, A Multi-Task Principal- Agent Approach to Organizational Form, *The Journal of Industrial Economics* 2005 53 (4), p. 437-467. Vergelijk ook M.J. Kroeze, Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen, In: Gedrag en privaatrecht, W.H. van Boom e.a. (red.), Den Haag 2008, p. 424-452.

¹⁰⁴ Te denken valt bijvoorbeeld aan de hindsight bias en de omstandigheid dat mensen risicomijdend zijn.

¹⁰⁵ Zie over dergelijke feedback bij eBay waar een beoordelingssysteem bestaat voor verkopers V. Buskens, *Between Hobbes' Leviathan and Smith's invisible hand*, Oratie Rotterdam 2011, Den Haag 2011, p. 29-34.

¹⁰⁶ Vergelijk voor de noodzaak van volledige informatie en de problemen die in dat verband rijzen bijvoorbeeld W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, Gedrag en Privaatrecht, In: Gedrag en privaatrecht, W.H. van Boom e.a. (red.), Den Haag 2008, p. 25-27.

¹⁰⁷ Een mogelijkheid voor een terugvaloptie zou kunnen zijn dat wereldwijd de normen moeten worden gevolgd van het land (waarin dit bedrijf opereert) die het meest stringent zijn.

8. Conclusie

Ik rond af na deze tour d' horizon langs de juridische, economische, sociologische en psychologische perspectieven op de effectiviteit van internationale private regulering. Ik heb uiteengezet dat een juridische, economische, sociologische of psychologische benadering alleen niet toereikend is voor het vinden van indicatoren die de effectiviteit van internationale private regulering in kaart brengen. Elk van deze benaderingen heeft zijn kwaliteiten, maar kent ook onvolkomenheden. Een geïntegreerde benadering kan de waarde van onderzoek naar de effectiviteit van internationale private regulering vergroten en onvolkomenheden van de individuele disciplines repareren.¹⁰⁸ Hiervoor heb ik een aanzet gegeven voor het vinden van relevante indicatoren vanuit de verschillende perspectieven.

De geïntegreerde benadering zou uit kunnen gaan van het economische model. Daarbij zouden de onvolkomenheden in verband met de acceptatie van normen en het sturen van gedrag kunnen worden opgevangen door het sociologische en psychologische perspectief. Daarnaast moet worden gezien of sprake is van toereikende handhaving om het effectiviteitsbeeld compleet te maken.

Er bestaat echter geen behoefte aan indicatoren die extensief en kostbaar empirisch onderzoek vergen en die bovendien niet openbaar zijn. De indicatoren moeten dus bij voorkeur uit openbare bronnen kunnen worden gedistilleerd of zonder al teveel inspanning kunnen worden verkregen.¹⁰⁹ Hiervoor heb ik aangegeven aan welke bronnen zou kunnen worden gedacht.

9. Woorden van dank

Op dit moment past een enkel woord van dank. Ik dank de Rector Magnificus en het college van bestuur van de Erasmus Universiteit, de Faculteit der Rechtsgeleerdheid en de decaan voor het in mij gestelde vertrouwen.

Ik dank ook Siewert Lindenbergh en Willem van Boom voor hun vertrouwen en de prettige en inspirerende samenwerking. Ik hoop en verwacht dat wij die kunnen voortzetten. Dat geldt ook voor de andere leden van de sectie privaatrecht en de onderzoekers van het BACT en EDLE.

¹⁰⁸ Daarbij is niet ondenkbaar dat de verschillende perspectieven tot verschillende uitkomsten leiden. Bezien moet in dat geval worden welke conclusies daaruit kunnen worden getrokken ten aanzien van de effectiviteit van internationale private regulering. Vergelijk over de mogelijkheid van verschillende uitkomsten ook A.J. Verheij, I. Giesen en W.H. van Boom, In: Gedrag en privaatrecht, p. 602.

¹⁰⁹ Daarbij zou bij het vormgeven van nieuwe internationale private regulering als extra gezichtspunt voor effectiviteit kunnen gelden dat (bepaalde) deelnemers op grond van deze regulering informatie openbaar moeten maken die gebruikt kan worden om aan indicatoren voor effectiviteit van internationale private regulering te toetsen. Dat geldt met name voor de economische en sociologische indicatoren en wellicht (in mindere mate) voor de handhavingsindicatoren. Verder zou dan ook een 'nulmeting' moeten worden voorgeschreven aan de hand van dezelfde informatie, maar voordat de internationale private regulering is geïmplementeerd.

Ik dank mijn kantoor, Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn en de sectie Cassatie, die het mogelijk hebben gemaakt dat ik vandaag mijn ambt in het openbaar aanvaardt. Dat neemt niet weg dat ik ook 'gewoon' cassatieadvocaat blijf en met veel plezier.

Dank ook aan mijn promotor, Jaap Hijma, die mijn eerste schreden op het wetenschappelijke terrein begeleidde.

Dank gaat verder uit naar mijn vrienden en familie, die allen op hun eigen wijze hebben bijgedragen aan wat ik vandaag ben. Dat geldt in het bijzonder ook voor mijn ouders. Jullie hebben mij steeds gestimuleerd de door mij gemaakte keuzes te verwezenlijken. Voor mijn vader geldt bovendien dat wij de familieband ook in geschrifte in ere houden.

En ten slotte Elinore, wat jij voor mij betekent, is veel meer dan in het paar woorden dat mij hier ter beschikking staat, valt uit te drukken. Maar anders dan voor de effectiviteit van private regulering geldt, is dat: onmeetbaar.

Ik rond af met een door mijn promotor ingezette traditie: een slot op rijm.

Na de onverschuldigde betaling,

is de wetenschapper in de praktijk beland,

en heeft aan de cassatie zijn hart verpand.

Maar aan de wetenschap zeker geen maling:

dus op zoek naar een multidisciplinaire fundering,

voor de effectiviteit van private regulering.

Ik heb gezegd.