



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Rechtsstatelijke inbedding van hybride bestuursrecht: Bespreking VAR-preadviezen 2016

Emmerik, M.L. van

Citation

Emmerik, M. L. van. (2016). Rechtsstatelijke inbedding van hybride bestuursrecht: Bespreking VAR-preadviezen 2016. *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 2016(6), 177-190. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/46539>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/46539>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Rechtsstatelijke inbedding van hybride bestuursrecht

Bespreking VAR-preadviezen 2016²

NTB 2016/24

1. Inleiding

De VAR-jaarvergadering op 20 mei j.l. stond in het teken van 'hybride' bestuursrecht. De drie preadviezen belichten diverse zogenaamde 'hybride' vormen van recht: beslissingen die niet afkomstig zijn van overheidsorganen, uitspraken, rapporten en 'views' van internationale hoven en comités, internationale afspraken die private organisaties al dan niet samen met staten maken, internationale, Europese of nationale normen en certificaten en andere vormen van normen, besluiten of oordelen die een 'minder harde' juridische of formele status hebben. Dit hybride recht lijkt steeds meer aan betekenis³ te winnen en kan op allerlei manieren doorwerken in de verhouding tussen overheid en burgers. Daarbij komen vragen op naar de precieze juridische betekenis, de legitimiteit en effectiviteit van deze vormen van recht. Ook voor het Nederlandse bestuursrecht, zowel de praktijk als de wetenschap, betreft dit daarmee een belangrijk vraagstuk. Het VAR-bestuur heeft dan ook een goede keuze gemaakt bij het bepalen van het thema van de preadviezen voor 2016.

In het preadvies van Janneke Gerards staan niet-bindende oordelen van verdragscomités en semi-rechterlijke instanties op het terrein van grondrechten centraal. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het 'bed, bad en brood'-oordeel van het Europees Comité voor de Sociale Rechten over de minimale voorzieningen voor vreemdelingen zonder verblijfstatus in Nederland, dat niet alleen veel stof heeft doen opwaaien in politiek Den Haag maar ook bijvoorbeeld zijn invloed heeft op bestuursrechtelijke jurisprudentie. Martijn Scheltema behandelt in zijn preadvies de regels, beginselen en gedragscodes die op internationaal niveau worden vastgesteld door niet-statelijke organisaties, waarbij in ieder geval private partijen zijn vertegenwoordigd, in het bijzonder niet-gouvernementele organisaties en ondernemingen. Dit samenstel van normen en regels luistert naar de naam *transnational private regulation* (TPR). Een oud voorbeeld hiervan vormen de private regelingen over de inhoud van

reclame-uitingen opgesteld door de Internationale Kamer van Koophandel te Parijs, waarbij bedrijven uit meer dan 130 landen zijn aangesloten. Recentere voorbeelden zijn te vinden op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen (gericht op onder meer respect voor mensenrechten en duurzaamheid). Door hun transnationale karakter zijn dergelijke regelingen, anders dan nationale private normering, overigens niet zonder meer in te passen in de Nederlandse rechtsorde. Het preadvies van Richard Neerhof staat in het teken van normalisatie en conformiteitsbeoordeling als belangrijke verschijningsvormen van regulering door private instellingen op Europees en nationaal niveau. Op deze manier kunnen bepaalde maatschappelijke belangen, zoals bescherming van de gezondheid en veiligheid worden behartigd. Te denken valt bijvoorbeeld aan certificering van liften door onafhankelijke private instanties of de vaststelling van technische normen voor het bouwen door een normalisatie-instelling op initiatief van private partijen of de overheid. De wetgever kan naar dergelijke certificaten of normen verwijzen.⁴

De hiervoor genoemde hybride vormen van recht, zoals zij op uiteenlopende wijze in de drie preadviezen aan de orde komen, hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat er geen sprake is van de uitoefening van strikt statelijk gezag, maar dat er tegelijkertijd wel in meer of mindere mate juridisch gewicht aan wordt gegeven in publieke regulering, besluitvorming door overheidsorganen of in de jurisprudentie. In die zin passen zij in een veel bredere internationale ontwikkeling waarin internationale regelgeving steeds meer buiten staten om plaatsvindt.⁵ Bij alle verschillende verschijningsvormen van hybride recht in de preadviezen komen steeds de volgende twee belangrijke vragen naar boven, zo schrijven de preadviseurs in hun gezamenlijke inleiding:

"Ten eerste is er de vraag of gradaties kunnen worden onderscheiden in de 'rechtskracht' of juridische betekenis die aan uitspraken of normen van de hiervoor genoemde instanties toekomt en, zo ja, welke. Daarbij kan het gaan om erkenning van de uitspraken of normen door de overheid, feitelijke acceptatie van normen door betrokkenen en de mate waarin vooraf gestelde doelen (van zowel de private actoren zelf als van derden, zoals de overheid) ermee worden bereikt, zoals vooral relevant is voor de

1 Mr. dr. M.L. (Michiel) van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de afdeling bestuursrecht van de Rechtbank Midden-Nederland.

2 J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht*, Preadviezen VAR 2016, VAR-reeks 156, Den Haag: Boom juridisch 2016.

3 In de Van Dale wordt hybride gedefinieerd als iets dat uit heterogene elementen bestaat. Ik vertaal het maar zo dat er eigenschappen worden verenigd die eigenlijk niet bij elkaar horen maar wellicht samengevoegd toch effectief of zelfs effectiever kunnen zijn. Zo is een hybride fiets een stevige fiets die het midden houdt tussen een mountainbike en een toerfiets; een hybride auto is een auto met zowel een verbrandings- als elektromotor. Hybride bestuursrecht kan dan bijvoorbeeld worden begrepen als bestuursrecht dat enerzijds niet juridisch bindend is en anderzijds wel of tot stand wordt gebracht door private actoren maar toch in een of andere vorm toegepast wordt door de overheid.

4 Zie bijv. het onlangs ingediende wetsvoorstel tot Wijziging van de Woningwet, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen en de versterking van de positie van de bouwconsument (Wet kwaliteitsborging voor het bouwen) op basis waarvan de preventieve toetsing aan de bouwtechnische voorschriften door het bevoegd gezag bij een omgevingsvergunning wordt vervangen door het gebruik van instrumenten voor de kwaliteitsborging achteraf, *Kamerstukken II* 2015/16, 34453, nr. 1-4.

5 Zie bijv. M. Scheltema, Internationale regelgeving buiten de staten om: de behoefte aan bestuursrechtelijke beginselen over regelgeving, *NTB* 2014/8 met nadere verwijzingen.

preadviezen van Neerhof en Scheltema. Ook kan het gaan om de vraag in hoeverre nationale en Europese rechters rechtswerking toekennen aan bepaalde normen, besluiten of interpretaties, zoals centraal staat in het preadvies van Gerards.

Ten tweede is er de vraag welke factoren van invloed zijn op de rechtskracht van de beslissingen of regels, en hoe deze rechtskracht normatief kan worden gewaardeerd. Daarbij kan worden gedacht aan factoren als het belang dat toekomt aan algemene rechtsbeginselen en de betrokkenheid van en consensus onder belanghebbende partijen en/of deskundigen, en de mate waarin aansluiting wordt gezocht bij rechtsvorming door statelijke of interstatelijke organen. Relevant is ook de vraag in hoeverre hybride vormen van regulering en rechtsvorming tegemoetkomen aan legitimiteitseisen als die van participatie, transparantie, deliberatie en rechtsbescherming. Bij transnationale en nationale private normen kan voor de rechtskracht verder van belang zijn of zij geschikt zijn om (economische) activiteiten te reguleren, of dat er bepaalde risico's aan verbonden zijn, zoals verstoring van de mededinging tussen marktpartijen. Aan private normen die niet bijdragen aan gestelde doelen zou in de Nederlandse rechtsorde in beginsel minder rechtskracht moeten toekomen.

Deze twee hoofdvragen vormen de rode draad door alle drie de preadviezen, die daarmee beogen meer inzicht te bieden in het rechtskarakter van allerlei vormen van hybride recht en in de legitimiteit daarvan. In de preadviezen worden sommige van de hiervoor genoemde vragen beantwoord, maar er worden ook nieuwe vragen opgeworpen en stellingen naar voren gebracht. Daarmee verschaffen de preadviezen allicht een goede basis voor verdere discussie over dit nieuwe en belangrijke onderwerp.”

Deze centrale vragen laten zien dat het thema een sterke constitutionele dimensie heeft. In wezen staan bij de genoemde vragen de klassieke pijlers van de democratische rechtsstaat centraal, te weten: 1. legaliteit; 2. machtsverdeling; 3. grondrechten; 4. toegang tot een onafhankelijke rechter. De preadviezen, en dat geldt in het bijzonder voor die van Scheltema en Neerhof, bieden in de kern een zoektocht naar de precieze rechtsstatelijke grenzen van de ‘uitbesteding’ van het borgen van (onder meer) publieke belangen door private actoren. Daarnaast laten de preadviezen nogmaals zien dat de beginselen van de democratische rechtsstaat zich al lang weinig meer aantrekken van de grenzen tussen nationale staten.⁶ Scheltema Sr. heeft eerder aandacht gevraagd voor een kritische rechtsstatelijke reflectie op deze ontwikkeling van ontstatelijking en steeds meer private regulering die tot stand komt buiten de tradi-

tionele (volkenrechtelijke) kaders om.⁷ Hij zag daarbij juist ook een rol voor het bestuursrecht weggelegd om zich veel meer te bemoeien met de wijze waarop dergelijke regels tot stand worden gebracht en worden uitgevoerd.

In deze bespreking van de preadviezen zal ik zoveel mogelijk recht proberen te doen aan de rijke⁸ hoeveelheid informatie en analyse die de preadviezen bieden. Daarbij kies ik in het bijzonder een rechtsstatelijke focus. Het spreekt echter vanzelf dat het in het kader van deze bespreking onmogelijk is dat volledig doen, dus ik maak daarbij graag het voorbehoud dat de punten die ik in het bijzonder naar voren breng ongetwijfeld gekleurd zijn door de constitutionele bril waarmee ik de preadviezen met veel plezier heb gelezen.⁹

2. De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van internationale verdragscomités op het terrein van de grondrechten. Preadvies Janneke Gerards.

In een zeer helder geschreven en mooi gestructureerd preadvies werpt Janneke Gerards nader licht op de juridische status van niet-bindende oordelen van mondiale en Europese instanties die toezicht houden op de naleving van mensenrechten. Naast het genoemde ‘bed-bad en brood’-oordeel van het ESCR-Comité kan bijvoorbeeld ook worden gedacht aan de spraakmakende ‘concluding observations’ van het VN-Antirassendiscriminatiecomité uit augustus 2015 ten aanzien van het periodieke rapport van de Nederlandse regering over de naleving van de verplichtingen op grond van het VN-Antirassendiscriminatieverdrag (IVRD). Hierin plaatste het IVRD-comité kritische kanttekeningen bij de traditie van Sinterklaas en Zwarte Piet in de zin dat zij al te stereotyperend is en bovendien beledigend en stigmatiserend voor mensen van Afrikaanse afkomst. Dit VN-comité deed dan ook de aanbeveling om te komen tot een presentatie van Zwarte Piet die meer recht zou doen aan de menselijke waardigheid en de mensenrechten van alle inwoners van Nederland. Deze conclusies hebben tot de nodige verontwaardiging geleid in de diverse media en het kabinet gaf in reactie aan dat het vinden van oplossingen en nemen van maatregelen geen “staatsaangelegenheid” zou zijn.

Gerards noemt de kwesties van ‘bed, bad en brood’ en Zwarte Piet als voorbeelden van niet-bindende oordelen van verdragscomités die tot de nodige controversen kunnen leiden. De discussie spitst zich toe op de vraag welke juridische betekenis nu precies moet worden gegeven aan deze oordelen en de gegeven uitleg. Aan de ene kant staat juist het niet-bindend karakter voorop dat maakt dat deze oordelen een minder dwingende, juridische of formele status hebben. Aan de andere kant kan echter ook worden geconstateerd dat er zekere waarde aan toekomt, in die zin dat rechters er in hun

6 Zie bijv. reeds het WRR rapport *De toekomst van de nationale rechtsstaat* uit 2002 en M. Scheltema, *Democratie, rechtsstaat en internationalisering*, in: C.W. Noorlander e.a. (red.), *Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21^{ste} eeuw*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 127-139, die ook constateert dat de internationale rechtsorde de nationale rechtsstaat als basis nodig heeft.

7 Scheltema 2014.

8 Schoon aan de haak 312 bladzijden, volgens mij geen VAR-record (in 2002 over Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad tel ik 423 pagina's).

9 Bij de weergave van de preadviezen zal ik niet steeds naar de specifieke vindplaatsen in de preadviezen verwijzen noch naar de vele en rijke bronverwijzingen in de preadviezen. Daarvoor verwijs ik graag naar de preadviezen zelf.

uitspraken rekening mee mogen of zelfs moeten houden. Dit ogenschijnlijk tegenstrijdige – of zo u wilt hybride – karakter brengt Gerards tot de twee centrale vragen in haar preadvies:

“De eerste vraag is een juridisch-normatieve: in hoeverre en hoe kan worden gelegitimeerd dat een zekere juridische betekenis of rechtskracht wordt toegekend aan (niet-bindende) internationale oordelen en interpretaties, en om welk soort ‘rechtskracht’ gaat het dan eigenlijk? De tweede vraag is meer analytisch van aard en vloeit uit de eerste voort: op welke manier wordt in rechterlijke uitspraken rechtswerking toegekend aan de oordelen en uitleg van internationale verdragscomités en internationale hoven, en sluit die werkwijze aan bij de geformuleerde uitgangspunten van legitimiteit?”

Gerards beperkt zich bij de beantwoording van deze hoofdvragen tot een onderzoek naar toezicht op de naleving van mondiale en Europese verdragsinstrumenten die specifiek gericht zijn op mensenrechten, zoals het ESH, EVRM en IVBPR. Tegelijkertijd verwacht ze dat haar bevindingen mogelijk een bredere strekking hebben en bijvoorbeeld ook relevant kunnen zijn voor een panel van de Wereldhandelsorganisatie of een gespecialiseerd VN-agentschap. Na enkele bespiegelende, inleidende beschouwingen, brengt Gerards in hoofdstuk 2 de internationale verdragscomités en (semi-)rechterlijke instanties in kaart die voor de Nederlandse rechtsorde relevante interpretaties, aanbevelingen en oordelen kunnen geven op het terrein van de grondrechten. Het betreft een breed spectrum van toezichthoudende comités op de naleving van VN-mensenrechtenverdragen, zoals het Mensenrechtencomité dat de naleving van het IVBPR monitort en de comités die toezien op de naleving van het IVESCR, het al genoemde IVRD, het Antifolterverdrag, het VN-Vrouwenverdrag en het VN-Kinderrechtenverdrag (en ook het VN-Gehandicaptenverdrag, dat binnenkort voor Nederland in werking treedt). Ook op Europees niveau zijn dergelijke comités te ontwaren, met name het reeds genoemde ESCR-comité maar ook het Comité ter preventie van foltering. Daarnaast zijn van groot belang voor de bescherming van grondrechten de regionale rechters, in het bijzonder natuurlijk het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), dat toeziet op de naleving van het EVRM, en het Hof van Justitie van de EU dat onder meer toeziet op de naleving en uitleg van het EU-Handvest voor de grondrechten. De preadviseur beschrijft op minitieuze en tegelijkertijd compacte wijze hoe de verschillende comités en organen zijn samengesteld, hoe zij te werk gaan, wat hun bevoegdheden zijn en in het bijzonder welke toezichtsmogelijkheden en uitspraakbevoegdheden zij hebben. Op deze wijze schildert zij een rijk palet aan internationale adviezen, rapporten, uitspraken, aanbevelingen en oordelen. Bovendien kan een en ander resulteren in een zeer diverse output, die het volgens Gerards zeker niet makkelijker maakt om de precieze rechtskracht en betekenis ervan voor het nationale recht te duiden. Een belangrijk verschil tussen oordelen van VN-verdragscomités en uitspraken van het EHRM, is in ieder geval dat uitspraken van het Straatsburgse Hof op grond

van artikel 46 EVRM verbindend zijn voor de partijen in de betreffende procedure. Bovendien heeft het EHRM op grond van artikel 32 EVRM uitdrukkelijk de bevoegdheid gekregen om uitleg te geven aan de in het EVRM vastgelegde mensenrechten. Op die grond kan ook worden verdedigd dat de uitleg die het EHRM geeft aan EVRM-bepalingen in uitspraken betreffende individuele klachten tegen andere verdragsstaten een zeker interpretatief gezag toekomt (*‘res interpretata’*), al is er in formele zin dan geen sprake van *erga omnes*-werking. Ondanks het ontbreken van de formele bevoegdheid om bindende uitspraken te doen en een uitdrukkelijke uitlegbevoegdheid, gaan de diverse VN-verdragscomités ervan uit dat hun verdragsuitleg het nodige gezag toekomt en dat staten ze in acht moeten nemen in hun nationale regelgeving en besluitvorming. Bovendien baseren deze het interpretatief gezag van hun oordeel in zaken betreffende individuele klachten ook op de uitleg die zij in General Comments of Concluding Observations aan de betreffende verdragsbepaling hebben gegeven. Ook het ECSR baseert zijn oordelen regelmatig op de uitleg die het zelf in eerdere zaken heeft gegeven.

Dit brengt Gerards vervolgens tot hoofdstuk 3 van haar preadvies waarin zij uitwerkt wat het betekent wanneer een oordeel of uitleg bindend of niet-bindend is. Zij gaat hierbij nader in op de *juridisch-normatieve* legitimiteit van uitspraken en interpretaties. Bij het analyseren van verschillende gradaties in rechtswerking hecht Gerards onder meer waarde aan het bestaan van de juridische bevoegdheid om beslissingen te nemen en interpretaties te geven, aan het zorgvuldig doorlopen van te voren gecreëerde procedures en aan het in acht nemen van rechtsstatelijke waarborgen. Zo zal er grotere juridische legitimiteit worden gehecht aan een uitspraak die volgens een zorgvuldige procedure tot stand is gekomen en wanneer voldaan is aan waarborgen van een onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak. Gerards neemt voor haar preadvies deze juridisch-normatieve visie op legitimiteit tot uitgangspunt. Dit in tegenstelling tot een meer *feitelijke of sociologische* legitimiteit, waarbij het erom gaat in hoeverre de actoren daadwerkelijk vinden dat uitspraken of interpretaties moeten worden nageleefd en in hoeverre zij dat ook echt doen.

Volgens Gerards wordt in de juridische legitimiteitsdiscussie te veel in zwart-wittermen gedacht: een oordeel of uitleg is bindend of niet. Er zijn echter volgens haar veel meer grijstinten, waardoor het mogelijk is een glijdende schaal te maken van verschillende gradaties van rechtswerking. In dit verband onderscheidt zij in ieder geval de volgende zes punten:

1. volledige verbindendheid; verplichte *erga omnes*-werking;
2. *res interpretata*: de gegeven uitleg moet worden gevolgd wanneer die vastligt in een vaste rechtspraaklijn;
3. het toekennen van ‘persuasive authority’ aan de gegeven uitleg, waarbij afwijking alleen mogelijk is als hiervoor goede redenen zijn te geven;
4. het in aanmerking nemen van de uitleg als waardevol interpretatie-instrument; bij twijfel kan dit de doorslag geven;

5. het zijn van een bron van inspiratie te midden van andere bronnen, zonder ooit doorslaggevend te zijn;
6. het ontbreken van iedere juridische betekenis.

Bij het denken over de rechtskracht van de verschillende soorten uitspraken van internationale verdragscomités en gerechtshoven is het volgens Gerards goed deze beschikbaarheid van 'grijstinten' in het achterhoofd te houden. In hoofdstuk 4 van het preadvies knoopt Gerards aan bij de door haar onderscheiden gradaties in rechtswerking. Zij gaat in op de verschillende factoren die de juridisch-normatieve legitimiteit van internationale oordelen kunnen bepalen, en die daarmee invloed kunnen hebben op de plaats die een oordeel op de genoemde glijdende schaal redelijkerwijze kan innemen. De kernvraag daarbij is niet *zozeer of* rechtswerking kan worden toegekend, maar vooral *in welke mate* dit mag gebeuren. Gerards loopt hierbij diverse factoren en argumenten langs. Zo zal een uitleg die direct aansluit bij de tekst en doelstellingen van een verdragsbepaling hoger scoren in termen van juridische legitimiteit dan een sterk autonome uitleg, zeker als die afwijkt van de tekst en bedoeling van verdragspartijen (zoals in het oordeel van het ESCR over de aanspraak op basisvoorzieningen als toegang tot voedsel en onderdak). Naarmate meer nationale organen het gezag van bepaalde uitspraken ondersteunen, of naarmate een uitspraak op grotere internationale of Europese consensus kan bogen, is de legitimiteit ervan groter, en is er meer grond om deze uitspraken op nationaal niveau rechtskracht toe te kennen of in ieder geval te beschouwen als gezaghebbende interpretatie (consensus-argument). Zo zou het ECSR enige steun kunnen vinden in dit argument voor zijn vergaande interpretaties van het toepassingsbereik van het ESH, nu uit de reacties van de regeringen in het Comité van Ministers geen expliciete afwijzing blijkt van die benadering. Dit zou kunnen wijzen op een geleidelijke aanvaarding van een – ogenschijnlijk met de verdragstekst strijdige – internationale uitleg. Het ontbreken van een uitdrukkelijke afwijzing of een voornemen tot verdragswijziging is in het geval van het ESH echter nog iets anders dan het volledig omarmen van de nieuwe uitleg. Ook hier geldt dan ook dat in dit argument alleen meestal onvoldoende legitimatie kan worden gevonden voor het toekennen van een vergaande rechtswerking aan een internationale verdragsuitleg, en dat veel zal afhangen van de andere voor rechtswerking bestaande argumenten. Een volgende legitimatie voor het aanvaarden van een zeker gezag voor een internationale verdragsuitleg kan worden gevonden in de interpretatieregels die in het Weens Verdragenverdrag zijn neergelegd. Zo bepaalt artikel 31 lid 3 (b) WVV dat bij de interpretatie van een verdrag rekening moet worden gehouden met 'ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan'. In deze lijn zou nu bijvoorbeeld zowel het ECSR de toepasbaarheid van het ESH op onrechtmatig in het land verblijvende personen heeft aangenomen als het Comité van Ministers, een politiek orgaan, deze interpretatie niet expliciet heeft afgewezen, hierin een versterking van het gezag van de uitspraak worden gezien. Verder kan het toekennen

van gezag aan (zelfs vergaand autonome) internationale uitspraken en interpretaties worden gerechtvaardigd vanuit de overtuiging dat internationale organen in een betere positie verkeren om uitleg te geven aan deze normen dan de staten ('best-placed'-argument). Daarnaast kan de legitimiteit van de oordelen sterker zijn naarmate een verdragscomité of internationaal hof een sterkere rechtsstatelijke en constitutionele inbedding kent en voldoet aan hoge eisen van onpartijdigheid, onafhankelijkheid en zorgvuldigheid van de procedure. Hoewel de oordelen niet-bindend zijn, kan een verdragscomité daardoor het aanzien en gezag hebben dat toekomt aan een daadwerkelijk rechterlijke instantie. Dit betekent bijvoorbeeld dat de uitleg gegeven door internationale organen die vooral een sterk politieke rol hebben, zoals de VN-Mensenrechtenraad, weinig juridische betekenis hebben. Een laatste punt dat in de literatuur over legitimiteit van rechtswerking naar voren is gebracht hangt samen met de taakstelling van de rechter (in het bijzonder internationale rechters en verdragscomités) bij het beslechten van kwesties over mensenrechten. Niet snel kan worden aangenomen dat een rechter – laat staan een internationaal comité – meer gezag of mogelijkheden heeft om over deze uitleg uitspraken te doen dan een democratisch gelegitimeerde nationale wetgever. Oordelen van internationale instanties waarbij vooral gewaakt wordt dat de op nationaal niveau democratisch gelegitimeerde procedure tot besluitvorming en regelgeving op de juiste wijze zijn doorlopen, zullen doorgaans minder controversie oproepen dan meer inhoudelijke oordelen.

Na het schetsen van deze theoretische uitgangspunten presenteert Gerards in hoofdstuk 5 de bevindingen van het onderzoek naar de vraag welke rechtskracht *de facto* aan oordelen van internationale verdragscomités en rechterlijke instanties wordt gegeven. Van belang is vooral hoe en in hoeverre rechters, als sterk op juridische vraagstukken gerichte instituties, bereid zijn om een zeker gezag aan te nemen van niet-bindende internationale oordelen en commentaren. Daarnaast is interessant te bezien hoe deze werkwijze valt in te passen in de in hoofdstuk 4 besproken, theoretische argumenten die een zekere legitimiteit kunnen geven aan het toekennen van gezag aan de internationale uitleg. Gerards besteedt hierbij eerst aandacht aan een bijzondere variant van de juridische werking van internationale verdragsuitleg, namelijk de doorwerking van niet-bindende uitleg via bindende oordelen van het EHRM (zogenaamde *reflexwerking*). Op deze manier kunnen bijvoorbeeld niet-bindende geluidsnormen van de WHO via de uitleg van het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM een zekere juridische waarde krijgen. Zelfs kunnen voor de verdragsstaat in kwestie niet-bindende ILO-normen via de uitleg van de door artikel 11 EVRM gegarandeerde vakbondsvrijheid toch bindende kracht krijgen, zelfs als deze staat de relevante ILO-Conventie bewust niet heeft goedgekeurd.¹⁰ Daarna gaat Gerards in op de manier waarop nationale rechters omgaan met de oordelen en uitleg van verdragscomités en internatio-

¹⁰ Zie haar preadvies voor nadere verwijzingen en zie uitgebreid over onder meer de wisselwerking tussen soft en hard law vanuit het perspectief van het EVRM, het themanummer van het *NTM/NJCM-Bulletin* 35/7 uit 2010 onder de titel Een lichtend voorbeeld? Ter gelegenheid van 60 jaar EVRM.

nale hoven, op basis van een analyse van de rechtspraak van zowel hogere als lagere rechters. De meeste Nederlandse rechters blijken bereid om oordelen van internationale verdragscomités te aanvaarden als gezaghebbende interpretaties van het internationale recht. Zo overweegt de Centrale Raad van Beroep in 2006 ten aanzien van een 'view' van het VN-Mensenrechtencomité dat dergelijke oordelen van internationale mensenrechtencomités formeel gesproken niet-bindend zijn maar dat deze inzichten in het algemeen wel als gezaghebbend moeten worden gezien. Van een dergelijk oordeel kunnen nationale rechters slechts afwijken, indien zwaarwegende redenen dit rechtvaardigen, aldus de Centrale Raad.¹¹

Vervolgens is die internationale interpretatie vaak leidend bij de eigen uitleg van nationale regelgeving en vooral ook bij de uitleg van het EVRM. De 'reflexwerking' van de internationaal gegeven uitleg is daarmee aanzienlijk: bindende normen van nationaal en internationaal recht worden vrijwel steeds ingevuld op basis van de (erkend niet-bindende) oordelen van verdragscomités. De staat zal van goeden huize moeten komen om uit te leggen dat in een concreet geval moet worden afgeweken. Van volledig autonome werking is tegelijkertijd nauwelijks sprake. In de onderzochte uitspraken gaat het meestal om een extra, aanvullend argument in de redenering, dat andere argumenten ondersteunt en dat maakt dat de Nederlandse regelgeving in overeenstemming met bindende internationale verdragsverplichtingen wordt uitgelegd. Bovendien wordt regelmatig betekenis gegeven aan de internationale uitleg via interpretatie van de – evident bindende bepalingen – van het EVRM, zoals de Afdeling bijvoorbeeld doet in de recente 'bed, bad en brood'-uitspraak door nadere inkleuring van artikel 8 EVRM.¹² Ook valt op dat rechters zich doorgaans in hun uitspraken niet bedienen van de verschillende door Gerards geschetste grijstinten die zich bevinden tussen het beschouwen van een oordeel als gezaghebbend en het niet toekennen van enige betekenis aan een oordeel. De 'zachte' vormen van rechtswerking, zoals het 'in aanmerking nemen van', treft zij nauwelijks aan in haar rechtspraakonderzoek.

Gerards concludeert in haar preadvies dat er de nodige onduidelijkheid bestaat over de rechtswerking van niet-bindende oordelen van internationale verdragsorganen. Haar onderzoek naar de Nederlandse jurisprudentie laat zien dat er kennelijk wel enige juridische waarde aan wordt toegekend. In haar preadvies heeft zij de factoren in kaart gebracht die relevant zijn voor de onderbouwing van de legitimiteit van dergelijke oordelen. Daarbij is haar centrale boodschap dat het niet alles-of-niets is op de schaal van de rechtswerking. Op de hiervoor genoemde schaal worden diverse smaken variërend van volledige verbindendheid tot het ontbreken van iedere juridische verbindendheid in kaart gebracht. De kern van het betoog van Gerards is dat de mate waarin op een legitieme manier rechtskracht aan de oordelen en uitleg kan worden toegekend, samenhangt met de mate waarin een aantal theoretische voorwaarden

is vervuld. Hiermee doelt zij op de nadere juridisch-normatieve invulling van het begrip legitimiteit, zoals hiervoor aangegeven. Hierbij is vooral gekeken naar kwesties van bevoegdheid en procedure en naar de specifieke rol van de rechter in een rechtsstatelijk systeem. Van belang is onder meer of de inrichting van de internationale procedure voldoet aan basale vereisten van rechtsstatelijkheid en of er al dan niet een zekere internationale consensus bestaat over de aanvaardbaarheid van de gekozen uitleg. Na het op deze wijze vaststellen van de mate van juridisch-normatieve legitimiteit, kan ook worden vastgesteld welke plaats het internationale oordeel in kwestie inneemt op de hiervoor genoemde 'rechtskrachtschaal'. Zo zal een uitspraak van het EHRM die goed aansluit bij de tekst en doelstellingen van het EVRM aanmerkelijk hoger scoren op deze rechtskrachtschaal dan een uitleg van de VN-Mensenrechtenraad, een bij uitstek politiek orgaan.

Deze bespiegelingen maken nieuwsgierig hoe de in het begin van haar preadvies genoemde oordelen en interpretaties, namelijk die van het ECSR-comité inzake 'bed, bad en brood' en van het IVRD-comité inzake onder meer Zwarte Piet zouden scoren op deze 'rechtskracht ladder'. Wat betreft het ESCR-oordeel laat de rechtspraakanalyse zien dat Nederlandse rechters al groot gezag toekennen aan dit onderwerp (zie variant 3 op de rechtskrachtschaal), al doen zij dat op verschillende manieren. Dit is volgens Gerards ook wel te billijken op basis van de eerder door haar onderscheiden legitimiteitsfactoren. Weliswaar is de ESCR-uitleg behoorlijk autonoom (afwijkend van de verdragstekst en de oorspronkelijke bedoeling van verdragspartijen), maar op dit punt lijkt wel sprake te zijn van aansluiting bij een veranderende consensus. Daarbij komt ook nog dat het EHRM de uitleg van het ECSR heeft aanvaard in de zaak tegen V.M. tegen België.¹³ Ook de procedure bij het ECSR is zorgvuldig ingericht en de uitspraken zijn grondig gemotiveerd en sluiten aan bij algemeen erkende noties, zoals die van menselijke waardigheid en effectieve grondrechtenbescherming en de ruimte die verdragsstaten wordt gelaten om inhoudelijke invulling te geven aan de gestelde eisen. Dit brengt Gerards tot de conclusie dat het niet onredelijk is dat nationale rechters vergaande zeggingskracht hebben gegeven aan dit oordeel en het gebruiken als basis voor de uitleg van bestaande juridische verplichtingen, zoals die bijvoorbeeld volgen uit artikel 3 en 8 EVRM. Ten aanzien van het 'zwartepietenoordeel' komt Gerards tot een score op trap 4 van de rechtskracht ladder, namelijk dat de interpretatie door de nationale rechter 'in aanmerking kan worden genomen' bij de uitleg van nationaal recht. Zij kan vooral ondersteunend zijn als er op andere gronden ook al tot een bepaalde verdragsuitleg kan worden gekomen. Hierbij is onder meer relevant dat het VN-oordeel over dit onderwerp niet tot stand gekomen is in een procedure op tegenspraak die voldoet aan de eisen van een eerlijk proces, maar eerder in het kader van een politieke en beleidsmatige dialoog met de staat. In die zin hebben de aanbevelingen een meer politieke dan

11 CRvB 21 juli 2006, AB 2007/97, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

12 ABRvS 26 november 2015, AB 2016/40, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

13 EHRM 11 juli 2015, nr. 60125/11, EHRC 2015/197, m.nt. M. den Heijer, JV 2015/281, m.nt. L. Slingenberg.

duidelijk juridische betekenis. Tegelijkertijd sluit de uitleg wel nauw aan bij de tekst en strekking van het IVRD, waardoor er wel enig interpretatief gewicht aan moet worden verbonden volgens Gerards. Zij besluit haar preadvies met de constatering dat het toekennen van rechtskracht aan niet-bindende oordelen van internationale verdragscomités altijd een complexe exercitie zal blijven. Zij spreekt echter de hoop uit dat de varianten en factoren zoals deze in dit preadvies zijn geformuleerd, enig houvast kunnen bieden bij het formuleren van juridisch deugdelijke antwoorden op de vraag hoeveel betekenis aan een internationaal oordeel kan worden toegekend. Het betrekken van deze factoren zal de discussie over de waarde van genoemde oordelen verrijken en op die manier kan een betere onderbouwing worden gegeven voor het toekennen van een bepaalde waarde aan internationale oordelen.

Het zal in ieder geval niet altijd even eenvoudig zijn voor nationale rechters om op het rijk gevarieerde veld van internationale oordelen, interpretaties en adviezen ten aanzien van hard en soft law (zoals bijvoorbeeld ook in de Urgenda-zaak) de juiste koers te volgen. Een ding is echter zeker, het heldere preadvies van Gerards draagt er in ieder geval aan bij dat deze inderdaad lastige exercitie iets wordt vergemakkelijkt en dat is een compliment waard. Het enige onderwerp waar de preadviseur wat mij betreft nog iets meer aandacht aan had mogen besteden is het waarschijnlijk in de toekomst klassieke Hoge Raad-arrest inzake de een ieder verbindendheid van een bepaling uit het WHO Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging (na het al lange tijd klassieke Spoorwegstakingsarrest uit 1986¹⁴). Het lijkt er namelijk op dat de Hoge Raad in deze zaak over (de uitzondering op) het rookverbod in (kleine) cafés het accent iets verlegt en voortaan een zogenaamde contextuele rechtstreekse werking aanneemt.¹⁵ Dit betekent in casu dat artikel 8 lid 2 WHO Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging volgens de Hoge Raad rechtstreekse werking toekomt, waarbij het niet doorslaggevend is dat de wetgever of de overheid beleidsvrijheid toekomt ten aanzien van de te nemen maatregelen. Interessant is om te bezien of deze nieuwe benadering van de Hoge Raad ook tot andere oordelen zal leiden ten aanzien van internationale verdragsverplichtingen die doorgaans niet erg hoog scoren op de door Gerards genoemde rechtskrachtschaal. Maar mogelijk kan zij hier op de jaarvergadering haar licht nader over laten schijnen.

3. Transnationale private normen in het bestuursrecht. Preadvies Martijn Scheltema

Het preadvies van Martijn Scheltema behandelt het fenomeen van *transnational private regulation* (verder TPR). TPR is een breed begrip dat allerlei soorten transnationale private normenstelsels omvat en kan volgens Scheltema als volgt worden gedefinieerd:

“...als een stelsel van private (dat wil zeggen: niet direct of indirect op de klassieke democratisch gelegitimeerde wijze tot stand gekomen) normen dat bedoeld is om meerdere malen te worden gebruikt en waarin de regels een algemene strekking hebben. Deze regels zijn opgesteld, in een aantal gevallen in samenwerking met anderen, door degenen die aan de regels zijn gebonden, door hun vertegenwoordigers of door een overkoepelende organisatie. Er zijn bij deze stelsels dus altijd private partijen betrokken. Geen onderdeel van TPR vormen derhalve transnationale samenwerkingsvormen waarbij alleen overheden zijn betrokken. Verder worden deze regels gehandhaafd (mede) door private partijen en zijn deze niet door de daartoe bevoegde overheidsorganen (op de klassieke) wijze uitgevaardigd. TPR kan ook worden gedefinieerd als een stelsel waarbinnen private actoren tot op zekere hoogte verantwoordelijkheid aanvaarden voor het opstellen en/of toepassen en/of handhaven van private regels. TPR is internationaal (of transnationaal) omdat het bereik ervan de landsgrenzen overschrijdt, zonder dat de regels zijn vervat in verdragen. TPR verschilt van nationale private normenstelsels omdat het een breder bereik heeft en vaak ook minder specifiek is toegespitst op de Nederlandse rechtsorde.”

In zijn preadvies duidt Scheltema de betekenis van TPR voor het bestuursrecht, nu dit onderwerp volgens hem ‘tot op heden enigszins stiefmoederlijk is bedeed’. Dat is naar zijn mening een gemis aangezien TPR in het bestuursrecht, onder meer in verband met het houden van publiek toezicht, een steeds grotere rol speelt en door sommige toezichthouders ook als onmisbaar wordt gezien. Hij behandelt hierbij twee aspecten in het bijzonder, namelijk legitimiteit en effectiviteit. Daarbij moet legitimiteit niet worden beschouwd in de klassieke zin van democratische legitimatie maar in andere vormen die vooral samenhangen met de zogenaamde *governance* van private systemen, zoals de wijze waarop belanghebbenden in de systemen worden betrokken. Scheltema bespreekt deze legitimiteit en effectiviteit vanuit drie perspectieven, namelijk dat van de wetgever, de publieke toezichthouder en de bestuursrechter. Hierbij moet de preadviseur zich behoorlijk beperken, nu er een zeer rijke hoeveelheid TPR bestaat op uiteenlopende terreinen.¹⁶ Hij behandelt daartoe dit fenomeen aan de hand van een aantal voorbeelden op uiteenlopende terreinen, waarbij hij vooral put uit TPR op het gebied van duurzaamheid, milieu, mensenrechten en arbeidsomstandigheden. Belangrijke opmerking vooraf is dat niet alle landen (de wenselijkheid) van TPR op dezelfde wijze benaderen. Hij illustreert dan ook hoe in een aantal landen en door de Europese Unie en enkele internationale organisaties (zoals de Wereldbank en het IMF) met TPR wordt omgegaan.

Scheltema onderscheidt de volgende varianten van TPR:

- 1) Normen, gedragscodes, richtlijnen en best practices die gebruikt worden binnen een bepaalde branche of

14 Hoge Raad 30 mei 1986, *Nj* 1986/688, m.nt. P.A. Stein.

15 Hoge Raad 10 oktober 2014, *Nj* 2015/2, m.nt. E.A. Alkema; *AB* 2015/21, m.nt. S. Philipsen & J.C. de Wit.

16 Alleen al op het terrein van milieu en duurzaamheid noteert hij 458 (transnationale) private initiatieven.

beroepsvereniging. Het gaat hier om de meer klassieke vorm van zelfregulering, zoals bijvoorbeeld MVO¹⁷-convenanten tussen ondernemingen over de aanpak van MVO-risico's in diverse sectoren.

- 2) Een contractueel model waarin TPR door middel van (een keten van) overeenkomsten wordt opgelegd, bijvoorbeeld tussen ondernemingen (in handelsketens) of in leningen dan wel investeringsovereenkomsten. Op het terrein van duurzaamheid, milieu, mensenrechten en arbeidsomstandigheden is dit ook een veelgebruikt model. In dit model spelen vaak ook derden een rol, bijvoorbeeld certificeerders die controleren of de TPR wordt nageleefd en een organisatie die de private standaard heeft ontwikkeld. Een voorbeeld vormt UTZ¹⁸ dat milieu, arbeidsomstandigheden, duurzaamheid en (deels) mensenrechten normen heeft opgesteld op het terrein van de productie van en handel in koffie, cacao en thee.
- 3) Een initiatief van verschillende belanghebbenden met een overkoepelend orgaan waarin verschillende belanghebbenden zijn vertegenwoordigd, zoals een bedrijfstak, NGO's, consumentenorganisaties en in een aantal gevallen ook overheden. In enkele systemen kunnen sommige belanghebbenden ook lid worden van de overkoepelende organisatie. Op het terrein van duurzaamheid, milieu, mensenrechten en arbeidsomstandigheden is dit een veelgebruikt model.
- 4) Een initiatief van verschillende belanghebbenden met een overkoepelend orgaan (als onder 3), waarbij het overkoepelende orgaan toegang verschaft tot schaarse middelen. Dit model doet zich op het terrein van de mensenrechten, het milieu, duurzaamheid, arbeidsomstandigheden en voedselveiligheid in beperkte mate voor.

De functies van TPR kunnen variëren van signalering dat bepaalde belangen worden meegenomen tot certificering van private standaarden. Scheltema geeft aan dat de mate van bindendheid van TPR verschillend kan zijn. Zo zijn de onder 1) geschetste systemen in het algemeen minder bindend dan de andere genoemde stelsels (onder 2-4). Soms is er twijfel over de karakterisering van internationale normen als TPR, bijvoorbeeld over de regels die worden vastgesteld door het *Basel Committee on Banking Supervision*. De leden ervan – veelal presidenten van centrale banken – handelen als experts en niet namens hun instelling of land. De regels ontberen een publiekrechtelijke grondslag en zijn mede bedoeld voor private instellingen. Tegelijkertijd geeft Scheltema ook aan dat TPR niet op zichzelf staat en dat vaak sprake is van een vorm van interactie met publieke regulering en/of handhaving.

Vervolgens brengt Scheltema de voor- en nadelen van TPR in kaart. Zo kan TPR een interessant alternatief zijn voor bedrijven, brancheorganisaties en andere private actoren (zoals

NGO's) in plaats van (het lobbyen voor) overheidsregulering. Dat geldt zeker op het internationale vlak waar overheden in de regel meer tijd nodig hebben om tot overeenstemming te komen, als dit al lukt. TPR kan dan op terreinen waar overheidsregulering (nog) ontbreekt een voorloperfunctie vervullen voor bedrijven, branches of andere private actoren die daar prijs op stellen (en die zich daarmee in het algemeen ook willen profileren). Dit kan bovendien het voordeel hebben dat private actoren meer gemotiveerd worden om (mede) door henzelf opgestelde regels na te leven dan door overheden opgelegde regels. In dat verband kan TPR beter aansluiten op het handelingsperspectief van de betrokkenen en daarmee een grotere bereidheid tot naleving opleveren. Ook kan een nauwere band bestaan tussen het nemen van de beslissingen en het dragen van de gevolgen daarvan. Daarnaast kan de uitvoeringslast die samenhangt met het controleren van naleving voor de overheid afnemen. TPR kan ook een rol vervullen om een gelijk speelveld te creëren tussen bedrijven, bijvoorbeeld om bepaalde standaarden op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen te implementeren, dit in aansluiting op de oproep van de Europese Commissie tot het opstellen van TPR op het terrein van maatschappelijk ondernemen.

Een nadeel is de zogenaamde *regulatory capture*. De private actoren en vooral ook overheden kunnen namelijk door de implementatie van TPR in de veronderstelling verkeren dat een bepaald probleem in toereikende mate is geadresseerd, terwijl dat in werkelijkheid niet het geval is. Verder kan TPR worden opgesteld zonder alle relevante belangen in kaart te brengen of belanghebbenden in toereikende mate bij het reguleringsproces te betrekken. Dat is met name een bezwaar als deze belanghebbenden niet voldoende voor hun belangen op kunnen komen of bijvoorbeeld het milieu in het geding is. Verder is een bezwaar dat er vaak compromissen moeten worden gesloten indien de overheid steun wil verkrijgen van burgers en/of marktpartijen. Dat kan er toe leiden dat de overheid niet al haar publieke doelstellingen kan realiseren. Een nadeel kan ook zijn dat macht toekomt aan bepaalde groepen die daarover geen verantwoording meer afleggen via gebruikelijke politieke kanalen en daarmee het doorbreken van de machtscheiding. Scheltema vat deze bezwaren samen onder de algemene noemer van een gebrek aan legitimiteit, representativiteit en inspraak van de betrokkenen. De klassieke democratische verantwoordingsprocessen en inspraakprocedures, zoals wij die al tijden gewend zijn – met alle gebreken van dien – kunnen hierbij niet langer worden gevolgd. Het recht van de sterkste zou op deze manier de doorslag kunnen geven en bovendien zou TPR de rechtszekerheid verminderen omdat het minder voorspelbaar is.

De wetgever en TPR

De Aanwijzingen voor de regelgeving nemen tot uitgangspunt dat de markt zichzelf reguleert indien dat mogelijk is.¹⁹ Voor TPR geldt overigens dat nationale wetgevers daarop weinig invloed hebben omdat private partijen zelf het ini-

17 MVO staat als bekend voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen.

18 UTZ is een internationaal keurmerk voor koffie en andere producten voor boeren die oog hebben voor mens en milieu (goede arbeidsomstandigheden, minder gebruik van bestrijdingsmiddelen), zie nader www.utzcertified.org.

19 Zie Aanwijzingen 7 en 8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

tatief hebben genomen en transnationaal, of zelfs wereldwijd bepaalde regels hebben gesteld. Daar komt nog bij dat dergelijke transnationale regels, anders dan reguliere volkenrechtelijke afspraken, geen parlementaire goedkeuring op grond van artikel 91 Gw behoeven en derhalve een belangrijke democratische legitimatie ontberen. Scheltema zoekt in zijn preadvies dan ook naar mogelijkheden voor de wetgever om ondanks deze belemmeringen toch meer 'inspraak' voor justitiabelen in Nederland te organiseren bij de toepassing van TPR. De preadviseur doet daartoe het voorstel om in de Algemene wet bestuursrecht een wettelijke 'erkenningprocedure' op te nemen waarin de overheid, indien zij gebruik wil maken van TPR voor het realiseren van publieke doelstellingen, door middel van een openbaar voorbereid besluit (volgens de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb) beslist over deze erkenning. Het is in dat verband van belang om inspraak niet alleen mogelijk te maken, maar deze ook zoveel mogelijk te faciliteren en te organiseren. De mogelijke toetsing van dit besluit door de bestuursrechter verleent aan de 'erkenning' additionele legitimiteit en bevordert bovendien de eenduidige toetsing van TPR. Scheltema laat zich hierbij inspireren door het voorbeeld artikel 25 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) dat geldt voor door brancheorganisaties opgestelde gedragscodes omtrent de verwerking van persoonsgegevens. Wanneer een dergelijke branche voornemens is een gedragscode vast te stellen, kan deze branche, indien deze bijzondere kenmerken heeft, op grond van artikel 25 lid 1 Wbp aan de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) verzoeken te verklaren dat de in de gedragscode opgenomen regels een juiste uitwerking vormen van de Wbp of van andere bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens. De verklaring van de AP wordt aangemerkt als een besluit en dient op grond van artikel 25 lid 4 Wbp te worden voorbereid met de openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4 Awb. Gevolg hiervan is dat belanghebbenden bij de vast te stellen gedragscode hun zienswijzen kunnen inbrengen ten aanzien van deze door private partijen opgestelde gedragscode. Door deze benadering wordt via bestuursrechtelijke regels (de openbare voorbereidingsprocedure) voorzien in een zekere legitimiteit van de gedragscode. Dat dwingt de opstellers van de code er in feite toe om zelf al een vorm van inspraak te organiseren omdat anders in de 3.4 procedure bij de AP (onverwachte) bezwaren kunnen binnenkomen. Het vorenstaande neemt niet weg dat de AP zelf alleen toetst of de gedragscode in overeenstemming is met de Wbp en dus niet (zonder meer) de legitimiteit en effectiviteit van deze gedragscode zelf. De door Scheltema beoogde regeling doet dat wel (deze ziet zowel op de inhoud van TPR als ook op de voorbereiding ervan en de wijze waarop belanghebbenden daarbij zijn betrokken) een heeft daarmee een bredere strekking. Het zal volgens Scheltema in de door hem voorgestelde procedure (anders dan voor de AP geldt) bovendien niet noodzakelijk zijn om vast te stellen of TPR in overeenstemming is met specifieke bestuursrechtelijke regelgeving. Het is aan de bestuursorganen die de 'erkende' TPR willen gaan gebruiken in het kader van hun publieke doelstellingen te beoordelen

of TPR in overeenstemming is met specifiek op hun terrein geldende publieke regels.

Voor deze erkenning zou, zo stelt Scheltema voor, een speciale interdepartementale commissie kunnen worden samengesteld, met mogelijk ook externe adviseurs, die beoordeelt of de TPR kan worden gebruikt ter ondersteuning van de door haar nagestreefde publieke doelstellingen. De toetsing zou moeten plaatsvinden aan de hand van transparante en toegankelijke criteria. Beslissingen van deze commissie over de erkenning van TPR zouden dan een appellabel besluit in de zin van artikel 1:3 Awb opleveren, waarbij de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb zou moeten gelden en verder de gebruikelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden. Deze procedure zou dan gelijkenis vertonen met de Amerikaanse *Notice and Comment* procedure waarin belanghebbenden inspraak hebben bij de totstandkoming van (bestuursrechtelijke) regels.²⁰ In dit verband vraagt Scheltema zich in meer principiële zin af of er niet een bestuursrechtelijke regeling (in de Awb naar ik aanneem) zou moeten komen waarin TPR als zodanig (en niet indirect via een besluit) kan worden getoetst door de bestuursrechter voor zover de Nederlandse overheid daarvan gebruik zou willen maken voor de verwezenlijking van haar publieke doelstellingen.

De indringendheid van de toetsing hangt volgens Scheltema af van de wijze waarop de overheid gebruik van TPR wil maken bij het realiseren van doelstellingen van algemeen belang. Zo maakt het bijvoorbeeld uit of subsidiëring mede op basis van TPR wordt overwogen (minder indringende toetsing) of dat meerdere toezichthouders gebruik willen maken van certificering in het kader van door hen uitgeoefend toezicht (meer indringende toetsing). Bij de toetsing spelen criteria voor legitimiteit en effectiviteit een rol. Onder de noemer van effectiviteit is onder meer van belang of de TPR-normen voldoende duidelijk, specifiek, kenbaar en handhaafbaar zijn. Bovendien moeten zij bijdragen aan het algemeen belang, waarbij TPR ook duidelijke doelstellingen dient te hebben. Een ander criterium onder de vlag van effectiviteit ziet op de kosten voor de gereuleerden. Een derde categorie ziet op de legitimiteit van TPR binnen de bij deze TPR betrokkenen, waarbij zaken als inspraak voor betrokkenen en draagvlak van belang zijn. De verschillende criteria dienen bij de toetsing in onderlinge samenhang te worden afgewogen.

De toezichthouder en TPR

Het transnationale karakter ervan brengt met zich mee dat TPR niet specifiek op de Nederlandse rechtsorde is toegespitst en evenmin op de wijze waarop daarin door publieke toezichthouders toezicht wordt gehouden. Als een publieke toezichthouder gebruik wil maken van TPR (binnen de Nederlandse rechtsorde) is het van extra gewicht dat de criteria van legitimiteit en effectiviteit zorgvuldig worden getoetst, nu juist bij handhaving extra hoge eisen moeten worden gesteld aan kenbaarheid en duidelijkheid van de be-

20 Zo zijn de eerder genoemde Basel-afspraken zowel voorafgaand daaraan als na vaststelling ervan in de VS aan deze procedure onderworpen.

trokken normen. Naast de genoemde eisen van effectiviteit en legitimiteit dient er volgens Scheltema een zogenaamde 'driefasentoets' plaats te vinden. Deze bestaat uit een onderzoek van de Nederlandse markt waarop het publieke toezicht moet functioneren of functioneert, waarbij onder meer naar organisatiegraad, intrinsieke motivatie en andere marktstimuli moet worden gekeken. Vervolgens moet worden bezien of het toezicht zelf zodanig is ingericht dat het geschikt is om met TPR aangevuld toezicht te houden. In dat verband moet bijvoorbeeld worden gekeken naar de wettelijke regeling, maar ook naar de sector, de organisatie en aanwezige kennis binnen de toezichthouder.

Bij publiek toezicht ondersteund door TPR kan zich in bijzonderheid het probleem voordoen van samenloop van sancties. Zo hebben private systemen, zoals bij certificering, doorgaans een beperkter arsenaal aan sanctiemogelijkheden dan het publieke systeem (in geval van certificering slechts de intrekking of opschorting van het certificaat). Verder zal de publieke toezichthouder duidelijk moeten maken hoe hij omgaat met TPR en op welke wijze schending van TPR-normen ook publiekrechtelijk relevant is. Is er bijvoorbeeld sprake van ongeoorloofde samenloop van sancties of verboden *ne bis in idem*? Volgens Scheltema is dit niet het geval, nu de sancties andere doelen hebben en ook niet zonder meer dezelfde overtreding wordt bestraft. Overigens is het de vraag of dat argument mede gezien de eisen van artikel 6 EVRM geheel opgaat. Op goede gronden zou immers beargumenteerd kunnen worden dat een privaatrechtelijke boete moet worden aangemerkt als een *criminal charge*.²¹ Hoe dit ook zij, het is een goede suggestie van Scheltema aan publieke toezichthouders om beleid te ontwikkelen ten aanzien van de kwestie wanneer en hoe zij (hen bekende) private sancties meenemen bij het opleggen van publieke sancties. Vanuit het perspectief van artikel 6 EVRM (zwijgrecht en *nemo tenetur*) kunnen er overigens ook belemmeringen zijn voor de private toezichthouder om informatie te delen met zijn publiekrechtelijke collega.

De bestuursrechter en TPR

Voor de bestuursrechter zal in de eerste plaats van belang zijn de context waarin van hem een beslissing wordt gevraagd. Zo maakt het verschil of hij een bestuurlijke boete moet beoordelen die door een publieke toezichthouder is opgelegd vanwege overtreding van TPR-normen die in dat verband van belang zijn (denk hierbij aan de strenge eisen van *lex certa*, zoals die onder meer voortvloeien uit artikel 7 EVRM), of een weigering van een subsidie omdat niet voldaan is aan de in de subsidieregeling gestelde TPR-eisen, dan wel een besluit gegrond op beleid van een bestuursorgaan dat mede is gebaseerd op TPR. Doorgaans zal de bestuursrechter TPR niet direct toetsen maar in het kader van een besluit in verband waarmee TPR wordt gebruikt om bestuursrechtelijke (open) normen in te vullen of door bestuursorganen op TPR gebaseerd beleid te toetsen. Nu TPR

niet zonder meer deel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde, bestaat er volgens Scheltema des te meer reden om de legitimiteit en effectiviteit ervan te toetsen, alvorens deze TPR-normen worden gebruikt om bestuursrechtelijke open normen nader in te vullen, dan wel de evenwichtigheid van door een bestuursorgaan gebruikte beleidsvrijheid te toetsen. De omvang van de toetsingsmogelijkheden van de bestuursrechter zal vanzelfsprekend sterk toenemen met de eventuele aanvaarding van de door Scheltema voorgestelde erkenningsprocedure van TPR via een Awb-besluit. De bestuursrechter moet dan toetsen of dit besluit rechtmatig is en een deugdelijke motivering heeft. De mogelijkheid van een rechterlijke toets van deze 'erkenning' maakt deze meer objectief en transparant en bevordert ook dat bestuursorganen rekening houden met de uitkomsten van inspraak door belanghebbenden. Bestuursorganen kunnen dan weer lering trekken uit de aldus opgebouwde jurisprudentie. De bestuursrechter is op deze wijze ook beter gelegitimeerd en uitgerust (mede doordat alle relevante belanghebbenden die hebben ingesproken de mogelijkheid hebben om zich in de procedure te mengen) de legitimiteit en effectiviteit van TPR te beoordelen.

Een laatste vraag die Scheltema aan de orde stelt is hoe de bestuursrechter zou moeten omgaan met een (voorafgaande) beslissing van een private geschilbeslechter in het kader van TPR indien dit een (in- of extern) geschilbeslechtsmechanisme kent. Hierbij kan onder meer van belang zijn of en in welke mate de private rechtsgang met waarborgen is omkleed en wat de kwaliteit van de procedure is. Naarmate de waarborgen groter zijn en de kwaliteit van de procedure hoger is, bestaat er meer reden daarmee rekening te houden. In dat verband is ook van belang in hoeverre de private geschilbeslechter specifieke (bijvoorbeeld technische) deskundigheid heeft waarover de bestuursrechter niet beschikt. Ten aanzien van dit laatste is van belang dat de overheid hoe dan ook verantwoordelijk blijft voor de realisering van de garanties van een eerlijk proces, zoals onder meer beschermd door artikel 6 EVRM. Scheltema besluit zijn preadvies met een aantal punten voor discussie, waarvan ik er uitsluitend de vraag naar de wenselijkheid van de introductie van een wettelijke erkenningsregeling voor TPR (in de Awb), waarmee de inspraak voor betrokkenen kan worden verzekerd (door het volgen van de openbare voorbereidingsprocedure) en toetsing door de bestuursrechter mogelijk is. Een belangrijke vraag hierbij is hoe dit voorstel nader kan worden begrensd, nu TPR zich – aldus ook de preadviseur – op een groot aantal terreinen manifesteert en er altijd wel een publiek belang mee gemeoid kan zijn. Ook zouden de precieze rechtsstatelijke grenzen van private handhaving nadere doordenking behoeven.

4. Alternatief bestuursrecht: normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke belang. Preadvies Richard Neerhof

Neerhof start zijn preadvies met de vaststelling dat niet alleen de overheid verantwoordelijk is voor het borgen van publieke belangen, maar ook andere actoren in de maat-

21 Zie bijv. P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.J. Zippro, Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken: Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?, *NTBR* 2008/37.

schappij, variërend van bedrijven, maatschappelijke organisaties (zoals woningcorporaties) tot certificeringsbureaus. In dit kader worden instrumenten gebruikt voor de borging van kwaliteit en veiligheid van producten en productieprocessen, waarbij marktpartijen zoveel mogelijk worden aanzet om zelf de verantwoordelijkheid daarvoor te nemen. Zowel op nationaal als Europees niveau bestaat al meer dan twintig jaar een duidelijke belangstelling voor normalisatie en conformiteitsbeoordeling als instrumenten voor (zelf)regulering en toezicht naast exclusief overheidsoptreden. Op het niveau van de Europese Unie betreft het een methode van regelgeven (onder de benaming De Nieuwe Aanpak) waarbij richtlijnen alleen globaal aangeven aan welke eisen producten dienen te voldoen. In de richtlijnen zelf worden dan alleen de wezenlijke eisen voor veiligheid, gezondheid en milieu neergelegd. De uitwerking van technische eisen geschiedt door Europese normalisatie-instellingen op verzoek van de Europese Commissie (met onder meer verplicht gebruik van de zogenaamde CE-markering van producten, al dan niet na onafhankelijke beoordeling door derden). Vergelijkbare ontwikkelingen van private of zelfregulering zijn te onderscheiden op nationaal niveau in Nederland, met name sinds het in 1994 door het kabinet uitgebrachte programma 'Marktwerking, deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW)'. Daarbij zag het kabinet normalisatie en certificering als alternatief voor (gedetailleerde) wetgeving en handhaving.

Het voordeel van deze instrumenten is volgens Neerhof dat zij in potentie marktpartijen ertoe aanzetten zelf verantwoordelijkheid te nemen voor de borging van bepaalde belangen. Aan de andere kant kleven er ook risico's aan, zo laat de 'soap' rond de Fyrtrein zien die niet betrouwbaar en veilig bleek ondanks afgegeven certificaten. Zelfregulering kan volgens Neerhof worden gedefinieerd als het vaststellen, uitvoeren en handhaven van regels op een bepaald terrein door direct betrokkenen of hun vertegenwoordigers. Initiatieven hiertoe komen van burgers en bedrijven en niet van de overheid. Uitgangspunt voor de overheid is dat pas als zelfregulering tekortschiet, overheidsregulering in beeld komt. Normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn twee specifieke verschijningsvormen van zelfregulering en worden niet in het leven geroepen om te worden gebruikt door wetgever en bestuur. Vanuit de overheid bezien kunnen zij echter geschikt zijn als alternatieven voor (volledige) overheidsregulering. Daarbij is de vraag onder welke voorwaarden zij daarvoor geschikt zijn. Vanuit die specifieke invalshoek komen zij in het preadvies van Neerhof aan de orde. Bij normalisatie gaat het in het preadvies vooral om een alternatief voor wetgeving: de normen zijn voor herhaalde toepassing vatbaar. Zo kan bijvoorbeeld met behulp van bepaalde NEN-EN normen worden bepaald of een betonconstructie of een metselwerkconstructie voldoende bestand is tegen de daarop werkende krachten. De wetgever kan normalisatie als instrument inzetten om een publiek belang te realiseren. Een systeem van conformiteitsbeoordeling (inclusief de gehanteerde beoordelingsrichtlijnen) kan ook een alternatief voor wetgeving zijn, maar conformiteitsbeoordeling lijkt vooral een alternatief voor handelen van

bestuursorganen in concrete gevallen, in het bijzonder voor (onderdelen van) besluitvorming over vergunningverlening en handhaving. Een conformiteitsverklaring heeft bijvoorbeeld betrekking op een bepaald product en verklaart dat het aan bepaalde eisen voldoet. Ook conformiteitsbeoordeling kan door de wetgever worden ingezet als instrument om een publiek belang te beschermen. Bij de inzet van normalisatie en conformiteitsbeoordeling ter behartiging van publieke belangen, gaat het om specifieke vormen van zelfregulering: vervangende of geconditioneerde zelfregulering. Bij *vervangende* zelfregulering zet de wetgever de mogelijkheid om in te grijpen jegens betrokkenen als stok achter de deur in, zodat zij enige vorm van zelfregulering tot stand brengen. Bij *wettelijk geconditioneerde* of *wettelijk gestructureerde* zelfregulering vervult de wetgever ten opzichte van de zelfregulerende regels een complementaire functie, die kan bestaan uit het (slechts) stellen van randvoorwaarden. Zowel bij vervangende als geconditioneerde zelfregulering kan de wetgever de werking van de zelfregulerende normen versterken doordat hij bepaalde rechtsgevolgen aan de zelfregulering verbindt.

Normalisatie en conformiteitsbeoordeling hebben volgens Neerhof met elkaar gemeen dat het daarbij vaak gaat om het reguleren van industriële en commerciële activiteiten, in het bijzonder het produceren en verhandelen van goederen en diensten. De instrumenten worden echter ook op andere gebieden van maatschappelijke activiteit ingezet, zoals management, milieu- en duurzaamheidsnormen. Er is door NEN bijvoorbeeld een norm uitgegeven voor 'de juiste en gepaste viering van het Sinterklaasfeest': NEN0512. Dat maakt trouwens erg nieuwsgierig wat daar in staat, zeker gezien de eerder genoemde zwartepietendiscussie.

Normalisatie en conformiteitsbeoordeling roepen als alternatieven voor overheidsregulering vanuit een bestuursrechtelijk perspectief vragen op. Dit brengt Neerhof tot de volgende centrale vraag van zijn preadvies:

"Onder welke voorwaarden is gebruik door de overheid van normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke belang verantwoord, gelet op beginselen en eisen van behoorlijke wetgeving en van goed bestuur, eisen van EU-recht en fundamentele rechten?"

Hierbij komen belangrijke rechtsstatelijke vragen op. Zo zijn de technische normen vastgesteld door normalisatie-instellingen niet afkomstig van de overheid. Hoe zit het met de kenbaarheid van deze normen en in hoeverre kunnen belanghebbenden daaraan worden gebonden, zeker als zij daarvoor moeten betalen? Bij conformiteitsbeoordeling kunnen soms bestuursorganen betrokken zijn die zich dan moeten houden aan de regels van behoorlijke besluitvorming uit de Awb. Maar als de Awb niet van toepassing is, aan welke normen inzake zorgvuldige voorbereiding moeten conformiteitsbeoordelende instanties zich dan houden? Hoe zit het in dit verband met de regels van de Wet openbaarheid van bestuur? Ook komt in het preadvies aan de orde hoe kan worden voorkomen dat via gebruik van de genoemde vormen van zelfregulering fundamentele rechten,

zoals het recht op leven of op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, in gevaar komen. Het preadvies, waarin de auteur voortbouwt op eerdere publicaties,²² is als volgt opgezet.

In hoofdstuk 2 maakt Neerhof een nadere analyse van normalisatie en conformiteitsbeoordeling als rechtsverschijnselen, in het bijzonder de mate waarin en de wijze waarop zij zijn ingebed in het bestuursrecht. Er volgt een analyse van de wijzen waarop overheidsorganen normalisatienormen ('NEN-normen') of conformiteitsbeoordeling gebruiken ter borging van publieke belangen en de rechtsgevolgen die daaraan kunnen zijn verbonden. De verschillende manieren van verwijzen naar normen of beoordelingen, de betrokkenheid van overheden bij aanwijzing van instellingen die een bepaalde taak verrichten en de rechtsgevolgen die daaraan kunnen zijn verbonden, worden besproken. Ook komt aan de orde op welke wijzen overheidsorganen de inhoud van de normen of conformiteitsbeoordelingen kunnen beïnvloeden.

Ik licht er enkele rechtsstatelijk relevante punten uit. Zo is een belangrijke observatie hierbij dat NEN geen regelgevende bevoegdheid heeft en in beginsel geen overheidsgezag uitoefent als normalisatienormen worden vastgesteld. Zowel in wetgeving als in beschikkingen wordt regelmatig naar deze normen verwezen. Verwijzing door de wetgever kan op directe of indirecte wijze plaatsvinden. Hierbij is de eis van kenbaarheid van deze regels van groot belang: in een democratische rechtsstaat moeten burgers immers kunnen weten aan welke regels zij gebonden zijn. Dit betekent dat ook technische normen en beoordelingsrichtlijnen in beginsel kenbaar moeten zijn, in het belang van transparantie van besluitvorming en een open markt. Inmiddels is in de jurisprudentie uitgemaakt dat deze NEN-normen door een dergelijke verwijzing in wetgeving zelf niet kwalificeren als algemeen verbindende voorschriften in de zin van artikel 89 lid 4 Gw en daarmee niet bekend hoeven te worden gemaakt op grond van de Bekendmakingswet. Het argument dat de NEN-normen door verwijzing in wetgeving als algemeen verbindende voorschriften moeten worden beschouwd is zeker verdedigbaar,²³ maar is door Hoge Raad en Afdeling niet gevolgd.²⁴ Zo meent de Afdeling dat de kenbaarheid van de normen voldoende is verzekerd²⁵ als deze normen zonder belemmering door eenieder kunnen worden geraadpleegd. Dit is het geval als direct betrokkenen (bedrijven) de NEN-normen tegen redelijke betaling kunnen aanschaffen. Voor burgers kan de koopprijs wellicht een belemmering vormen om daarvan kennis te nemen, maar de kenbaarheid is volgens de Afdeling ook voor de burger

voldoende verzekerd als de NEN-normen ter inzage liggen en zonder belemmering kunnen worden geraadpleegd. Het kabinet is overigens van mening dat alleen bij dwingende verwijzing²⁶ naar een normdocument geen vergoeding kan worden gevraagd voor het inzien daarvan, want dan moet de norm kunnen worden ingezien om de wet na te leven. Bij een niet-dwingende verwijzing speelt dit niet omdat ook op alternatieve wijze aan de wettelijke eisen kan worden voldaan. Neerhof concludeert dat noch het EVRM, noch het EU-recht, noch het nationale recht belemmeringen opwerpt om een vergoeding voor het inzien van de normen te bedingen, ook als de wetgever ernaar verwijst. Vergoedingen kunnen gerechtvaardigd zijn vanwege bescherming van de intellectuele eigendom. Tegelijkertijd moet de hoogte van de vergoedingen niet leiden tot marktafscheiding en moet deze hoogte redelijk zijn. Hierbij is volgens hem van belang dat de normen veelal slechts door professionals kunnen worden begrepen en toegepast. Voor de bepaling van de hoogte van een vergoeding mag meewegen in hoeverre de 'gebruikers' zelf voordeel hebben van een norm in de communicatie met andere marktpartijen. Des te meer profijt, hoe hoger de bedongen vergoeding volgens Neerhof moet kunnen zijn.

De NEN-normen kunnen overigens ook als er in wetgeving niet naar wordt verwezen van belang zijn bij het handelen van bestuursorganen. Zo kunnen zij worden gebruikt bij de uitleg van wettelijke voorschriften en kan er in beleidsregels of richtlijnen naar worden verwezen. Ook wordt er volgens Neerhof regelmatig in vergunningen naar NEN-normen verwezen zonder wettelijke grondslag. Het spreekt vanzelf dat een dergelijke norm waarnaar niet bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt verwezen niet aan burgers kan worden tegengeworpen, bijvoorbeeld als grondslag voor de oplegging van een herstelsanctie.²⁷

Daarnaast behandelt de preadviseur de vraag of en wanneer instellingen die de normen vaststellen of conformiteitsbeoordelingen verrichten zelf zijn te kwalificeren als bestuursorganen en of en wanneer die normen of beslissingen zijn aan te merken als Awb-besluiten. Uitgangspunt lijkt te zijn dat een private instelling die NEN-normen vaststelt volgens de vaste eisen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie niet kwalificeert als b-orgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. Dit is volgens Neerhof het geval bij de methodiek van statische verwijzing zoals bedoeld in Aanwijzing 92, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Bij die methodiek wordt immers niet (de facto) regelgevende bevoegdheid aan de instelling overgedragen, zodat ook geen sprake kan zijn van uitoefening van openbaar gezag. Verdedigbaar is echter, aldus de preadviseur, dat bij een dynamische verwijzing naar een norm in wetgeving de private instelling die de vaststelling van de norm faciliteert of in ieder geval het orgaan van de instelling die de norm vaststelt, wel bestuursorgaan ex artikel 1:1 aanhef en onder b Awb is en beslissingen tot vaststelling, wijziging of intrekking van die normen van dat

22 In het bijzonder op het terrein van zelfregulering in het bouwrecht.

23 Zie reeds M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. RUL), Deventer: Kluwer 1998.

24 HR 22 juni 2012, AB 2012/228, m.nt. F.J. van Ommeren (Knooble) en ABRvS 2 februari 2011, AB 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan (City Crash).

25 In de zin van Aanwijzing 190 van de Aanwijzingen voor de regelgeving die bepaalt dat indien in een regeling normen die niet van publiekrechtelijke aard zijn van toepassing worden verklaard, bekendmaking van de normen in de Staatscourant wordt voorgeschreven, tenzij de kenbaarheid van deze normen voor alle betrokkenen voldoende verzekerd is.

26 Het kabinet Rutte II gaat hierbij overigens uit van een ruim begrip van dwingende verwijzing, namelijk ook als weliswaar een andere oplossing mag worden toegepast zolang deze ten minste gelijkwaardig is aan de norm, maar om dit te kunnen beoordelen de norm ingezien moet worden.

27 Zie bijv. ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3295.

orgaan of die instelling besluiten ex artikel 1:3 Awb zijn. Dan is immers de facto wel publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheid overgedragen. Voor conformiteitsbeoordelende (vrijwel steeds privaatrechtelijke) instanties geldt dat zij alleen als b-orgaan kunnen worden gekwalificeerd als hen uitdrukkelijk bij wettelijk voorschrift een publiekrechtelijke bevoegdheid is toegekend. Daarvoor is vereist dat de bevoegdheid tot de conformiteitsbeoordeling, gelet op de wet, exclusief is en met de conformiteitsverklaring eenzijdig bindend de rechtspositie van een of meerdere andere rechtssubjecten wordt vastgesteld. Neerhof noemt in dit verband het voorbeeld van instellingen die op grond van de Warenwet of Arbeidsomstandighedenwet zijn aangewezen als instanties die bepaalde wettelijk verplichte certificaten kunnen afgeven. Maar ook als een dergelijk verplicht karakter ontbreekt zal volgens Neerhof moeten worden nagegaan of er andere rechtsgevolgen zijn die maken dat de instantie in kwestie mogelijk toch als b-orgaan moet worden beschouwd.

Op basis van de analyses die in hoofdstuk 2 zijn verricht, onderzoekt Neerhof in hoofdstuk 3 vervolgens aan welke rechtsregels normalisatie of conformiteitsbeoordeling zijn onderworpen als de wetgever of een bestuursorgaan er op een bepaalde wijze gebruik van wil maken. De eisen kunnen onder meer voortvloeien uit de Awb, de Wob, het EU-recht en het EVRM. Zo besteedt hij onder meer uitgebreid aandacht aan de EVRM-dimensie. Een belangrijk en bekend uitgangspunt hierbij is dat de overheid zich niet aan haar EVRM-verplichtingen kan onttrekken door allerlei taken over te hevelen naar private organisaties.²⁸ Het is de overheid die uiteindelijk in Straatsburg kan worden aangesproken als bijvoorbeeld het recht op leven of het recht op bescherming van het privéleven van burgers wordt aangetast, indien het gaat om tekortschietende veiligheidsvoorschriften in de industrie of op het terrein van het bouwen van huizen en andere gebouwen. De zogenaamde positieve verplichtingen zoals die voor de staat uit het EVRM voortvloeien kunnen gevolgen hebben voor de mogelijkheden van de overheid om normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instellingen in te schakelen voor het borgen van een publiek belang. Neerhof constateert in dit verband terecht dat het leggen van verantwoordelijkheden bij private partijen ter borging van belangen van veiligheid of gezondheid niet zonder meer in strijd komt met artikel 2 en 8 EVRM. Het ligt echter volgens hem wel in de rede dat juist op die terreinen in enige vorm van overheidstoezicht wordt voorzien. Een andere vraag die Neerhof stelt is of de normen van het EVRM ook op horizontale wijze kunnen doorwerken in de verhouding tussen een normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instelling en een particulier. Volgens hem ligt het niet voor de hand dat de rechter op grond van positieve verplichtingen op grond van het EVRM regelmatig gehouden zal zijn aansprakelijkheid van een normalisatie-instelling aan te nemen. Hij sluit echter niet uit dat in deze hori-

zontale verhouding enige betekenis aan de EVRM-rechten toekomt, maar het blijft dan een beetje de vraag op welke wijze precies.²⁹

In hoofdstuk 4 verandert de preadviseur van invalshoek. Terwijl de hoofdstukken 2 en 3 vooral positiefrechtelijk van aard zijn, wordt in dit hoofdstuk ingegaan op enkele meer fundamentele vragen bij keuzes inzake inschakeling van normalisatie of conformiteitsbeoordeling ter behartiging van publieke belangen. Daarbij gaat het zowel om de vraag of normalisatie door wetgever of bestuur moet worden ingeschakeld als om de vraag hoe – met meer of minder juridische afstand – zij dat zouden moeten doen. De aandachtspunten zijn ontleend aan beginselen van behoorlijke wetgeving, goed bestuur en de open markt en fundamentele rechten. Er wordt gebruikgemaakt van datgene wat uit (empirisch) onderzoek bekend is over het functioneren van systemen van normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Voor wat betreft de empirie is veel, maar niet uitsluitend, gebruikgemaakt van eerder onderzoek van de preadviseur op het gebied van de bouw. De gesignaleerde problemen en kwetsbaarheden zijn echter breder.

Op deze wijze gaat de preadviseur na wat belangrijke ijkpunten zijn bij de keuzes van wetgever en bestuur inzake het gebruik van normalisatie en conformiteitsbeoordeling ter behartiging van publieke belangen en welke uitwerking zij in dat kader moeten krijgen. Het gaat om formeel-democratische legitimiteit, sociale en marktlegitimiteit en participatie, kenbaarheid, doeltreffendheid en doelmatigheid van regels, normen, beslissingen en verklaringen. De ijkpunten zijn in het bijzonder ontleend aan beginselen van behoorlijke wetgeving en van goed bestuur en aan de Aanwijzingen voor de regelgeving, maar ook aan regels van EU-recht en niet in de laatste plaats zou ik daaraan willen toevoegen aan grondrechtelijke normen. De preadviseur komt zo tot een menukaart voor zelfregulering op basis waarvan de overheid kan kiezen uit een variatie aan gerechten en smaken ten aanzien van rechtsgevolgen die aan normalisatie of conformiteitsbeoordeling kunnen worden verbonden, verantwoordelijkheden die kunnen worden genomen in de totstandkoming van normen en beoordelingsrichtlijnen en betrokkenheid bij de instanties die deze toepassen. De overheid moet de keuzes op basis van deze menukaart goed onderbouwen met inachtneming van door de preadviseur ontwikkelde ijkpunten. Dit brengt Neerhof tot diverse conclusies en stellingen. Daarin staat – kort gezegd – voorop dat normalisatie en conformiteitsbeoordeling voor het verwezenlijken van publieke belangen (met name op het terrein van veiligheid, gezondheid en milieu) niet kunnen worden gemist. Dit betekent ook dat de overheid bij het gebruik van deze vormen van zelfregulering voldoende afstand moet houden, omdat anders afbreuk wordt gedaan aan de voordelen die er aan zijn verbonden, zoals draagvlak, doeltreffendheid en vermindering van lasten. Tegelijkertijd moet de overheid ook weer een vinger aan de pols houden, omdat

28 Zie bijv. N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Eju 2014 en van diezelfde auteur *Semipublieke instellingen en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: een verkenning*, *NTB* 2016/8.

29 Zie bijv. nader Jak 2014 en 2016 met nadere verwijzingen en voor eventuele aansprakelijkheid van de NAM voor schade ten gevolge van de Groningse gaswinning, E.C. Gijssels, R. Rijnhout & J.M. Emaus, *Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM*, *AAE* 2014, p. 801-813.

anders de mededinging tussen conformiteitsbeoordelende instanties of bedrijven op ongeoorloofde wijze wordt verstoord. Deze dubbele boodschap maakt het lastig kiezen uit het door Neerhof geserveerde menu maar is inherent aan het thema van alternatief bestuursrecht in het publieke belang, dat hij op fraaie wijze in kaart heeft gebracht. De preadviseur geeft in ieder geval handvatten voor het maken van de juiste keuze en de nadere motivering daarvan.

5. Slotbeoordeling

De grote verdienste van de preadviezen is dat ze zichtbaar hebben gemaakt een tot nu toe – in ieder geval in het bestuursrecht – grotendeels verborgen wereld van semi- of buitenstatelijke regelgeving, private normering, toezicht en handhaving, die in de dagelijkse praktijk voor burgers en ondernemingen een grote rol speelt (vaak zelfs op bijna gelijke voet met statelijke regelgeving, toezicht en handhaving). Verder hebben de preadviezen ons laten zien dat dit complex van regels een belangrijke en effectieve aanvulling vormt op het statelijke recht maar tegelijkertijd vanuit rechtsstatelijk oogpunt de nodige vragen oproept. Het is juist bij het aanbrengen van de connectie tussen het statelijke bestuursrecht en deze verborgen wereld dat zich belangrijke vragen voordoen, waarop de preadviezen antwoord proberen te geven. Het preadvies van Gerards focust hierbij in het bijzonder op oordelen, uitspraken en adviezen van Europese en internationale toezichthoudende instanties op het terrein van de mensenrechten, die doorgaans wel door staten volgens klassieke volkenrechtelijke kaders in het leven zijn geroepen. Zij probeert enige ordening in dit omvangrijke corpus van grondrechtuitspraken aan te brengen via de door haar ontwikkelde rechtskrachtschaal. Daarbij is ook een belangrijke vraag of deze schaal van gradaties naar rechtskracht (vanuit het perspectief van juridisch-normatieve legitimiteit) niet ook een rol zou kunnen vervullen bij de verschillende door Scheltema en Neerhof besproken vormen van hybride recht.

Gerards onderscheidt³⁰ zich van de andere preadviseurs in die zin dat bij hen meer centraal staat de vraag naar normering door private, niet-statelijke actoren. Scheltema en Neerhof stuiten hierbij in het bijzonder op het volgende dilemma. Aan de ene kant zijn er juist vele voordelen verbonden aan het overlaten van de borging van publieke belangen aan de markt (zoals de bereidheid voor private actoren om de door hen zelf vastgestelde regels na te leven, expertise bij deze actoren om technische voorschriften vast te stellen etc.). Aan de andere kant moet de overheid een zekere vinger in de pap houden om juist bepaalde rechtsstatelijke eisen hoog te houden. Zo kan de overheid een publieke taak nooit helemaal 'weggeven',³¹ onder meer omdat vanuit het perspectief van het EVRM de nationale staat in zijn hoedanigheid van verdragspartij altijd aanspreekbaar

is op de naleving van zijn verdragsverplichtingen ten aanzien van eenieder die zich onder zijn rechtsmacht bevindt (artikel 1 EVRM).³² Juist met het oog op de waarborging van deze rechtsstatelijke eisen doen Scheltema en Neerhof ook diverse voorstellen om de overheid weer 'binnen te halen'. Zo stelt Scheltema voor om een wettelijke erkenningsprocedure van TPR in de Awb op te nemen in geval de overheid daarvan gebruik wil maken bij het verwezenlijken van publieke doelstellingen. Een belangrijke vraag hierbij is – als gezegd – hoe dit voorstel nader kan worden afgebakend, nu TPR zich op een groot aantal terreinen manifesteert en er altijd wel een publiek belang mee gemoeid kan zijn. Neerhof bepleit onder meer grotere betrokkenheid van de overheid in de normcommissie die een NEN-norm vaststelt dan wel het College van Deskundigen dat de beoordelingsrichtlijn vaststelt (in geval wetgever of bestuur in regelgeving naar normen verwijzen of aan conformiteitsbeoordeling door bepaalde instanties enig rechtsgevolg verbinden). In de voorstellen van Neerhof waarin hij pleit voor meer statelijke bemoeienis is dus cruciaal het antwoord op de vraag of de overheid aan toepassing van een NEN-norm of een conformiteitsverklaring meer direct rechtsgevolgen verbindt en/of zij wettelijk of feitelijk verplicht zijn.

De genoemde voorstellen van Scheltema en Neerhof hebben mogelijk het effect dat de rechtsstatelijkheid van het hybride recht wordt verhoogd maar zij doen dat in feite door deze vorm van recht weer te verstatelijken. Dat oogt zeker sympathiek maar heeft als mogelijk nadeel dat daarmee alle mitsen en maren van het statelijk recht worden binnengehaald die nu juist de aanleiding waren voor deze alternatieve vormen van regulering.³³ Deze verstatelijking zal namelijk haar schaduw vooruit werpen op het private proces in die zin dat de private actoren mogelijk minder snel tot overeenstemming zullen komen over de normering in de wetenschap dat deze daarna op bindende wijze door de overheid kan worden gebruikt.³⁴ Misschien moet er toch verder worden gezocht naar een benadering waarin geen afbreuk wordt gedaan aan deze voordelen, vanzelfsprekend met oog voor rechtsstatelijke waarborgen die niet opzij kunnen worden gezet. Ik onderschrijf bijvoorbeeld de conclusie van Neerhof dat ter zake van veiligheidsvoorschriften, in verband met onder meer de eisen van het recht op leven van artikel 2 EVRM en het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM, toch op enigerlei wijze in een vorm van overheidstoezicht moet zijn voorzien. In dit verband moeten ook de precieze rechtsstatelijke grenzen van private handhaving nader worden doordacht.³⁵ Maar ook als het gaat om de eisen van kenbaarheid en legaliteit van de alternatieve

30 Zij onderscheidt zich overigens ook van haar mannelijke mede-preadvisers in de zin dat zij er in geslaagd is een zeer compact preadvies te schrijven.

31 Vgl. bijv. het eerder genoemde wetsvoorstel tot 'privatisering van de bouwvergunning', *Kamerstukken II 2015/16*, 34453, 1-4.

32 Zie bijv. met nadere verwijzingen M.L. van Emmerik, *Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaatrecht- en Publiekrecht*, O&A 2010/2, p. 69-74.

33 Vgl. bijv. R. van Gestel, *In de schaduw van het bestuursrecht*, VAR preadvies 2008, p. 158-160 in verband met de vraag of convenanten, normalisatie en certificatie vanwege de bestuursrechtelijke waarborgen in de Awb moeten worden opgenomen.

34 En hierbij kan de vraag worden gesteld of het burgerlijk recht niet al een vorm van statelijke connectie met het hybride recht vormt.

35 Zie nader onder meer G.T.J.M. Jurgens, *Meer ruimte voor de overheid om via het privaatrecht te handhaven?*, *NTB 2015/42* en T. Barkhuysen, *Grenzen aan de privatisering van (uitkerings)fraudeonderzoek*, *NJB 2016/137*.

vormen van regelgeving blijven er belangrijke vragen, zeker als de overheid op enigerlei dwingende wijze naar deze private normen verwijst. Dit wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door een recente uitspraak van de Rechtbank Gelderland. In deze zaak staat centraal de verplichting (op grond van de op de Wet wapens en munitie gebaseerde Regeling wapens en munitie) voor een sportschutter om lid te zijn van een gecertificeerde schietvereniging. De rechtbank overweegt dat op deze manier een privaatrechtelijke rechtspersoon (namelijk de Koninklijke Nederlandse Schietsport Associatie, KNSA) via de certificering van een vereniging eisen stelt aan de voorwaarden waaronder iemand voor een verlof tot het voorhanden hebben van wapens en munitie in aanmerking kan komen. Op deze manier wordt er een inbreuk gemaakt op de vrijheid van vereniging uit artikel 11 EVRM zonder dat deze beperking bij wet is voorzien. Van belang hierbij is voor de rechtbank dat via het certificaat ook eisen worden gesteld buiten het belang van openbare orde en veiligheid (zoals genoemd in artikel 11 lid 2 EVRM en de WWM), zoals “het goede imago” van de schietsport.³⁶

De preadviezen maken in ieder geval duidelijk dat de bestuursrechtelijke doctrine, waarin aandacht voor deze problematiek van de verborgen wereld van het hybride recht tot nu toe grotendeels ontbreekt,³⁷ meer aandacht aan dit fenomeen moet gaan besteden. Bij het zoeken naar oplossingen zal ook moeten worden meegenomen de achtergrond waarom tot alternatieve regulering is overgegaan. Hierbij past ook de oproep van Michiel Scheltema om in het bestuursrecht meer oog te hebben voor de totstandkoming van en inspraak bij – al dan niet hybride vormen van – bestuursrechtelijke regelgeving.³⁸ Het zoeken naar de juiste balans tussen het enerzijds vrijlaten waar nodig en effectief van normering, handhaving en toezicht aan (semi-)private actoren met alle voordelen van dien en anderzijds de rechtsstatelijke inbedding van deze vormen van hybride recht blijft een uitdaging voor de (constitutionele en bestuursrechtelijke) doctrine en praktijk de komende tijd.³⁹ De verdienste van de preadviezen is, zoals ook in de gezamenlijke inleiding wordt beloofd, om op het terrein van het hybride bestuursrecht belangrijke nieuwe vragen op te werpen en stellingen naar voren te brengen. Zij bieden daarmee zeker een basis voor verdere discussie⁴⁰ (en ik heb zeker nog niet het antwoord op alle – ook door mij gestelde – vragen) over dit nieuwe en belangrijke onderwerp.

36 Rb. Gelderland 12 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1955.

37 Met uitzondering bijvoorbeeld van de VAR-preadviezen 2008 over Privaat bestuur? En zie voor het privaatrecht bijvoorbeeld I. Giessen, *Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen*, in: *Alternatieve regelgeving*, preadviezen NJV 2007, p. 67-168.

38 Scheltema 2014. In dit verband zou ook passen het schrappen van de belemmering in de Awb om avv's te toetsen, zie bijvoorbeeld T. Barkhuysen, *Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften*, NJB 2015/1949 en Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), Leiden 2015.

39 Vgl. in dit verband ook alternatieve ijkpunten voor de rechtsstaat, zoals ontwikkeld door M. Hertogh in zijn boek *De levende rechtsstaat. Een ander perspectief op recht en openbaar bestuur*, Utrecht: Lemma 2002. Zo zouden burgers volgens hem niet altijd iets hebben met strikte legaliteit.

40 Zo is ook een interessante vraag wat het klassieke bestuursrecht van het hybride recht zou kunnen leren.