

Handelspraktijken, reclame en zelfregulering

Pilotstudy

Maatschappelijke Reguleringsinstrumenten

auteurs:

W.H. van Boom

M.G. Faure

N.J. Huls

N.J. Philipsen

**ROTTERDAM INSTITUTE
OF PRIVATE LAW**
Erasmus School of Law
L7-67 PO Box 1738
3000 DR Rotterdam

METRO
Universiteit Maastricht
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Postbus 616
6200 MD Maastricht

**ERASMUS CENTRUM VOOR
RECHT EN SAMENLEVING**
Erasmus School of Law
Postbus 1738
3000 DR Rotterdam



Erasmus Centrum voor Recht
en Samenleving



Ten verzoeken van:

Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
Ministerie van Justitie (project nummer 1535)

April 2009

© WODC, 2009

Samenvatting

Aanleiding, onderwerp en vraagstelling

Als beleidsmakers op rijksoverheidsniveau moeten kiezen tussen instrumenten om beleidsdoelen te realiseren, is het van belang dat zij inzicht hebben in de voor- en nadelen van de verschillende instrumenten. Dat is dus ook het geval als het gaat om “maatschappelijke reguleringsinstrumenten”, dat wil zeggen de verschillende niet-wettelijke vormen van regulering afkomstig van maatschappelijke actoren zonder wetgevende bevoegdheden. Wanneer kan zo’n maatschappelijke reguleringsvorm dienst doen als instrument om overheidsbeleid mee uit te voeren? Om die vraag te beantwoorden, moet men weten welke eisen men gewoonlijk aan wetten stelt en onder welke voorwaarden de maatschappij of delen daarvan zichzelf kunnen reguleren.

Deze studie heeft als doel om nader inzicht te verschaffen in de manier waarop niet-wettelijke reguleringsinstrumenten feitelijk werken: hoe ze tot stand komen, wat de inhoud is, hoe ze functioneren en hoe ze worden gehandhaafd, en of ze een functioneel alternatief voor wetgeving kunnen vormen. Om preciezer te zijn en om bruikbare uitspraken te kunnen doen, beperkt deze pilotstudy zich tot één specifieke vorm van maatschappelijke reguleringsinstrumenten, namelijk *zelfregulering door middel van gedragscodes in het veld van ‘reclame en handelspraktijken’*. Daarmee is de opzet van deze studie bescheiden; doel is vooral de verkenning van het probleemgebied van de regulering van reclame, marketing en de handelspraktijken rondom de afzet van goederen en diensten. Dat gebied is om ten minste twee redenen interessant. In de eerste plaats omdat hierin sprake is van een breed gedragen verschijningsvorm van zelfregulering met tal van gedragscodes. In de tweede plaats omdat het gebied sterk in beweging is, zowel wat betreft de normering als de handhaving. Op sommige plekken laat de overheid toenemend ruimte voor zelfregulering, maar op andere plekken wordt zelfregulering afgedankt en trekt de overheid de teugels strakker aan. Wij onderzochten drie concrete gebieden waarin dit speelt: *gedragscodes op het gebied van alcohol, telemarketing, en consumentenkrediet*.

Gevolgde werkwijze

De aanleiding voor deze studie werd gevonden in de algemene vraag “Hoe werken maatschappelijke reguleringsinstrumenten en onder welke voorwaarden is sprake van een adequaat alternatief voor regelgeving vanwege de overheid?” Vooropgesteld werd dat vier ijkpunten daarbij relevant zijn:

1. Mate van bereiking van het beleidsdoel
2. Legitimiteit, representativiteit en ‘accountability’
3. Binding aan het resultaat
4. Toezicht op naleving

Voor andere actoren dan de wetgever spelen waarschijnlijk ook andere ijkpunten die betrokken moeten worden in het beoordelingskader. Uit onze verkenning van literatuur en eerder onderzoek volgde een aantal slaag- en faalfactoren voor wat betreft gedragscodes, en deze factoren dienden als bouwstenen van het uiteindelijk door ons gehanteerde beoordelingskader:

<i>factor</i>	<i>In welke richting wijst deze factor?</i>
Maatschappelijke druk	Veel maatschappelijke druk op de branche kan de kans op het tot stand komen van zelfregulering vergroten
Organisatiegraad	Hoe beter de branche georganiseerd is, des te groter is de kans op het tot stand komen van zelfregulering
Draagvlak	Hoe groter het draagvlak binnen de branche voor de inhoud en vorm van de normering, des te groter de kans op totstandkoming en naleving van zelfregulering.
Duidelijke sanctionering	De aanwezigheid van een duidelijk sanctioneringsstelsel (bijv. boetebeding) kan een signaalwerking hebben dat de branche het serieus meent met handhaving
Tussentijdse evaluatie van de code	Indien de branche actief meewerkt aan evaluatie, levert dat een positieve bijdrage aan legitimiteit en geeft het signaal van betrokkenheid van de branche
Inpasbaarheid van resultaat zelfregulering in de bedrijfsvoering	Hoe beter het resultaat inpasbaar is, des te groter is de kans van slagen van zelfregulering
Grootte en overzichtelijkheid betrokken branche	Hoe groter het aantal betrokkenen in de branche, des te moeilijker het bereiken van overeenstemming en coördinatie zal zijn
Divergentie van belangen	Als de belangen in de branche te zeer uiteenlopen, is de kans op totstandkoming en naleving minder groot
Traditie van zelfregulering	Als er in de branche een traditie bestaat van zelfregulering (al dan niet erkend door de overheid), vergroot dat de kans op voortzetting daarvan (reputatie-effecten)
Stabiel probleemveld	Als het probleemveld niet al te snel verandert en de samenstelling van het veld stabiel is, stimuleert dat partijen om met zelfregulering betrokkenheid te tonen en autonomie te handhaven
Privaat belang	Als het object van zelfregulering eenduidig (mede) het privaat belang van betrokkenen betreft (bijv. keurmerkfunctie, uitstralen kwaliteit) is de kans op totstandkoming en handhaving van zelfregulering groter dan wanneer het (uitsluitend) een publiek c.q. politiek belang betreft dat niet convergeert met het privaat belang
Overheidsondersteuning	Als de overheid de richting van de zelfregulering onderschrijft en daarin een vaste koers vaart, is de branche eerder tot investering in zelfregulering bereid

Bevindingen

Reclamecodes kunnen algemeen gesproken rekenen op een groot draagvlak binnen goed georganiseerde branches. Hierdoor houden een groot aantal partijen zich aan de codes, ondanks het zwakke sanctiearsenaal. Reputatie is belangrijk voor grote adverteerders zodat niet alleen de aantrekkingskracht van de codes groot is, maar ook de flexibiliteit als alternatief reguleringsinstrument. Het is bovendien voor de rijksoverheid een buitengewoon goedkope vorm van regulering. De verbindendheid is het zwakke punt: ongebonden adverteerders, hoewel in de minderheid, volgen de codes niet altijd en dragen daardoor bij aan het beeld van ‘tandeloosheid’ van de codes. Succes van zelfregulering hangt in belangrijke mate samen met het bestaan van draagvlak binnen de branche en (dus) een hoge dekingsgraad. In de drie door ons onderzochte domeinen lijkt de voornaamste faalfactor van zelfregulering het probleem te zijn van de niet-naleving door ‘cowboys’, ‘woelratten’, ‘free riders’, ‘ongebon-

denen' – of hoe men ze ook wenst aan te duiden. Door zich niet gebonden te achten aan de zelfregulering, verwerven zij een voordeel ten opzichte van de concurrenten. Maar succes en falen zijn vooral begrippen die betrokken moeten worden op het beleidsdoel dat de overheid voor ogen staat. Als het beleidsdoel is de volledige naleving met een bepaalde regel, dan kan een paar procent 'free riders' al tot de kwalificatie 'falende zelfregulering' leiden. Wat een voldoende niveau van naleving is, zal dus ook afhangen van het beleidsdoel (en hoe realistisch dat is).

Het bruikbaar is het beoordelingskader dat wij toepasten op de genoemde drie gebieden in de reclamewereld gebleken? Onze conclusie is dat het gehanteerde beoordelingskader indicatieve waarde heeft, waarbij met name moeilijk is in te schatten welk gewicht aan de verschillende factoren toekomt. Schematisch zijn onze bevindingen als volgt:

<i>Factor</i>	<i>In welke richting wijst deze factor in het licht van de relevante kennis uit eerdere studies (hfdst. 2)?</i>
Maatschappelijke druk	Veel maatschappelijke druk op de branche kan de kans op het tot stand komen van zelfregulering vergroten, maar het is geen voldoende voorwaarde voor het daadwerkelijk tot stand komen. Het kan namelijk ook er juist toe leiden dat de wetgever zélf ingrijpt
Organisatiegraad	Hoe beter de branche georganiseerd is, des te groter is de kans op het tot stand komen en handhaven van zelfregulering. Of die coöperatieve houding van de 'meerderheid' ook volstaat voor de wetgever, hangt af van het beleidsdoel
Draagvlak	Hoe groter het draagvlak binnen de branche voor de inhoud en vorm van de normering, des te groter de kans op totstandkoming en naleving van zelfregulering. Negatief geformuleerd: bij <i>free rider</i> probleem c.q. cowboy-praktijken zal die kans kleiner zijn. Volledige naleving is ook met groot draagvlak niet gegarandeerd
Duidelijke sanctionering	De aanwezigheid van een duidelijk sanctioneringsstelsel (bijv. boetebeding) kan een signaalwerking hebben dat de branche het serieus meent met handhaving. Veel indruk lijkt dat signaal niet te maken, temeer wanneer de sanctie nooit toegepast wordt en niet aan ongebondenen opgelegd kan worden
Tussentijdse evaluatie van de code	Onze veronderstelling dat wanneer de branche actief meewerkt aan evaluatie, dat een positieve bijdrage levert aan legitimiteit en het signaal van betrokkenheid van de branche geeft, hebben wij niet kunnen toetsen
Inpasbaarheid van resultaat zelfregulering in de bedrijfsvoering	Hoe beter het resultaat inpasbaar is, des te groter is de kans van slagen van zelfregulering. Als de branche geen belang ziet in het meewerken aan het beleidsdoel én de branche verwacht dat inpassing in bedrijfsvoering winstdrukkend zal zijn, is ontstaan van zelfregulering c.q. de kans van slagen gering
Grootte en overzichtelijkheid betrokken branche	Onze veronderstelling dat hoe groter het aantal betrokkenen in de branche, des te moeilijker het bereiken van overeenstemming en coördinatie zal zijn, hebben wij niet werkelijk kunnen toetsen
Divergentie van belangen	Als de belangen in de branche te zeer uiteenlopen, is de kans op totstandkoming en naleving minder groot
Traditie van zelfregulering	Als er in de branche een traditie bestaat van zelfregulering (al dan niet erkend door de overheid), vergroot dat de kans op voortzetting daarvan (reputatie-effecten)
Stabiel probleemveld	Wij veronderstelden: 'Als het probleemveld niet al te snel verandert en de samenstelling van het veld stabiel is, stimuleert dat partijen om met zelfregulering betrokkenheid te tonen en autonomie te handhaven'. We hebben vooral bewijs gevonden van het omgekeerde: als het probleemveld verandert en de samenstelling van het veld instabiel is, verkleint dat de kans op tot stand komen en slagen van zelfregulering
Privaat belang	Als het object van zelfregulering eenduidig (mede) het privaat belang van betrokkenen betreft (bijv. keurmerkfunctie, uitstralen kwaliteit) is de kans op totstandkoming en handhaving van zelfregulering groter dan wanneer het (uitsluitend) een publiek c.q. politiek belang betreft dat niet convergeert met het privaat belang
Overheidsondersteuning	We hebben enige aanwijzingen gevonden voor de juistheid van de veronderstelling 'Als de overheid de richting van de zelfregulering onderschrijft en daarin een vaste koers vaart, is de branche eerder tot investering in zelfregulering bereid'

Op basis van onze bevindingen doen wij voorstellen voor verfijning van het kader ten behoeve van eventueel vervolgonderzoek.

Conclusies

Wat levert deze studie op voor de ijkpunten die centraal stonden? Wat betreft het ijkpunt “Bereiking van het beleidsdoel” staat voorop dat zelfreguleerders de ruimte die zij krijgen om met zelfregulering een beleidsdoel te realiseren onwillekeurig toch als een ‘contract’ met de overheid zien dat hun autonomie benadrukt en waaruit blijkt dat de overheid de branche nodig heeft bij de uitvoering. Voor het uitzoeken van effectieve beleidsinstrumenten is van belang om zicht te hebben op het beleidsdoel dat bereikt zou moeten worden. Wat dat betreft zouden de volgende vuistregels kunnen worden gehanteerd:

- Als het beleidsdoel in de beleidsfase niet helder wordt benoemd, is te voorspellen dat de probleemaanpak niet aansluit bij het probleem
- Probeer niet alleen duidelijk zicht te krijgen op het beleidsdoel, maar vooral ook op het belang dat de branche heeft bij het bereiken van het beleidsdoel (publiek vs. privaat)
- Onderzoek of sprake is van een complex beleidsdoel of probleemveld; hoe complexer, des te moeilijker zelfregulering zou kunnen zijn
- Onderzoek of de politieke rationaliteit het opportuun maakt dat ruimte aan zelfregulering gegeven wordt
- Wijs de zelfreguleerders er in voorkomende gevallen op dat het probleemveld niet statisch maar dynamisch is en het beleidsdoel dus ook kan wijzigen
- Als twee of meer beleidsdoelen tegelijkertijd worden opgepakt in het beleidsproces is de kans aanmerkelijk dat voor wetgeving wordt gekozen ook als ten aanzien van één van die doelen de keuze voor zelfregulering voor de hand ligt; dezelfde kans bestaat als het betreffende beleidsdoel op een of andere wijze een klein onderdeel wordt van een grote wetgevingsoperatie.

Ten aanzien van de ijkpunten “Binding aan resultaat” en “toezicht op naleving” is het van belang om op voorhand te onderkennen dat zelfreguleerders geen volledige naleving kunnen garanderen. De handhavingstijl is niet punitief maar overwegend overredend van aard. Soms werkt dat, maar soms ook niet. Voor een beleidsmaker is een van de eerste vragen bij het kiezen uit handhavingsinstrumenten of volledige naleving essentieel is of niet. Als dat het geval is, zouden de volgende vuistregels kunnen worden gehanteerd:

- Wijs de zelfreguleerders er op dat bij gebleken niet-naleving alsnog voor wettelijk ingrijpen gekozen kan worden
- Zoek naar een vorm van geconditioneerde zelfregulering waar zo mogelijk een toezichthouder als ‘cowboy’-jager kan optreden
- Als zelfregulering wordt verworpen omdat deze geen volledige naleving kan garanderen, weeg dan de te verwachten marginale kosten van volledige handhaving via publiek toezicht transparant af tegen de marginale baten van volledige naleving.

Het ijkpunt “Legitimiteit, representativiteit en accountability”, dat vanuit wetgevingsbeleid uiteraard zeer belangrijk is, werd niet verder onderzocht.

Naast conclusies ten aanzien van de ijkpunten komen wij tot de volgende, meer algemene conclusies:

- Ons onderzoek bevestigt dat vanuit wetgeversperspectief niet primair de digitale keuze tussen overheidsregulering en zelfregulering centraal staat, maar juist mengvormen waarbij wetgever, toezichthouder en zelfreguleerder in een dynamische driehoeksverhouding komen te staan. Dit geldt zowel voor de inhoud als de handhaving van de regelstelling.
-

- Aanwijzingen voor de Regelgeving nr. 7 gaat uit van een te simpele voorstelling van zaken door de keuze van beleidsmaker en wetgever te formuleren als ware sprake van een digitale keuze tussen zelfregulerend vermogen in de betrokken sector en overheidsinterventie.
- Een consequentie van de grijze zone tussen publieke en zelfregulering is dat zelfregulering soms tot stand komt of minstens verfijnd wordt onder druk van wetgeving of dat dreiging van wetgeving tot aanscherping van de zelfregulering leidt.
- De voornaamste faalfactor van zelfregulering lijkt gelegen te zijn in het feit dat bepaalde outsiders (die de verscheidene fraaie kwalificaties kregen gaande van “cowboys” tot “woelratten”) hetzij niet gebonden zijn door de zelfregulering hetzij de regels simpelweg niet naleven. In sommige gevallen wordt het feit dat 10% van de branchegenoten niet is aangesloten, door de wetgever als rechtvaardiging gezien om wetgevend in te grijpen.
- Ons onderzoek bevestigt dat soms toch wordt gekozen voor wetgeving, daar waar zelfregulering voor de hand had gelegen, vanwege redenen van politieke rationaliteit.

Vervolgonderzoek

We identificeren vier terreinen waar dit onderzoek geen duidelijk beeld van geeft maar die het naar ons inzicht wel waard zijn om nader te onderzoeken.

1. Onze indruk is dat , hoewel er in de gangbare beleids- en wetgevingsprocessen wel aandacht is voor de afweging van kosten en baten van voorgenomen regelgeving afgezet tegen zelfregulering dan wel een combinatie van verschillende instrumenten, het afwegen van maatschappelijke kosten en baten van het gekozen beleidsinstrument niet altijd heel indringend gebeurt. Deze studie heeft geen antwoord gegeven op de vraag of positieve effecten te verwachten zijn van een meer indringend gebruik van ex ante instrumenten. Getoetst zou kunnen worden of het formuleren van heldere beleidsdoelen bijdraagt aan trefzekere en transparante afweging van maatschappelijke kosten en effecten.
2. De vraag in de door ons onderzochte domeinen is niet langer: “kiezen we voor zelfregulering of maken we een wet”. Door de komst van toezichthouders is een driehoeksverhouding ontstaan die de oplossingsrichting als vanzelf toespitst op de vraag naar wat de optimale mix van instrumenten is. Waar deze studie geen helder beeld van geeft is of het mogelijk is om een beoordelingskader te ontwikkelen dat behulpzaam is bij het ontwerpen van een optimale mix van instrumenten voor regulering in een bepaald probleemveld gegeven een bepaalde beleidsdoelstelling.
3. De vergaande bevoegdheden van de nieuwe toezichtsautoriteiten doen het speelveld van zelfregulering van karakter veranderen en leiden tot nieuwe verantwoordelijkheidsposities. Ook deze thematiek verdient nadere verdieping.
4. Het onderzoek gaf geen bijzondere resultaten voor de legitimiteit, representativiteit en ‘accountability’ van maatschappelijke reguleringsinstrumenten. Een andere studie waarin niet functionaliteit centraal staat maar juist een zuiver juridisch toetsingskader wordt gehanteerd en waarin uitdrukkelijk de positie van toezichthouders zoals hiervoor bedoeld wordt betrokken is aan te bevelen.