



University of Groningen

Advisering over verwijzing naar niet-publiekrechtelijke normen

Nap, M.

Published in:
RegelMaat

DOI:
[10.5553/RM/0920055X2020035002005](https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2020035002005)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Nap, M. (2020). Advisering over verwijzing naar niet-publiekrechtelijke normen. *RegelMaat*, 35(2), 124-130. <https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2020035002005>

Copyright

Other than for strictly personal use, 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), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

LEGISPRUDENTIE

Advisering over verwijzing naar niet-publiekrechtelijke normen

M. Nap

1. Inleiding

Het schrijven van deze aflevering van de rubriek ‘Legisprudentie’ was voor mij een (beetje een) tantaluskwelling. Volgens de website van de Raad van State heeft de Afdeling advisering op 22 januari 2020 een voorlichting vastgesteld over algemeenverbindendverklaring.¹ Ik heb het niet nagevraagd bij de redactie van *RegelMaat*, maar ik veronderstel dat deze voorlichting (en het daaraan ten grondslag liggende verzoek) wellicht de aanleiding was voor dit themanummer over het algemeen verbindend verklaren van niet-publiekrechtelijke normen. Bespreking van de voorlichting in deze *RegelMaat* is hoe dan ook heel gepast. Toch zal ik dat niet doen, omdat de inhoud van de voorlichting (althans voor mij en op het moment van schrijven) niet kenbaar is. De regering is nog niet tot openbaarmaking overgegaan. Het hoofdonderwerp is zodoende heel dichtbij, maar toch onbereikbaar. Bij wijze van alternatief ben ik voor deze aflevering daarom nagegaan wat de (Afdeling advisering van de) Raad van State bij eerdere gelegenheid zoal heeft opgemerkt over het algemeen verbindend verklaren van niet-publiekrechtelijke normen. Vooraf een terminologische opmerking: sommige van de aangehaalde adviezen zijn uitgebracht vóór de herstructurering van de Raad van State per 1 september 2010. Waar dat het geval is, rep ik van adviezen van ‘de Raad van State’. Nadien uitgebrachte adviezen heb ik toegeschreven aan de Afdeling advisering van die Raad van State.

2. Bedenkingen bij verwijzingen

Er is aanleiding enigszins argwanend te zijn over algemeenverbindendverklaringen van normen die niet zijn uitgevaardigd door een publiekrechtelijk, met regelgevende bevoegdheid bekleed ambt. Twee jaar geleden heeft Neerhof in zijn oratie belangrijke vragen en problemen die bij deze figuur opkomen, besproken.² Het bekendste bezwaar is wellicht de toegankelijkheid van de normen. Private voor-

- 1 De voorlichting heeft het nummer W11.19.0219/IV/Vo gekregen en is klaarblijkelijk aangevraagd door de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit. Met het schrijven van de voorlichting is de Afdeling ruim zes maanden bezig geweest – een vrij lange periode, al wordt voor voorlichtingen wel vaker wat meer tijd uitgetrokken.
- 2 A.R. Neerhof, *Zichtbare handen bij zelfregulering op markten. Voor democratie, rechtsstaat, vrijhandel en vrije mededinging* (oratie Amsterdam VU), beschikbaar op <https://research.vu.nl/> (laatst geraadpleegd op 6 maart 2020).

schriften, keuringseisen of standaarden zijn niet zelden opgesteld door commerciële instellingen. Deze regelmakers vermarkten hun expertise en beschermen hun nering achter de hoge muren van het auteursrecht. Anders dan de van overheidswege vastgestelde algemeen verbindende voorschriften zijn hun normen daarom niet vrij verkrijgbaar. Wie zich aan dit soort voorschriften wil conformeren, moet in de buidel tasten. Dat wordt problematisch als naleving van de voorschriften geen vrije keuze is, maar een rechtsplicht. Dat gebeurt bijvoorbeeld in de Woningwet en het daarop steunende Bouwbesluit 2012. Die regelingen verwijzen voor de technische eisen waaraan bouwwerken moeten voldoen naar zogeheten NEN-normen. Dat zijn (technische) standaarden die door een privaatrechtelijke rechtspersoon, namelijk de stichting Nederlands Normalisatie-instituut (NEN), zijn opgesteld. De Nederlandse rechter hangt een wat schizofrene opvatting over dit soort niet-publiekrechtelijke normen aan. Volgens de Hoge Raad zijn NEN-normen ‘algemeen geldende normen (...) die niet tevens “algemeen verbindend voorschrift” zijn in de zin van de Bekendmakingswet’.³ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kwam eerder al tot een vergelijkbare kwalificatie, en voegde eraan toe dat de normen voldoende kenbaar zijn omdat commerciële partijen ze tegen ‘redelijke tarieven’ kunnen kopen en burgers tijdens kantooruren in Delft mogen kijken zonder te kopen.⁴ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven hanteerde een vergelijkbare redenering.⁵ Dat moge allemaal zo zijn, maar het blijft toch verwonderlijk dat dwingende rechtsnormen achter een paywall kunnen worden verstopt. Naast (kosteloze) toegankelijkheid zijn er nog andere zorgen. Als Otto von Bismarcks fameuze citaat over de gelijkenis tussen wetten en worsten opgaat, dan geldt iets vergelijkbaars toch voor private normen. Anders dan de relatief openbare worstenmakerij van de Staat is de normenfabriek van het NNI en verwante instellingen evenwel een black box: buitenstaanders hebben geen idee wie daar aan de regelaars zitten, en met welke motieven ze dat doen. En hoe zit het met de onderlinge verenigbaarheid van verschillende private normenstelsels? Zijn er, naast economische prikkels, nog andere waarborgen voor de uitvoerbaarheid van de standaarden die de private sector opstelt? Constitutionele garanties die eigen zijn aan het publiekrechtelijke wetgevingsproces ontbreken goeddeels bij de commerciële regelneven. Natuurlijk zijn er ook allerlei argumenten die pleiten voor verwijzing naar en algemeen verbindend verklaren van private normen. Bestaande expertise wordt benut, de nalevingsbereidheid zal allicht groter zijn wanneer de norm uit de eigen gelederen komt, en commerciële motieven kunnen het vermogen tot innovatie aanjagen. Maar de genoemde bezwaren rechtvaardigen toch wel de verwachting dat een publieke wetgevingsadviseur zich extra kritisch opstelt als de regering (of het parlement) voorstelt normstelling te outsourcen.⁶

3 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393 (*Knooble*), r.o. 3.8 en 3.12.

4 ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2750, r.o. 2.4.4-2.4.6 in combinatie met www.nen.nl/Over-NEN/Contact.htm.

5 Cbb 3 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW2469, r.o. 5.2 en Cbb 3 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW2472.

6 Ik leen de term van P.C. Westerman, *Outsourcing the Law. A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2018.

M. Nap

3. Zachtmoedigheid komt met de jaren

De legisprudentie van de Raad van State komt aan die verwachting tegemoet. Vooral de kenbaarheid van niet-publiekrechtelijke normen is een aandachtspunt in de wetgevingsadviezen. Wel valt op dat de (destijds nog volle) Raad van State aanvankelijk nogal fors inzette, maar met het voortschrijden van tijd en inzicht minder hoge eisen ging stellen aan de toegankelijkheid van de geldende normen. In de recentste (openbare) adviezen lijkt de Afdeling advisering weer wat hogere eisen te stellen. Ik zet wat ik heb gevonden op een rijtje.

Het burgerservicenummer is sinds eind 2007 in gebruik. In de aanloop naar de invoering daarvan werden verschillende experimenten uitgevoerd om alvast ervaring op te doen met gegevensuitwisseling aan de hand van een algemeen persoonsnummer. Een van die experimenten betrof het gebruik van het sofinummer door zorginstellingen. De regering wilde bij algemene maatregel van bestuur (amvb) zorginstellingen verplichten om, ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer, bij de uitwisseling van persoonsgegevens ‘voldoende waarborgen’ te treffen. Zij koos ervoor de te hanteren procedures niet in de amvb vast te leggen, omdat dat ten koste zou gaan van de voor een experiment zo wenselijke flexibiliteit. In plaats daarvan bepaalde de toelichting bij het ontwerpbesluit dat de digitale infrastructuur aan een NEN-norm zou moeten voldoen.⁷ Deze constructie lokte kritiek van de Raad van State uit, en niet alleen vanwege het voorbijgaan aan Ar 4.47⁸ Hij meende dat het belangrijk is

‘dat de beoogde controlerende instanties en personen de beschikking krijgen over een toegankelijk, uniform en overzichtelijk repertoire van te controleren punten. Voor het bieden van die normering kunnen de nota van toelichting en een aan te kopen, niet openbaar toegankelijk NEN-normblad niet zijn bedoeld.’⁹

Dit lijkt te suggereren dat normen gratis en openbaar moeten zijn. Een verwijzing die ervoor zorgt dat niet-openbare, maar wel bindende normen enkel tegen betaling kunnen worden verkregen, werd in het advies dus resoluut van de hand gewezen.

Enkele jaren later legde de Raad van State de lat voor verwijzing naar een niet-publiekrechtelijke norm beduidend minder hoog.¹⁰ Een ontwerpbesluit over algemene regels voor inrichtingen in de zin van de Wet milieubeheer (WMB) verplichtte tot naleving van diverse externe normen.¹¹ Sommige van die normen

7 Zie de paragraaf ‘Privacybescherming en waarborgen burgerservicenummer in de zorg’ in de nota van toelichting, *Stb.* 2005, 566.

8 Advies van 10 juni 2005, kenmerk W13.05.0140/III, bijvoegsel *Stcrt.* 13 december 2005, 242 (via www.raadvanstate.nl).

9 Zie par. 2 van het advies, aangehaald in voetnoot 8.

10 Advies van 28 juni 2007, kenmerk W08.07.0082/IV, bijvoegsel *Stcrt.* 13 november 2007, 220 (via www.raadvanstate.nl).

11 Zie art. 1.7, derde lid, van het uiteindelijke besluit van 19 oktober 2007, *Stb.* 2007, 415.

waren afkomstig van private organisaties. Omdat dergelijke externe normen frequent wijzigen, voorzag het ontwerpbesluit in een bevoegdheid om bij ministeriële regeling te bepalen welke versie de geldende was. Daarmee was volgens de Raad van State ‘voldaan aan het legaliteitsbeginsel en aan de kenbaarheid’. In het advies over digitale experimenten met het sofinummer werd nog als bezwaar genoemd dat de niet-publiekrechtelijke normen openbaar noch gratis beschikbaar zijn. Dat werd in het advies over WMB-inrichtingen niet herhaald. Toch leek de Raad nog wel wat reserves te hebben bij verwijzing naar externe normen. Hij vond het ‘uit oogpunt van inzichtelijkheid en kenbaarheid van de normstelling wenselijk dat zoveel mogelijk de kern van de regel in het ontwerpbesluit of de ministeriële regeling wordt opgenomen’. Die kern van de externe norm zou bijvoorbeeld kunnen worden weergegeven in een doelvoorschrift.

Zo’n zes maanden later werd de Raad van State nóg weer wat milder. Een ontwerp voor een amvb over vergunningvrije mijnbouw bevatte verschillende dynamische verwijzingen naar externe normen. Het advies over dit ontwerpbesluit constateerde in een formulering die bijna woordelijk overeenkomt met het eerdere advies over milieu-inrichtingen, dat met verwijzing naar externe normen ‘voldaan wordt aan het legaliteitsbeginsel en het kenbaarheidsvereiste’.¹² Net als in het advies over de milieu-inrichtingen maakte de Raad van State nog wel een opmerking over de manier waarop die kenbaarheid gewaarborgd kan worden. Daar had de adviseur zorgen over, omdat verwijzingen naar externe normen ‘in sommige gevallen op gespannen voet [staan] met de elementaire eisen van inzichtelijkheid’. Ter onderbouwing van die kritiek noemt het advies een voorbeeld van een verwijzing waarin de vindplaats van de aangehaalde norm ontbreekt. In zo’n geval

‘is het voor betrokkenen lastig zich een beeld te vormen van de kern van het begrip. De Raad adviseert er bij verwijzing naar externe normen in elk geval voor te zorgen dat de belangen van inzichtelijkheid en kenbaarheid van de desbetreffende normstelling niet in het gedrang komen.’

De eerdere suggestie om de kern van de aangehaalde regel te herhalen, werd nu dus ingeruild voor de aanbeveling tenminste aan adequate bronvermelding te doen. Dat lijkt me een verdere versoepeling van de voorwaarden waaronder verwijzingen voldoen aan de eisen van kenbaarheid.

4. Pas op de plaats

Afgezien van de veranderingen in de voorkeur voor het waarborgen van de kenbaarheid, lijkt met deze adviezen een vast uitgangspunt te zijn geformuleerd over de toelaatbaarheid van verwijzingen naar niet-publiekrechtelijke normen. De uitspraak van de Haagse rechtbank in wat later bekend is geworden als de *Knooble*-zaak dwong de wetgevingsadviseurs van de Raad van State evenwel tot het

12 Zie par. 4a van het advies van 20 december 2007, kenmerk W10.07.0408/III, bijvoegsel *Stcrt.* 13 mei 2008, 89 (via www.raadvanstate.nl).

M. Nap

maken van een pas op de plaats. Op verzoek van Knooble had de Haagse rechtbank op de laatste dag van het jaar 2008 immers uitgesproken dat NEN-normen die op grond van een amvb of een ministeriële regeling moeten worden nageleefd, in materieel opzicht het karakter hebben van algemeen verbindende voorschriften. Omdat die NEN-normen niet conform de Bekendmakingswet waren gepubliceerd, oordeelde de rechter dat ook de verwijzende voorschriften in de publiekrechtelijke regelingen nog niet in werking waren getreden en daarom nog niet verbindend zijn.¹³ Terwijl het hoger beroep tegen deze uitspraak nog liep, kreeg de Raad van State een ontwerpbesluit over emissie-eisen voor middelgrote stookinstallaties voorgeschoteld. Het ontwerpbesluit verplichtte tot naleving van technische voorschriften in NEN-normen (of bepaalde, niet-publiekrechtelijke alternatieven daarvoor). Anders dan bij eerdere gelegenheden wees de Raad van State ditmaal niet op de vereisten van kenbaarheid en legaliteit, maar volstond hij met de aanbeveling de toelichting op het ontwerpbesluit aan te vullen met de vermelding dat de vraag naar de verbindendheid van de verwijzende norm onder de rechter was.¹⁴ Het advies over een ontwerp voor een amvb over lozingen van afvalwater en afvalstoffen is eveneens uitgebracht hangende het hoger beroep in de *Knooble-zaak*.¹⁵ Wellicht om die reden liet de Raad van State ook ditmaal opmerkingen over kenbaarheid en legaliteit van verwijzingen achterwege, en herhaalde hij slechts een praktische suggestie die hij eerder in het advies over inrichtingen in de zin van de WMB al had gegeven.¹⁶

5. Toch wat strenger dan de rechter?

Nadat in 2011 en 2012 de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Hoge Raad elk hun zegen hebben gegeven aan de praktijk van verwijzing naar niet-publiekrechtelijke voorschriften, worden de adviesopmerkingen over zulke verwijzingen weer inhoudelijker. Het uitgangspunt daarbij lijkt steeds te zijn dat de discussie over de verbindendheid van externe normen weliswaar gesloten mag zijn, maar dat er aan die verwijzingenpraktijk nog steeds bezwaren kleven, die als het even kan, moeten worden ondervangen. Die voorkeur sloot mooi aan bij wat inmiddels het voorneemen van het kabinet was.¹⁷ Zo maakte de Afdeling er in haar commentaar op een

13 Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG8465.

14 Zie par. 4 van het advies van 13 november 2009, kenmerk W08.09.0397/IV, *Stcrt.* 2010, 222 (via www.raadvanstate.nl).

15 Advies van 1 oktober 2010, kenmerk W08.10.0289/IV, *Stcrt.* 2011, 7259 (via www.raadvanstate.nl).

16 Vgl. par. 4 van het in voetnoot 15 aangehaalde advies van 1 oktober 2010 met par. 4 van het advies van 28 juni 2007, genoemd in voetnoot 10.

17 *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 7: 'Als er dwingend naar een norm wordt verwezen, is er geen vrije keuze meer de norm al dan niet toe te passen. De norm moet worden ingezien om aan de wet te kunnen voldoen. Daarom zal het kabinet er bij inhoudelijk nieuwe regelgeving die op of na 1 januari 2012 in werking treedt voor zorgen dat indien hierin dwingend naar nationale normen wordt verwezen, deze normen vanaf inwerkingtreding van die regelgeving kosteloos beschikbaar zijn.'

ontwerpbesluit over elektronische dienstverlening door de burgerlijke stand een punt van dat bepaalde standaarden waarnaar het ontwerpbesluit verwees mogelijk niet gemakkelijk te vinden waren op een door de toelichting genoemde website. Aan dit ‘mogelijke bezwaar van onvoldoende kernbaarheid zou tegemoet gekomen kunnen worden door voor te schrijven dat de bedoelde standaarden in de Staatscourant worden gepubliceerd’.¹⁸ Dezelfde suggestie deed de Afdeling advisering in het advies over een ontwerpbesluit over gefluoreerde broeikasgasen en ozonlaagafbrekende stoffen.¹⁹ Daarbij attendeerde de Afdeling er nog eens op dat het legaliteitsbeginsel vordert dat niet-publiekrechtelijke normen die door verwijzing algemeen geldend worden gemaakt, kunnen steunen op een adequate grondslag en voldoende kenbaar zijn. Omdat het ontwerpbesluit strekte tot uitvoering van een Europeesrechtelijke verplichting, legde de Afdeling er de vinger bij dat het kenbaarheidsvereiste ook voortvloeide uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU. Dit soort opmerkingen getuigen toch van een voorkeur om de kenbaarheid van het recht niet voor te behouden aan wie wil betalen. Een heel duidelijk voorbeeld van bedenkingen bij de *Knooble*-jurisprudentie biedt het advies over het Warenwetbesluit drukapparatuur 2016.²⁰ De Afdeling erkende dat externe regels waarnaar de amvb verwees weliswaar geen algemeen verbindende voorschriften zijn, maar drong er desalniettemin op aan de aangehaalde norm kosteloos ter beschikking te stellen (of te motiveren waarom dat hier niet mogelijk zou zijn).

6. Afsluiting

Uit het voorgaande overzicht kan worden afgeleid dat opmerkingen in adviezen over verwijzingen naar externe normen vooral zien op de vereisten van legaliteit en kenbaarheid. De wetgevingsadviseur lijkt daarbij, zij het wat meanderend, een wat strengere koers te varen dan de civiele en bestuursrechter doen. Een enkele keer doken in de adviezen ook andere aandachtspunten op. Ik geef twee voorbeelden. Net als voor gewone wetgeving vergt de Afdeling advisering van de Raad van State ook voor het algemeen verbindend maken van externe normen dat voldoende aannemelijk is dat er een noodzaak is om iets te regelen. Omdat die noodzaak voor algemeenverbindendverklaringen onvoldoende bleek uit de toelichting bij een voorstel van wet over de volkshuisvesting, protesteerde de Afdeling advisering tegen de mogelijkheid naleving van externe normen dwingend op te leggen.²¹ Een verwante vraag is of een norm van een niet-publiekrechtelijke instantie voldoende tegemoetkomt aan het algemeen belang. Om die reden opperde de Afdeling advisering om te bepalen dat kan worden afgezien van het

18 Zie par. 1b van het advies van 10 april 2015, kenmerk W03.15.0072/II, *Stcrt.* 2015, 13559 (via www.raadvanstate.nl).

19 Zie par. 2 van het advies van 22 juni 2015, kenmerk W14.15.0088/IV, *Stcrt.* 2015, 36799 (via www.raadvanstate.nl).

20 Zie par. 1 van het advies van 25 april 2016, kenmerk W12.16.0061/III, *Stcrt.* 2016, 32570 (via www.raadvanstate.nl).

21 *Kamerstukken II* 2010/11, 32769, nr. 4, p. 35-36.

M. Nap

algemeen verbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten voor alle werknemers, ongeacht hun sector (in plaats van de al langer gebruikelijke algemeenverbindendverklaring voor specifieke beroepsgroepen), indien die algemeenverbindendverklaring niet in het algemeen belang zou zijn.²² Wellicht worden in het advies van januari van dit jaar, dat op het moment van schrijven nog geheim is, nog andere aandachtspunten benoemd. Tantalus moest zich verzoenen met de wetenschap dat wat zo dichtbij was, voor eeuwig onbereikbaar zou blijven. Gelukkig geldt dat niet voor nieuwsgierige chroniqueurs en andere belangstellenden die willen weten wat de Raad van State te melden heeft over algemeenverbindendverklaringen.

22 Zie par. 2a van het advies van 26 juli 2017, kenmerk W12.17.0133/III, *Stcrt.* 2017, 54369 (via www.raadvanstate.nl).