

# Bestuurswetgeving en haar alternatieven: een verkenning van beleidsregels, algemene voorwaarden van de overheid en normalisatienormen als prototypen

Het is zinvol bestuurswetgeving als een aparte juridische categorie aan te merken met eigen kernmerken en eigenschappen. Bestuurswetgeving is echter behalve een belangrijk juridisch fenomeen ook een veelkoppig monster. Dat nodigt uit te bezien wanneer het zinvol is alternatieven voor bestuurswetgeving aan te wenden. Begin jaren negentig van de vorige eeuw is in de bekende nota *Zicht op wetgeving* bepleit in het wetgevingsbeleid uitdrukkelijker de alternatieven voor wetgeving in ogenschouw te nemen. Daar is nog niet zo heel veel van terechtgekomen. Het zou om meer dan één reden goed zijn als het kabinet-Balkenende IV deze draad weer zou oppakken. Als aanzet daarvoor wil ik in deze bijdrage drie soorten alternatieven verkennen.

## 1. Bestuurswetgeving

### 1.1. *Bestuurswetgeving als separate categorie*

Een belangrijke eigenschap van juristen is dat zij goed zijn in het *categoriseren* van allerlei maatschappelijke verschijnselen. Wij doen dat met een bepaald oogmerk: aan het behoren tot een bepaalde categorie worden allerlei consequenties verbonden. Wel valt het op dat juristen niet erg

snel zijn. Wij komen soms wat later dan de rest van de samenleving. Waar beleidsregels, circulaire's enzovoort al decennialang een belangrijke rol spelen in het openbaar bestuur, duurde het tot aan de jaren tachtig van de vorige eeuw voordat zij door juristen – in dit geval met name door J.H. van Kreveld<sup>1</sup> – werden ontdekt. Het duurde zelfs tot 1998 voordat beleidsregels in de wet, in dit geval in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), een eigen plaats kregen.

Iets dergelijks geldt eveneens voor bestuurswetgeving. Wetgeving is een eeuwenoud fenomeen. Het bestuurlijk optreden pleegt al lange tijd van dat van de wetgever te worden onderscheiden: de uitvoerende macht wordt in de trias immers onderscheiden van de wetgevende macht. Die fundamentele onderscheiding heeft diepe sporen nagelaten. Het duurde tot de jaren tachtig van de vorige eeuw voordat de term 'bestuurswetgeving' niet meer als een *contradictio in terminis* kon worden beschouwd. Althans, het was in 1988 toen Van Male deze stelling in zijn proefschrift betrok.<sup>2</sup> Ook daarvoor werd trouwens wel ingezien dat niet alleen de wetgever in klassieke zin, maar ook het bestuur met grote regelmaat wettelijke regels vaststelt. Het is echter de kracht

\* Prof. mr. F.J. van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

1. J.H. van Kreveld, *Beleidsregel in het recht* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983. Er waren overigens wel enige voorlopers.
2. R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving. Beroep tegen door bestuursorganen vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en toetsing daarvan aan ongeschreven recht in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 4.

van het proefschrift van Van Male dat hij deze groep wettelijke regels als een *aparte juridische categorie* heeft neergezet met eigen kenmerken en eigenschappen, die een eigen wijze van toetsing door de rechter vergen.

Bestuurswetten worden door Van Male omschreven als de algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door bestuursorganen. Alle wettelijke regels van de regering, van ministers, van zelfstandige bestuursorganen enzovoort behoren tot de categorie van de bestuurswetgeving. Alleen de regels van de wetgever in formele zin en van de colleges waaraan een rechtsprekende taak is opgedragen, vallen er niet onder. Ik zou echter, in afwijking van wat in de bestuursrechtelijke literatuur gebruikelijk is,<sup>3</sup> de wettelijke regels die worden vastgesteld door de vertegenwoordigende organen van de decentrale overheden, zoals de gemeenteraad en de provinciale staten, evenmin als bestuurswetgeving willen aanmerken. De reden hiervoor is dat deze wettelijke regels vergelijkbaar zijn met wetten in formele zin: zij zijn immers de op decentraal niveau door een vertegenwoordigend orgaan vastgestelde algemene regels.

Bij de totstandkoming van bestuurswetgeving is de volksvertegenwoordiging niet rechtstreeks betrokken. De democratische legitimatie van bestuurswetgeving is afgeleid van de (hogere) wettelijke regelingen die aan de bestuurswetgeving ten grondslag liggen. Dat heeft bestuurswetgeving gemeenschappelijk met andere bestuurshandelingen, zoals het nemen van beschikkingen. De democratische verankering van bestuurswetgeving is meer indirect – en daardoor zwakker – dan die van wetgeving in formele zin en van decentrale verordeningen. Ik kom hier verderop op terug.

De rechtsbescherming tegen bestuurswetgeving is in deze bijdrage niet aan de orde. Terzijde zij opgemerkt dat mijns inziens tegen decentrale verordeningen geen rechtstreeks beroep op de bestuurs-

rechter zou moeten worden opengesteld. Van een rechtstreeks vernietigingsberoep tegen bestuurswetgeving zou ik in beginsel wel een voorstander zijn. Een uitzondering zou moeten worden gemaakt voor AMvB's. Voor zover een AMvB door middel van een voorhangprocedure tot stand is gekomen, is rechtstreeks beroep niet wenselijk. Maar ook voor de overige AMvB's valt een uitzondering te overwegen. Daarvoor zijn meer pragmatische argumenten aan te voeren. In de eerste plaats kan een onderscheid tussen (onderdelen van) AMvB's die wel of niet met behulp van een voorhangprocedure tot stand zijn gekomen, bij het beroep tot problemen leiden. In de tweede plaats deel ik de opvatting van Konijnenbelt in deze aflevering van *RegelMaat*, dat uit een oogpunt van wetgevingskwaliteitsbewaking rechtstreekse toetsing van AMvB's minder nodig is.<sup>4</sup> Beroep tegen bestuurswetgeving is overigens een onderwerp waarvan de conceptwetgeving een geheel andere kant opgaat: het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht stelt voor artikel 8:2 Awb zonder meer te handhaven.

### *1.2. Bestuurswetgeving en regeldrukvermindering*

Het aardige van nieuwe, althans nieuw ontdekte, verschijnselen is dat voordat je het weet, er ook nadelen aan blijken te zitten. Bovendien is er wel heel erg veel bestuurswetgeving. Min of meer gelijktijdig met de 'ontdekking' van het fenomeen bestuurswetgeving kwam de dereguleringsbeweging op gang. Om precies te zijn: in Nederland vonden de eerste grote dereguleringsoperaties net iets eerder plaats. Zo werd het eindbericht van de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelen, in de wandelgangen naar haar voorzitter de 'commissie-Geelhoed' genoemd, in 1984 uitgebracht. Deze commissie had in het bijzonder tot taak algemene uitgangspunten te ontwikkelen voor de vermindering en vereenvoudiging van overheidsrege-

3. Vgl. Van Male 1988, p. 4 en L.J.A. Damen e.a. (red.), *Bestuursrecht, deel 1*, tweede druk, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2005, p. 258 en 259.

4. *RegelMaat* 2008, p. 72.

lingen. Overigens waren er toen gelijktijdig een aantal andere dereguleringscommissies aan de slag.<sup>5</sup>

Het werk van deze en de andere dereguleringscommissies van de jaren tachtig heeft niet tot grote resultaten geleid, zoals ook door Geelhoed in een terugblik werd geconstateerd.<sup>6</sup> Nadien heeft er nog een aanzienlijk aantal andere interdepartementale commissies, programma's en operaties plaatsgevonden, dat eveneens tot taak had de regeldruk te verminderen. Te noemen vallen met name de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) van 1987-1994, de operatie Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit (MDW) van 1994-2002, het programma Bruikbare rechtsorde en de programma's inzake de reductie van administratieve lasten, zowel voor het bedrijfsleven als voor burgers, van 2004-2007.<sup>7</sup> Het is mijns inziens niet terecht uit de opeenvolging van dit soort rijksbrede programma's af te leiden dat de daaraan voorafgaande operaties mislukt zouden zijn. Veeleer is het zo dat, omdat het maken van wetten een voortdurende activiteit is, de bestuurlijke aandacht voor de vermindering van regeldruk permanent moet zijn.

De commissie-Geelhoed richtte de schijnwerper destijds al op de *technisch-instrumentele* kant van wetgeving.<sup>8</sup> Dat is niet toevallig. De meeste bestuurswetgeving, maar niet alle, is sterk technisch-instrumenteel van aard. Ook de nota *Zicht op wetgeving* (1991) – waarvoor de

toenmalige minister van Justitie, Hirsch Ballin, primair verantwoordelijk was – richt haar pijlen in het bijzonder op de zogeheten 'instrumentele beleidswetgeving'. Gesproken wordt ook wel over 'beleidsinstrumentele wetten'; daarmee wordt niet iets anders bedoeld.<sup>9</sup> Ook veel rapporten die onder de verantwoordelijkheid van de CTW en in het kader van het MDW-programma zijn vastgesteld, richten zich op beleidsinstrumentele wetgeving of beogen oplossingen te bieden van instrumentele aard. Dat geldt ook voor de meeste rapporten die in het kader van het programma Bruikbare rechtsorde tot stand zijn gekomen. In de nota *Bruikbare rechtsorde* (2004) wordt een principiële aanpak bepleit, die in het bijzonder is gericht op de wetgeving die het karakter heeft van beleidsinstrument.<sup>10</sup>

Het valt goed te begrijpen dat voor de vermindering van regeldruk de aandacht vooral uitgaat naar instrumentele beleidswetgeving. Het is dit soort wetgeving waaraan de meeste gebreken kleven en de bezwaren van regeldruk het meest worden gevoeld. Juist dit type wetgeving toont te vaak een te geringe samenhang, is weinig kenbaar en toegankelijk, is moeilijk uit te voeren of is onvoldoende te handhaven, vertoont onvoorziene neveneffecten, en het uiteindelijke resultaat is vaak moeilijk te voorzien.<sup>11</sup>

Bestuurswetgeving heeft in de regel het karakter van instrumentele beleidswetgeving.<sup>12</sup> Weliswaar is dit geen wet van Meden en Perzen, er is ook wel enige

5. Men zie voor een overzicht het Eindbericht van de genoemde commissie, *Kamerstukken II* 1983/84, 17 931, nr. 9, p. 6 en 7.

6. L.A. Geelhoed, 'Deregulering, herregulering en zelfregulering', in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis & J.A.F. Peters (red.), *Overheid en zelfregulering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 38.

7. De laatste jaren is dit beleid nogal versnipperd. In het bijzonder kan ook nog worden genoemd het programma Vermindering Vergunningen. Onder het huidige kabinet, Balkenende IV, gaat dat programma verder in het kader van de 'Regiegroep Regeldruk'. Het rapport richt zich met name op EU-regelgeving.

8. Eindbericht, p. 6.

9. *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 1-2, p. 16 en 17 (*Zicht op wetgeving*).

10. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 6-8 en 12 (*Bruikbare rechtsorde*).

11. In de meeromvattende nota's die betrekking hebben op het wetgevingsbeleid, worden deze gebreken in verschillende bewoordingen genoemd, zie onder meer de nota *Zicht op wetgeving*, p. 16 e.v. en *Bruikbare rechtsorde*, p. 3 e.v.

12. Evenzo: Damen e.a. 2005, p. 259 en P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout (red.), *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel I, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2001, p. 280.

bestuurswetgeving met een sterk waarborgend karakter of die meer ordenend dan sturend van aard is, maar verhoudingsgewijs zijn er aanzienlijke verschillen. Evenzeer bestaat er instrumentele beleidswetgeving in formele zin, maar juist op dat niveau is betrekkelijk veel waarborg- en ordeningswetgeving te vinden. Nogal wat instrumentele beleidswetgeving heeft het karakter van een ministeriële regeling. De veel genoemde gebreken van wetgeving kleven in het bijzonder aan bestuurswetgeving met een beleidsinstrumenteel karakter.

Teneinde de regeldruk te vermindere(n) ligt het dan ook in de rede de aandacht vooral te richten op de bestuurswetgeving met een beleidsinstrumenteel karakter. Dat sluit aan bij de benadering van de regeldrukvermindering in de Angelsaksische wereld. Aldaar, met name in de Verenigde Staten, is de ‘*regulatory reform*’ primair gericht op de bestuurswetgeving.<sup>13</sup>

### 1.3. Bestuurswetgeving en alternatieven

Er zijn verschillende manieren denkbaar om de regeldruk te verminderen die van bestuurswetgeving uitgaat. Een daarvan is *alternatieven* van wetgeving beter in ogenschouw te nemen. Het eerste speerpunt van de nota *Zicht op wetgeving* luidt – onder de kop ‘Denken in alternatieven’:

‘De ontwikkeling en de uitvoering van het algemeen wetgevingsbeleid zijn gericht op de verbetering van de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van het overheidsbeleid. Daarbij zal het denken in alternatieven centraal staan: alternatieve instrumenten in plaats van de wet en alternatieven bij de inrichting van de wet.’<sup>14</sup>

Met dit denken in alternatieven is een begin gemaakt, maar het gaat veel te ver om te stellen dat het in het wetgevingsbeleid in volle omvang van de grond is gekomen. Wel wordt in de *Aanwijzingen voor de regelgeving* – de eerste versie trad in werking op 1 januari 1993 – tot uitdrukking gebracht dat pas voor wettelijke maatregelen dient te worden gekozen als het zelfregulerend vermogen van de betrokken sector tekortschiet en als er geen alternatieven voorhanden zijn. Vooral Aanwijzing 7, onderdeel d, is in dit verband relevant:

‘indien overheidsinterventie noodzakelijk is, wordt onderzocht of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten dan wel, indien dit niet mogelijk blijkt, welke andere mogelijkheden daartoe bestaan’.

Bij alternatieven voor wetgeving valt onder meer te denken aan convenanten, aan (wettelijk gestructureerde) zelfregulering, aan zorgplichten, aan normalisatie en certificatie, enzovoort.

In de nota *Bruikbare rechtsorde* wordt weliswaar een wat andere terminologie gebezigd, maar naar mijn indruk gaat deze nota op dit punt sterk in dezelfde richting. In deze nota staat de ‘principiële aanpak’ voorop. In dat kader moeten ‘*bestaande instituties* worden benut en *nieuwe concepten* ontwikkeld’ en moet naar andere ‘*reguleringsmodellen*’ worden gekeken.<sup>15</sup> Bij het beter of anders benutten van bestaande instituties worden als voorbeeld de cao’s, convenanten en certificering genoemd. Als voorbeeld van nieuwe concepten worden zorgplichten en het vervangen van toezicht door toezicht op het zelfregulerend systeem genoemd.<sup>16</sup>

13. Zie veel eerder al in dit blad: H.J. de Ru, ‘Regulatory reform in de Verenigde Staten. Aflevering 1: verschuiving in het machtsevenwicht’, *RegelMaat* 1986, p. 64 e.v. Zie recent over de VS: R.A.J. van Gestel & M.L.M. Hertogh, *Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie*, Nijmegen 2006, p. 65 e.v.

14. Zie noot 9.

15. Cursiveringen van auteur.

16. *Bruikbare rechtsorde*, p. 12.

Onder het etiket van de reguleringsmodellen begrijpt de nota onder meer: zorgplichten, alternatieve toezichtsinstrumenten, afspraken tussen burgers en instellingen in plaats van kwaliteitseisen van de overheid en erkenning van zelfzorgsystemen. Dat is niet echt iets anders dan de alternatieven van de nota *Zicht op wetgeving*. Beide nota's dragen bovendien zelfregulering uitdrukkelijk een warm hart toe.

De overeenkomsten tussen de nota's *Zicht op wetgeving* en *Bruikbare rechtsorde* springen dus in het oog. Beide zoeken naar nieuwe wegen om de huidige problemen met wetgeving – zoals gezegd: veelal bestuurswetgeving met een beleidsinstrumenteel karakter – aan te pakken. De voorgestelde oplossing wordt in dezelfde richting gezocht.<sup>17</sup>

Het lijkt mij verstandig als de destijds uitgezette koers opnieuw wordt ingeslagen en versterkt wordt voortgezet. Want ondanks alle mooie woorden staat het denken in alternatieven nog steeds in de kinderschoenen. Het zou goed zijn als het kabinet-Balkenende IV, en in het bijzonder de minister van Justitie, (opnieuw) Hirsch Ballin, deze draad weer zou oppakken. Daarmee zou het kabinet aansluiten bij – wederom – ontwikkelingen in de Angelsaksische wereld. Zo is in het Verenigd Koninkrijk in december 2005 een zogeheten *Guide to Alternatives to Classic Regulation* uitgebracht.<sup>18</sup>

Om te kunnen onderzoeken welk alternatief in een bepaald geval geschikt is, is eerst scherper zicht nodig op welke alternatieven voorhanden zijn en wat ze inhouden. Ik zal daarom nu ingaan op een aantal prototypen van die alternatieven. Hoewel uit de karakteristieken van de verschillende alternatieven al een aanzet voor bepaalde mogelijke keuzes voortvloeit, zal het keuzevraagstuk als zodanig hier verder buiten beschouwing blijven.

## 2. De alternatieven

### 2.1. Alternatieven: drie prototypen

Er zijn voor wetgeving allerlei alternatieven denkbaar. Het is van belang deze alternatieven eveneens op juridisch relevante wijze te categoriseren. Ik wil hier kort enige verschillende categorieën in kaart brengen en van iedere categorie een prototype bespreken. De prototypen verschillen duidelijk van rechtskarakter. Evenals destijds de commissie-Geelhoed kies ik in deze bijdrage voor een technisch-instrumentele benadering.

De regels waarvoor een alternatief wordt gezocht, zijn de wettelijke eenzijdig bindende regelingen van overheidswege: de algemeen verbindende voorschriften, in het bijzonder de beleidsinstrumentele bestuurswetgeving. Het als eerste te noemen alternatief ligt nog redelijk dichtbij, maar is toch als alternatief te bestempelen: het zijn de *andere regels* die worden opgesteld door *bestuursorganen*, te denken valt aan beleidsregels, bestuurlijke richtlijnen, circulaire en zovoort. Ik zal me hierna wat deze categorie betreft beperken tot de beleidsregels, aangezien zij binnen deze categorie juridisch de meest uitgewerkte variant vormen. In de tweede plaats – en al een stap verder, in de zin van minder lijkend op algemeen verbindende voorschriften – zijn de *overeenkomsten*, convenanten en andere afspraken met de overheid te noemen. Ik zal me wat deze categorie betreft in het bijzonder richten op de afspraken die herhaaldelijk worden gemaakt, met andere woorden: op standaardcontracten. Dat doe ik omdat we het hier hebben over alternatieven voor regelgeving. Standaardcontracten worden in de terminologie van het Burgerlijk Wetboek (BW) aangeduid als algemene voorwaarden. In de derde plaats zijn te noemen de regels die niet worden opgesteld door de overheid

17. En voor wie op de politieke context let: de beide ministers, die primair voor de nota's verantwoordelijk zijn, behoren tot dezelfde partij.

18. BRTF, *Routes to Better Regulation. A Guide to Alternatives to Classic Regulation*, Londen: Crown Copyright 2005. Waarover kort: Ph. Eijlander, 'Het wetgevingsbeleid na de Bruikbare rechtsorde', in: L. Loeber (red.), *Bruikbare wetgeving, poadvies voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid*, Nijmegen 2007, p. 50. Het rapport richt zich met name op EU-regelgeving.

maar door de betrokkenen. Met andere woorden: regels die in het kader van de *zelfregulering* worden opgesteld. Voor zelfregulering geldt nog meer dan de hiervoor genoemde categorieën van alternatieven dat er wel heel veel verschillende soorten regels onder te vatten zijn. Ik zal me wat deze categorie betreft richten op de normalisatienormen. Voor normalisatienormen geldt eveneens dat zij vatbaar zijn voor herhaalde toepassing.

Uiteraard zijn ook andere alternatieven denkbaar. Zo is het soms verstandig van regelgeving af te zien en te volstaan met voorlichting of adviezen.<sup>19</sup> De hier te bespreken prototypen hebben echter gemeenschappelijk dat zij alle drie echte algemene regels inhouden, zij hebben alle drie algemene strekking. Verder hebben alle drie de prototypen betrekking op bindende regels, hoewel de aard van de binding verschilt. In die zin vormen zij een volwaardig alternatief voor bestuurswetgeving.

Ik duid de beleidsregels, de algemene voorwaarden van de overheid en de normalisatienormen aan als *prototypen* van alternatieven voor bestuurswetgeving, niet alleen omdat zij ieder binnen hun categorie een belangrijke toepassingsvariant vormen, maar vooral ook omdat te verwachten valt dat zij geschikt zullen zijn om als vertrekpunt te dienen voor mogelijk toekomstige nieuwe en andere toepassingen als alternatief voor wetgeving. Daartoe dient immers mede deze verkenning.

## 2.2. Beleidsregels

Aangezien de meeste lezers van *RegelMaat* meer vertrouwd zullen zijn met beleidsregels dan met algemene voorwaarden of met normalisatienormen, kan ik over beleidsregels betrekkelijk kort zijn. Met behulp van beleidsregels kunnen bestuursorganen een uitwerking geven aan bestuursbevoegdheden, die hun bij of krachtens de wet zijn toegerekend. Daarnaast zijn er buitenwettelijke

beleidsregels: zij werken buitenwettelijke bestuursbevoegdheden uit. Beleidsregels kunnen op verschillende manieren uitwerking geven aan bestuursbevoegdheden. Beleidsregels kunnen betrekking hebben op de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften (vgl. art. 1:3 lid 4 Awb).

Zoals bekend is een verschil tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften dat de overheid ten aanzien van beleidsregels een inherente afwijkingsbevoegdheid heeft, terwijl zij zich aan haar algemeen verbindende voorschriften vrijwel steevast dient te houden. Wanneer het nodig is dat het bestuursorgaan onder zeer bijzondere omstandigheden van een wettelijke regeling kan afwijken, dient de wetgever daartoe een hardheidsclausule in de wet op te nemen. Men zie voor het afwijken van beleidsregels artikel 4:84 Awb: het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel tenzij dat wegens bijzondere omstandigheden in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen onevenredige gevolgen zou hebben. Beleidsregels behoren net als algemeen verbindende voorschriften tot het objectieve recht. Omdat zij behoren tot het recht in de zin van artikel 79 WRO kunnen zij in cassatie worden uitgelegd.<sup>20</sup> De inhoud van beleidsregels wordt net als die van algemeen verbindende voorschriften in beginsel marginaal door de rechter beoordeeld.

De keuze of bepaalde onderwerpen door middel van algemeen verbindende voorschriften of door een beleidsregeling worden geregeld, is tot op zekere hoogte een kwestie van *reguleringstechniek*. Wanneer we beleidsregels beschouwen als alternatief voor bestuurswetgeving rijst vooral de vraag naar de *afbakening* tussen beide. Wanneer moet de regelsteller voor een algemeen verbindend voorschrift kiezen en wanneer voor een beleidsregel? Dit is niet steeds eenvoudig. Een ministeriële regeling bijvoorbeeld kan het karakter

19. Zie voor een klassiek pleidooi dat lichtere interventies de voorkeur moeten genieten: L.A. Geelhoed, *De interveniërende staat. Aanzet voor een instrumentenleer*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1983.

20. HR 28 maart 1990, AB 1990, 306 m.nt. FHvdB (Leidraad-arrest).



ter hebben van zowel een algemeen verbindend voorschrift als een beleidsregel. Hoofddregel is dat een beleidsregel invulling geeft aan een *bestuurs*bevoegdheid en een algemeen verbindend voorschrift de uitwerking is van een *wetgevings*bevoegdheid. Dit verschil kan heel betrekkelijk zijn. Die betrekkelijkheid vloeit voort uit het – hiervoor al gememoreerde – verva- gen van het onderscheid tussen de wetge- vende en uitvoerende macht. Die grens tussen beide is zo vaag dat in het verleden meer dan eens is bepleit algemeen verbindende voorschriften met het karakter van bestuurswetgeving en beleidsregels op één lijn te stellen.<sup>21</sup> Die kant is het echter niet opgegaan – in de Awb worden algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels immers uitdrukkelijk van elkaar onderscheiden – zodat we ook om die reden de grenzen tussen deze twee scherp zullen moeten afbakenen.

Een meer inhoudelijk onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels kan worden gemaakt met behulp van het legaliteitsbeginsel. Uit de jurisprudentie blijkt al jaren dat verplichtingen niet eenzijdig bij beleids- regel aan de betrokkenen mogen worden opgelegd.<sup>22</sup> Tamelijk recent bleek dit nog uit het arrest van de Stichting Rooms Katholiek Onderwijs Huizen/ gemeente Huizen.<sup>23</sup> In dat arrest over- woog de Hoge Raad dat de inhoud van een (wetsinterpreterende) beleidsregel wel aan de opsteller, de minister, kon worden tegengeworpen, maar niet aan de normadressaat, in dit geval een school-

stichting. De in de beleidsregel opgeno- men verplichtingen bonden de stichting niet, aangezien deze verplichtingen geen wettelijke grondslag hadden, maar slechts in de beleidsregeling waren opgenomen. Het is een kwestie van goed regelgeven om dit soort ongelukken te voorkomen. Dat is overigens niet steeds gemakkelijk. In dit geval ging het om een tamelijk technische uitvoeringskwestie – namelijk de verplichting om een afschrift van een bouwopdracht aan de minister te sturen – en niet om een beleidsmatige hoofdzaak. Met de simpele vuistregel dat de hoofd- zaken in een algemeen verbindend voor- schrift moeten worden geregeld en de uitvoeringskwesties in (nadere) beleids- regels, komt men er dus niet. Bovendien moet onder meer ook de ruimte voor afwijking van de regel in de afweging worden betrokken.

### 2.3. Algemene voorwaarden van de overheid

#### *Algemene voorwaarden*

Een ander alternatief voor algemeen verbindende voorschriften vormen de van de overheid afkomstige algemene voorwaar- den.<sup>24</sup> Het gebruik van algemene voor- waarden door de overheid komt op vrij grote schaal voor. Te denken valt onder meer aan het verrichten van diensten (bij- voorbeeld onderwijs, openbaar vervoer), de levering van energie (water, elektriciteit enzovoort) en het verstrekken van subsidies met behulp van een (standaard)- uitvoeringsovereenkomst. Omdat het hier regels betreft met een privaatrech-

21. Bijv. M. Scheltema, *De partijdige wetgever*, Deventer: Kluwer 1984, p. 14 en *ibidem*, 'Van rechts- bescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996, p. 1358; I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving* (diss. UvA), Den Haag: Vuga 1984, p. 150 e.v. en *ibidem*, 'Meer recht in de zin van art. 99 Wet RO', *NJB* 1990, p. 1147 e.v. en N. Verheij, 'Regelgeving door minis- ters: een pleidooi voor duidelijkheid', *NJB* 1985, p. 1146.

22. F.J. van Ommere, *De verplichting verankerd, De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wets- begrip* (diss. VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 62.

23. HR 23 mei 2003, *AB* 2004, 157 m.nt. FvO.

24. Zie reeds: F.J. van Ommere, 'Algemene voorwaarden als wetgevingsalternatief', in: F.J. van Om- meren e.a. (red.), *Overheid en burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 86 e.v.; en recent: I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: *Alternatieve re- gelgeving*, preadvies van W.J. Witteveen, I. Giesen & J.L. de Wijckerslooth, Deventer: Kluwer 2007, p. 71 e.v. en meer uitvoerig: I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007. Giesen heeft het dan over algemene voorwaarden in algemene zin, dus niet alleen die van de overheid. Ook normalisatie en andere vormen van zelfregulering begrijpt hij onder de alternatieve regelge- ving.

telijk karakter, zal het niet verwonderen dat met name ook de overheid in haar privaatrechtelijke gedaante van algemene voorwaarden gebruikmaakt.

Het is van belang in het oog te houden dat algemene voorwaarden regels zijn met een algemene strekking. Zij zijn immers vatbaar voor herhaalde toepassing. De gebruiker – hier: de overheid – kan de algemene voorwaarden op verschillende burgers (bedrijven en instellingen daaronder begrepen) toepassen. Dat is immers wezenlijk voor het standaardkarakter.

Onder bijzondere omstandigheden kan de overheid besluiten een overeenkomst met (ten dele) een andere inhoud dan de standaardovereenkomst te sluiten. Maar *afwijken* van de algemene voorwaarden door de overheid is vrij moeilijk, vanwege de binding van de overheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die – ingevolge artikel 3:14 BW – ook op privaatrechtelijk overheidshandelen van toepassing zijn. In het bijzonder valt te denken aan het rechtsgelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. De burger mag erop vertrouwen dat de overheid in beginsel haar eigen algemene voorwaarden hanteert en daarvan niet afwijkt. Dat ligt anders voor andere gebruikers dan de overheid: zij kunnen gemakkelijker afwijken van hun eigen algemene voorwaarden. Naar mijn mening is de bindende kracht van algemene voorwaarden voor de overheid als gebruiker zeer goed vergelijkbaar met de bindende kracht van beleidsregels. De overheid heeft een afwijkingsbevoegdheid, maar die is zeer stringent, men zie artikel 4:84 Awb.

Heeft de overheid echter een overeenkomst gesloten met een inhoud die in overeenstemming is met de algemene voorwaarden, dan is afwijken van de algemene voorwaarden uiteraard een andere zaak: vanaf dat moment is er sprake van een zeer harde binding.

Afdeling 6.5.3 BW bevat een regeling die voorschriften geeft over de geoorlooftheid van de inhoud en de toepas-

selijkheid van algemene voorwaarden. Deze afdeling is ook van toepassing op algemene voorwaarden die afkomstig zijn van de overheid.

De verschillen tussen algemeen verbindende voorschriften en algemene voorwaarden zijn juridisch gezien vrij groot. Algemeen verbindende voorschriften en algemene voorwaarden verschillen op vier belangrijke punten:

1. Algemeen verbindende voorschriften binden van rechtswege, terwijl algemene voorwaarde binden door de aanvaarding ervan.
2. De overheid is volledig gebonden aan algemeen verbindende voorschriften, terwijl de overheid als gebruiker van haar algemene voorwaarden onder bijzondere omstandigheden mag afwijken.
3. Algemeen verbindende voorschriften behoren tot het recht in de zin van artikel 79 WRO. Voor algemene voorwaarden geldt dat niet.<sup>25</sup>
4. De inhoud van algemeen verbindende voorschriften wordt door de rechter slechts marginaal beoordeeld, wil hij überhaupt al aan een inhoudelijke beoordeling toekomen.<sup>26</sup> De geoorlooftheid van de inhoud van algemene voorwaarden wordt door de rechter verregaand beoordeeld, in het bijzonder aan de hand van de zogeheten zwarte en grijze lijsten van afdeling 6.5.3 BW.

#### *Algemene voorwaarden als reguleringstechniek*

De keuze voor een algemeen verbindend voorschrift of een regeling met algemene voorwaarden is tot op zekere hoogte een kwestie van reguleringstechniek. Hoewel formeel-juridisch de verschillen tussen algemene voorwaarden en algemeen verbindende voorschriften tamelijk groot zijn, worden deze door de burger vaak niet opgemerkt. Dit is bij uitstek het geval als op één overheidsformulier een heffing wordt geheven die ten dele voortvloeit uit verplichtingen die bij algemene voorwaarden zijn aangegaan, en ten dele uit

25. HR 11 november 1960, NJ 1960, 599 (Vaalse elektriciteitsverordening) en HR 10 januari 1992, AB 1992, 282 m.nt. FHvdB; NJ 1992, 670 m.nt. MS (Scheffers/Utrecht).

26. HR 16 mei 1986, AB 1986, 574 m.nt. PvB; NJ 1987, 251 m.nt. MS (Landbouwvliegers-arrest).



algemeen verbindende voorschriften. Het maakt de burger – de juridische leek – ook niet zoveel uit of hij met algemeen verbindende voorschriften of algemene voorwaarden wordt geconfronteerd; hij ervaart beide als opgelegd.<sup>27</sup> Een interessant verschijnsel in dit verband is dat gemeenten meer en meer allerlei heffingen op één formulier plegen samen te brengen. Die heffingen kunnen variëren van lokale belastingen tot de inning van de verschuldigde bedragen voor het gebruik van de kabel. De betalingsplicht vloeit in het ene geval voort uit een algemeen verbindend voorschrift, in het andere uit de aanvaarding van algemene voorwaarden. Het samenbrengen van verschillende soorten heffingen op één formulier heeft een groot aantal voordelen, maar zal de betalingsplichtige zich van de verschillende achtergronden bewust zijn? En dan zwijg ik nog over de verschillen in de rechtsbescherming.

In de praktijk is het niet steeds gemakkelijk om algemeen verbindende voorschriften en algemene voorwaarden uit elkaar te houden. Dit wordt nog versterkt door een juridisch wat complex fenomeen: het wettelijke voorschrift waarin algemene voorwaarden zijn opgenomen. Wettelijke voorschriften bevatten in de regel algemeen verbindende voorschriften. Zij kunnen echter ook algemene voorwaarden bevatten. Met name bij gemeentelijke verordeningen komt dat wel eens voor. Bekend voorbeeld is de exploitatieverordening op grond van artikel 42 WRO. In een klassiek arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat algemene voorwaarden die zijn opgenomen in een verordening, niet als wetgeving in materiële zin – met andere woorden: algemeen verbindende voorschriften – mogen worden aangemerkt.<sup>28</sup>

#### 2.4. Normalisatienormen

##### *Formele normalisatienormen*

Normalisatienormen zijn normen waarin de standaarden zijn opgenomen die zijn vastgesteld met het oog op de afstemming van producten en productieprocessen op de aanwezige vraag. Zij worden opgesteld door het bedrijfsleven. Normalisatienormen zijn algemene normen: zij zijn, zoals gezegd, vatbaar voor herhaalde toepassing. Zij hebben een technisch karakter.<sup>29</sup> Men spreekt ook wel over standaardisatie. Een bekend voorbeeld is de ISO-standaardisatie.

De termen ‘normen’ en ‘standaarden’ zijn hier vrijwel synoniem. Voor (wetgevings)juristen is het wellicht even wennen dat de term ‘norm’ hier in de andere betekenis wordt gebruikt dan in het recht gebruikelijk is. Een juridische norm drukt immers een ‘behoren’ of een ‘moeten’ uit. Dat doen deze technische normen echter niet.

Normalisatienormen zijn feitelijke afspraken waaraan men zich uit eigen beweging mag houden, maar dat hoeft niet. Het zijn sociale en economische beweegredenen die betrokkenen ertoe stimuleren normalisatienormen in acht te nemen. Schoolvoorbeeld vormt de productie van stopcontacten en stekkers. Een onderneming kan voor een bepaald land wel stopcontacten en stekkers produceren die afwijken van de aldaar geldende technische normen, maar zinvol is dit uiteraard niet. Zij zal ze aan de straatstenen niet kwijtraken. Oogmerk van de normalisatie is slechts vraag en aanbod beter op elkaar te doen aansluiten. Anders gezegd: met normalisatie wordt beoogd om herhaaldelijke afstemmingsproblemen te voorkomen.

Het is van belang een onderscheid te maken tussen twee soorten van normalisatie,

27. Vgl. F.A.J. Gras, *De sociale werkelijkheid van het standaardkontraat. Een rechtssociologisch onderzoek* (diss. UvA), Amsterdam: Kobra 1984.

28. HR 11 november 1960, *NJ* 1960, 599 (Vaalse elektriciteitsverordening) en meer recent bijv. HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 581 m.nt. JH; *AB* 2002, 315 m.nt. FvO (Polyproject/Warmond).

29. Zie over de vraag in hoeverre zij per definitie een technisch karakter hebben: C. Stuurman, *Technische normen en het recht, Beschouwingen over de interactie tussen recht en technische normalisatie op het terrein van informatietechnologie en telecommunicatie* (diss. VU), [S.l.: s.n.] 1995, p. 3.

te weten tussen formele normalisatie en *de-factonormalisatie*.<sup>30</sup> *Formele* normen worden opgesteld door speciaal daartoe ingestelde normalisatie-instellingen. In Nederland zijn er twee normalisatie-instellingen, het Nederlands Normalisatie-instituut (NEN) en het Nederlands Elektronisch Comité (NEC). Anders dan in veel andere landen maken beide instellingen geen deel uit van de overheid. Ook de drie Europese normalisatie-instellingen zijn private instellingen.<sup>31</sup> Dat geldt ook voor twee van de drie belangrijkste internationale normalisatie-instellingen.<sup>32</sup> Van *de-factonormalisatie* is sprake indien de vaststelling van de normen niet door dergelijke instellingen plaatsvindt.<sup>33</sup>

Van een formele normalisatienorm is sprake indien de norm tot uitdrukking wordt gebracht in een geschreven document dat door een bevoegde of erkende instantie is goedgekeurd. Wezenlijk is dat het document wordt opgesteld volgens een methode waarbij een beroep wordt gedaan op de *instemming* van alle betrokken partijen, alsmede in het belang van allen.<sup>34</sup> Een belangrijk kenmerk van formele normalisatie is verder dat het document voor het publiek verkrijgbaar is. Een belangrijk verschil met overheidsregelgeving is dat deze normen echter *niet vrij* verkrijgbaar zijn. Zij dienen in de regel tegen betaling van een aanzienlijk bedrag bij een normalisatie-instituut te worden aangeschaft. Dat voor de aankoop van normalisatienormen betaald moet worden, is in zoverre goed te begrijpen, dat het opstellen van dit soort normen veel kennis, menskracht, tijd en geld kost. Duidelijk is echter ook dat een (hoge) prijs niet bijdraagt aan de kenbaarheid van deze normen.

Volledigheidshalve en ter voorkoming van misverstanden hier een kort woord over *certificatie*. Normalisatie en certificatie worden immers dikwijls in één adem genoemd. Daar is vaak een goede reden voor, maar het is niet noodzakelijk. Normalisatie is, zoals het woord al zegt, een vorm van norm- of regelstelling. Certificatie daarentegen is een conformiteitsbeoordeling, die kan uitmonden in een schriftelijke verklaring en – bij een positief resultaat – in een conformiteitsteken of –merk. Certificatie is te begrijpen als een vorm van het houden van toezicht die ten dienste staat aan de handhaving van bepaalde normen. Dat kunnen normalisatienormen zijn, maar ook wettelijke of andere normen.

*Formele normalisatie en het wetgevingsproces*  
Bezien vanuit de beginselen van de democratische rechtsstaat vertonen normalisatienormen nogal wat tekortkomingen. In de literatuur is het formele normalisatieproces wel vergeleken met het wetgevingsproces. Zoals te verwachten, blijken er dan nogal wat punten van kritiek te zijn.<sup>35</sup> Maar aangezien normalisatie een vorm van zelfregulering is, is het niet zonder meer vanzelfsprekend dat deze normen aan de beginselen van de democratische rechtsstaat en meer in het bijzonder aan de wetgevingskwaliteits-eisen moeten voldoen.

Zo rijzen juist bij normalisatie veel vragen over de *legitimiteit* van de normen. Zoals gezegd, is kenmerkend voor formele normalisatie dat de norm wordt opgesteld volgens een methode waarbij een beroep wordt gedaan op de instemming van alle betrokken partijen, en mede gericht is op het belang van allen. In de praktijk valt

30. Stuurman 1995, p. 16 en 17 en G.J.M. Evers, *Blind vertrouwen? Een onderzoek naar de toepassing van certificatie ten dienste van de handhaving van wettelijke voorschriften* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 16.

31. Het betreft het: Comité Européen de Normalisation (CEN), het Comité de Normalisation Electrotechnique (CENELEC) en het European Telecommunications Standards Institute (ETSI). Zie hiervoor <www.knooble.com>.

32. Te weten: de International Organization for Standardization (ISO) en de International Electrotechnical Commission (IEC).

33. Stuurman 1995, p. 16 en 17 en Evers 2002, p. 16.

34. Evers 2002, p. 16.

35. Stuurman 1995, p. 161 e.v.

dat niet mee. Er doen zich allerlei onevenwichtigheden voor. Evers zegt:

‘Niet iedere belanghebbende zal de keuze (kunnen) maken om zijn schaarse middelen voor het normalisatieproces aan te wenden. Dit kan tot gevolg hebben dat de meest betrokken, best georganiseerde, meest deskundige of kapitaalcrachtigste groep een zware stempel op het normalisatieproces weet te drukken.’<sup>36</sup>

Voor al de mondialisering van de economie speelt hierin een rol. Voorheen nam een land veelal niet deel aan de stemmingsronde als het een standaard betrof die voor dat land toch geen relevantie had. Inmiddels proberen belanghebbenden in het standaardisatieproces zo veel mogelijk landen en dus stemmen voor zich te winnen.<sup>37</sup> Een ernstig voorbeeld biedt het verzoek van Microsoft om Microsofts Office Open XML (OOXML) tot ISO-standaard te verklaren. In Zweden probeerde Microsoft de leden van het nationale standaardcomité om te kopen.<sup>38</sup>

Aangezien normalisatienormen worden opgesteld door het bedrijfsleven rijst meer nog dan bij de andere alternatieven de vraag in hoeverre hier sprake is van een wetgeverstaak – preciezer: een taak voor de *bestuurswetgever* – dan wel een taak van het bedrijfsleven. Hoe moeten de verantwoordelijkheden worden verdeeld? Een belangrijk gezichtspunt bij de taak- of verantwoordelijkheidsverdeling is dat de wetgever en de daarbij horende ondersteuning ten enen male over onvoldoende kennis beschikken om zelf deze normen op te stellen.<sup>39</sup> Daarbij speelt mee dat dit soort normen in hoog tempo aan wijziging onderhevig is. De wetgever zou

al snel achter de feiten aan lopen. In een samenleving als de onze, die ook wat haar juridische infrastructuur betreft steeds meer evolueert tot een netwerksamenleving,<sup>40</sup> ligt het minder voor de hand dit soort zaken bij één centrale instelling, overheid genaamd, neer te leggen. Kenmerkend voor een netwerksamenleving is nu juist dat er niet één hoogste autoriteit is die de normen stelt.<sup>41</sup>

#### *Normalisatie als reguleringstechniek*

Normalisatie is een reguleringstechniek die door de wetgever kan worden gebruikt. Dat is, ook hier, enigszins complicerend. In wettelijke voorschriften en overeenkomsten wordt meer dan eens *verwezen* naar formele normalisatienormen.<sup>42</sup> Door de verwijzing worden de betrokkenen in beginsel rechtens verplicht zich aan de normen te houden.

Normalisatienormen – met name de formele – moeten uitdrukkelijk worden onderscheiden van wettelijke voorschriften, beleidsregels, algemene voorwaarden en *de-facto* normalisatienormen. De wetgever wordt geconfronteerd met de keuze tussen deze en andere soorten regels of een combinatie daarvan door middel van het stellen van wettelijke condities. Daarbij dienen uitdrukkelijk de kosten die het opstellen van dit soort normen met zich brengt, de rol van de markt en de (gebrekkige) legitimatie van dit soort normen te worden betrokken.

Zo is het bijvoorbeeld de vraag of het terecht is dat voor normalisatienormen auteursrecht zou moeten worden *betaald* wanneer deze wettelijk zijn voorgeschreven. In de literatuur wordt getwist over de vraag of de Bekendmakingswet op dit

36. Evers 2002, p. 19.

37. C. Prins, ‘Microsoft en de legitimiteit van ISO-standaardisatie’, *NJB* 2007, p. 2287.

38. Prins 2007, p. 2287.

39. Met name de WRR hamert – terecht – op dit punt. Zie: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 242 en 243 (rapport nr. 63) en iets eerder: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Van oude en nieuwe kennis*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002 (rapport nr. 61).

40. Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling, preadvies voor de vergadering van de Christen Juristen Vereniging op 7 mei 1999*, Utrecht: LEMMA 1999.

41. H.R. van Gunsteren heeft reeds vroeg de klassieke manier van normstellen bekritiseerd, zie *The Quest for control, A critique of the rational-central-rule approach in public affairs*, Londen: John Wiley 1976.

42. M.H. Elferink heeft hieraan haar proefschrift gewijd: *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

soort normalisatienormen van toepassing is. Als dat het geval zou zijn, zouden zij thans (vrijwel) kosteloos ter beschikking moeten worden gesteld. In de huidige praktijk worden normalisatienormen echter niet overeenkomstig de eisen van de Bekendmakingswet bekendgemaakt. Aangezien normalisatienormen geen algemeen verbindende voorschriften zijn, valt het wel te begrijpen dat de Bekendmakingswet niet op de bekendmaking van deze normen van toepassing wordt geacht. Daar is echter tegenover te stellen dat voor zover de wet naar de normalisatienormen verwijst, deze normen zozeer met de wettelijke voorschriften zijn verknoot, dat zij in dit opzicht met deze voorschriften moeten worden gelijkgesteld.<sup>43</sup>

Daargelaten wat er naar geldend recht van deze controverse zij, zou het naar mijn mening eigenlijk niet zo moeten zijn dat bedrijven en burgers verplicht zijn een substantieel bedrag te betalen voor het kennisnemen van normalisatienormen waarnaar in wetgeving is verwezen. Er zijn voor de wetgever uitstekende redenen om naar dit type normen te verwijzen. Maar door de verwijzing zijn zij in wezen getransformeerd tot algemene normen van overheidswege. In dat geval behoren mijns inziens ook de kosten van hun totstandkoming door de gemeenschap te worden gedragen. Dat de wetgever de kosten moet dragen, is mede billijk, omdat hij nu niet zelf eigen normen hoeft op te stellen en dus die inspanning, met

de daarmee gepaard gaande kosten, niet hoeft te leveren. Het ligt mijns inziens dan ook veel meer in de rede dat de *wetgever* betaalt voor het feit dat hij een verwijzing maakt, dan dat degene die deze normen wil gebruiken of raadplegen, moet betalen voor de kennisname ervan.

### 2.5. *Vergelijking van de drie prototypen*

Voor alle drie de prototypen geldt dat het tot op zekere hoogte een kwestie van reguleringstechniek is welke norm in welk soort regel tot uitdrukking wordt gebracht. Uiteraard valt er veel meer over deze alternatieven te zeggen dan in dit bestek mogelijk is. Zoals gezegd, gaat het mij er echter vooral om kort de belangrijkste overeenkomsten en verschillen te laten zien, teneinde hen als drie verschillende prototypen van alternatieven voor wetgeving te kunnen beschouwen.

Het voorgaande leert dat algemeen verbindende voorschriften en de drie alternatieven nogal wat van elkaar weg hebben. Het zijn allemaal algemene regels, dat wil zeggen regels die voor herhaalde toepassing vatbaar zijn. De grondslag van de binding is doorgaans een juridische. De normalisatienormen zijn echter rechtens niet bindend, men houdt zich daaraan op grond van sociale of economische beweegredenen. Alle drie de alternatieven komen in combinatie met wetgeving voor.

In een tabel ziet deze vergelijking er op hoofdpunten als volgt uit:

<b>Soort regeling</b>	<i>Grond van de binding</i>	<i>Aard en totstandkoming van de binding</i>	<i>Afkomstig van</i>
<i>Algemeen verbindende voorschriften</i>	juridisch/objectief recht	hard, eenzijdig	overheid
<i>Beleidsregels</i>	juridisch/objectief recht	minder hard, eenzijdig	overheid
<i>Algemene voorwaarden</i>	juridisch/subjectief recht	hard, <sup>44</sup> aanvaarding	overheid/ bedrijfsleven
<i>Normalisatienormen</i>	sociaal	hard, aanvaarding	bedrijfsleven

43. Elferink 1998, p. 71, stelt zich op het standpunt dat dit soort normalisatienormen als algemeen verbindende voorschriften moet worden aangemerkt en derhalve onder het regime van de Bekendmakingswet vallen. Zij is hierin bestreden door G. Evers, 'Een normalisatienorm is geen algemeen verbindend voorschrift', *NJB* 1999, p. 1814 en 1815, met naschrift M.H. Elferink. Er lopen thans gerechtelijke procedures waarin deze vraag aan de orde is, zie <[www.knooble.com](http://www.knooble.com)>.

44. Althans ná het sluiten van de overeenkomst. Vóór het sluiten van de overeenkomst is de binding van de algemene voorwaarden minder hard, namelijk vergelijkbaar met die van een beleidsregel.

Door het gebruik van alternatieve regels vermindert de regeldruk uiteraard niet in *kwantitatieve* zin. Daar gaat het bij de vermindering van regeldruk ook niet in de eerste plaats om. Wat vooral van belang is, is dat ieder van deze regels eigen unieke eigenschappen heeft. Bij een goed gebruik in de juiste situatie wordt de regeldruk zo laag mogelijk gehouden.

Goede beleidsregels bijvoorbeeld bevorderen de kenbaarheid en begrijpelijkheid van wettelijke voorschriften. Daardoor vermindert de regeldruk wel degelijk. Maar ook hier geldt: overdaad schaadt. Met het oog op de regeldruk is een spaarzaam gebruik van beleidsregels van belang. Een scherp en duidelijk wettelijk voorschrift dat geen nadere (wets-interpreterende) beleidsregel behoeft, is van hogere kwaliteit dan wanneer een dergelijke beleidsregel wel nodig is. Ook van andere soorten beleidsregels is niet uitgesloten dat zij de regeldruk verminderen: zij dragen bij aan systematisering en de reductie van de rechtsonzekerheid. Iets soortgelijks geldt voor algemene voorwaarden van de overheid: hun andere juridische binding en andere eigenschappen maken hen in andere situaties meer geschikt. Daarbij speelt ook de vraag of de publieke taak beter door de overheid in publiekrechtelijk of privaatrechtelijk gedaante kan worden behartigd. Nog scherper komt de kwestie van de publieke taak voor het voetlicht als we naar normalisatie kijken: daar is de principiële vraag in hoeverre het vaststellen van dit soort normen een publieke taak dient te zijn. Het is de taak van de wetgever de afweging te maken wanneer welke reguleringsvorm het meest wenselijk is.

### 3. Waarom spreken over alternatieven voor *bestuurswetgeving*?

Ik heb hiervoor de term *command and control-wetgeving* bewust vermeden en in plaats daarvan de term 'bestuurswetgeving' vooropgesteld, in het bijzonder

de bestuurswetgeving met een beleids-instrumenteel karakter. In veel geschriften waarin alternatieven voor regelgeving aan de orde komen, wordt daarentegen wel aangeknoopt bij klassieke regulering die een *command and control*-karakter heeft. Mijns inziens is *command and control* geen geschikte juridische categorie. Het bezwaar daartegen is tweemaal. In de eerste plaats is het gebruikelijk om *command and control* tegenover allerlei economische reguleringstechnieken te plaatsen.<sup>45</sup> Maar omdat die technieken óók veel ge- en verboden bevatten – het gaat bovendien vaak om algemeen verbindende voorschriften – is in die benadering niet duidelijk wat vertrekpunt is en wat alternatief. In de tweede plaats kunnen ook de alternatieven een *command and control*-karakter hebben: zowel in algemene voorwaarden als in normalisatienormen zitten allerlei ge- en verboden die gehandhaafd moeten worden. Het maakt voor de normdressaat echt niet uit of hij deze 'bevelen' juridisch heeft aanvaard (algemene voorwaarden), dan wel er uit sociaaleconomisch oogpunt aan gebonden is (normalisatienormen).

Er valt nog een andere belangrijke reden te noemen om de alternatieven voor wetgeving juist te zoeken bij de alternatieven voor bestuurswetgeving, en dat is de *minder directe democratische verankering* van dit soort wetgeving. Voor beleidsregels is er op dit punt geen wezenlijk verschil met bestuurswetgeving. Maar voor algemene voorwaarden en normalisatienormen ligt dat anders. Zoals we zagen, worden algemene voorwaarden, formeel-juridisch beschouwd, niet eenzijdig opgelegd, maar moeten zij door de wederpartij worden aanvaard. Er is sprake van een overeenkomst waarvan de algemene voorwaarden een belangrijk onderdeel uitmaken. Ook bij normalisatienormen speelt de aanvaarding een grote rol. Daar is het nu juist de sociale aanvaarding en niet zozeer de juridische. Zonder de feitelijke aan-

45. Bijv. B.M.J. van der Meulen, 'Marktautoriteiten', in: *Toezicht op markten*, verslag van de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht gehouden op 16 mei 2003 ter behandeling van de preadviezen van B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 20 en BRTF 2005.

vaarding door velen in het economisch verkeer kunnen zij hun functie niet vervullen. Voor beide vormen van aanvaarding geldt dat zij een andere vorm van legitimatie bieden dan de formeel-democratische legitimatie van wettelijke regelingen. Die andere vorm van legitimatie kan dan ook een belangrijk alternatief of aanvulling vormen op de formeel-democratische legitimatie van wettelijke voorschriften. Daaraan is – uiteraard – vooral behoefte wanneer de formeel-democratische verankering wat zwakker is: bij bestuurswetgeving dus.

#### **4. Samenvatting en slotopmerkingen**

Het is opmerkelijk dat in zowel de nota *Zicht op wetgeving* als de nota *Bruikbare rechtsorde* voorstellen zijn gedaan die zich in dezelfde richting begeven en, zij het in verschillende bewoordingen, aanspoeren tot het zoeken naar alternatieven voor wetgeving. Het verdient mijns inziens aanbeveling dat het kabinet-Balkenende IV hiermee verder aan de slag gaat. Dat zou ook aansluiten bij ontwikkelingen in de Angelsaksische wereld.

Ik heb, zonder volledigheid na te streven, drie categorieën van alternatieven onderscheiden – kort gezegd: de regels die eenzijdig door een bestuursorgaan worden uitgevaardigd, de overheidscontracten en de zelfregulering – en binnen iedere categorie een prototype verkend, te weten respectievelijk de beleidsregels, de algemene voorwaarden en de normalisatienormen. De alternatieven komen zelfstandig voor, maar ook in combinatie met of in aanvulling op wetgeving. Zo heb ik erop gewezen dat gemeenten de verschillende heffingen die voortvloeien

uit algemeen verbindende voorschriften en uit algemene voorwaarden, met behulp van één formulier innen. De burger zal zich er niet van bewust zijn – en hoeft zich er doorgaans ook niet van bewust te zijn – dat hij zowel met de gevolgen van wetgeving als met de gevolgen van wetgevingsalternatieven te maken heeft. Voor de wetgever is dat een andere zaak: hij dient als normsteller een bewuste keuze te maken.

De alternatieven dienen ieder op hun eigen merites te worden beoordeeld. Aan de orde kwam bijvoorbeeld dat het toch eigenlijk zo zou moeten zijn, dat wanneer in wetgeving naar formele normalisatienormen wordt verwezen, de verwijzer – met andere woorden: de wetgever – de kosten van deze normen voor zijn rekening zou moeten nemen, en niet zozeer het instituut dat de normen heeft opgesteld, noch degene die kennis wil nemen van de inhoud van deze normen.

Bij het zoeken naar alternatieven voor wetgeving dient met name te worden gedacht aan alternatieven voor bestuurswetgeving, in het bijzonder bestuurswetgeving met een beleidsinstrumenteel karakter, aangezien zich daarbij de meeste problemen voordoen. Een andere reden om de alternatieven voor wetgeving juist te zoeken bij de alternatieven voor bestuurswetgeving, is de minder directe democratische verankering van bestuurswetgeving. Al met al is bestuurswetgeving mijns inziens een beter aanknopingspunt voor het zoeken naar alternatieven van wetgeving dan *command and control*-wetgeving. Ook om die reden acht ik deze andere invalshoek zinvol, een invalshoek die bovendien goed past in een themanummer over bestuurswetgeving.