



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Smart mixes van juridische en beleidsinstrumenten: verslag van een project en conferentie

Faure, M.; Nollkaemper, P.A.

Published in:
Tijdschrift voor Toezicht

DOI:
[10.5553/TvT/187987052016007002005](https://doi.org/10.5553/TvT/187987052016007002005)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Faure, M., & Nollkaemper, A. (2016). Smart mixes van juridische en beleidsinstrumenten: verslag van een project en conferentie. Tijdschrift voor Toezicht, 7(2), 49-55. DOI: 10.5553/TvT/187987052016007002005

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Smart mixes van juridische en beleidsinstrumenten: verslag van een project en conferentie

Michael Faure & André Nollkaemper

Met steun van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW) hebben de Erasmus School of Law (Rotterdam) en de Universiteit van Amsterdam sedert 2014 een project uitgevoerd over 'smart mixes of transboundary environmental harm'.

1. Instrument mixes zijn een realiteit

De achtergrond bij dit project is dat het toenemend complexe karakter van grensoverschrijdende milieuproblemen, zoals klimaatverandering, ontbossing, zeewaterverontreiniging door olie, verlies aan biodiversiteit en overbevissing in steeds grotere mate een uitdaging vormt voor beleidsmakers op een wereldwijd niveau. De grote uitdaging bestaat erin een effectief 'governance' systeem te vinden dat in staat kan worden geacht deze toenemend complexe milieuproblemen het hoofd te bieden.

Traditioneel hebben staten internationale verdragen gesloten met als doel om deze grensoverschrijdende milieuverontreiniging het hoofd te bieden. Dat heeft op zichzelf aanleiding gegeven tot een grote hoeveelheid internationale milieuverdragen. Vooral sedert de Stockholm Conferentie (1972) is het aantal internationale verdragen in belangrijke mate toegenomen. Deze verdragen komen vaak bovenop reeds bestaande nationale milieuwetgeving en worden op zich ook weer in de nationale rechtsstelsels geïmplementeerd. Echter, in toenemende mate heeft men de laatste jaren een grotere scepsis kunnen ontwaren ten aanzien van de mogelijkheid voor publieke regulering (of dit nu via internationale verdragen dan wel via nationaal recht tot stand komt) om op een effectieve wijze het hoofd te bieden aan grensoverschrijdende milieuverontreiniging. Het was vooral het zogenoemde 'command-and-control' karakter van publieke regulering (dat ook vaak in de verdragen gevonden kon worden) dat in toenemende mate voorwerp was van kritiek, vooral ook omdat vastgesteld kon worden dat ondanks het toenemend aantal verdragen de (grensoverschrijdende) milieuverontreiniging alleen maar leek toe te nemen.

Mede ten gevolge daarvan hebben zich langs verschillende lijnen verschillende types instrumenten ontwikkeld. In de eerste plaats hebben staten zelf in toenemende mate gebruikgemaakt van andere instrumenten dan publieke regulering en deden zogenoemde economische of marktgebonden instrumenten (zoals mili-

ueffingen en emissiehandelssystemen) hun intrede. Daarnaast hebben ook private actoren, bedrijven, maar ook niet-gouvernementele organisaties in toenemende mate instrumenten tot stand gebracht zoals certificatie en *labelling* systemen. Dit heeft geleid tot een groot complex aan verschillende beleids- en juridische instrumenten, zowel op het internationale als op het nationale niveau waarbij publieke regulering, marktgestuurde instrumenten en private reguleringssystemen (zoals certificering) vaak in combinatie worden gebruikt. Op vele terreinen die gerelateerd zijn aan grensoverschrijdende milieuverontreiniging (zoals bestrijding van overbevissing, ontbossing, klimaatverandering) zijn verscheidene van deze instrumenten in combinatie gebruikt en dan ook nog eens op verschillende niveaus (internationaal, regionaal en nationaal).

2 Bestaan er 'smart mixes'?

In de kern stelt het project de vraag naar de effectiviteit van deze zogenoemde 'smart mixes'. In navolging van het klassieke boek van Gunningham en Grabosky (*Smart regulation: designing environmental policy*) (1998) werd in dit project de vraag gesteld in welke mate bepaalde combinaties van juridische en beleidsinstrumenten als 'smart' zouden kunnen worden aangeduid. Daartoe is gedurende een periode van twee jaar onderzoek gedaan door twee postdocs (Jing Liu en Markos Karavias) die in kaart hebben gebracht welke 'mixes' van juridische en beleidsinstrumenten ter bestrijding van grensoverschrijdende milieuverontreiniging bestaan en in welke mate deze 'mixes' zich ook tussen verscheidene beleidsniveaus (internationaal, regionaal, nationaal) bewegen.

De lastigste vraag is uiteraard in welke mate die 'mixes' nu ook daadwerkelijk als 'smart' kunnen worden beschouwd aangezien dat ook een normatief oordeel inhoudt over de resultaten die met de bepaalde mix werden verkregen. Een belangrijke indicatie voor het al dan niet 'smart' zijn van een bepaalde mix is de effectiviteit, maar vastgesteld werd dat ook bij het beoordelen van de effectiviteit vaak geen eenduidigheid bestaat aangaande de wijze hoe men dit concept dient te interpreteren. In de eerste plaats kan worden gekeken of een bepaalde mix ertoe kan leiden dat staten hun internationale verplichtingen ten gevolge van de mix (bijvoorbeeld met private certificatiemechanismen) beter nakomen. Wanneer die mix tot een beter naleveringsgedrag van staten leidt zou zulks als een criterium voor juridische effectiviteit kunnen worden beschouwd. Een andere vraag is of de mix ook effectief is in de zin dat zij daadwerkelijk het gedrag van betrokken actoren heeft kunnen wijzigen in die zin dat grensoverschrijdende verontreiniging door die gedragswijziging zou afnemen. En in de derde plaats zou ook de impact van een bepaalde mix onderzocht kunnen worden, waarbij meer bepaald bekeken kan worden of de mix ertoe heeft bijgedragen dat het betreffende milieuprobleem (zoals overbevissing of ontbossing) ten gevolge van de mix daadwerkelijk is gereduceerd. Beoordeling van 'smartness' aan de hand van effectiviteit wordt verder gecompliceerd omdat het mixen van beleids- en juridische instrumenten mogelijk-kerwijze tot bepaalde onverwachte effecten leidt. Naast effectiviteit zou de 'smartness' van de mix ook aan de hand van andere criteria afgeleid kunnen worden,

zoals coherentie van de verschillende juridische en beleidsinstrumenten, maar ook legitimiteit en efficiëntie.

3 Methode

Het moge duidelijk zijn dat dergelijke vragen complex zijn en uiteraard niet voor alle mogelijke milieuproblemen binnen het bestek van één project konden worden beantwoord. Nog los van het probleem dat het zeer lastig is om een causale relatie aan te duiden tussen een bepaalde mix van beleids- en juridische instrumenten enerzijds en bepaalde gevolgen (qua effectiviteit) anderzijds, is ook duidelijk dat er vaak zoveel verschillende elementen een rol spelen bij grensoverschrijdende milieuverontreiniging dat de effectiviteit van een bepaalde mix van instrumenten vaak moeilijk in isolatie bekeken kan worden.

Teneinde de vraag naar 'smart mixes' beter te begrijpen en mogelijke antwoorden op bovenstaande vragen te identificeren zijn in het kader van het project twee workshops georganiseerd waarbij specifieke grensoverschrijdende milieuproblemen beter voor het voetlicht zijn gebracht. Tijdens twee conferenties die beide in het gebouw van de KNAW in Amsterdam werden gehouden hebben verscheidene specialisten aandacht besteed aan de vraag welke specifieke combinatie van instrumenten voor specifieke grensoverschrijdende milieuproblemen goed gewerkt heeft en waarom dat het geval zou zijn. Tijdens een workshop die op 4 en 5 februari werd gehouden werd eerst aandacht besteed aan ontbossing en klimaatverandering; tijdens de daaropvolgende conferentie op 7 en 8 oktober 2015 werd aandacht besteed aan de problematiek van de overbevissing en zeevatervontreiniging door olie.

4 Workshop ontbossing en klimaatverandering

Tijdens de eerste workshop in Amsterdam kwam onder meer naar voren wie eigenlijk een combinatie van instrumenten bepaalt. Is dit een van bovenaf opgelegd vastgelegd systeem waarbij één 'orchestrator' doelbewust aangeeft dat ten einde het specifieke probleem van grensoverschrijdende milieuverontreiniging aan te pakken een specifieke combinatie van beleids- of juridische instrumenten aangewezen is? Of gaat het veeleer om een spontaan, bottom-up proces waarbij verschillende bestuurslagen min of meer toevallig al dan niet in combinatie met private partijen initiatief nemen om specifieke problemen te regelen waardoor *de facto* een combinatie van instrumenten tot stand is gekomen? Dat laatste lijkt in sommige gevallen inderdaad het geval te zijn, ten gevolge waarvan combinaties lang niet zeker altijd als 'smart' kunnen worden gekwalificeerd, juist omdat er soms ook onverwachte effecten van een bepaalde combinatie kunnen uitgaan die de combinatie veeleer ineffectief kunnen maken. Ook bleek dat de effectiviteit van een bepaalde mix van instrumenten zeer vaak sterk contextgebonden is en dat voor die effectiviteit, wellicht niet verwonderlijk, ook algemene 'good governance' beginselen, waaronder transparantie en *public participation* van cruciaal belang zijn. Juist op het terrein van de ontbossing speelt certificatie door private

actoren een belangrijke rol, waarbij ook de overheid in toenemende mate van deze private certificatie gebruikmaakt. Dit is zeker een mix, maar uit de voordrachten kwam naar voren dat vanwege specifieke problemen, bijvoorbeeld gerelateerd aan onduidelijkheid van de eigendomsrechten in ontwikkelingslanden, zeker niet elke mix als 'smart' kan worden beschouwd.

5 Workshop overbevissing en olieverontreiniging

De tweede workshop (in oktober 2015) ging specifiek in op de problematiek van olieverontreiniging en overbevissing. Wederom trachtten deskundigen ten aanzien van die verschillende onderdelen vast te stellen in welke mate de grote variëteit aan instrumenten die op beide terreinen gebruikt wordt nu als 'smart' kan worden gekwalificeerd en wederom was het antwoord (niet onverwacht) dat het ter zake moeilijk is om algemene conclusies te trekken en dat dit veelal afhankelijk is van de specifieke context waarin verschillende instrumenten worden gebruikt en uiteraard ook in welke rechtsstelsels en landen die mix van instrumenten wordt toegepast.

Conclusie van die workshop leek te zijn dat ook bij het beoordelen van het al dan niet 'smart' karakter van een bepaalde combinatie enige flexibiliteit dient te worden betracht, waarbij niet uitsluitend de effectiviteit van de combinatie als beoordelingskader dient te worden gebruikt. Tevens werd in de workshop vastgesteld dat, al is het slechts op twee beperkte terreinen van overbevissing en zeeverontreiniging door olie, het aantal combinaties groot is, hetgeen uiteraard ook de beoordeling van 'smart mixes' bemoeilijkt. Een andere conclusie van die workshop was dat in toenemende mate de rol van de staat lijkt te veranderen. De staat lijkt niet langer de actor te zijn die alleen alle touwtjes in handen heeft en zelf bepaalt welke combinatie van instrumenten op welk specifiek reguleringsniveau zal worden ingezet. In toenemende mate spelen verschillende private actoren een belangrijke rol, al dan niet in combinatie met publieke regulering door de staat. Opvallend is dat op de terreinen die tijdens de workshop werden besproken in toenemende mate sprake is van een combinatie van internationaal verdragsrecht en private standaardisatie waarbij private standaardinstrumenten soms in de plaats lijken te treden van internationale verdragen (zoals bij overbevissing) en in andere gevallen trachten het internationaal recht mede te ondersteunen.

6 De finale

Op 15 april 2016 vond de finale conferentie ten aanzien van dit *smart mixes*-project plaats in Rotterdam en werd door verscheidene sprekers enerzijds gereflecteerd op algemene theoretische aspecten van de *smart mixes*, maar werd anderzijds ook wederom via *case studies* bekeken welke lessen kunnen worden getrokken uit de *smart mixes* op specifieke beleidsterreinen. Linda Senden (Universiteit Utrecht) besteedde onder meer aandacht aan de combinatie van private en publieke regulering, ook in het kader van transnationale handhaving. Zij besprak onder meer de regulering van de veiligheid in de internationale luchtvaart en

stelde vast dat ook internationale verdragen en publieke regulering in sterke mate samenwerken met private organisaties van de luchtvaartmaatschappijen. Philipp Pattberg van de Vrije Universiteit Amsterdam besteedde specifiek aandacht aan de mix van instrumenten die werd ingezet ter bestrijding van klimaatverandering. In zijn bijdrage liet hij zien hoe een combinatie van verschillende publieke (internationale) organisaties en private actoren dient samen te werken teneinde de doelstellingen van het internationale klimaatverdrag te realiseren. *De facto* vereist dit een interactie tussen meer dan 80 verscheidene instituties, hetgeen vragen doet rijzen naar de effectiviteit van een dergelijke internationale 'governance architecture'.

Markos Karavias (van de Universiteit van Amsterdam) besteedde specifiek aandacht aan interacties tussen het internationaal recht inzake overbevissing en private certificatiesystemen. Hij schetste hoe juist een privaatsysteem als de Marine Stewardship Council (MSC) een belangrijke rol is gaan spelen en hoe de private standaards die de MSC heeft ontwikkeld ook een belangrijke rol spelen bij interacties tussen internationale organisaties, private actoren en nationale overheden. Karavias liet zien hoe de door de MSC ontwikkelde normen in belangrijke mate bijdragen tot een implementatie ook van het internationaal recht.

Jing Liu, Michael Faure en Peter Mascini bestudeerden interacties tussen verscheidene instrumenten gericht op het voorkomen van ontbossing. Net als bij de overbevissing wordt ook hier enerzijds gebruikgemaakt van het ontwikkelen van (al dan niet private) eigendomsrechten die de prikkels tot ontbossing zouden dienen te voorkomen, maar worden ook private certificatiesystemen (zoals het systeem ontwikkeld door de Forest Stewardship Council – FSC) gebruikt om ontbossing tegen te gaan. Interessant is dat bij de problematiek van de ontbossing de interacties niet plaatsvinden met het internationaal recht (bij gebreke aan een internationaal verdrag ter bestrijding van ontbossing) maar met nationale regulering. Daar kan worden vastgesteld dat in sommige gevallen die interactie als geslaagd kan worden gekwalificeerd, maar in andere gevallen als minder, bijvoorbeeld waar publieke regulering tussenkomt zonder rekening te houden met bestaande gemeenschappelijke eigendomsrechten. Ook werd vastgesteld dat een probleem bij het privaatsysteem zoals de FSC erin bestaat dat dit slechts een relatief beperkt deel van de (tropische) wouden dekt.

Een specifieke *case study* ten aanzien van broeikasgassen werd door Marjan Peeters (Universiteit Maastricht) uitgevoerd. Onder het motto of sprake is van een 'mix or mess' onderzocht Peeters in welke mate het nieuwe in Parijs op 12 december 2015 bereikte akkoord ruimte geeft voor combinatie van verscheidene instrumenten. Ze gaf aan dat naast de publieke regulering (voornamelijk afkomstig van de EU) vele private initiatieven tot stand zijn gekomen, soms op initiatief van de media of van niet-gouvernementele organisaties, maar soms ook door ingrijpen via de rechter, zoals de Nederlandse *Urgenda*-zaak illustreert. Peeters stelde dat in sommige gevallen de richting van die interacties niet geheel duidelijk is, ook wanneer die niet-publieke reguleringsvormen plaatsvinden zonder enige vorm van democratische controle.

Michael Faure en Hui Wang onderzochten de *smart mixes* op het terrein van de zeeverontreiniging door olie. Ze gaven aan dat op dit terrein de combinatie

van instrumenten ter compensatie van zeewaterverontreiniging door olie als relatie geslaagd kan worden gekwalificeerd omdat enerzijds een verdrag op de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de scheepseigenaar gelimiteerde bedragen vanuit de maritieme industrie genereert, maar dat daarenboven (via een tweede verdrag) ook de olie-industrie bijdraagt aan een internationaal fonds dat kan tussenkomen wanneer het bedrag van de beperkte aansprakelijkheid van de scheepseigenaar niet toereikend zou zijn om de schade te dekken. Daarenboven werd na incidenten binnen de Europese wateren door de Europese Commissie het initiatief genomen tot oprichting van een Europees compensatiefonds. Deze Europese 'dreiging' was voor de International Maritime Organization aanleiding om met een nieuw verdrag te komen dat de compensatie behoorlijk heeft verhoogd. Aandacht dient derhalve ook uit te gaan naar slimme combinaties van nationale, regionale en internationale regulering waarbij soms (zoals in dit geval van zeewaterverontreiniging door olie) regionale (in dit geval EU) initiatieven ook internationale initiatieven kunnen stimuleren.

Lars Gulbrandsen besprak de interactie tussen publieke en private regulering op het terrein van overbevissing en ontbossing. Hij toonde aan dat in feite publieke en private reguleringssystemen op deze terreinen sterk met elkaar verweven zijn. Ook is de vorm van de private regulering (via certificatie) deels tot stand gekomen in reactie op overheidsregulering.

Jessica Green (New York University) presenteerde een nieuwe manier om naar de complexe regimes te kijken die gericht zijn op bestrijding van internationale milieuverontreiniging. Met het voorbeeld van klimaatverandering in gedachten geeft Green aan dat het niet langer zinvol is om naar één enkele actor of één enkel instrument te kijken, maar dat die actoren en instrumenten steeds in relatie tot verschillende instrumenten dienen te worden geanalyseerd, hetgeen zij kwalificeert als een *ensemble* van verschillende institutionele arrangementen.

Ten slotte ging Poul Kjaer (Copenhagen Business School) in op de wijze waarop een functionele separatie heeft plaatsgevonden bij de regulering van chemische substanties in het kader van REACH. Hij gaf aan hoe enerzijds een analyse van de risico's vanuit een sociaaleconomisch perspectief plaatsvindt en anderzijds door andere instituties de gezondheids- en milieuaspecten worden onderzocht. Hieruit volgt dat een functionele onderscheiding heeft plaatsgevonden tussen de risicobeoordeling vanuit milieuo- of gezondheidskundig perspectief enerzijds en vanuit sociaaleconomisch oogpunt anderzijds. Kjaer analyseerde de vraag in welke mate een dergelijke interactie tussen onderscheiden instituties als voorbeeld voor andere reguleringsmodellen zou kunnen gelden.

7 Slot

Zoals vaak het geval is bij complexe thema's zoals dit, is aan het einde van een conferentie en een onderzoeksproject vaak de conclusie dat er wel meer inzicht over het onderwerp is verkregen, maar dat men in belangrijke mate toch tot de conclusie komt dat het thema buitengewoon complex is dat het derhalve te vroeg is om reeds tot beleidsaanbevelingen te kunnen komen en dat derhalve verder

onderzoek aangewezen is. Dat lijkt in belangrijke mate ook met dit thema het geval te zijn. Het lijkt nuttig en interessant om na interacties tussen verscheidene instrumenten, actoren en instituties te kijken vanuit de vraag of het hier 'smart mixes' betreft. Tegelijkertijd ziet men, zodra verschillende internationale regimes (of het nu om ontbossing, klimaatverandering of overbevissing gaat) buitengewoon complex zijn en dat derhalve in een enkel geval wel uitspraken kunnen worden gedaan over combinaties die al dan niet meer of minder geslaagd zijn, maar dat het veel te vroeg zou zijn om op basis van dergelijke specifieke *case studies* (die in sommige gevallen, zoals bij overbevissing ook nog eens beperkt waren tot bepaalde regio's) tot algemene conclusies te komen.

Het is in zekere zin ook logisch dat de voorwaarden waaronder een bepaalde combinatie van instrumenten effectief is ook contextgebonden is: wat bijvoorbeeld in Europa of in Noord-Amerika ten aanzien van ontbossing wel zou werken hoeft niet noodzakelijkerwijze in Colombia of Australië ook te werken, ook gegeven een andere sociaaleconomische en institutionele context. Toch kan men niet meer om de vaststelling heen dat het vandaag onmogelijk is om juridische of beleidsinstrumenten met het oog op de grensoverschrijdende milieuverontreiniging eendimensionaal, dat wil zeggen in isolatie of in één bepaalde reguleringslaag (nationaal, regionaal of internationaal), te bekijken. Wanneer zinvolle uitspraken over de werking van een bepaald instrument moeten worden gedaan, dienen die instrumenten altijd te worden bekeken in combinatie met de verschillende instrumenten die bedoeld zijn om het probleem aan te pakken. Uiteindelijk doelstelling van de beleidsmakers is toch dat de instrumenten die worden ingezet op den duur tot een bestrijding van grensoverschrijdende milieuverontreiniging zullen leiden. Het inzicht dat interacties tussen bepaalde juridische en beleidsinstrumenten daarbij een positief of negatief gevolg kunnen hebben, lijkt daarbij van groot belang. En vanuit dat perspectief is een zoektocht naar 'smart mixes' zeker zinvol.