



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling

Veldt, G.M.

Citation

Veldt, G. M. (2020, June 10). *Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/106087>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/106087>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/106087> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Veldt, G.M.

Title: Europese productnormen en privaatrechtelijke normstelling

Issue Date: 2020-06-10

4 Randvoorwaarden voor het toekennen van betekenis aan geharmoniseerde normen

4.1 INLEIDING

95 Algemeen

In dit hoofdstuk zullen de volgende vragen worden beantwoord:

- *Welke randvoorwaarden zijn in de doctrine geïdentificeerd waaraan moet zijn voldaan, wil de navolging of schending van geharmoniseerde normen als vorm van alternatieve regulering binnen privaatrechtelijke normstelling meer betekenis hebben dan het zijn van een gezichtspunt of van één van de omstandigheden van het geval?*
- *In hoeverre is momenteel aan die randvoorwaarden voldaan?*⁷⁸⁹
- *Wat zijn de privaatrechtelijke gevolgen van de beslissing van het Hof van Justitie dat een geharmoniseerde norm ‘deel uitmaakt van het Unierecht’?*

Hiertoe zal eerst kort uiteen worden gezet welke relevante factoren reeds in de literatuur zijn geïdentificeerd ter beantwoording van de vraag of aan alternatieve regulering, waaronder geharmoniseerde normen, betekenis toekomt bij privaatrechtelijke normstelling (§ 4.2). Uit paragraaf 4.2 volgt dat de kwalificatie als algemeen verbindend voorschrift van belang, maar niet doorslaggevend is, nu alternatieve normen ook op andere wijze relevant kunnen zijn voor privaatrechtelijke normstelling, namelijk via het ongeschreven recht. Voorts volgt uit de daar besproken doctrine dat het gebruik van alternatieve regelgeving belangrijke voordelen kent, doch dat daaraan gelijktijdig belangrijke risico's of nadelen zijn verbonden. Normstelling via alternatieve regulering is niet altijd democratisch gelegitimeerd (hierna: 'traditionele legitimatie'). Een aantal privaatrechtelijke auteurs sluit daarom aan bij de (meer) publiekrechtelijke doctrine, waarin steeds meer aandacht uit naar de vraag of de representativiteit en controleerbaarheid van alternatieve regulering op andere, alternatieve wijze wordt gewaarborgd (hierna te noemen: 'alternatieve legitimatie'). Voor zover traditionele legitimatie ontbreekt, ziet alternatieve legitimatie op de beoordeling van de waarborgen in het totstandkomingsproces van normen en in de controlemechanismen achteraf. Zijn deze waarborgen voldoende om een evenwichtige en representatieve norm tot stand te brengen, dan wel om systeemfalen achteraf te corrigeren? Zijn deze waarborgen bij geharmoniseerde normen voldoende, dan zou van alternatieve legitimatie kunnen worden gesproken. De binding van burgers aan deze normen kan dan eerder worden gerechtvaardigd.

In paragraaf 4.3 zal daarom worden onderzocht in hoeverre geharmoniseerde normen traditioneel zijn gelegitimeerd of dat, indien traditionele legitimatie ontbreekt, deze normen op alternatieve wijze zijn gelegitimeerd, waardoor deze normen toch van bijzonder gewicht kunnen zijn

⁷⁸⁹ De term 'randvoorwaarden' wordt door Giesen gebruikt ter duiding voor één van de twee mogelijke denkbare kaders voor de omgang met alternatieve regelgeving, Giesen 2007, p. 53. Ik gebruik de term hier eveneens, doch betrek in mijn beoordelingskader ook randvoorwaarden die door andere auteurs zijn benoemd.

bij privaatrechtelijke normstelling. Paragraaf 4.3 is getiteld ‘de legitimatie van geharmoniseerde normen’, omdat traditionele en alternatieve legitimatie in deze paragraaf samen worden besproken. Achtereenvolgens komen de bijzondere voor- en nadelen van het gebruik van geharmoniseerde normen door de Europese wetgever (§ 4.3.1), het proces van totstandkoming van geharmoniseerde normen (§ 4.3.2) en de externe controlemechanismen op geharmoniseerde normen (§ 4.3.3) aan bod. Op deze manier kan duidelijk per stap worden aangegeven of sprake is van traditionele of alternatieve legitimatie, of dat legitimatie in het geheel ontbreekt. Paragraaf 4.3.3 zal mede ingaan op de keuze van het Hof van Justitie EU om geharmoniseerde normen als recht te kwalificeren. Ook zal daarin de vergelijking worden gemaakt met nationale normalisatienormen waarnaar in nationale wet- en regelgeving wordt verwezen. In dat verband zullen ook de criteria die de Hoge Raad hanteert om normen te kwalificeren als recht in de zin van art. 79 RO worden besproken.

In de conclusie zullen de gevolgen voor de betekenis van geharmoniseerde normen voor privaatrechtelijke normstelling worden samengevat (§ 4.4).

In dit hoofdstuk zullen alleen de randvoorwaarden voor de betekenis worden behandeld die samenhangen met het gegeven dat geharmoniseerde normen niet *de jure* binden, een onduidelijke legitimatie hebben en afkomstig zijn van normalisatie-instituten als alternatieve normstellers. De factoren en gezichtspunten die samenhangen met het privaatrechtelijke kader en zien op de inhoud en het informatieniveau van de geharmoniseerde norm – zoals of de norm de *state of the art* weergeeft en wat het juridische gehalte van de norm is – komen in de volgende hoofdstukken aan de orde. Uiteraard hoopt men dat naarmate de hier besproken legitimatie en de waarborgen toenemen, dit ook de inhoud van de norm, de accuraatheid ervan in relatie tot de informatie waarop hij is gebaseerd en het veiligheidsniveau dat hij reguleert ten goede komt, maar het moge duidelijk zijn dat net als bij democratisch gelegitimeerde wetgeving alternatieve waarborgen niet altijd leiden tot inhoudelijk kwalitatief goede, actuele normen.

4.2 PRIVAATRECHTELIJKE THEORIEVORMING OVER DE BETEKENIS VAN ALTERNATIEVE REGULERING VOOR PRIVAATRECHTELIJKE NORMSTELLING

96 AVV's in het publiek- en het privaatrecht en de kwalificatie van geharmoniseerde normen

De kwalificatie als algemeen verbindend voorschrift (AVV) is vanuit publiekrechtelijk perspectief relevant wil een norm zelfstandig een grondslag vormen voor publiekrechtelijke handhaving, alsmede in verband met de publicatie-eisen uit art. 89 lid 4 Grondwet en art. 3 en 4 Bekendmakingswet. Vanuit privaatrechtelijk perspectief is deze kwalificatie van belang voor de vraag waar deze normen in het systeem van het privaatrecht moeten worden geplaatst. Op meerdere plekken wordt naar ‘de wet’ in materiële zin verwezen, zijnde een of meer algemeen verbindende voorschriften. Denk bijvoorbeeld

aan aanvulling van de overeenkomst door de wet (art. 6:248 lid 1 BW, nr. 139)⁷⁹⁰ of strijd met een wettelijke plicht (art. 6:162 lid 2 BW, § 7.3.1.3).⁷⁹¹

De Hoge Raad heeft met het arrest *Knooble/Staat* duidelijk gemaakt dat nationale NEN-normen waarnaar in de Woningwet wordt verwezen, geen AVV's zijn ex art. 89 lid 4 Grondwet en art. 3 en 4 Bekendmakingswet. Volgens de Hoge Raad zijn AVV's 'naar buiten werkende, de burgers bindende regels' (hierna: vereiste 1) die 'uitgaan van een orgaan dat de bevoegdheid tot die regelgeving aan de wet in formele zin ontleent' (hierna: vereiste 2).⁷⁹² Art. 3 Woningwet, dat toestaat dat bij of krachtens AMvB naar normen kan worden verwezen, beoogt niet het instituut dat die normen opstelt, bevoegd te maken tot het vaststellen van AVV's, aldus de Hoge Raad. Omdat NNI ook anderszins niet bij of krachtens de wet bevoegd is tot het vaststellen van algemeen verbindende regels, zijn NEN-normen geen AVV's, ook niet wanneer het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit ernaar verwijzen.⁷⁹³

Voor geharmoniseerde normen ligt deze kwalificatievraag nog open. Indien sprake zou zijn van geldige delegatie (vereiste 2, zie hierna nr. 119), dan nog zijn geharmoniseerde normen mijns inziens geen naar buiten werkende, *burgers bindende regels* (vereiste 1). Dat zijn ze ook niet indien zij hangen onder verordeningen, omdat ook dan de burger uitdrukkelijk de mogelijkheid wordt gelaten op alternatieve wijze de conformiteit met essentiële eisen aan te tonen (lees: zij zijn *de jure* vrijwillig).⁷⁹⁴ Desalniettemin verbindt de wetgever wel rechtsgevolgen aan het volgen van een geharmoniseerde norm, namelijk een bewijsvermoeden van conformiteit aan de wettelijke normen, dat de marktdeelnemer rechtstreeks of na implementatie kan inroepen jegens de

⁷⁹⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2018/381.

⁷⁹¹ Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 5.2.1, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/44, allen onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW* Boek 6 1981, p. 615 waar staat: 'De aard van het wetsvoorschrift waarin de plicht wordt gecreëerd of omschreven, is in beginsel irrelevant. Zowel plichten neergelegd in het Burgerlijk Wetboek, als die neergelegd in andere wetboeken of in bijzondere wetten, vallen onder de besproken categorie, onverschillig of het bepalingen betreft die tot het privaatrecht dan wel tot het publiekrecht worden gerekend. Aldus ook het bestaande recht in Nederland en elders [hier wordt, wat Nederland betreft, verwezen naar het bekende arrest van HR 20 november 1924, NJ 1925, 89, inzake Ostermann tegen de Staat]. Eveneens irrelevant is of de verplichting is neergelegd in een wet in formele zin: iedere plicht, omschreven in een algemeen voorschrift dat bindt uit hoofde van zijn vaststelling of bekrachtiging door de algemene Nederlandse wetgever of een ander daartoe bevoegd Nederlands overheidsorgaan is een wettelijke plicht in de zin van de onderhavige bepaling.'

⁷⁹² HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble/Staat*), r.o. 3.8. Zie ook ABRvS 2 februari 2011, AB 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan, JB 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, TBR 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*), r.o. 2.4.3 onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1985/86, 19 583, nr. 3 (MvT, Bekendmakingswet), p. 3.

⁷⁹³ HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble/Staat*), r.o. 3.8. Vgl. voor Europees recht art. 15 en 297 VWEU, waaronder alleen wetgevingshandelingen publicatieplichtig zijn.

⁷⁹⁴ De verwijzingsystematiek onder de Nieuwe Aanpak wijkt af van de nationale systematiek (nr. 124). Normalisatienormen waarnaar in het Bouwbesluit wordt verwezen, waarbij een gelijkwaardige oplossing wordt toegestaan, zijn evenmin algemeen verbindende voorschriften, doch zijn wel 'naar buiten werkende, de burgers bindende regels', ABRvS 2 februari 2011, AB 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan, JB 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, TBR 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*), r.o. 2.4.5. De Hoge Raad spreekt van 'algemeen geldende normen', HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble/Staat*), r.o. 3.5, zoals ook aangehaald door Neerhof 2016, p. 204.

autoriteiten. Voor de autoriteiten zijn geharmoniseerde normen tot op zekere hoogte⁷⁹⁵ dus wel bindend. Hoewel er wat voor valt te zeggen dat dit rechtsgevolg reeds voldoende rechtvaardigt dat geharmoniseerde normen beter bekend moeten worden gemaakt (zie mede nr. 125 en 281),⁷⁹⁶ is het mijns inziens echter onvoldoende om aan te kunnen nemen dat schending van een geharmoniseerde norm per definitie resulteert in schending van een wettelijke plicht in de zin van art. 6:162 lid 2 BW of dat het een directe, zelfstandige grond kan zijn voor publiekrechtelijke handhaving. Zo oordeelde de ABRvS over een last onder dwangsom opgelegd door ILT in het kader van het Vuurwerkbesluit, zijnde de implementatie van de Richtlijn Pyrotechnische artikelen,⁷⁹⁷ dat zo'n besluit niet uitsluitend mag zijn gebaseerd op een schending van geharmoniseerde normen waarnaar niet uitdrukkelijk in een ministeriële regeling is verwezen en waarvan referenties slechts in de Staatscourant zijn gepubliceerd.⁷⁹⁸ Het schenden van de essentiële eisen uit de richtlijn (resp. het Vuurwerkbesluit) was niet aan het besluit ten grondslag gelegd.⁷⁹⁹ Wordt een handhavingsbesluit genomen onder verwijzing naar de geschonden en eventueel geïmplementeerde essentiële eisen in combinatie met een verplichting voor de marktdeelnemers, dan wordt daadwerkelijk naar een bindende regeling verwezen en is aan het eerste vereiste voor een AVV voldaan. Het tweede vereiste, namelijk of sprake is van delegatie komt hierna aan de orde (nr. 119).⁸⁰⁰

De kwalificatie als AVV is voor het toekennen van betekenis aan deze normen binnen privaatrechtelijke normstelling overigens geen doorslaggevende voorwaarde. Het privaatrecht is – anders dan het staats- en bestuursrecht – van nature een open systeem waarbinnen niet alleen rechtsnormen, maar ook andere normen een rol kunnen spelen via het ongeschreven recht.⁸⁰¹ Via open normen als de redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke betamelijkheid kunnen niet-wettelijke regels in de rechtsvorming doorwerken, waarbij de civiele rechter gezien het open karakter van deze vereisten een grotere waarderingsvrijheid ten aanzien van de rol van geharmoniseerde normen toekomt. De vraag is of geharmoniseerde normen binnen dat kader meer (kunnen) zijn dan alleen een bijkomende, feitelijke omstandigheid of een gezichtspunt. Aan welke randvoorwaarden moet volgens de doctrine zijn voldaan voordat geharmoniseerde normen meer zijn dan slechts een feitelijke omstandigheid of gezichtspunt bij de vaststelling van onder meer normen van ongeschreven recht?

⁷⁹⁵ 'Tot op zekere hoogte' omdat het vermoeden zoals besproken weerlegbaar is.

⁷⁹⁶ Vgl. ook Van Gestel 2018, p. 404.

⁷⁹⁷ Richtlijn 2007/23/EG (Pyrotechnische artikelen (oud)).

⁷⁹⁸ ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3295, r.o. 3.2.

⁷⁹⁹ Hier zou ook aan voldaan kunnen zijn indien in ministeriële regeling dwingend naar normalisatienormen verwezen. Op EU-niveau is dit strijdig met het Nieuwe Aanpak-beleid. Dit komt op nationaal niveau vaker voor.

⁸⁰⁰ Zie over de rol van de bestuursrechter en rechtmatigheidstoetsing van NEN-normen ook Neerhof 2017, paragraaf 2.1.4. Hij merkt op dat hierover weinig rechtspraak is.

⁸⁰¹ Hartlief 2007a, paragraaf 6, nr. 171.

97 Theorievorming over privaatrechtelijke betekenis van alternatieve normen: binding en rechtsvorming

In de nationale privaatrechtelijke doctrine bestaan theorieën over de vraag hoe alternatieve regelgeving van betekenis zou kunnen zijn voor privaatrechtelijke normstelling. Giesen neemt het concept binding als beginpunt voor privaatrechtelijke rechtskracht van alternatieve regulering. Grondslag van de binding kan in het privaatrecht worden gevonden in de partijautonomie (via consensus of contract, zijnde vormen van zelfbinding zie hoofdstuk 6), in de bindende kracht van een wettelijke regeling of in rechterlijke binding via de invulling van open normen in het privaatrecht.⁸⁰² Giesen sluit daarmee voor een groot deel aan bij onder andere Vranken en Scholten die uitgaan van het bestaande paradigma op basis van de traditionele scheiding der machten, waarbij wetgever en rechter de rechtsvormende (en in het laatste geval ook -vindende) taak hebben.⁸⁰³ Alternatieve regelgeving kan een rechtsvormende rol spelen,⁸⁰⁴ maar de binding aan private regelgeving via de categorie 'open normen' vindt volgens Giesen en Vranken eveneens via de rechter plaats.⁸⁰⁵

Daartegenover staan auteurs die menen dat deze uitgangspunten moeten worden losgelaten, wil men tot nieuwe inzichten komen die recht doen aan de maatschappelijke realiteit.⁸⁰⁶ Akkermans pleit voor een nieuw paradigma, een 'juridische smeltkroes van normen' als het gaat om de herkomst, dat zou kunnen helpen bij een realistischer beeld en de ontwikkeling van het recht (mede via onderzoek en onderwijs).⁸⁰⁷ Akkermans stelt voor niet uit te gaan van indirecte binding aan alternatieve normen, dat wil zeggen via wetgever of rechter, maar binding te zien als eigenschap die maatschappelijke regulering reeds uit zichzelf in uiteenlopende gradaties kan hebben.⁸⁰⁸ Het door Akkermans voorgestelde nieuwe paradigma impliceert geen ongeclausuleerde binding, maar helpt volgens Akkermans bij het bestuderen van 'andere vormen van legitimatie'.⁸⁰⁹ Hoe deze andere vormen van legitimatie eruit zouden moeten zien en hoe en onder welke voorwaarden alternatieve normen binden, werkt hij niet nader uit.⁸¹⁰

⁸⁰² Giesen 2007, p. 55 e.v.

⁸⁰³ Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/91 en 71; Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, p. 7 e.v.

⁸⁰⁴ Giesen 2007, p. 98-99.

⁸⁰⁵ Giesen 2007, p. 68; Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/93.

⁸⁰⁶ Akkermans 2011, maar eerdere aanzetten konden worden gevonden bij Hirsch Ballin 1998, p. 91 e.v. en Van der Burg 2001, p. 105 e.v. zoals aangehaald door Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/93.

⁸⁰⁷ Akkermans 2011, paragraaf 6 en 7. Menting 2013, p. 120-121 onderscheidt twee denkrichtingen voor aanvulling van het exclusiviteitsdenken (schema wetgever-rechter), namelijk enerzijds het herijken van de interne exclusiviteit dat uitgaat van de juridische kracht van private regelgeving binnen het schema (Vranken en Giesen) en anderzijds het herzien van de externe exclusiviteit dat uitgaat van de zelfstandige juridische bindende kracht van private regelgeving. Akkermans zou tot de tweede denkrichting behoren.

⁸⁰⁸ Akkermans 2011, paragraaf 6.

⁸⁰⁹ Akkermans 2011, paragraaf 8.

⁸¹⁰ Hij sluit aan bij Vranken en Giesen. Vgl. Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/93: 'Maar, is mijn vraag, kan men daaruit concluderen dat private regelgeving dan ook rechtstreeks zelf bindende kracht heeft, zonder de sluis van wetgeving en rechtspraak? Niet alle private regelgeving berust op keurig vooraf afgebakende samenwerkingsafspraken met de wetgeving. Vaak is men in een bepaalde sector gewoon begonnen, omdat

Een nieuw paradigma lijkt mij niet noodzakelijk. Zowel Vranken als Giesen zien al ruimte voor het denken over alternatieven of aanpassing van het schema wetgever-rechter in de toekomst met betrekking tot de toepassing van en rechtsvorming door alternatieve regulering. Vranken omschrijft dit als het 'doorbreken van het schema wetgeving-rechtspraak door nieuwe confrontaties'.⁸¹¹ Giesen spreekt over een 'geleidelijke erkenning van een derde rechtsvormende macht en een herziene hiërarchie van rechtsbronnen'.⁸¹²

De aarzeling om intrinsieke binding nu al aan te nemen lijkt met name te komen doordat vooralsnog geen consensus bestaat over een alternatief toetsingskader voor de waardering van alternatieve regelgeving.⁸¹³

98 Waarborgen tegen nadelen van alternatieve regelgeving als alternatieve legitimatie

De vervolgvraag is dan of voor de toepassing van geharmoniseerde normen in private verhoudingen als vorm van alternatieve regulering, eerst een algemeen toetsingskader voor toepassing van alternatieve regulering moet worden geformuleerd voordat de betekenis van één specifieke categorie, namelijk geharmoniseerde normen, kan worden geïdentificeerd. Meerdere auteurs hebben vanuit een oogpunt van rechtszekerheid voor een dergelijk toetsingskader gepleit, omdat dit richting zou kunnen geven aan de rechtsontwikkeling.⁸¹⁴ Het nut van toetsingscriteria is erin gelegen dat aan alternatieve regulering risico's of nadelen zijn verbonden, die met behulp van die criteria makkelijker kunnen worden geïdentificeerd. Deze nadelen zijn afhankelijk van het soort alternatief instrument telkens anders.⁸¹⁵

men niet langer kon wachten. Zeker op nieuwe terreinen die in een internationale context opereren, is dit het geval. Heeft deze private regelgeving dan bindende kracht? Op zichzelf is er misschien niets op tegen de vraag bevestigend te antwoorden. Maar wat zegt dit? Gesteld dat in zo'n situatie meer private regelgevingen tot stand komen op hetzelfde terrein, zodanig dat - en het komt voor - sprake is van een woud van regels zonder veel samenhang. Welke binden? Allemaal? (...) Dan zal de oplossing van elders moeten komen: van de wetgever, de rechter of, wat bij private regelgeving steeds vaker gebeurt, van een wettelijk ingestelde toezichthouder.'

⁸¹¹ Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/94.

⁸¹² Giesen 2007, p. 104. Kritisch hierop is Hartlief 2007a, paragraaf 8.

⁸¹³ Giesen 2007, p. 52, die twee modellen omschrijft die de mate van binding aan en rechtsvormende invloed van alternatieve regulering kunnen vormgeven onder verwijzing naar diverse auteurs, alsmede p. 137. Vgl. ook Menting 2016, p. 280 (en eerder Menting 2013, p. 123), die meent dat de toepassing van gedragscodes in het privaatrecht thans niet nader hoeft en kan worden gereguleerd. De verscheidenheid aan gedragscodes, de uiteenlopende wijzen van totstandkoming ervan en het gebrek aan empirische gegevens zou het onmogelijk maken een uniform wettelijk toetsingskader te formuleren.

⁸¹⁴ Vranken 2004, par. 7. Vranken meent dat het aan de Hoge Raad is om nieuwe criteria te formuleren voor controle op alternatieve regelgeving, Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/83 en 91. Zo ook Menting 2013, p. 123 en 124. Giesen noemde al 'randvoorwaarden' voor binding, Giesen 2007, p. 53, doch ook waar het gaat om de invloed van alternatieve regelgeving op de privaatrechtelijke rechtsvorming pleit hij voor het ontwikkelen van 'Aanwijzingen voor Alternatieve Regelgeving' zoals procedurerichtlijnen, p. 140 en 141. Recentelijk pleit hij wederom voor een regierol voor de wetgever, Giesen 2018, p. 135-138. Zie voor een eerste aanzet qua criteria, Kristic e.a. 2009. Zie ook Van Gestel 2018, p. 408 en 409, die pleit voor 'rules of recognition' voor de rechter onder verwijzing naar eerdere publicaties van zijn hand.

⁸¹⁵ Giesen 2007, p. 75 en 76.

Volgens Vranken worstelt alternatieve regulering primair met de volgende problemen: de legitimiteit, de representativiteit en de inspraak van alle betrokkenen (bevoegdheid en procedure), het toezicht op het resultaat en het juridisch gehalte van de norm.⁸¹⁶ Giesen merkt op dat wanneer we gaan zoeken naar randvoorwaarden, de eisen aan alternatieve regelgeving deels gelijk zullen lopen met de eisen die we stellen aan wetgeving:

‘Zorgvuldigheid, kenbaarheid, eenduidigheid, transparantie (openbaarheid) en waarborgen om alle belangen recht te doen, is wat geëist wordt;[...]; de motivering moet voldoende stevig zijn[...]; en de geschillenregelingen dienen aan de eisen van een behoorlijk proces te voldoen.[...]’⁸¹⁷

Mentink merkt terecht op dat indien wij alleen zouden accepteren dat nadelen van alternatieve regulering kunnen worden ondervangen met de waarborgen uit het bestaande paradigma, we paradoxaal bezig zouden zijn.⁸¹⁸ Alternatieve waarborgen zouden deze nadelen wellicht ook kunnen ondervangen, zo wordt ook in de internationale, meer publiekrechtelijke literatuur opgemerkt.⁸¹⁹ Privaatrechtelijke auteurs sluiten aldus aan bij de meer publiekrechtelijke auteurs, waarbij de nadruk bij het zoeken naar waarborgen met name ligt in procedurele c.q. institutionele waarborgen.⁸²⁰

Hoewel de privaatrechtelijke opvattingen over alternatieve regulering uiteenlopen, vindt het merendeel van de auteurs elkaar op het punt dat naarmate de waarborgen ten aanzien van de totstandkoming van en controle op alternatieve regelgeving steviger zijn, de waarde van de norm – ook in het privaatrecht – aan kracht wint.⁸²¹ In de literatuur wordt dan van alternatieve

⁸¹⁶ Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/ 89. Eerder merkte Vranken over medische protocollen op (nr. 84): ‘De mate waarin zij verbindend zijn, kan variëren, en hangt onder meer af van hoe en tussen wie ze overeengekomen zijn, waarop ze betrekking hebben (levensbedreigende kwesties of niet), hoe ze zich verhouden tot de ‘state of the art’, en of de belangen van alle betrokkenen voldoende zijn gewaarborgd’. Het juridisch gehalte van de norm en de ‘state of the art’ zien op de inhoud van de norm. Deze gezichtspunten komen terug in de hoofdstukken 5, 6 en 7.

⁸¹⁷ Giesen 2007, p. 141 en 142. Vgl. de criteria als genoemd in Kristic e.a. 2009, p. 209 en 210.

⁸¹⁸ Menting 2013, p. 124 en Menting & Vranken 2014, p. 11 onder verwijzing naar Scott 2008, p. 263. In haar proefschrift betoogt zij dat de nadere inbedding van gebruik van gedragscodes in het privaatrecht via feitenrechtspraak en Hoge Raad dient plaats te vinden, Menting 2016, p. 280.

⁸¹⁹ Scheltema 2013b, p. 191, die erop wijst dat de waarborgen uit het publiekrecht wel nuttige inspiratiebronnen vormen. Zie vanuit publiekrechtelijk, internationaal perspectief ook Svilpaite 2007. Zie ten aanzien van normalisatie in het bijzonder Schepel 2005, p. 246 en 247 onder verwijzing naar o.a. Bleckmann en Falke 1997, p. 224 die verdere juridisering van normalisatie bepleiten. Schepel zelf staat echter alternatieve waarborgen voor, p. 256-258 en 413. Over alternatieve waarborgen ook Joerges e.a. 1999, p. 45.

⁸²⁰ Giesen 2007, p. 141 en 142 en aldaar genoemde auteurs. Zie later ook Kristic e.a. 2009, p. 199 e.v. die zich ook laten inspireren door de klassieke rechtstatelijke beginselen.

⁸²¹ Zie voor normalisatie een vergelijkbaar argument bij Schepel 2005, p. 256-258 en Cafaggi 2009b, p. 25 en 26; ‘The process through which rules are produced should at least contribute to their evidentiary weight in litigation.’ Cafaggi 2009b, p. 26: ‘Privately produced rules, concerning product safety, only unilaterally enacted (industry driven) should be given different, and lower, evidentiary weight than rules negotiated among different constituencies. This is especially true if the latter were agreed upon according to procedural rules directed at ensuring accountability and effectiveness and based on legitimacy associated not with a bureaucratic selection of the most representative private organisations, but to ex post judicial review.’ Zie meer algemeen Van Gerven

legitimatie gesproken.⁸²² De legitimatie is bij geharmoniseerde normen extra relevant nu marktdeelnemers het gebruik van geharmoniseerde normen als feitelijk de enige mogelijkheid beschouwen om deel te nemen aan de Europese interne markt. Dat zij ‘*de facto* als verplichtend worden ervaren’⁸²³ komt niet alleen door het rechtsgevolg dat de Europese wetgever aan het volgen van de geharmoniseerde norm verbindt – namelijk het bewijsvermoeden – maar ook doordat het feitelijk leveren van bewijs van conformiteit op alternatieve wijze te kostbaar en te gecompliceerd zou zijn.⁸²⁴

4.3 DE LEGITIMATIE VAN GEHARMONISEERDE NORMEN

99 Algemeen

In het licht van paragraaf 4.2 laat zich betogen dat het toekennen van betekenis aan geharmoniseerde normen via privaatrechtelijke normstelling vraagt om een nadere rechtvaardiging. Daarvoor moeten de worden gekeken naar de waarborgen die in het totstandkomingsproces en na de totstandkoming zijn ingebouwd om de nadelen te ondervangen die aan geharmoniseerde normen zijn verbonden. Of zulke waarborgen aanwezig zijn en voldoen, zal hierna worden onderzocht. Hiertoe zullen eerst de belangrijkste voor- en nadelen die in het bijzonder gelden voor het gebruik van geharmoniseerde normen binnen het productveiligheidsrecht worden geïnventariseerd, alsmede de door auteurs voorgestelde oplossingen die deze nadelen kunnen ondervangen (§ 4.3.1). Omdat veel van de voor- en nadelen mede gelden voor het gebruik van andere normalisatienormen, bijvoorbeeld voor normen waarnaar in nationale wetten wordt verwezen, zal in die paragraaf worden gesproken van normalisatienormen, tenzij in het bijzonder geharmoniseerde normen worden bedoeld. Vervolgens zullen het totstandkomingsproces van geharmoniseerde normen (§ 4.3.2) en de externe controlemechanismen (§ 4.3.3) in kaart worden gebracht.

& Lierman 2010, p. 298-299. Zie voor Engels recht, Lee 2011, p. 575 e.v. die focust op ‘*purpose, tools and participation*’ als aandachtspunten voor het beoordelen van de normatieve kracht van ‘*standards*’ in *tort*. Volgens haar zijn meerdere omstandigheden ten aanzien van het totstandkomingsproces relevant (process model). Zij pleit echter niet voor een stricte hiërarchie tussen normen. Cafaggi: ‘*Negotiated standardization, in compliance with clear procedural rules concerning openness, transparency and accountability, and independent standardisation could give rise to a rebuttable presumption of safety when here is compliance with the technical standard. Negotiated standardization without procedural guarantees should be treated as unilateral standardization and produce only evidentiary effects.*’, Cafaggi 2009a, p. 221 en 229, alsmede Cafaggi 2011a, p. 110 e.v., paragraaf 6 en eerder in deze zin al Stuurman 1995, p. 259. Ook van Leeuwen lijkt van de aanname uit te gaan dat vanwege de aanwezigheid van een wettelijk kader aan normalisatienormen een groter gewicht toe komt in private verhoudingen, dan wanneer zo’n wettelijk kader ontbreekt; Van Leeuwen 2015, p. 170 onder verwijzing naar Cafaggi voornoemd.

⁸²² Akkermans 2011 noemt in paragraaf 8 eveneens Giesen en Vranken, die reeds voorzetten hebben gedaan.

⁸²³ Van Gestel 2012a, p. 254. Zie ook SEC(2011) 671 final - Impact Assessment. Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Standardisation and amending Council Directives 89/686/EEC and 93/15/EEC and Directives 94/9/EC, 94/25/EC, 95/16/EC, 97/23/EC, 98/34/EC, 2004/22/EC, 2007/23/EC, 2009/105/EC and 2009/23/EC, p. 67.

⁸²⁴ O.a. Hofmann e.a. 2011d, p. 593; Hofmann e.a. 2011a, p. 248.

4.3.1 Reeds geïdentificeerde voor- en nadelen van het gebruik van geharmoniseerde normen

100 Voordelen

Een van de belangrijkste redenen voor gebruik van normalisatie door overheden, zo ook door de Europese, is het besparen van transactiekosten voor overheden.⁸²⁵ Normalisatie-instituten hebben hun eigen verdienmodel en worden grotendeels gefinancierd uit de verkoop van hun eigen normalisatienormen. Normalisatie is daardoor aanzienlijk goedkoper dan overheidsregelgeving. Gezien de kosten, de snelle maatschappelijke vooruitgang en de omvang van normalisatie zou het overgaan op publieke regelgeving op deze gebieden volgens Schepel simpelweg niet meer mogelijk zijn. Hoewel de oude aanpak heeft gefaald (nr. 2), wordt hij voor cosmetica en speelgoed nog gebruikt (nr. 39). Hoewel bewijs van deze stelling ontbreekt, is aannemelijk dat overheden thans in grote mate van normalisatie afhankelijk zijn.⁸²⁶ De overheid zou de kennis voor het opstellen van wetgeving ter eventuele vervanging van normalisatienormen niet in huis hebben.⁸²⁷ De snelheid van totstandkoming en flexibiliteit indien een normalisatienorm moet worden aangepast, wordt vaak als voordeel genoemd ten opzichte van traditionele wetgeving.⁸²⁸ Bij de totstandkoming wordt bovendien geprofiteerd van een hoge mate van deskundigheid. Daarmee zouden normalisatienormen dichter de *state of the art* benaderen dan traditionele wetgeving.⁸²⁹ Verder zou normalisatie ook leiden tot besparing van transactiekosten voor het bedrijfsleven nu de handel in zijn algemeenheid wordt vergemakkelijkt.⁸³⁰ Producten zouden hierdoor goedkoper worden voor consumenten.⁸³¹ Door middel van het gebruik van normalisatienormen worden kennisachterstanden overbrugd. Niet alleen de wetgever, maar ook marktdeelnemers hoeven niet meer over ieder detail van een product te spreken. Zij kunnen volstaan met het verwijzen naar de toepasselijke normalisatienorm. Normalisatienormen bieden een hoge mate van gedetailleerdheid en daarmee concrete sturing voor marktdeelnemers. Een normalisatienorm zou ook de rechter een grote mate van sturing geven, omdat hij er open normen mee kan invullen. Doordat de markt de normalisatienorm heeft opgesteld, zou er in potentie een grotere bereidheid tot naleving zijn.⁸³²

⁸²⁵ Falke 1997, p. 216.

⁸²⁶ Schepel 2005, p. 403, 406-407.

⁸²⁷ Falke 1997, p. 216.

⁸²⁸ Lateur 1997, p. 78; Falke 1997, p. 216; Previdi 1997, p. 234; Mataija 2016, p. 5 en 12.

⁸²⁹ Falke 1997, p. 216; Joerges e.a. 1999, p. 28; Mataija 2016, p. 4 en 12. Vgl. *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/91.

⁸³⁰ Falke 1997, p. 216; Mataija 2016, p. 5; Mattli & Bütthe 2011, p. 68.

⁸³¹ Mattli & Bütthe 2011, p. 69 onder verwijzing naar een OECD-studie die niet met naam en toenaam wordt genoemd.

⁸³² Falke 1997, p. 216 en Mataija 2016, p. 5 onder verwijzing naar Schepel 2005, en p.12. Meer in het algemeen over zelfregulering, Van den Bergh 2008, paragraaf 1.1.3.

101 Nadelen

Het meest in het oog springende nadeel van het gebruik van geharmoniseerde normen is dat de traditionele legitimatie van de normen ontbreekt.⁸³³

Daarnaast is de macht van de grote ondernemingen een punt van zorg.⁸³⁴

Normen zouden ook kleinere spelers kunnen binden en, al dan niet bewust,⁸³⁵ mededingingsbeperkend kunnen werken.⁸³⁶ In het meest gevreesde geval kan alleen aan een geharmoniseerde norm worden voldaan door gebruik van gepatenteerde technologie. De octrooihouder bepaalt dan wie de technologie mag gebruiken en zo via de norm dus de markt.⁸³⁷ Maar ook het feitelijke *lock in*-effect – denk aan de QWERTY-standaard voor toetsenborden, VHS, MP3 en HDTV – kan maken dat een normalisatienorm na introductie lastig kan worden losgelaten.⁸³⁸ Een normalisatienorm kan zo voor nieuwe aanbieders een belemmering vormen om de markt te betreden.⁸³⁹ Dit risico zou mede worden vergroot door onvoldoende representatie van het MKB en andere belanghebbenden, zoals consumenten, in het normalisatieproces.⁸⁴⁰ De ondervertegenwoordiging van deze partijen komt door gebrek aan expertise en coördinatie, maar ook doordat stakeholders moeten betalen voor deelname aan het totstandkomingsproces van normalisatienormen.⁸⁴¹

Daarnaast zouden binnen het proces andere belangrijke publieke belangen (zoals het milieu) onvoldoende worden behartigd en gewaarborgd.⁸⁴² Als algemeen nadeel van alternatieve regulering wordt het risico op daling van het niveau van regulering genoemd: betrokkenen zouden belang hebben bij soepelere of lagere normen.⁸⁴³ Hierdoor heerst ook twijfel of normalisatienormen wel het optimale veiligheidsniveau vastleggen.⁸⁴⁴ Tegelijkertijd kan marktafscherming plaatsvinden door juist bijzondere

⁸³³ Ogus 1995, p. 98 en 99, Joerges e.a. 1999, p. 11, Van Leeuwen 2015, p. 78 onder verwijzing naar Werle & Iversen 2006, p. 21-23.

⁸³⁴ Lateur 1997, p. 84; Spindler 1998, p. 327; Schepel 2005, p. 356; Hofmann e.a. 2011d, p. 602. Vgl. Giesen 2007, p. 35 en 76.

⁸³⁵ Zie voor historische voorbeelden en strategieën t.a.v. normalisatienormen, Austin & Milner 2001, p. 418 e.v. Meer in het algemeen, Giesen 2007, p. 76.

⁸³⁶ Over geharmoniseerde normen in het bijzonder, Van Gestel & Micklitz 2013, p. 152. Over zelfregulering algemeen, Van Gerven & Lierman 2010, p. 124. Zie uitgebreid over normalisatienormen en mededingingsrecht, Lundqvist 2014, p. 1 e.v. en Mataija 2016, p. 237. Zie voor concrete voorbeelden: Access to Standardisation. Study for the European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General, p. 44.

⁸³⁷ Sattler 2011, p. 344; Lundqvist 2014, p. 230 e.v.; Mataija 2016, p. 235 e.v.

⁸³⁸ Spindler 1998, p. 315. Zie voor verdere voorbeelden: Austin & Milner 2001, 411-427; Mattli & Büthe 2010, p. 455.

⁸³⁹ Ogus 1995, p. 99.

⁸⁴⁰ McGee & Weatherill 1990, p. 585 en 595, zoals ook aangehaald door Craig & De Búrca 2015, p. 627; Stuurman 1995, p. 90-91; Falke 1997, p. 208-210; Joerges e.a. 1999, p. 11; Neerhof 2013b, p. 147. Zie ook Van Leeuwen 2015, p. 78-79, maar dan met name ten aanzien van *services standards*.

⁸⁴¹ COM(2008) 905 fin - REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND TO THE COUNCIL on the implementation of Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety, p. 10.

⁸⁴² Falke 1997, p. 205-207 en Winn & Jondet 2008, p. 464 onder verwijzing naar McGee & Weatherill 1990, p. 582.

⁸⁴³ Giesen 2007, p. 36 onder verwijzing naar Eijlander & Voermans 1999, p. 75.

⁸⁴⁴ Joerges e.a. 1999, p. 11; Lierman 2004, p. 397.

specificaties in normalisatienormen op te nemen die niet per se soepeler hoeven te zijn, maar juist extra belastend kunnen zijn voor kleine marktpartijen, waardoor zij uit de markt kunnen worden gedrukt.⁸⁴⁵

Verder wordt het feit dat de normalisatienormen zelf en het totstandkomingsproces niet-openbaar zijn als probleem ervaren. Indien aan geharmoniseerde normen rechtsgevolgen worden verbonden, dan dient iedereen daar ook toegang toe te hebben, menen velen.⁸⁴⁶ Dit bezwaar van ontoegankelijkheid hangt samen met de opvatting dat geharmoniseerde normen *de jure* weliswaar vrijwillig, maar *de facto* bindend zijn (zie voor een uitzondering op het beginsel van vrijwilligheid nr. 110).⁸⁴⁷ Deze binding wordt sterker naar mate een normalisatienorm niet alleen de eigenschappen van één product regelt, maar ook diens compatibiliteit met andere producten. Tegelijkertijd heeft het volgen van de geharmoniseerde norm *de jure* gevolgen, omdat de gebruiker van de geharmoniseerde norm dan het vermoeden van conformiteit geniet.⁸⁴⁸ Van Gestel wijst op de hoge aanschafkosten van de normen en de nationale verschillen in prijzen.⁸⁴⁹ In de praktijk blijken niet de aanschafkosten maar met name de implementatie en compliance kosten voor ondernemingen zwaar te drukken.⁸⁵⁰

De technische complexiteit van normalisatienormen maakt verder dat de inhoud en gevolgen van de daarin vastgelegde, soms zelfs normatieve keuzes door partijen met onvoldoende technische kennis niet op waarde kan worden geschat.

Een punt dat onderbelicht is gebleven in de juridische literatuur, maar wel relevant is, is dat ook de complexiteit van het juridisch kader aan toegankelijkheid in de weg staat. Er bestaan nationale normalisatienormen,

⁸⁴⁵ Door bijvoorbeeld in normalisatienormen specificaties of testmethoden op te nemen, waarvoor speciale kennis of technologie nodig is die kleinere partijen niet in huis hebben, kunnen zij uit de markt worden gewerkt.

⁸⁴⁶ Van Gestel & Micklitz 2013; Smits 2015, p. 29. Zie ook Van Leeuwen 2015, p. 79-81, t.a.v. *services standards*. Het Europees parlement heeft eveneens gepleit voor integrale publicatie van normen onder de RAPV, welk voorstel niet is overgenomen; REPORT on the proposal for a European Parliament and Council directive on general product safety (COM (2000) 139 – C5-0224/2000 – 2000/0073(COD)), 20 October 2000, A5-0309/2000, p. 10. GEMEENSCHAPPELIJK STANDPUNT (EG) Nr. 11/2001 door de Raad vastgesteld op 12 februari 2001 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2001/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van ... inzake algemene productveiligheid (*PbEG* 2001, C 93/24), art. 3 lid 2.

⁸⁴⁷ Daelemans 1997, p. 259; Schepel 2005, p. 226; Van Gestel & Micklitz 2013, p. 165. Zie ook Hoenkamp 2015, p. 9 onder verwijzing naar Schepel 2013a, p. 528 en Winn & Jondet 2008, p. 646. Hoenkamp merkt op p. 108 met betrekking tot technologiestandaarden op, dat ook de Commissie dit met zoveel woorden zou hebben erkend: *'once a standard has been adopted and widely implemented by the industry and in the absence of competing standards, firms that use these technologies may be severely limited in their ability to use another technology. The very purpose of choosing a standard is that the industry agrees on a specific technological solution rather than alternative technologies.'* Citaat uit Commission Decision of 4 December 2013, C(2013)8873, § 188. Op nationaal niveau blijkt dat uit het volgende onderzoek; Actal, *Advies van 28 oktober 2015, Regeldruk door wettelijk verwezen normen, JtH/RvZ/HS/2015/117*: 2015. Van Leeuwen 2015, p. 78, onder verwijzing naar Werle & Iversen 2006, p. 23. Schepel 2013b, p. 192.

⁸⁴⁸ Daelemans 1997, p. 260.

⁸⁴⁹ Van Gestel 2012a, p. 249.

⁸⁵⁰ European Parliament resolution of 21 October 2010 on the future of European standardisation (2010/2051(INI)), onder 49.

Europese EN-normen en geharmoniseerde normen (tevens EN-normen). Alleen de laatste dienen ter invulling van Europeesrechtelijke vereisten en komen via een specifiek gereguleerd proces tot stand. Het onderscheid tussen deze normen is niet altijd duidelijk. Omdat tot voorkort het productveiligheidsrecht alleen in richtlijnen was vervat, die moesten worden geïmplementeerd, konden nationale regelingen zowel naar geharmoniseerde normen als naar nationale normalisatienormen verwijzen. Daarnaast zou onvoldoende controle bestaan op de overeenstemming van de geharmoniseerde norm met de wettelijke essentiële eis. Doordat verder met essentiële eisen, zijnde vage open normen, wordt gewerkt, is onduidelijk welk exact veiligheidsniveau met een geharmoniseerde norm moet worden gehaald.⁸⁵¹ Doordat de essentiële eis als het ware de buitengrenzen van de opdracht aan normalisatie-instituten vormt, zou de normalisatie-instituten een te grote beoordelingsruimte worden gegeven.⁸⁵²

Tot slot wordt nog wel het gebrek aan *accountability* als probleem genoemd; partijen die betrokken zijn bij zelfregulering hoeven geen politieke verantwoording af te leggen.⁸⁵³ Ook is het onduidelijk in hoeverre zij op andere wijze verantwoordelijk of aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het eindproduct.⁸⁵⁴ Bovendien zou een gebrek aan publieke controle op deze private partijen bestaan.⁸⁵⁵

102 Gesuggereerde oplossingen

Meerdere auteurs hebben gepleit voor de gratis publicatie van normen en van het totstandkomingsproces uit openbare middelen.⁸⁵⁶ De politiek en normalisatie-instituten menen daarentegen dat het kosteloos ter beschikking stellen van normen geen optie is, gezien de businessmodellen van normalisatie-instituten.⁸⁵⁷ Volgens Neerhof gaat het om de achterliggende vraag wie de kosten van normalisatie moeten dragen: de belastingbetaler, omdat met normalisatie ook publieke belangen zijn gediend, of gebruikers van de normen, omdat zij met name economische voordelen behalen met het

⁸⁵¹ Egan & Zito 1997, p. 287.

⁸⁵² Joerges e.a. 1999, p. 11, die spreekt van *'the discretion left to private bodies by excessively vague legislative requirements.'* Hofmann e.a. 2011a, p. 248: *'European standards are not merely technical translations of political mandates, but entail a good deal of political judgement.'* De term 'discretionair' in relatie tot bevoegdheid is niet gepast, omdat een overheidsorgaan (of andere private entiteit als daaraan zou mogen worden gedelegeerd) nooit een ongelimiteerde beslissingsruimte heeft, vgl. Schlössels & Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat band 1 (HSB) 2017/120-122.*

⁸⁵³ Giesen 2007, p. 35 onder verwijzing naar Ogus 1995, p. 98 en 99.

⁸⁵⁴ Schepel 2005, p. 400. Zie voor nuancering Black 1996, p. 42, die zich afvraagt of het privaatrecht dat tot doel heeft economisch te ordenen, tevens geschikt is als middel om private entiteiten met regelgevende macht te controleren.

⁸⁵⁵ Joerges e.a. 1999, p. 11.

⁸⁵⁶ Elferink 1998, p. 274-275; Van Gestel 2012a, p. 225.

⁸⁵⁷ De Vries e.a., *SME access to European standardization. Enabling small and medium-sized enterprises to achieve greater benefit from standards and from involvement in standardization, August 2009*, Rotterdam Rotterdam School of Management, Erasmus University 2009, p. 6. Neerhof 2013b, p. 155 onder verwijzing naar Van Ommeren 2012, p. 220-221; Van Gestel 2012a, p. 253-254; Van Gestel & Micklitz 2013, p. 176; Van Leeuwen 2015, p. 79 onder verwijzing naar Werle 2001, p. 392.

gebruik van normalisatienormen.⁸⁵⁸ In zijn ogen is een bijdrage van gebruikers daarom tot op zekere hoogte te rechtvaardigen, maar is ook (gedeeltelijke) financiering door de overheid op zijn plaats.⁸⁵⁹ Deze aanpak lijkt door de Nederlandse regering te worden gevolgd voor normalisatienormen waar dwingend naar wordt verwezen, door deze kosteloos beschikbaar te (laten) stellen door het NEN en daar uit publieke gelden regelingen voor te treffen.⁸⁶⁰ Deze regeling geldt nog niet voor geharmoniseerde normen en onduidelijk is of zo'n regeling op EU-niveau haalbaar is (nr. 125). Van Gestel wijst erop dat ETSI de normen gratis aanbiedt en vraagt zich af waarom andere normalisatie-instituten dat niet doen.⁸⁶¹

Falke formuleerde in 1997 een aantal voorwaarden waaronder de Commissie de invulling van essentiële eisen zou kunnen overlaten aan normalisatie:

- ‘ It [lees: de Europese wetgever, toevoeging GV] must itself determine to a high level and as precisely as possible the essential requirements which products or technical plants must satisfy for the protection of safety and health, the environment, and other non-economic interests.*
- The technical specifications must satisfy the essential requirements, must have no legally binding character whatsoever and must be regularly be reviewed.*
- The relevant expertise must be fully represented in the standardization committees.*
- The interested parties, in particular the public offices, industry, users, consumers, trade unions, environmental protection associations, as well as a representative of the European Commission, must be able to participate in the making of the technical specifications. The public is to be given the opportunity to express its opinion on the drafts.*
- The draft standards and the outcome of the standardisation work must be easily accessible to all those parties who are interested.’⁸⁶²*

Hij pleitte voor een secundair instrument voor normalisatie, die er inmiddels is gekomen.⁸⁶³ De impact van deze Normalisatieverordening zal hierna verder worden besproken.

Naar aanleiding van het arrest *Knooble/Staat* merkte Van Gestel op dat op de nationale wetgever de plicht zou moeten rusten om de inhoud en het totstandkomingsproces van die normen te controleren, opdat de NEN-normen tot stand komen in een proces waarbij alle relevante partijen daadwerkelijk worden betrokken en normstelling niet wordt gebruikt om marktmacht te misbruiken of concurrenten buiten de deur te houden.⁸⁶⁴ Schroeder wees er

⁸⁵⁸ Neerhof 2013b, p. 155-156.

⁸⁵⁹ In zijn preadvies gaat hij nader op deze problematiek, Neerhof 2016, p. 240-243.

⁸⁶⁰ *Kamerstukken II* 2010/11 27406, nr. 193 (Kabinetsreactie kenbaarheid NEN-Normen en normalisatie).

⁸⁶¹ Van Gestel 2012a, p. 255.

⁸⁶² Falke 1997, p. 219, zoals ook aangehaald door Schepel 2005, p. 248.

⁸⁶³ Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

⁸⁶⁴ Van Gestel 2012a, onder verwijzing naar G. Evers, ‘Een normalisatienorm is geen algemeen verbindend voorschrift’, *NJB* 1999, p. 1814 met naschrift van Elferink, die verdedigd heeft dat, hoewel NEN-normen door verwijzing geen AVV's worden, de wetgever wel verantwoordelijk wordt voor de opname van de inhoud van de normen in wettelijke voorschriften.

eerder op dat de structuur van maatschappelijke groeperingen hierin een waarborgfunctie kan vervullen alsmede rechterlijke controle. Hij relativeerde de grote macht van de industrie door erop te wijzen dat overheidsregulering evenmin vrij is van lobby.⁸⁶⁵

Giesen noemde reeds als mogelijke waarborgen voor verbetering van de positie van alternatieve regulering, de mogelijkheid om besluiten van de beroepsgroep terug te kunnen draaien⁸⁶⁶ en de mogelijkheid om *accountability* te vergroten door middel van het betrekken van buitenstaanders in het totstandkomingsproces, geschillenbeslechtsmechanismen en eventuele externe controle.⁸⁶⁷

Hoenkamp wijst op de discussie over *open standards*, normalisatienormen waarbij het totstandkomingsproces open is voor alle mogelijke betrokkenen en belanghebbenden.⁸⁶⁸ Nadeel van een volledig open systeem is uiteraard het risico dat het totstandkomingsproces zal worden vertraagd.⁸⁶⁹

Schepel gebruikte het Amerikaanse voorbeeld van de aansprakelijkheid van normalisatie-instituten door het aannemen en uitwerken van een zorgplicht als controlemechanisme.⁸⁷⁰ Verdere juridisering van het totstandkomingsproces achtte hij niet per se een goede ontwikkeling (zie nader nr. 119).⁸⁷¹

Ten aanzien van het gebruik van normalisatie door de nationale wetgever noemt Neerhof verder de waarborgen die normalisatie-instituten zelf dienen te treffen, zoals openbaarheid van de interne organisatie (procedures en werkwijzen, statuten en reglementen), een klachtenregeling en het leren van klachten.⁸⁷² Hoewel er bij het NEN een klachtenregeling bestaat, zijn de beslissingen ten aanzien van klachten en de jaarlijkse rapportages hierover aan het bestuur niet openbaar. In paragrafen 4.3.2 en 4.3.3 zal worden bekeken of voor geharmoniseerde normen zulke waarborgen inmiddels aanwezig zijn.

4.3.2 Proces van totstandkoming geharmoniseerde normen⁸⁷³

103 Algemeen

In deze paragraaf zal het totstandkomingsproces van geharmoniseerde normen worden besproken. Dit totstandkomingsproces maakt dat wellicht toch van regelgevende delegatie van bevoegdheden kan worden gesproken

⁸⁶⁵ Schroeder 2003, p. 276-277, als aangehaald door Giesen 2007, p. 76. Zie tevens Ogus 1995, p. 100.

⁸⁶⁶ Giesen 2007, p. 76.

⁸⁶⁷ Giesen 2007, p. 123.

⁸⁶⁸ Hoenkamp 2015, p. 148.

⁸⁶⁹ Vgl. Schepel 2005, p. 256.

⁸⁷⁰ Schepel 2005, p. 400.

⁸⁷¹ Schepel 2005, p. 256. Zie eerder ook al Joerges e.a. 1999, p. 44.

⁸⁷² Neerhof 2016, p. 247 en 287.

⁸⁷³ De Normalisatieverordening, het Vademecum Normalisatie alsmede de huishoudelijke reglementen van de Europese normalisatie-instituten zijn de belangrijkste informatiebronnen over het totstandkomingsproces. De belangrijkste auteurs die het proces van totstandkoming van geharmoniseerde normen hebben beschreven zijn, Schepel & Falke 2000, p. 1 e.v., Schepel 2005, p. 1 e.v., Hofmann e.a. 2011d, p. 587 en Lundqvist 2014, p. 1 e.v. Voorts gaat het proefschrift van Hoenkamp 2015, p. 1 e.v. in op normalisatie in het kader van EU-smart gridwetgeving en het proefschrift van Van Leeuwen 2015, p. 1 e.v. op *services-standards*. Deze bronnen zijn als basis gebruikt voor deze paragraaf.

(nr. 119). Voorts kan het maken dat bij de vaststelling van het ongeschreven recht meer gewicht aan deze normen toekomt nu de totstandkoming met betere waarborgen is omkleed dan nationale normalisatie of andere alternatieve regulering (alternatieve legitimatie).

104 Het kader van de essentiële eisen

Een belangrijk uitgangspunt van de Nieuwe Aanpak is dat de geharmoniseerde normen worden gebruikt ter invulling van de essentiële eisen uit Europese secundaire productwetgeving (nr. 2 en 40). Net als essentiële eisen wijzen geharmoniseerde normen geen specifieke normadressaat aan: deze normen zijn niet per definitie gericht op een specifieke persoon maar zien op de eigenschappen van het product. Essentiële eisen komen via het traditionele Europese wetgevingsproces tot stand. De essentiële eisen moeten aldus worden geformuleerd dat zij zonder ontwikkeling of toepassing van een geharmoniseerde norm zelfstandig kunnen worden toegepast.⁸⁷⁴ In zoverre zijn het complete of volledige normen. Schepel benadrukte al dat dit niet moet worden overschat nu de essentiële eisen veelal open zijn geformuleerd.⁸⁷⁵ In de praktijk dient te worden beoordeeld of de essentiële eis op zichzelf voldoende bepaald is als zelfstandige grondslag voor handhaving.⁸⁷⁶ Essentiële eisen zijn in zoverre *performance*-standaarden omdat ze einddoelen specificeren: de geharmoniseerde normen vormen de middelen of technische methodes waarmee deze doelen kunnen worden bereikt. De essentiële eisen vormen voorts de buitengrenzen van de bevoegdheid van de Commissie die zij in acht moet nemen bij de beslissing tot publicatie van de verwijzing naar de geharmoniseerde norm (nr. 119).

Nu de doelen van productveiligheidswetgeving divers kunnen zijn (§ 3.4) en geharmoniseerde normen ook buiten het veiligheidsrecht worden gebruikt (ten aanzien van diensten, milieuwetgeving etc.), kunnen geharmoniseerde normen ook diverse doelen vervullen.⁸⁷⁷ Essentiële eisen vormen maximumharmonisatie (nr. 42). Dit betekent dat een geharmoniseerde norm, die dient ter invulling van een essentiële eis, dit minimum en maximumbeschermingsniveau in beginsel dient te respecteren.⁸⁷⁸

105 Totstandkoming mandaat (*standardisation request*)

Nadat de wetgeving is vastgesteld,⁸⁷⁹ wordt door de Europese Commissie een verzoek gedaan aan de Europese normalisatie-instellingen tot het opstellen

⁸⁷⁴ Resolutie van de Raad van 7 mei 1985 betreffende een nieuwe aanpak op het gebied van de technische harmonisatie en normalisatie (*PbEU* 1985, C 136/01), Annex II, punt B onder III als aangehaald door Falke 1997, p. en Schepel & Falke 2000, p. 201.

⁸⁷⁵ Schepel 2005, p. 233.

⁸⁷⁶ Vgl. HR 2 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7899, *NJ* 1993/476, over een nationaal warenwetvoorschrift over pesticiden in sla dat weliswaar een gesloten norm bevatte doch open liet voor welke typen sla deze norm gold, hetgeen desalniettemin voldoende bepaald werd geacht.

⁸⁷⁷ Art. 1 lid 4 sub a t/m d Normalisatieverordening.

⁸⁷⁸ Cafaggi 2011a, p. 102.

⁸⁷⁹ Zie ook Hoenkamp hoofdstuk 2 voor een case study over *smart grids* waaruit blijkt dat het uitrollen van normalisatie voordat het *legal framework* staat, problemen kan veroorzaken.

van een geharmoniseerde norm ter invulling van de essentiële eisen (mandaat).⁸⁸⁰ De totstandkoming van een mandaat, ook wel *request for standardisation* genoemd, is een gelaagd proces dat deels is gereguleerd door de Normalisatieverordening en deels is weergegeven in Guidance Documenten van de Commissie (het zogeheten Vademecum Standardisatie).⁸⁸¹

Het conceptmandaat komt tot stand op basis van consultatie van een groot aantal stakeholders, zoals sociale partners, consumenten en vertegenwoordigers van het MKB en de industrie.⁸⁸² De deelname van belanghebbenden aan normalisatie op Europees niveau is veelal beperkt tot zogeheten '*partner organisations*'.⁸⁸³ Een van de belangrijkste partner organisations is ANEC, die consumenten vertegenwoordigt in normalisatie.⁸⁸⁴ Equivalent voor het MKB is SBS.⁸⁸⁵ Sociale partners zijn verenigd in ETUC⁸⁸⁶ en milieubelangen worden behartigd door ECOS.⁸⁸⁷ Daarnaast worden deskundigen van de lidstaten geconsulteerd. Deze zijn veelal mede georganiseerd in *administrative cooperation groups* (ADCO's), deskundigencomités van de Commissie met afgevaardigden van lidstaten, veelal van de nationale toezichthouders, die de Commissie voor allerlei beleids- of uitvoeringsmaatregelen consulteert.⁸⁸⁸ Formeel wordt voor het

⁸⁸⁰ De Europese Commissie gaf aan: '*Through a mandate, the public authorities ask the European standardisation bodies to draw up technical specifications of a normative nature that meet 'their' requirements. In practice, these standards must enable manufacturers to design and manufacture products that comply with the legal instruments. On the one hand, it is up to the public authorities to lay down strict requirements in order to safeguard the public interest. On the other, it is up to those responsible for preparing the standards to draw up suitable standards that meet these requirements and take account of 'the state of the art', in;* Vademecum on European Standardisation. Part II European standardisation in support of European Policies. Chapter 4.1. Role and preparation of mandates. 15 October 2009. Draft. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/vademecum/index_en.htm (link no longer valid), p. 4

⁸⁸¹ http://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/vademecum/index_en.htm. Het Vademecum bestond tot voorkort grotendeels uit *draft* documenten die nog definitief waren gemaakt: Vademecum on European Standardisation. Part II European standardisation in support of European Policies. Chapter 4.1. Role and preparation of mandates. 15 October 2009. Draft. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/vademecum/index_en.htm (link no longer valid). In oktober 2015 is dit alsnog gebeurd. Deel II ziet op de totstandkoming van het mandaat: SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART II - Preparation and adoption of the Commission's standardisation requests to the European standardisation organisations.

⁸⁸² Zie ook de preambule onder 28 en art. 5 en 6 van Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART II - Preparation and adoption of the Commission's standardisation requests to the European standardisation organisations, p. 5-7.

⁸⁸³ Guide 25 - The concept of Partnership with European Organizations and other stakeholders Edition 2, July 2017 (Updated version, September 2019). Dit zijn veelal dezelfde organisaties als die worden genoemd in Annex III, Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

⁸⁸⁴ <http://www.anec.eu/anec.asp>. De taken van ANEC zijn breder dan alleen normalisatie: Falke 1997, p. 209; Mattli 2001, p. 331.

⁸⁸⁵ Small Business Standards. <http://sbs-sme.eu/sme-involvement/policy/representing-smes-standardisation>.

⁸⁸⁶ European Trade Union Confederation. <https://www.etuc.org/issue/standardisation>, en het daaraan gelieerde European Trade Union Institute (ETUI), dat kennis en expertise verzamelt.

⁸⁸⁷ European Environmental Citizens Organisation for Standardisation; <http://ecostandard.org/>.

⁸⁸⁸ Zie voor de taak van deskundigencomités en het register:

<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=faq.faq&aide=2>. SWD(2015) 205 final -

mandaat niet de ADCO geconsulteerd, maar het komt regelmatig voor dat de deskundigen die deelnemen in de ADCO's ook door lidstaten voor consultatie in het kader van een mandaat naar voren worden geschoven⁸⁸⁹ of dat ADCO's via andere belanghebbendenorganisaties over geharmoniseerde normen worden geraadpleegd.⁸⁹⁰ De Commissie zendt een eerste versie van het conceptmandaat aan het desbetreffende Europese normalisatie-instituut, die de tekst voorlegt aan zijn eigen *technical board*, zijnde de afdeling die uiteindelijk ook zal beslissen of het mandaat zal worden geaccepteerd en die de norm zal vaststellen.⁸⁹¹

Na de informele consultatie wordt het conceptmandaat gepubliceerd door de Commissie⁸⁹² en ter formele goedkeuring voorgelegd aan *the Committee on Standards* in de zin van art. 10 lid 2 jo. 22 lid 3 en 23 Verordening (EU) 1025/2012.⁸⁹³ Dit is een comité in de zin van Verordening (EU) nr. 182/2011 waarbinnen de lidstaten zijn vertegenwoordigd, beter bekend als comitologie.⁸⁹⁴ Hierbinnen vindt consultatie van en overleg tussen de lidstaten plaats. Ingevolge de Normalisatieverordening is het comité gehouden samen te werken met de Europese normalisatie-instituten en de Europese organisaties van belanghebbenden die van de EU financiering ontvangen.⁸⁹⁵ Het comité komt in de regel drie keer per jaar samen.⁸⁹⁶ Indien het comité positief over het mandaat adviseert, dan wordt het mandaat naar het desbetreffende Europese normalisatie-instituut gezonden ter acceptatie of

Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART II - Preperation and adoption of the Commission's standardisation requests to the European standardisation organisations, p 12.

⁸⁸⁹ Zo bleek uit gesprekken met diverse ADCO-leden. Zie ook art. 7 Verordening (EU) 1025/2012

(Normalisatieverordening).

⁸⁹⁰ Zie bijvoorbeeld: <https://www.kan.de/en/publications/kanbrief/close-co-operation-in-the-interests-of-greater-product-safety/adco-task-force-co-operation-in-the-interests-of-better-machine-safety-standards/> en <https://www.etui.org/fr/Themes/Sante-et-securite/Normalisation-et-securite-des-machines-en-anglais/Machinery-Legislation>.

⁸⁹¹ <https://www.cen.eu/work/supportLegislation/Mandates/Pages/default.aspx>, <http://www.cenelec.eu/aboutcenelec/whatwestandfor/supportlegislation/europeanmandates.html>

⁸⁹² Ingevolge art. 12 sub b. jo. 10 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). Zie http://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/notification-system/index_en.htm.

⁸⁹³ Art. 10 lid 2 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

⁸⁹⁴ Verordening (EU) Nr. 182/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 tot vaststelling van de algemene voorschriften en beginselen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren (*PbEU* 2011, L 55/13). Zie over de historie en achtergrond van comitologie, Hofmann e.a. 2011a, p. 224 e.v. De verwijzing naar de comitologieprocedure voor het vaststellen van het mandaat is een politieke keuze geweest, op voorstel van ANEC, om meer waarborgen in de procedure in te bouwen, Winn & Jondet 2008, p. 464 onder verwijzing naar ANEC (2006). Position paper on the revision of the New Approach. Brussels: European Association for the Co-ordination of Consumer Representation in Standardization. ANEC-GA-2006-G-036. Hoenkamp wees erop dat door in de Normalisatieverordening naar de comitologieprocedure te verwijzen, de suggestie wordt gewekt dat het vaststellen van het mandaat een *implementing act* van de Commissie is, althans dat de wetgever de bedoeling zou hebben gehad bijzondere status aan het mandaat te verlenen, Hoenkamp 2015, p. 53.

⁸⁹⁵ Art. 23 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

⁸⁹⁶ De auteur is aanwezig geweest bij enkele comité-meetings tijdens een stage bij de EC. Vanwege de informele consultatie is de vaststelling van het mandaat vaak een hamerstuk.

verwerping.⁸⁹⁷ Wordt dit mandaat goedgekeurd, dan wordt het door de Commissie als uitvoeringsbesluit ex art. 291 lid 2 VWEU gepubliceerd.⁸⁹⁸

106 De formele en materiële functie van het mandaat (*standardisation request*)

Sinds jaar en dag bestaat er discussie over de vraag of met het geven van een mandaat, daadwerkelijk regelgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd aan een niet-EU-orgaan (nr. 119).⁸⁹⁹ Het mandaat vervult een belangrijke materiële functie, omdat het de noodzakelijke brug vormt tussen de essentiële eis en de geharmoniseerde norm. In het mandaat staat namelijk aangegeven op welke punten de essentiële eisen nadere uitwerking behoeven.⁹⁰⁰ De Commissie kan in het mandaat de doelen van en vereisten aan de te ontwikkelen norm vergaand sturen.⁹⁰¹ Om een voorbeeld te geven: in een mandaat van de Commissie onder de Laagspanningsrichtlijn wordt duidelijk aangegeven wat de achtergrond van het mandaat is, waar een bestaande norm tekort schiet en met welke andere normen rekening moet worden gehouden.⁹⁰² Tegelijkertijd mag de sturing van de Commissie niet te concreet zijn; de Commissie ontwikkelt immers niet zelf de geharmoniseerde norm.⁹⁰³ Het mandaat bevat nadere instructies aan het Europese normalisatie-instituut over opname in de

⁸⁹⁷ Art. 10 lid 3 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening).

⁸⁹⁸ Zo blijkt uit het nieuwe Vademecum dat door de Commissie in de loop van de procedure in *James Elliott* werd gepubliceerd, SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART I - Role of the Commission's Standardisation requests to the European standardisation organisations, p. 9. Sinds 2009 stond slechts een onvolledige conceptversie van het vademecum op de website, Vademecum on European Standardisation. Part II European standardisation in support of European Policies. Chapter 4.1. Role and preparation of mandates. 15 October 2009. Draft. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/vademecum/index_en.htm (link no longer valid). Daarin stond vermeld op p. 4: *'On the one hand, it is up to the public authorities to lay down strict requirements in order to safeguard the public interest. On the other hand, it is up to those responsible for preparing the standards to draw up suitable standards that meet these requirements and take account of "the state of the art". Therefore, it is not a question of delegating power but of recognising the specific competencies of each operator. It is the mandates which describe and justify, case by case, the tasks that the public authorities assign to the European standardisation bodies. It is on these mandates that the clarity of each party's role, the complementarity between regulations and standards and the quality of European standardisation depend.'*

⁸⁹⁹ Daelemans 1997, p. 257, Previdi 1997, p. 236 met betrekking tot bouwproducten, Joerges e.a. 1999, p. 25-39. Vademecum on European Standardisation. Part II European standardisation in support of European Policies. Chapter 4.1. Role and preparation of mandates. 15 October 2009. Draft. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/vademecum/index_en.htm (link no longer valid), p. 4, Schepel 2005, p. 239. Zie onder meer Colombo & Eliantonio 2017, p. 334.

⁹⁰⁰ Schepel 2005, p. 240: *'The mandate in practice is part contract – fixing target dates, arranging financial modalities and so forth, and part technical elaboration of the essential requirements.'*

⁹⁰¹ SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART II - Preparation and adoption of the Commission's standardisation requests to the European standardisation organisations, p. 15 e.v. R.o. 44 van HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*).

⁹⁰² M/392 EN - Standardisation Mandate under the Low Voltage Directive 73/23/EEC (LVD) addressed to the European Standards Body CENELEC for the revision of relevant safety standards for electrical household appliances with respect to the safety of children, older people and people with disabilities. De mandaten zijn toegankelijk via internet.

⁹⁰³ Zie voor kritiek op de positie van het mandaat onder de RAPV, Schepel 2005, p. 230.

geharmoniseerde norm van elementen die niet onder het mandaat vallen en die aan de Commissie ter goedkeuring moeten worden voorgelegd.⁹⁰⁴

107 De totstandkoming van de geharmoniseerde norm binnen de Europese normalisatie-instituten

Na publicatie van het mandaat gaat het Europese normalisatie-instituut aan de slag met het ontwikkelen van de geharmoniseerde norm. CEN en CENELEC beschikken over gezamenlijke huishoudelijke reglementen die de totstandkomingsprocedure beschrijven.⁹⁰⁵ Eerst wordt door de *technical board (TB)* een concept van de geharmoniseerde norm opgesteld. Dit werkdocument wordt gezonden naar de *technical committee (TC)*. De *TC* bestaat uit vertegenwoordigers van nationale normalisatie-instituten en stakeholders. Deze laatsten moeten (eveneens) betalen voor deelname aan het totstandkomingsproces, maar hebben geen stemrecht.⁹⁰⁶ *Partner organisations* met stakeholders, zoals als ANEC en SBS, wijzen experts aan om hen te vertegenwoordigen binnen de *TCs*.⁹⁰⁷ Deze organisaties worden gefinancierd door de Europese Commissie om deel te nemen en kennis te kunnen inkopen.⁹⁰⁸ Desalniettemin betwijfelen sommigen of dit voldoende tegenwicht biedt aan de macht van de industrie.⁹⁰⁹ De industrie is immers vertegenwoordigd in de nationale normalisatie-instituten en dus ook in de *TCs*.⁹¹⁰

De *TCs* wijzen personen aan om een *working group* te vormen die een concept-geharmoniseerde norm (*draft*) opstellen.⁹¹¹ Dit concept wordt ter consultatie gepubliceerd binnen het ICT-systeem van CEN of CENELEC, de zogeheten *enquiry phase*. Het concept wordt daarbinnen weergegeven als een 'prEN'-norm.⁹¹² Hiertoe hebben voornoemde organisaties toegang, doch niet iedereen.⁹¹³ Uit het oogpunt van auteursrecht dat op het eindproduct zal rusten, is dat begrijpelijk, maar qua legitimatie laat dat te wensen over. Het

⁹⁰⁴ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), r.o.14; Schepel 2005, p. 240.

⁹⁰⁵ CEN & CENELEC, *Internal Regulations Part 1: Organization and structure, July 2018*: 2018a en CEN & CENELEC, *Internal Regulations Part 2 - Common Rules For Standardization Work. July 2018*: 2018b.

⁹⁰⁶ Internal Regulations Part 2 - Common Rules For Standardization Work. July 2018, p. 15. Zie ook Hoenkamp 2015, p. 50.

⁹⁰⁷ <http://sbs-sme.eu/sme-involvement/policy/representing-smes-standardisation>.

⁹⁰⁸ Art. 5 lid 1 en Annex III alsmede art. 16 en 17 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). Zie ook hun doelstellingen en de *WTO standardisation principles*. Zie over ANEC ook Van Leeuwen 2015, p. 83. Introductie van dergelijke belangengroeperingen en externe financiering daarvan is eerder voorgesteld, Spindler 1998, p. 330 onder verwijzing naar Fürh (niet kunnen raadplegen).

⁹⁰⁹ Hofmann e.a. 2011d, p. 602, onder verwijzing naar Egan 2001, p. 211; Van Gestel & Micklitz 2013. Zie over ANEC ook Van Leeuwen 2015, p. 83. Zie ook Colombo & Eliantonio 2017, p. 337.

⁹¹⁰ Lundqvist 2014, p. 126; Access to Standardisation. Study for the European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General, p. 44.

⁹¹¹ De *working group* bestaat veelal uit fabrikanten en die hebben op deze wijze veel invloed, Neerhof 2017, noot 65.

⁹¹² Hetgeen staat voor *pre-standard*.

⁹¹³ Van Gestel & Micklitz 2013, p. 179, zoals ook aangehaald door Neerhof 2013b, p. 149.

concept wordt, net als de uiteindelijke geharmoniseerde norm, in drie talen gepubliceerd (Engels, Frans en Duits).⁹¹⁴

Volgens de *Guidelines* dienen Europese normalisatie-instituten rekenschap af te leggen van alle opvattingen die in het totstandkomingsproces naar voren komen en dienen zij gedurende het hele -proces open en transparant te zijn.⁹¹⁵ Op grond van art. 5 van de Normalisatieverordening moeten Europese normalisatieorganisaties in alle stadia van het totstandkomingsproces een passende vertegenwoordiging en effectieve deelname van alle belanghebbenden en hun Europese organisaties aan hun normalisatieactiviteiten bevorderen en vergemakkelijken.⁹¹⁶ De vraag is of dit ook de praktijk is.⁹¹⁷ Door het nieuwe ICT-systeem van Europese normalisatie-instituten is de toegang tot het proces weliswaar vergroot,⁹¹⁸ maar vanwege het ontbreken van stemrecht zijn *partner organisations*, die de belanghebbenden vertegenwoordigen, feitelijk nog steeds afhankelijk van de nationale normalisatie-instituten.⁹¹⁹ Vanwege de betalingsplicht zijn zij bovendien – ondanks EU-subsidie – niet altijd aanwezig.⁹²⁰ Op 13 juni 2016 heeft de Commissie een initiatief gelanceerd met stakeholders waarin niet-bindende toezeggingen zijn gedaan voor verbetering van Europese normalisatie, waaronder onder actie 10 het verbeteren van de betrokkenheid van stakeholders op nationaal niveau.⁹²¹

De tekst van de geharmoniseerde norm mag geen normatieve verwijzingen naar wetgeving bevatten: de reglementen van CEN en CENELEC melden expliciet dat verwijzing naar essentiële eisen en concrete EU-wetgeving dient

⁹¹⁴ <http://collaborationclc.iec.ch/lotusquickr/IECResources.nsf/myplaces?OpenForm>

⁹¹⁵ Hofmann e.a. 2011d, p. 602, onder verwijzing naar Vademecum on European Standardisation. Part II European standardisation in support of European Policies. Chapter 4.1. Role and preparation of mandates. 15 October 2009. Draft. http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/documents/vademecum/index_en.htm (link no longer valid), p. 11 en Schepel 2005, p. 244-246.

⁹¹⁶ Hofmann e.a. 2011d, p. 602.

⁹¹⁷ Schepel & Falke 2000, p. 111 e.v.; Van Leeuwen 2015, p. 74; Lundqvist 2014, p. 125.

⁹¹⁸ Access to Standardisation. Study for the European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General, p. 84 en recommendation 12. CEN en CENELEC hebben het totstandkomingsproces gedigitaliseerd, waardoor een deel van de feitelijke drempels voor deelname (denk aan reis- en verblijfkosten) zijn weggenomen, doch participatiekosten zijn nog steeds verschuldigd, <https://www.cen.eu/WorkArea/tools/Pages/default.aspx>.

⁹¹⁹ Op dit punt is weinig veranderd ten opzichte van de situatie zoals beschreven door Falke in 1997, Falke 1997, p. 208. Zie ook Schepel 2005, p. 244.

⁹²⁰ *Partner organisations* geven aan dat zij hun middelen tactisch moeten inzetten en keuzes moeten maken voor wat betreft de kennis die ze inkopen en de normen waarbij zij willen worden betrokken. Zoals o.a. aangegeven in de presentatie van Laura Degallaix, director van ECOS, van 7 april 2017 op de conferentie *European Standardisation for Internal Market and its Constitutional Challenges* te Lund, Zweden. De jaarlijkse tarieven voor lidmaatschap, alsmede voor deelname in de TCs, worden bekendgemaakt in Annex 1 bij Guide 25 - The concept of Partnership with European Organizations and other stakeholders Edition 2, July 2017 (Updated version, September 2019). Voor CEN bedraagt het lidmaatschap in 2019 € 5.250,- per jaar alsmede € 525,- per TC met een cap van max. € 3.150,-. De tarieven voor deelname bij CENELEC liggen iets lager.

⁹²¹ Joint Initiative on Standardisation (*PbEU* 2016, C 3211), p. 12 als onderdeel van COM(2016) 358 final - Standardisation package.

plaats te vinden in een bijlage of annex (Annex ZZ of ZA).⁹²² Daar dient ook duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen de verwijzingen die niet samenhangen met essentiële eisen en verwijzingen die daar wel mee samenhangen.⁹²³ Vraag is of dit in de praktijk ook zo gebeurt. Dat een technische uitwerking inherent ook normatieve keuzes bevat is al sinds lange tijd in de literatuur erkend.⁹²⁴

Omdat in het verleden de uiteindelijke geharmoniseerde norm met regelmaat te veel afweek van de essentiële eisen in de wetgeving, heeft de Commissie extra controle willen inbouwen door de aanstelling van een zogeheten *New Approach Consultant*.⁹²⁵ Dit was een expert die door CEN, CENELEC, de Europese Commissie/EFTA werd benoemd ter consultatie of de geharmoniseerde norm daadwerkelijk afdoende invulling gaf aan de essentiële eisen.⁹²⁶ Deze consultant werd vanaf het eerste moment betrokken bij de totstandkoming van de geharmoniseerde norm. Hij onderhield contact met de Commissie en gaf een formeel advies voordat het concept werd voorgelegd voor stemming in de TC.⁹²⁷ Na verloop van tijd ontstonden problemen met deze consultants op het punt van hun onafhankelijkheid. Zij onderhielden onvoldoende contact met de DGs en namen soms te actief deel aan de opstelling van de norm. Per 1 april 2018 maakt de Commissie daarom gebruik van harmonised standard (HAS)-consultants die door een onafhankelijke derde, de HAS-contractor,⁹²⁸ worden benoemd. De taken van de HAS-consultants zijn vergelijkbaar met hun voorgangers, maar de controle op hun werkzaamheden is aangescherpt en procedures zijn veel verder geformaliseerd.⁹²⁹

Nadat, eventueel na wijziging van het concept, een definitieve geharmoniseerde norm tot stand is gekomen, wordt er gestemd in de TC. Niet iedere stem weegt even zwaar: het gewicht van de stem hangt af van het

⁹²² <http://boss.cen.eu/reference%20material/guidancedoc/pages/oj.aspx>. Zie ook SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART II - Preparation and adoption of the Commission's standardisation requests to the European standardisation organisations, p. 16.

⁹²³ SWD(2015) 205 final - Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART III - Guidelines for the execution of standardisation requests, p. 7. Dat een EN-norm zowel geharmoniseerde als niet-geharmoniseerde normen kan bevatten volgt ook uit HvJ EU 21 oktober 2010, C-185/08 (*Latchways and Eurosafe Solutions/Kedge Safety Systems c.s.*), r.o. 32 en 33.

⁹²⁴ Spindler 1998, p. 319, onder verwijzing naar Duitse literatuur, die ook het voorbeeld noemt van een maximum geluidsnorm in een DIN-norm. Schepel 2005, p. 256, die dit echter geen aanleiding vindt om het totstandkomingsproces verder te juridiseren.

⁹²⁵ In antwoord op vragen van de Raad in 1999 zijn suggesties gedaan om de 'follow up' en controle te verbeteren, zie het follow up on mandates document op http://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/vademecum/index_en.htm.

⁹²⁶ Schepel & Falke 2000, p. 25; Schepel 2005, p. 241 en 242; CEN & CENELEC, *Guide 15. Tasks and responsibilities of the New Approach Consultants. Edition 2. May 2014*, Brussels, Belgium: 2014.

⁹²⁷ CEN & CENELEC, *Guide 15. Tasks and responsibilities of the New Approach Consultants. Edition 2. May 2014*, Brussels, Belgium: 2014, p. 19.

⁹²⁸ Thans Ernst & Young. Update on the European Commission's views on the broad context of harmonised standards. CCMC's Workshop "Preparation of Harmonized Standards" Brussels, 12 July 2018 <https://www.cencenelec.eu/aboutus/ourservices/Training/HAS/Pages/default.aspx>.

⁹²⁹ <https://boss.cen.eu/developingdeliverables/en/pages/enforojeu.aspx>.

aantal inwoners dat het desbetreffende nationale normalisatie-instituut vertegenwoordigt. Een voorstel binnen CENELEC is aangenomen bij 71% van de gewogen stemmen. Bij CEN is een voorstel aangenomen bij 55% van de gewogen stemmen of indien een aantal stemmen is uitgebracht dat naar evenredigheid correspondeert met 65% van het totale aantal inwoners van alle leden.⁹³⁰ De totstandkoming van een norm duurt in de regel ongeveer 1 tot 3 jaar.⁹³¹

108 Publicatie van de verwijzing

De geharmoniseerde norm dient na de totstandkoming te voldoen aan de essentiële eisen die hij beoogt in te vullen. De toets van de geharmoniseerde norm aan deze eisen is thans in art. 10 lid 5 en 6 Normalisatieverordening gecodificeerd. Met de nieuwe HAS-consultants probeert de Commissie tegemoet te komen aan eerdere kritiek dat deze toets moest worden gerelativeerd, omdat de Commissie zelf niet over de technische kennis zou beschikken om de geharmoniseerde norm inhoudelijk te kunnen beoordelen.⁹³² Het niveau van deze toets bleek in de praktijk per productgroep zeer te verschillen en was afhankelijk van de kennis en kunde van de ambtenaar op het desbetreffende dossier.⁹³³ Thans lijkt het rapport van de HAS-consultant in deze controle een centralere rol te vervullen. Acht de Commissie de overeenstemming voldoende, dan maakt Commissie onverwijld een referentie van die geharmoniseerde norm bekend in het Publicatieblad van de Europese Unie.⁹³⁴ De Commissie kan ook besluiten niet tot publicatie over te gaan.

Een van de vertegenwoordigers van Orgalime⁹³⁵ wijst er terecht op dat de keuze tot het niet-publiceren van een geharmoniseerde norm, niet betekent dat de geharmoniseerde norm in de prullenbak verdwijnt. In de praktijk zal deze door marktdeelnemers nog steeds worden gebruikt.⁹³⁶ Pas vanaf het moment van publicatie geldt het vermoeden van overeenstemming.⁹³⁷ Voorheen publiceerde de Commissie de verwijzing in de C-serie van het

⁹³⁰ CEN & CENELEC, *Internal Regulations, Part 2, Common Rules For Standardization Work, June 2015*: 2015, p. 26.

⁹³¹ ftp://ftp.cencenelec.eu/EN/AboutUs/InFigures/CEN-CENELEC_StatPack2015-Q3.pdf. Meer dan de helft van de normalisatienormen die in het derde kwartaal van 2015 door CEN en CENELEC zijn gepubliceerd, waren na 1 tot 3 jaar klaar. 16% was binnen 12 maanden klaar. 32% duurde langer dan 3 jaar.

⁹³² Schepel 2005, p. 241; Hoenkamp 2015, p. 75; Hofmann e.a. 2011d, p. 601.

⁹³³ Update on the European Commission's views on the broad context of harmonised standards. CCMC's Workshop "Preparation of Harmonized Standards" Brussels, 12 July 2018 <https://www.cencenelec.eu/aboutus/ourservices/Training/HAS/Pages/default.aspx>.

⁹³⁴ Thans art. 10 lid 5 en 6 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). Vgl. over de oude situatie Hoenkamp 2015, p. 55; Hofmann e.a. 2011d, p. 601; Schepel 2005, p. 244.

⁹³⁵ Orgalime is the *European Engineering Industries Organisation*, een branche- en lobbyorganisatie.

⁹³⁶ Philippe Portalier, Orgalime, commentaar onder Gherardini, Harmonised European Standards and the EU Court of Justice: Beware Not to Open Pandora's Box, 27 mei 2016, *European Law Blog*. www.europeanlawblog.eu 27 May 2016.

⁹³⁷ Hofmann e.a. 2011d, p. 601, onder verwijzing naar Schepel 2005, p. 235 en art. R8 van Annex 1 bij Besluit nr. 768/2008/EG (Modelbesluit).

publicatieblad. Tegenwoordig publiceert zij de verwijzing in de L-serie.⁹³⁸ De norm zal alleen tegen betaling verkrijgbaar zijn via de nationale normalisatie-instituten. Deze maken de EU-normen tot nationale normen en verstrekken vertaalde versies. Uit de reglementen van de Europese normalisatie-instituten volgt het uitgangspunt dat geharmoniseerde normen om de vijf jaar worden geëvalueerd.⁹³⁹ Uit rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg volgt dat het vermoeden blijft gelden, ook indien een secundair instrument wordt herzien, tenzij de vervaldatum bij de verwijzing verloopt of deze wordt ingetrokken.⁹⁴⁰

109 Wettelijk vermoeden van overeenstemming

De crux van het Nieuwe Aanpak-systeem is dat het naleven van de geharmoniseerde norm na publicatie van de verwijzing ernaar in het publicatieblad resulteert in een vermoeden van overeenstemming van het product met de essentiële eisen uit secundaire EU-wetgeving.⁹⁴¹

Zoals in hoofdstuk 3 besproken volgt uit *James Elliott* dat het vermoeden van overeenstemming een wettelijk bewijsvermoeden is met primair administratiefrechtelijke werking. Het vermoeden geldt niet uit hoofde van EU-recht voor de beoordeling van al dan niet naleving van een nationaal vereiste van contractuele aard.⁹⁴² Zie voor verdere privaatrechtelijke relevantie van het bewijsvermoeden de hoofdstukken 6 en 7 en § 7.3.1.3. Lidstaten, inclusief nationale toezichthoudersautoriteiten en rechters, zijn aan het wettelijk vermoeden gebonden. Is de geharmoniseerde norm deugdelijk toegepast, dan dienen de nationale autoriteiten de vrije toegang en verhandeling van deze goederen op de interne markt te verzekeren.⁹⁴³

Het volgen van een geharmoniseerde norm is niet altijd doorslaggevend voor het uiteindelijke oordeel over de veiligheid van een product, aangezien het vermoeden kan worden weerlegd. De nationale autoriteiten dienen in zo'n geval aan te tonen en te motiveren dat het product desalniettemin onveilig is doordat het niet voldoet aan de essentiële eisen, wil de autoriteit kunnen

⁹³⁸ Volpato & Eliantonio, The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L Series, *European Law Blog* 7 March 2019.

⁹³⁹ <https://www.cen.eu/work/ENdev/how/Pages/default.aspx>.

⁹⁴⁰ GvEA 26 januari 2017, T-474/15, ECLI:EU:T:2017:36 (*Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy)/Commissie en Republiek Letland*), r.o. 67-70.

⁹⁴¹ Men ziet dit ook wel bij *food*-wetgeving, zij het dat dat meer ziet op kwaliteitsprocessen en niet producteigenschappen. Verbruggen 2014b, p. 22 onder verwijzing naar Garcia-Martinez e.a. 2013, p. 1101 e.v.

⁹⁴² Antwoord op de derde prejudiciële vraag: '58 Om dezelfde redenen als die welke in punt 51 hierboven reeds zijn aangehaald, mag richtlijn 89/106 dan ook niet aldus worden uitgelegd dat zij de – eventueel impliciete – nationale regels die van toepassing zijn op de overeenkomsten voor de verkoop van bouwproducten, harmoniseert. 59 Bijgevolg geldt het vermoeden van geschiktheid voor gebruik dat is geformuleerd in artikel 4, lid 2, van richtlijn 89/106, gelezen in het licht van de twaalfde overweging van deze richtlijn, niet wanneer in het kader van een contractueel geschil moet worden beoordeeld of een van de partijen bij de overeenkomst een nationaal vereiste van contractuele aard heeft nageleefd.'

⁹⁴³ HvJ EG 2 december 1980, 815/79, ECLI:EU:C:1980:273 (*Cremonini/Vrancovich*), r.o. 11 en 13; HvJ EG 25 maart 1999, C-112/97, ECLI:EU:C:1999:168 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 5 april 2001, C-100/00, ECLI:EU:C:2001:211 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 22 mei 2003, C-103/01, ECLI:EU:C:2003:301 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 49.

ingrijpen.⁹⁴⁴ De lidstaat dient van genomen maatregelen melding te maken onder de *safeguard clauses* uit de desbetreffende instrumenten. De Commissie kan bij leemtes in geharmoniseerde normen onder sommige instrumenten zelfs EU-brede uitvoeringsmaatregelen uitvaardigen, zodat lidstaten tegen producten optreden (nr. 71).⁹⁴⁵

Dat geharmoniseerde normen *de jure* niet binden omdat de marktdeelnemer de mogelijkheid heeft om conformiteit ook op andere wijze aan te tonen, is reeds besproken.⁹⁴⁶ Kiest een marktdeelnemer niet voor het volgen van de geharmoniseerde norm dan kan hij niet van het bewijsvermoeden profiteren, maar draagt hij de volle bewijslast dat zijn product in overeenstemming is met de essentiële eisen.⁹⁴⁷

110 Uitzondering: bouwproducten en hun prestatie-eisen

Hoewel het beginsel van niet-dwingende verwijzing naar geharmoniseerde normen in EU-wetgeving leidend is, bestaan hierop ook uitzonderingen.

Anders dan andere Nieuwe Aanpak-instrumenten werkt de huidige Verordening Bouwproducten⁹⁴⁸ niet met essentiële eisen maar met essentiële kenmerken in de zin van prestatie-eisen van *producten*. Bij bouwproducten wordt dan ook niet over een verklaring van overeenstemming (*declaration of conformity*) gesproken, maar van een prestatieverklaring (*declaration of performance*). Dit verschil in terminologie kan worden verklaard doordat bouwproducten veelal worden geïntegreerd in bouwwerken. De veiligheidsrisico's worden niet altijd direct gevormd door het product zelf, maar zitten met name in de aansluiting en compatibiliteit van dergelijke producten met andere producten en verwerking ervan in een bouwwerk. Daarom is accurate weergave en vaststelling van de *prestaties* van zulke producten relevant, bijvoorbeeld de draagkracht/belastbaarheid van bepaald materiaal. De verordening stelt geen minimumeisen aan de prestaties van bouwproducten zelf. De geharmoniseerde normen doen dat evenmin: de geharmoniseerde normen leggen alleen de (test)methoden vast aan de hand waarvan bepaalde prestaties moeten worden vastgesteld. Op het punt van de vrijwillige verwijzing naar geharmoniseerde normen wijkt het kader daardoor substantieel af. Een CE-markering mag alleen worden aangebracht op een bouwproduct als voor de beoordeling van de prestaties de geharmoniseerde norm is gevolgd dan wel – indien het product of diens prestatie niet valt onder een geharmoniseerde norm – een technische beoordeling van de prestaties is uitgevoerd door een technische beoordelingsinstantie met behulp van een

⁹⁴⁴ Zie in deze zin terecht HR 2 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2883, NJ 1999, 552, r.o. 3.3. Zie voor een voorbeeld ook Rb. Rotterdam 29 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6515.

⁹⁴⁵ Zie bijvoorbeeld GvEA 26 januari 2017, T-474/15, ECLI:EU:T:2017:36 (*Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy)/Commissie en Republiek Letland*) over o.a. art. 11 van Richtlijn 2006/42/EG (Machines). Eerder ook Falke 1997, p. 195; Kloepfer 2011, p. 194; Schepel 2005, p. 225-226.

⁹⁴⁶ Neerhof 2016, p. 204.

⁹⁴⁷ Dat alternatief bewijs voorkomt en wordt geaccepteerd door de autoriteiten volgt bijvoorbeeld uit CBB 17 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:136.

⁹⁴⁸ Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten).

Europees beoordelingsdocument. Indien een geharmoniseerde norm dus beschikbaar en toepasselijk is, dan is het *verplicht* deze te gebruiken gebruikt.⁹⁴⁹ Met de CE-markering verklaart de producent dat de prestaties zijn vastgesteld in overeenstemming met de geharmoniseerde norm en dat het product aan de door hemzelf aangegeven prestatie-eisen voldoet.⁹⁵⁰ Het Hof heeft in *James Elliott*, waarin de oude Richtlijn Bouwproducten centraal stond, gefocust op de beginselen van de Nieuwe Aanpak, waardoor mijns inziens de uitspraak niet alleen relevant is voor bouwproducten maar een bredere strekking heeft.

De Richtlijn Bouwproducten was in Nederland geïmplementeerd in het Bouwbesluit 2012 en de Regeling Bouwbesluit 2012. Het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit zijn echter meer omvattend dan de voormalige Richtlijn Bouwproducten en de thans geldende Verordening Bouwproducten, omdat de eisen aan *bouwwerken* niet Europees zijn geharmoniseerd. Daardoor ziet men in de Regeling Bouwbesluit 2012 zowel verwijzingen naar geharmoniseerde normen, als naar niet-geharmoniseerde normalisatienormen voor wat betreft aspecten die onder het niet-geharmoniseerde deel van de regelgeving vallen. Deze regelgeving is daardoor complex.

4.3.3 Externe controle op geharmoniseerde normen

111 Algemeen

Voor voldoende legitimatie dienen voldoende externe controlemechanismen (ex post) op geharmoniseerde normen aanwezig te zijn. Indien tijdens het totstandkomingsproces iets misgaat of een geharmoniseerde norm komt tot stand die niet voldoet aan de essentiële eisen, dan moet hiertegen kunnen worden opgekomen (§ 4.5.1). Bovendien moeten voldoende prikkels aanwezig zijn bij normalisatie-instituten om stakeholders daadwerkelijk in het totstandkomingsproces te betrekken en uiteindelijk een norm tot stand te brengen die zowel in overeenstemming is met de essentiële eisen als met het overige EU-recht. Deze controlemechanismen zullen hierna worden behandeld. Omdat nog niet is uitgekristalliseerd of geharmoniseerde normen op geldige delegatie berusten, bestaat onduidelijkheid over a) de materiële grondslagen waaraan geharmoniseerde normen kunnen worden getoetst en b) of, en zo ja voor wie, er (rechts)ingangen openstaan om tegen die normen te ageren. Vanwege de hybride natuur van geharmoniseerde normen zullen zowel de (meer) publiekrechtelijke als de (meer) privaatrechtelijke grondslagen en (rechts)ingangen worden behandeld.

⁹⁴⁹ O.a. art. 4 lid 2, 8 lid 3 en 6 en 17 lid 5 van de Verordening (EU) 305/2011 (Bouwproducten). Dit volgt ook uit COM(2016) 445 final - Verslag over de uitvoering van Verordening (EU) nr. 305/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 tot vaststelling van geharmoniseerde voorwaarden voor het verhandelen van bouwproducten en tot intrekking van Richtlijn 89/106/EEG van de Raad, p. 6-7. Zie ook Neerhof 2017, p. paragraaf 2.2.2. Schepel 2005, p. 228 en 229 over de oude Richtlijn Bouwproducten, waaronder dit probleem ook al bestond, onder verwijzing naar Previdi 1997, p. 225 en 236.

⁹⁵⁰ Art. 8 Verordening Bouwproducten.

112 Interne beroepsprocedure en formele bezwaarprocedure (*safeguard procedure*)

De reglementen van CEN en CENELEC voorzien in een vrij uitgebreide interne beroepsprocedure tegen iedere ‘*action or inaction*’ van een *TB* of bijbehorend orgaan. Een beroep kan worden ingesteld door leden alsmede door *partner organisations*, op grond van schending van de statuten of reglementen of vanwege bezwaren met betrekking tot de interne markt, de veiligheid, de gezondheid, het milieu of de toegankelijkheid van het proces.⁹⁵¹

De Normalisatieverordening voorziet daarnaast in een formele bezwaarprocedure indien een geharmoniseerde norm niet volledig beantwoordt aan de essentiële eisen.⁹⁵² Deze formele bezwaarprocedure (*safeguard procedure*) staat open voor lidstaten en voor het Europees Parlement.⁹⁵³ Andere belanghebbenden dienen via informele klachten bij de Commissie, lobby via parlementsleden of een parlementaire petitie problemen met geharmoniseerde normen aan de orde te stellen.⁹⁵⁴ Gemotiveerde bezwaren van lidstaten of parlementsleden worden gepubliceerd.⁹⁵⁵ De Commissie besluit daarop, na raadpleging van het comité, de referenties van de betrokken geharmoniseerde norm wel, niet of met beperkingen in het publicatieblad bekend te maken (art. 11 lid 1 sub a jo. 22) dan wel de referenties te handhaven met beperkingen of in te trekken (art. 11 lid 1 sub b jo. 22). Er is dus – om met de woorden van Giesen te spreken – enige vorm van ‘metatoezicht’.⁹⁵⁶

Uit de gepubliceerde bezwaren blijkt dat een aantal keer per jaar bezwaar wordt gemaakt⁹⁵⁷ en dat in één op de drie gevallen expliciete intrekking of publicatie met een beperking volgt.⁹⁵⁸ In al die gevallen ging het om een bezwaar aangaande de veiligheid.⁹⁵⁹ Vaak waren concrete incidenten in lidstaten of waarnemingen van nationale autoriteiten aanleiding voor het bezwaar.⁹⁶⁰ Art. 11 van de Normalisatieverordening lijkt geen publicatie van

⁹⁵¹ Art.7.1 e.v. Internal Regulations Part 2 - Common Rules For Standardization Work. July 2018.

⁹⁵² Voorheen werden deze procedures per secundair instrument vastgesteld, Schepel 2005, p. 235.

⁹⁵³ Art. 11 lid 1 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening); Schepel 2013a, p. 529-530, waarin hij eveneens de ontwikkeling beschrijft van de bezwaarprocedure. Onder de oude Laagspanningsrichtlijn uit 1973 was het de Commissie die zelf bezwaar kon maken, hetgeen volgens Schepel laat zien dat publicatie slechts een informatieve functie had. Zie voor kritiek ook Colombo & Eliantonio 2017, p. 339.

⁹⁵⁴ De petitie is geregeld in art. 24 lid 2 VWEU jo. art. 227 VWEU.

⁹⁵⁵ Art. 12 sub c Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening). Zie https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/notification-system_en: Schepel 2013a, p. 530.

⁹⁵⁶ Giesen 2007, p. 123.

⁹⁵⁷ Op 2 april 2019 waren dit conform de data op voornoemde website 25 formele bezwaren sinds inwerkingtreding van de Normalisatieverordening in 2013. De meeste bezwaren betroffen nog bezwaren via de ‘oude’ safeguard procedures uit de specifieke richtlijnen. Zie voor oude data Schepel 2013a, p. 530.

⁹⁵⁸ De beslissingen op bezwaar zijn beschikbaar in het publicatieblad van de EU, maar ook via https://ec.europa.eu/growth/node/2783_en. Hier zijn slechts negen beslissingen op bezwaar gepubliceerd. In zeven van de negen werd het bezwaar tot op zekere hoogte gehonoreerd.

⁹⁵⁹ Zie voor een oude stand van zaken Hoenkamp 2015, p. 56 en voor voorbeelden Schepel 2005, p. 237.

⁹⁶⁰ Zie bijvoorbeeld Commission implementing decision (EU) 2015/2414 of 17 December 2015 on the publication with a restriction in the Official Journal of the European Union of the reference of harmonised

negatieve beslissingen op bezwaar te verlangen. Indien een negatieve beslissing op bezwaar een nog niet gepubliceerde norm betreft, lijkt er geen formele beslissing op bezwaar te worden gepubliceerd, maar kan het bezwaar feitelijk worden meegenomen door bijvoorbeeld de norm aan te passen voordat deze wordt gepubliceerd door de Commissie. Dit zou kunnen verklaren waarom veel van de gepubliceerde bezwaren zijn ‘verlopen’ (*expired*) en niet altijd een formele beslissing wordt genomen door de Commissie.

113 Toetsing aan art. 101 en 102 VWEU (het Europese mededingingsrecht)

Een normalisatienorm kan de mededinging beperken (nr. 101).⁹⁶¹ Door de Commissie en de lidstaten is altijd volgehouden dat geharmoniseerde normen als een zuiver privaat product moeten worden gezien.⁹⁶² In de Normalisatieverordening is daarom geëxpliciteerd dat normalisatie-instellingen kunnen worden beschouwd als onderneming of ondernemersvereniging in de zin van art. 101 en 102 VWEU.⁹⁶³ In rechtspraak van het Hof is duidelijk geworden dat nationale normalisatie-instituten en certificeringsinitiatieven onder omstandigheden als kartel kunnen worden beschouwd.⁹⁶⁴

In *EMC Development/de Commissie* is door het Gerecht besloten, welke beslissing door het Hof in stand is gelaten, dat een geharmoniseerde norm die onder mandaat van de Commissie is ontwikkeld door CEN, kan worden

standard EN 521:2006 ‘Specifications for dedicated liquefied petroleum gas appliances — Portable vapour pressure liquefied petroleum gas appliances’ in accordance with Directive 2009/142/EC of the European Parliament and of the Council (notified under document C(2015) 9145), (*PbEU* 2015, L 4/24), waarvoor de aanleiding meldingen van de Nederlandse autoriteiten waren. Alsmede Commission implementing decision (EU) 2015/27 of 7 January 2015 on the publication with a restriction in the Official Journal of the European Union of the reference of standard EN 474-1:2006+A4:2013 on Earth-moving machinery under Directive 2006/42/EC of the European Parliament and of the Council (*PbEU* 2015, L 333/120), waaruit bleek dat na verschillende incidenten met bulldozers, waarbij gewonden waren gevallen omdat het zicht vanuit de cabine beperkt was, een petitie bij het parlement aanleiding was voor een bezwaar tegen de geharmoniseerde norm waar de bulldozers aan voldeden.

⁹⁶¹ Zie voor een nadere uitwerking de Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (*PbEU* 2011, C 11/01) (Horizontal Guidelines). Zie met name nr. 265 t/m 269 en 273 t/m 274 en 277 t/m 299

⁹⁶² SWD(2015) 205 final - *Vademecum on European Standardisation in support of Union Legislation and policies PART I - Role of the Commission's Standardisation requests to the European standardisation organisations*, p. 9. Zie voor het parlement: P8_TA-PROV(2017)0278 - *European Standards for the 21st century*. European Parliament resolution of 4 July 2017 on European standards for the 21st century (2016/2274(INI))

⁹⁶³ Preambule onder 13 Normalisatieverordening: “The European standardisation organisations are subject to competition law to the extent that they can be considered to be an undertaking or an association of undertakings within the meaning of Articles 101 and 102 TFEU.” Voorheen bestond hier onduidelijkheid over, Schepel 2005, p. 309 en 310.

⁹⁶⁴ Mataija 2016, p. 233-244, Lundqvist 2014, p. 192 en 193 onder verwijzing naar Schepel 2005, p. 289 e.v. en p. 311 e.v. en de zaken Hof 8 november 1983, gevoegde zaken 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, ECLI:EU:C:1983:310 (*IAZ e.a./Europese Commissie* - ANSEAU-NAVEWA label), GvEA (Vierde kamer — uitgebreid) 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157 (*SCK en FNK/Europese Commissie*) en Hof van Justitie (Vijfde Kamer) 11 juli 1989, 246/86, ECLI:EU:C:1989:301 (*Belasco e.a./Europese Commissie*), Neerhof 2016, p. 257.

getoetst aan art. 101 VWEU.⁹⁶⁵ Voor de beoordeling sloot het Gerecht aan bij de door de Commissie gehanteerde *Guidelines on the Applicability of article 101 VWEU to Horizontal Co-operation Agreements*.⁹⁶⁶ In de *guidelines* staat een vrijstelling (*safe harbour*) opgenomen in paragraaf 280:

'Where participation in standard-setting is unrestricted and the procedure for adopting the standard in question is transparent, standardisation agreements which contain no obligation to comply with the standard and provide access to the standard on fair, reasonable and non-discriminatory terms [ook wel bekend als FRAND]⁹⁶⁷ will normally not restrict competition within the meaning of Article 101(1).'⁹⁶⁸

Indien Europese normalisatie-instituten deze procedurele waarborgen in acht nemen, opereren zij al snel binnen de marges van art. 101 lid 1 VWEU.⁹⁶⁹ Hoewel *ECM* inhoudelijke argumenten had aangevoerd waarom sprake was van een kartel en de mededinging feitelijk werd beperkt, kwam het Gerecht aan die inhoudelijke toets niet toe (mede op grond van gebrek aan bewijs voor de overige inhoudelijke klachten).⁹⁷⁰ Uit de *EMC*-zaak lijkt te volgen dat geharmoniseerde normen normaliter binnen deze vrijstelling vallen, tenzij sprake is van bijvoorbeeld flagrante schending van de bestaande statuten en reglementen door het Europese normalisatie-instituut. Vanwege deze vrijstelling zal een beroep op art. 101 VWEU dus lastig slagen.⁹⁷¹

Als gepatenteerde technologie de basis vormt voor een normalisatienorm (zogenoemde *Standard Essential Patents, SEP's*), dan kan dit een monopoliepositie opleveren voor de octrooihouder.⁹⁷² Van misbruik in de zin van art. 102 VWEU kan sprake zijn indien vervolgens licenties worden uitgegeven onder voorwaarden die niet *'fair, reasonable and non-*

⁹⁶⁵ GvEA 12 mei 2010, T-432/05, ECLI:EU:T:2010:189 (*EMC Development/Europese Commissie*), r.o. 71 e.v. eerste aanleg, welke beslissing door het Hof in stand is gelaten, HvJ EU (beschikking) 31 maart 2011, C-367/10 P, ECLI:EU:C:2011:203 (*EMC Development/Commissie*), zoals ook aangehaald door Mataija 2016, p. 240, Van Leeuwen 2015, p. 227 en Lundqvist 2014, p. 193.

⁹⁶⁶ Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (*PbEU* 2011, C 11/01) (*Horizontal Guidelines*). Zoals ook aangehaald door Van Leeuwen 2015, p. 228.

⁹⁶⁷ De eisen stammen uit COM(92) 445 final - Communication on Intellectual Property Rights and Standardization, paragraaf 5.1.6. en 6.2.1. Ze vormen mede de basis voor latere onderzoeken van de Commissie onder art. 102 VWEU, de Verordening (EU) Nr. 596/2014 (Marktmisbruik) en diens voorganger (zie hierna).

⁹⁶⁸ In de paragrafen 281 t/m 286 worden deze begrippen nader uitgewerkt.

⁹⁶⁹ Lundqvist wijst er nog op dat voor overige normalisatienormen art. 101 lid 3 VWEU nog als escape kan gelden, Lundqvist 2014, p. 206 e.v. Hij bepleit voorts dat bij de beoordeling van de mededingingsbeperkende werking van normen moet worden gekeken naar de soort norm. Daar zouden de vrijstellingsbepalingen ook op moeten worden aangepast, zie de hoofdstukken 7 en 8.

⁹⁷⁰ Lundqvist 2014, p. 204 en 372.

⁹⁷¹ Zie voor nadere voorbeelden nog Mataija 2016, p. 237 e.v. Hij wijst ook nog op art. 101 lid 3 VWEU en art. 106 lid 2 VWEU, die nadere rechtvaardigingen kunnen bieden voor de belangenafweging als vervat in geharmoniseerde normen. Zie voor gebruik van nationale normalisatie door de nationale wetgever en art. 101 VWEU nog Neerhof 2016, p. 257 e.v.

⁹⁷² Zie voor nadere informatie Lundqvist 2014, p. 229 en uitgebreid de bijdragen in Contreras 2017, p. 1 e.v. m.n. Geradin 2017, p. 78 e.v.

discriminatory ('FRAND') zijn, bijvoorbeeld tegen een onredelijk hoge prijs. Van misbruik kan ook sprake zijn, indien de octrooihouder direct dreigt met een kort geding zonder de inbreukmaker een licentie aan te bieden of indien hij reeds een licentie aanbiedt onder voorwaarden die niet 'FRAND' zijn, ook wel bekend als een *hold up*-situatie.⁹⁷³ De Europese Commissie heeft in de onderzoeken tegen *Google/MMI*, *Motorola* en *Samsung* nader uitgelegd wat zij onder *FRAND* en misbruik in relatie tot (dreiging met) verbodsacties verstaat,⁹⁷⁴ waarna het Hof van Justitie zich erover heeft uitgelaten in de zaak *Huawei*.⁹⁷⁵ Dit probleem zou eveneens kunnen voorkomen bij geharmoniseerde normen onder het productveiligheidsrecht, doch het speelt met name bij nieuwe (informatie)technologiestandaarden; denk aan 5G en 6G voor mobiele telefonie. Om die reden wordt deze mogelijkheid hier slechts kort aangestipt.

Schepel wees er eerder op dat het beter is ofwel geharmoniseerde normen als privaat product te beschouwen en deze normen en hun opstellers integraal te onderwerpen aan het mededingingsrecht of geharmoniseerde normen als publiekrecht te zien en te onderwerpen aan de overige bepalingen uit de EU-verdragen en de gebruikelijke rechterlijke controle daaronder, met name art. 34 VWEU.⁹⁷⁶ Geharmoniseerde normen zijn echter hybride, omdat u ze een privaat product zijn maar wel onder secundair EU-recht hangen en daar deel vanuit maken. Mataija wijst erop dat de scheidslijnen tussen de diverse grondslagen vervagen in het Europese recht, omdat het Hof van Justitie kiest voor een '*functional approach*'. Bovendien is er ten aanzien van de doelen van zowel art. 34 VWEU en art. 101 VWEU enige overlap, waardoor dergelijke

⁹⁷³ Zie voor nadere voorbeelden de opmerkingen van de verwijzende rechter onder 37 e.v. in HvJ EU 16 juni 2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 (*Huawei/ZTE*).

⁹⁷⁴ C (2012) 1068 - Commission decision of 13.02.2012 pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation (EC) No 139/2004 Merger Procedure. Case No COMP/M.6381 - Google/Motorola Mobility, m.n. onder 113; C(2014) 2891 final - Public Version of Commission Decision of 29.4.2014 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement. Case AT.39939 - Samsung - Enforcement of UMTS standard essential patents; C(2014) 2892 final - Public Version of the Commission Decision of 29.04.2014 addressed to Motorola Mobility LLC relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement. Case AT.39985 - Motorola - Enforcement of GPRS standard essential patents, overweging 269.

⁹⁷⁵ HvJ EU 16 juni 2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 (*Huawei/ZTE*), r.o. 61 t/m 70. Zo dient volgens het Hof – kort samengevat – de octrooihouder de inbreukmaker in kennis te stellen van de inbreuk onder vermelding van het toepasselijke 'standaard essentiële octrooi' (SEO) (r.o. 61) en vervolgens een aanbod te doen voor een licentie onder FRAND-condities (r.o. 63 en 64). De inbreukmaker dient vervolgens 'met bekwame spoed overeenkomstig de handelsgebruiken en te goeder trouw' gevolg te geven aan dat aanbod (r.o. 65). Bij de niet-aanvaarding door de inbreukmaker dient deze laatste een tegenaanbod te doen dat aan de FRAND-voorwaarden beantwoordt (r.o. 66) en passende zekerheid te stellen (r.o. 67). Bij gebreke van overeenstemming kan eventueel een derde worden ingeschakeld voor de vaststelling van de royalties (r.o. 68). Het is aan de nationale rechter om na te gaan of partijen deze stappen hebben doorlopen (r.o. 70).

⁹⁷⁶ Schepel 2005, p. 338 en eerder ook Schepel 2002, p. 31; Cafaggi 2006a, p. 237. Zie voor een weergave van de discussie, doch zelf anders Mataija 2016, p. 18 en 19, en p. 250 onder verwijzing naar Sauter & Schepel 2009, p. 103. Vgl. o.a. HvJ EG 6 juni 2002, C-159/00, ECLI:EU:C:2002:343 (*Sapod Audic/Eco-Emballages SA*), waaruit volgde dat private beperkingen van het vrije verkeer van goederen uitsluitend aan het mededingingsrecht konden worden getoetst.

grondslagen samen kunnen lopen en elkaar tot op zekere hoogte zelfs kunnen beïnvloeden. Ik sluit mij hierbij aan. Het Hof van Justitie heeft zich nog nooit expliciet over deze vraag uitgelaten.⁹⁷⁷ Met de antwoorden in *James Elliott* lijkt indirecte rechterlijke controle via art. 267 VWEU mogelijk en is de deur naar directe rechterlijke controle via art. 263 VWEU op een kier gezet (nr. 117 en nr. 118). Hoewel geharmoniseerde normen daardoor steeds verder het publieke domein worden ingetrokken, kan het mededingingsrecht mijns inziens naast art. 34 VWEU een nuttige rol als materiële toetsingsgrond vervullen. Volgens de *horizontal guidelines* is het Europese mededingingsrecht strikt genomen niet van toepassing op het uitoefenen van een publieke taak.⁹⁷⁸ Het opstellen van een geharmoniseerde norm in opdracht van de Commissie, waarnaar in het publicatieblad wordt verwezen, kan met enige goede wil als een uitoefening van een publieke taak worden gezien (vgl. nr. 119). Regelen geharmoniseerde normen echter meer dan alleen de invulling van essentiële eisen – denk aan elementen van de norm die buiten het mandaat vallen – dan is voor wat betreft dat meerdere geen sprake van het uitoefenen van een publieke taak. Deze elementen van de norm zouden aan het mededingingsrecht kunnen worden getoetst. De normen waarvan de Commissie uiteindelijk niet een referentie in het publicatieblad publiceert, zijn bovendien niet automatisch uit de wereld en kunnen eveneens inbreuk maken op art. 101 VWEU.⁹⁷⁹

114 Toetsing aan art. 34 VWEU (het vrije verkeer van goederen)

In de literatuur werd tot voor kort aangenomen dat nationale wetgeving die inbreuk maakte op het vrije verkeer van goederen moest worden getoetst aan art. 34 VWEU, en dat private normalisatienormen als product van private entiteiten moesten worden getoetst aan het Europese mededingingsrecht (nr. 113). Art. 34 VWEU is primair een grondslag voor het toetsen van handelingen van de lidstaten, maar ook maatregelen van de EU-instellingen kunnen eraan worden getoetst.⁹⁸⁰ De Commissie is zo'n instelling, maar Europese

⁹⁷⁷ Mataija 2016, p. 18 en 19, onder verwijzing naar Sauter & Schepel 2009, p. 103, en Mataija p. 250 en 251. Volgens Mataija had het hof hiertoe de kans in *Fra.bo* (hierna over art. 34 VWEU). In *EMC* voornoemd had het hof in kunnen gaan op de verhouding tussen art. 101 VWEU en een eventuele inbreuk op de Richtlijn Bouwproducten. Bij zulke gevallen zijn volgens hem twee benaderingen mogelijk: samenloop met '*converent reading*', waarbij schending van de ene regel 'doortikt' in de andere, of '*separation reading*', waarbij beide regels separaat worden gehanteerd (p. 250). *ECM* lijkt volgens hem indirect blijk te geven van de *separation-gedachte*.

⁹⁷⁸ Zie paragraaf 258 van de eerdergenoemde *horizontal guidelines* onder verwijzing naar HvJ EG 26 maart 2009, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191 (*SELEX*), waarvan r.o. 76 en 77 m.n. relevant zijn. In lijn met o.a. HvJ EG 19 februari 2002, C-309-99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*), r.o. 57: '*According to the case-law of the Court, the Treaty rules on competition do not apply to the activity which, by its nature, its aim and the rules to which it is subject does not belong to the sphere of economic activity [...] or which is connected with the exercise of the powers of a public authority [...]*'.

⁹⁷⁹ Overigens kunnen art. 101 lid 3 VWEU en art. 106 lid 2 VWEU, daar waar sprake is van een schending, nog nadere rechtvaardigingen bieden voor de belangenafweging als vervat in geharmoniseerde normen, zie voor een uitwerking, Mataija 2016, p. 86 en 242-243.

⁹⁸⁰ HvJ EG 12 juli 2005, C-154/04 en C-155/04, ECLI:EU:C:2005:449 (*Alliance for Natural Health*), r.o. 47.

normalisatie-instituten zijn private rechtspersonen die in beginsel geen wetgevingshandelingen kunnen verrichten (zie nr. 119).

Uit het *Fra.bo*-arrest van het Hof van Justitie blijkt dat nationale norm-instituten als private instanties onderworpen kunnen zijn aan art. 34 VWEU (voorheen art. 30 EG) en aansprakelijk kunnen zijn indien de vastgestelde norm het vrije verkeer van goederen hindert.⁹⁸¹ De *Fra.bo*-zaak ging over een nieuwe norm voor koperfittings van de *Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW)*. De Duitse watervoorzieningswet bepaalde dat alle materialen en onderdelen aan de ‘*allgemein anerkannten Regeln der Technik*’ moesten voldoen. Voor zover de CE-marking niet was voorgeschreven, werden producten of toestellen die een DVGW-keurmerk droegen vermoed aan de ‘*allgemein anerkannten Regeln der Technik*’ te voldoen. Producten zonder DVGW-keurmerk genoten niet dit vermoeden. Zij waren toegestaan mits zij een gelijkwaardig beschermingsniveau boden. In de praktijk kochten Duitse huishoudens daardoor feitelijk alleen DVGW-gecertificeerde koperfittings. Conformiteit op andere wijze aantonen was *de facto* haast onmogelijk.⁹⁸² Het betrof niet op EU-niveau geharmoniseerde regelgeving, ook een andere EN-norm ontbrak.⁹⁸³ Een Italiaanse producent van koperfittings had een contract tot certificering bij DVGW gesloten, doch de certificering werd ingetrokken na introductie van een nieuwe norm nu daaraan niet zou zijn voldaan. Uiteindelijk werden prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU gesteld, dat oordeelde dat art. 34 VWEU van toepassing kon zijn op DVGW.⁹⁸⁴ De uitspraak werd door sommigen aangehaald als beginpunt voor de horizontale directe werking van vrij verkeer van goederen.⁹⁸⁵ Alleen al gezien de functie en de rol van normalisatie-instellingen in deze zaak, die door de wettelijke verwijzing als quasi-publieke instellingen functioneren en de door het Hof genoemde

⁹⁸¹ HvJ EU 14 september 2012, C-171/11, ECLI:NL:XX:2012:BX2273, NJ 2012/580, RvdW 2012/1099 (*Fra.bo SpA/DVGW*).

⁹⁸² § 12 Abs. 4 van Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV): ‘*Es dürfen nur Produkte und Geräte verwendet werden, die den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen.*

Die Einhaltung der Voraussetzungen des Satzes 1 wird vermutet, wenn eine CE-Kennzeichnung für den ausdrücklichen Einsatz im Trinkwasserbereich vorhanden ist. Sofern diese CE-Kennzeichnung nicht vorgeschrieben ist, wird dies auch vermutet, wenn das Produkt oder Gerät ein Zeichen eines akkreditierten Branchenzertifizierers trägt, insbesondere das DIN-DVGW-Zeichen oder DVGW-Zeichen. Produkte und Geräte, die

1. in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum rechtmäßig hergestellt worden sind oder

2. in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in der Türkei rechtmäßig hergestellt oder in den Verkehr gebracht worden sind

und die nicht den technischen Spezifikationen der Zeichen nach Satz 3 entsprechen, werden einschließlich der in den vorgenannten Staaten durchgeführten Prüfungen und Überwachungen als gleichwertig behandelt, wenn mit ihnen das in Deutschland geforderte Schutzniveau gleichermaßen dauerhaft erreicht wird.’ Zie later ook OLG Düsseldorf 14.08.2013, VI-2 U (Kart) 15/08, r.o. 53.

⁹⁸³ Zie nader over normalisatienormen die niet dienen ter invulling van essentiële eisen en art. 34 VWEU, Van Leeuwen 2015, p. 221-224.

⁹⁸⁴ R.o. 32.

⁹⁸⁵ Verbruggen 2014a en Van Leuken e.a. 2017, p. 173 en aldaar genoemde bronnen.

voorwaarden, is duidelijk dat algemene conclusies in dat opzicht niet te snel mogen worden getrokken.⁹⁸⁶

Schepel laat zich in twee artikelen uit 2013 zeer kritisch uit over voornoemde uitspraak en meent dat niets eraan in de weg staat om ook geharmoniseerde normen aan art. 34 VWEU te toetsen (zie over de wenselijkheid van toetsing nr. 119).⁹⁸⁷ De A-G in de zaak *James Elliott* (nr. 83 en 116) betoogt onder verwijzing naar het arrest *Fra.bo* mijns inziens terecht dat daar waar nationale normalisatienormen aan art. 34 VWEU moeten kunnen worden getoetst, het Hof *a fortiori* bevoegd moet worden geacht geharmoniseerde normen aan art. 34 VWEU te toetsen.⁹⁸⁸

Overigens is door Lundqvist de vraag opgeworpen hoe substantieel de eventuele controle via art. 34 VWEU zou zijn. Een Europese geharmoniseerde norm geldt immers in heel de EU voor alle marktdeelnemers, waardoor deze – net als secundair EU-recht⁹⁸⁹ – minder snel het vrije verkeer van goederen zal hinderen.⁹⁹⁰ Slechts indien een geharmoniseerde norm bijvoorbeeld meer reguleert dan de essentiële eisen of de norm zo buitenproportioneel streng is dat alleen bepaalde multinationals op de markt eraan zouden kunnen voldoen, zou sprake kunnen zijn van een schending.⁹⁹¹ Bovendien lijken marktdeelnemers wellicht een actie in te kunnen stellen bij de civiele rechter nu zij een direct economisch belang hebben bij vrij verkeer van goederen, doch lijkt bij consumenten of consumentenbelangenorganisaties een economisch belang te ontbreken: zij hebben met name belang bij een juist veiligheidsniveau van een geharmoniseerde norm. De praktische relevantie van deze toetsingsmogelijkheid lijkt derhalve beperkt.⁹⁹²

115 Toetsing aan het secundaire EU-recht

Op basis van de jurisprudentie van het Hof dient nationale wetgeving die qua toepassingsbereik valt onder volledig geharmoniseerde, secundaire EU-wetgeving, in beginsel niet aan art. 34 VWEU, maar rechtstreeks aan het

⁹⁸⁶ Uit r.o. 26 volgt dat het erom gaat of de activiteit van DVGW, rekening houdend met het wet- en regelgevingskader waarin zij wordt uitgeoefend, het vrije verkeer van goederen belemmert op dezelfde wijze als overheidsmaatregelen. Vgl. Tobler in <http://media.leidenuniv.nl/legacy/case-c-171-10.pdf> onder verwijzing naar <http://www.minbuza.nl/ecer/nieuws/2012/07/geen-horizontale-directe-werking-voorbepalingen-van-het-vrij-verkeer-van-goederen.html>.

⁹⁸⁷ Schepel 2013a, p. 521 e.v. Iets terughoudende Schepel 2013b, p. 192.

⁹⁸⁸ Concl. A-G van 28 januari 2016 in C-613/14, ECLI:EU:C:2016:63 (*James Elliott Construction Ltd./Irish Asphalt Ltd.*), punt 59 en 60.

⁹⁸⁹ Secundair EU-recht stimuleert volgens het Hof veelal juist het vrije verkeer van goederen, zie o.a. Van den Cleyenbreugel & Van den Bogaert 2018, p. 491 en aldaar genoemde bronnen.

⁹⁹⁰ Lundqvist 2014, p. 379. Zie ook Mataija 2016, p. 250.

⁹⁹¹ Vgl. het OLG dat in *Fra.bo*, nadat het Hof was geaddieerd, tot een inbreuk kwam nu de daarin vervatte onderwatertest van 3.000 uur onredelijk was en een andere rechtvaardiging voor zo'n strenge norm niet bestond, OLG Düsseldorf 14.08.2013, VI-2 U (Kart) 15/08, r.o. 33 en 39 e.v. zoals ook besproken door Verbruggen 2017b, p. 80 e.v.

⁹⁹² Zie ook Mataija 2016, p. 250.

secundaire instrument te worden getoetst.⁹⁹³ In de zaak *Commissie/Duitsland*, als aangehaald in *James Elliott*,⁹⁹⁴ oordeelde het Hof dat nationale regelgeving (in dit geval uit Duitsland) die feitelijk zwaardere eisen stelt aan de verhandelbaarheid van producten dan de Richtlijn Bouwproducten door een ü-mark te vereisen naast CE-markering, in strijd is met deze laatste richtlijn.⁹⁹⁵ Ook handelingen van nationale ambtenaren binnen het kader van handhaving van productveiligheidsrecht dienen te worden getoetst op verenigbaarheid met het secundaire EU-recht en niet op verenigbaarheid met art. 34 VWEU.⁹⁹⁶ Handelingen van instellingen en organen van de Unie kunnen sowieso aan secundair EU-recht worden getoetst, als regels afgeleid van het verdrag ex art. 263 tweede alinea VWEU.

Mijns inziens kunnen geharmoniseerde normen die onder volledig geharmoniseerde EU-wetgeving hangen, ook worden getoetst aan het secundaire EU-recht en dan met name de essentiële eisen die zij invullen. Dit vraagt wel een vertaalslag. Europese normalisatie-instituten zijn immers geen organen van de Unie en zijn dus niet op die wijze aan het secundaire EU-recht gebonden. Ze worden aan de essentiële eisen gebonden via een overeenkomst van opdracht met de Commissie en niet zozeer doordat secundair productveiligheidsrecht aan hen gerichte, bindende verplichtingen bevat. Voor zover de Europese normalisatie-instituten als pure private entiteiten moeten worden gezien die geen wet- of regelgevingshandelingen verrichten, kunnen de essentiële eisen wel indirect worden gebruikt ter concretisering van art. 34 VWEU (nr. 114). Voorts lijkt de beslissing van de Europese Commissie tot publicatie in ieder geval op de verenigbaarheid met secundair EU-recht, en de daarin vervatte essentiële eisen, te kunnen worden getoetst (nr. 118).⁹⁹⁷

116 Via art. 267 VWEU – uitleg

Art. 267 VWEU bepaalt dat het Hof van Justitie bevoegd is, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen over a.) de uitlegging van de Verdragen en b.) de geldigheid en de uitlegging van de *handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie*.

In de *James Elliott*-zaak bevestigde het Hof van Justitie (in antwoord op de eerste vraag onder a) dat art. 267 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het Hof van Justitie bevoegd is tot *uitleg* van een geharmoniseerde norm in de zin

⁹⁹³ Zie o.a. HvJ EG 14 december 2004, C-309/02, ECLI:EU:C:2004:799, r.o. 53. Dit is ook het beleid van de Commissie in inbreukprocedures. Vgl. HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:NL:XX:2007:BA8010, *NJB* 2007, 1168, *NTER* 2008, nr. 7/8 m.nt. H.J. van Harten (*AMG-COS.MET/Finland en Lehtinen*), r.o. 50.

⁹⁹⁴ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), r.o. 46.

⁹⁹⁵ HvJ EU 16 oktober 2014, C-100/13 (*Commissie/Duitsland, ü-mark*), r.o. 60-61.

⁹⁹⁶ HvJ EG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:NL:XX:2007:BA8010, *NJB* 2007, 1168, *NTER* 2008, nr. 7/8 m.nt. H.J. van Harten (*AMG-COS.MET/Finland en Lehtinen*), r.o. 53. Overigens is in inbreukprocedures ook niet altijd helder waar de grens ligt van een secundair instrument, waardoor de inbreuk zekerheidshalve wordt gestoeld op beide grondslagen.

⁹⁹⁷ Zie eerdere opmerkingen van Schepel dat indien rechterlijke toetsing moet worden opengesteld, het deze beslissing moet betreffen en niet de integrale normalisatienorm. Let wel, hij raadt het verder mogelijk maken van rechterlijke toetsing en juridisering van normalisatie af en ziet dat niet als oplossing voor de problemen die met normalisatie zijn gemoeid, Schepel 2013a, p. 533. Ik ben daarin minder terughoudend.

van art. 4 lid 1 van de oude Richtlijn Bouwproducten⁹⁹⁸ waarvan de referentie is gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Unie.⁹⁹⁹ Het verwijst daartoe naar jurisprudentie over handelingen van organen die *niet* kunnen worden gekwalificeerd als ‘instellingen, organen en instanties van de Unie’, maar die naar hun aard wel maatregelen ter uitvoering of toepassing van een handeling van Unierecht zijn en kunnen worden uitgelegd om een uniforme toepassing van Unierecht te verzekeren.¹⁰⁰⁰ Vervolgens overweegt het Hof dat in lijn met eerdere jurisprudentie ‘een handeling van Unierecht die geen juridisch bindende werking heeft’ ook door het Hof kan worden uitgelegd.¹⁰⁰¹ Het Hof wijst er vervolgens op dat het volgen van een geharmoniseerde norm bepaalde rechtsgevolgen meebrengt (het vermoeden van overeenstemming).¹⁰⁰² Volgens het Hof maakt de geharmoniseerde norm daarom ‘deel uit(...) van het Unierecht’ nu aan de hand van de norm wordt vastgesteld of het vermoeden toepassing heeft,¹⁰⁰³ in welk geval het product is toegestaan op de interne markt en lidstaten geen extra eisen mogen stellen.¹⁰⁰⁴ Het Hof van Justitie merkt op dat de geharmoniseerde norm een noodzakelijke en strikt afgebakende maatregel vormt die op initiatief van de Commissie wordt doorgevoerd en slechts na publicatie van de verwijzing rechtgevolgen heeft.¹⁰⁰⁵ Het gaat vervolgens in op de inhoud, de invloed en controle van de Commissie op het mandaat, de uitvoering daarvan en de controle van het eindproduct,¹⁰⁰⁶ en het feit dat de Commissie de zorg voor de naleving van de richtlijn door lidstaten draagt via art. 258 VWEU (inbreukprocedure).¹⁰⁰⁷ In dat licht acht het Hof zich bevoegd tot uitleg. *James Elliott* roept echter een aantal nieuwe vragen op die hierna zullen worden behandeld.

Inmiddels is het Hof in de zaak *Anstar* daadwerkelijk tot uitleg van het toepassingsbereik van geharmoniseerde normen onder de Verordening Bouwproducten overgegaan.¹⁰⁰⁸ Uit deze zaak blijkt dat de uitleg van geharmoniseerde normen vanwege hun technische gehalte wellicht nog

⁹⁹⁸ Richtlijn 89/106/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake voor de bouw bestemde producten (*PbEG* 1989, L 40) (Richtlijn Bouwproducten)

⁹⁹⁹ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), r.o. 47.

¹⁰⁰⁰ *James Elliott*, r.o. 34 onder verwijzing naar HvJ EG 20 september 1990, C-192/89, EU:C:1990:322 (*Sevince*), r.o. 10 en HvJ EG 21 januari 1993, C-188/91 EU:C:1993:24 (*Deutsche Shell*), r.o. 17.

¹⁰⁰¹ R.o. 35 onder verwijzing naar HvJ EG 21 januari 1993, C-188/91 EU:C:1993:24 (*Deutsche Shell*), r.o. 18.

¹⁰⁰² R.o. 38, 39, 41 en 42. In de door het Hof aangehaalde zaak HvJ EU 21 oktober 2010, C-185/08 (*Latchways and Eurosafe Solutions/Kedge Safety Systems c.s.*), r.o. 31 ging het nog om een deel van een EN-norm dat buiten het mandaat viel en niet als geharmoniseerde norm kon worden gezien, doch de motivering in dat arrest kan wel als opmaat worden gezien voor *James Elliott*, zie Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 886.

¹⁰⁰³ R.o. 40.

¹⁰⁰⁴ R.o. 41 en 42.

¹⁰⁰⁵ R.o. 43.

¹⁰⁰⁶ R.o. 44-45.

¹⁰⁰⁷ R.o. 46 onder verwijzing naar HvJ EU 16 oktober 2014, C-100/13 (*Commissie/Duitsland, ü-mark*).

¹⁰⁰⁸ HvJ EU 14 december 2017, C-630/16, ECLI:EU:C:2017:971 (*Anstar Oy Turvallisuus- ja kemikaalivirasto (Tukes)*).

strikt is verweven met de feiten dan ander EU-recht. Om een antwoord te geven op het materiële toepassingsbereik van een geharmoniseerde norm dient het Hof te worden voorgelicht over het product in kwestie, doch de feitelijke toets of een bepaald product onder een geharmoniseerde norm valt, is aan de nationale rechter.¹⁰⁰⁹ Voor uitleg kijkt het Hof naar de inhoud van de geharmoniseerde norm (met name de Annex ZZ of ZA), het mandaat dat de buitengrenzen ervan aangeeft¹⁰¹⁰ en eventuele eerdere geharmoniseerde normen.¹⁰¹¹ Opvallend is dat het Hof overweegt dat de aanwezigheid van een Europees beoordelingsdocument bij bouwproducten een aanwijzing kan zijn voor uitleg van de geharmoniseerde norm (deze zijn alleen toepasselijk voor producten waarvoor geen geharmoniseerde normen bestaan), mits zo een document in rechte is overgelegd. Het is echter niet per definitie doorslaggevend.¹⁰¹² Voorts zijn nadere richtsnoeren of uitlegdocumenten van normalisatie-instituten over de geharmoniseerde norm volgens het hof niet relevant voor de uitleg in rechte ervan.

117 Via art. 267 VWEU – indirecte rechtmatigheidstoetsing?

Het antwoord in *James Elliott* laat open of het Hof van Justitie naast *uitleg* (art. 267 aanhef en sub a VWEU), tevens bevoegd is te oordelen over de *rechtmatigheid* van geharmoniseerde normen in de zin van art. 267 aanhef en sub b VWEU. Dit artikel biedt geen directe rechtsingang, maar zorgt dat nationale gerechten prejudiciële vragen over de *geldigheid* van geharmoniseerde normen kunnen (en bij twijfel daarover in laatste instantie *moeten*) stellen. In de prejudiciële procedure mag het Hof ook maatregelen ongeldig verklaren. De nationale rechter mag dat namelijk niet.¹⁰¹³ Het moet dan wel gaan om een ‘handeling van de instellingen, organen of instanties van de Unie’ (*act*) in de zin van sub b en normalisatie-instituten zijn dit strikt genomen niet. De vraag en het antwoord in *James Elliott* zagen expliciet op uitleg, en niet op de geldigheid. Het Hof zegt niet of de geharmoniseerde norm een handeling in voornoemde zin is, doch slechts dat hij ‘deel uitmaakt van het Unierecht’.¹⁰¹⁴

A-G Campos Sánchez-Bordona betoogde dat de formele bezwaarprocedure (nr. 112), het mandaat (nr. 106) en handelingen van de Commissie voorafgaand aan publicatie (nr. 108) maken dat hier sprake is van “gecontroleerde” delegatie van regelgeving’ en dat een geharmoniseerde norm een handeling van de instellingen, organen of instanties van de Unie (*act*) is in de zin van art. 267 aanhef en sub b VWEU (zie hierna).¹⁰¹⁵ Meerdere

¹⁰⁰⁹ R.o. 33.

¹⁰¹⁰ R.o. 34-37.

¹⁰¹¹ R.o. 38-40.

¹⁰¹² R.o. 41-43. In casu waren deze niet overgelegd.

¹⁰¹³ Craig & De Búrca 2015, p. 534 en 535, onder verwijzing naar HvJ EG 22 oktober 1987. 317/85 (*Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost.*).

¹⁰¹⁴ *James Elliott*, r.o. 40. Vgl. voor nationaal recht eerder ook Neerhof 2016, p. 204.

¹⁰¹⁵ Concl. A-G van 28 januari 2016 in C-613/14, ECLI:EU:C:2016:63 (*James Elliott Construction Ltd./Irish Asphalt Ltd.*), overweging 55. Zie ook overweging 61 van de A-G waar hij – anders dan het Hof – aansluit bij de zaak

auteurs menen dat – had het Hof deze route gevolgd – in dat geval indirecte rechtmatigheidstoetsing had open gestaan (zie hierna nr. 119). Het Hof van Justitie gaat echter niet volledig mee met de A-G. Het oordeelt dat de norm ‘deel uitmaakt van het Unierecht’, doch het kwalificeert de norm niet expliciet als ‘handeling’ in voornoemde zin.

In de praktijk zal een marktdeelnemer in een horizontale verhouding de strijdigheid van een geharmoniseerde norm met art. 101 VWEU, art. 34 VWEU dan wel het secundaire instrument wellicht ook in een horizontale verhouding aan de orde willen stellen, bijvoorbeeld stellende dat daarom de norm buiten toepassing moet worden gelaten.¹⁰¹⁶ Mocht een vraag over de rechtmatigheid ooit worden gesteld dan zal het Hof van Justitie EU zich moeten buigen over de controversiële vraag of het bevoegd is daarover te oordelen en of het gebruik van geharmoniseerde norm onder de Nieuwe Aanpak een rechtmatige vorm van delegatie van wetgeving is of niet (zie hierna).

118 Via art. 263 VWEU – directe rechtmatigheidstoetsing?

Met James Elliott is evenmin de vraag beantwoord of directe controle ex art. 263 VWEU mogelijk is. Art. 263, eerste alinea VWEU vereist dat beroep kan worden ingesteld tegen een ‘handeling van organen of instanties van de Unie waarmee rechtsgevolgen ten aanzien van derden worden beoogd’ (*act*) (vgl. het begrip ‘handeling’ ex art. 267 aanhef en sub b VWEU en de afwijkende conclusie van de A-G in *James Elliott*, nr. 117).¹⁰¹⁷ Europese normalisatie-instituten zijn geen organen of instanties van de Unie. In de jurisprudentie van het Hof over handelingen in voornoemde zin lijkt de materiële werking, en dus vraag of rechtsgevolgen ten aanzien van derden worden beoogd, overigens doorslaggevend dan de vorm van de maatregel.¹⁰¹⁸ Dat geharmoniseerde normen rechtsgevolgen veroorzaken, is door het Hof in James Elliott met zoveel woorden bevestigd.¹⁰¹⁹ Een alternatieve route om tot enige rechterlijke controle te komen, is niet focussen op de geharmoniseerde norm als rechtshandeling, maar op de beslissing tot publicatie van de Commissie. Hoewel het lange tijd niet duidelijk was,¹⁰²⁰ lijkt sinds kort het Gerecht van Eerste Aanleg te accepteren dat de beslissing tot publicatie een handeling van

Grimaldi, C-322/88, over de uitleg van een aanbeveling van de Europese Commissie hetgeen wel als ‘act of an institution’ werd gezien. Vgl. Schepel 2005, p. 226 en 254 e.v.

¹⁰¹⁶ Van Leeuwen 2015, p. 221.

¹⁰¹⁷ Senden 2017, p. 345; Van Gestel 2018, p. 407.

¹⁰¹⁸ Hofmann e.a. 2011c, p. 802.

¹⁰¹⁹ R.o. 38, 39, 41 en 42 van *James Elliott* voornoemd.

¹⁰²⁰ Volgens Schepel stond dit met de nieuwe Normalisatieverordening reeds onomstotelijk vast, zie Schepel 2013a, p. 529 onder verwijzing naar Lauwaars, ‘The “Model Directive” on Technical Harmonisation’, in R. Bieber e.a. (eds.), 1992: *One Internal Market?* (Nomos, Baden-Baden 1988), p. 151 (niet kunnen raadplegen), en Schepel op p. 531. Vgl. Schepel 2005, p. 250 en 251, die er toen al op wees wat de gevolgen zijn indien de beslissing tot publicatie zou zijn onderworpen aan rechterlijke toetsing ex het oude art. 230 EC onder verwijzing naar HvJ EG 21 januari 1999, C-120/97, ECLI:EU:C:1999:14 (*Upjohn Ltd/The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 a.o.*), r.o. 34. Rechterlijke toetsing zou volgens Schepel dan beperkt moeten zijn tot de beslissing tot publicatie en niet de gehele norm moeten betreffen, p. 253.

algemene strekking is waartegen een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld ex art. 263 VWEU.¹⁰²¹

Een beslissing van de Commissie in de formele bezwaarprocedure geldt daarnaast volgens een aantal auteurs op grond van het *Schmoldt*-arrest als handeling in de zin van art. 263 VWEU en is dus onderworpen aan rechterlijke toetsing.¹⁰²²

Lidstaten, het Europees Parlement en de Raad kunnen te allen tijde beroep instellen ex art. 263, tweede alinea VWEU. Particulieren moeten echter, willen zij een handeling aanvechten, daartoe bevoegd zijn. Sinds het Verdrag van Lissabon dient een handeling een private persoon rechtstreeks én individueel te raken, wil sprake zijn van procesbevoegdheid conform art. 263 vierde alinea VWEU (de zogeheten *Plaumann*-toets), tenzij het gaat om regelgevingshandelingen¹⁰²³ die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen in welk geval de handeling alleen rechtstreeks hoeft te raken.¹⁰²⁴ Het is onduidelijk onder welke categorie de geharmoniseerde normen dan wel de beslissingen tot publicatie ervan vallen.¹⁰²⁵ Deze drempels voor procesbevoegdheid zijn zeer hoog.¹⁰²⁶ Geharmoniseerde normen zullen als maatregelen van algemene strekking particulieren niet snel individueel raken, net als gesloten producteisen overigens. Het Gerecht van Eerste Aanleg oordeelde in *Schmoldt* over een afwijzende beschikking in een formele bezwaarprocedure dat een marktdeelnemer hierdoor niet individueel wordt geraakt.¹⁰²⁷

¹⁰²¹ GvEA 26 januari 2017, T-474/15, ECLI:EU:T:2017:36 (*Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy)/Commissie en Republiek Letland*), r.o. 60. Hiertoe verwijst het GvEA naar GvEA 25 mei 2004, T-264/03, ECLI:EU:T:2004:157 (*Schmoldt e.a./Commissie*), r.o. 91-94 (zie mede hierna) dat ziet op een beslissing in de bezwaarprocedure en de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona, overweging 45 bij HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*), alsmede r.o. 38-43 van datzelfde arrest. Zie in deze zin ook Volpato & Eliantonio, *The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L Series*, *European Law Blog* 7 March 2019 en Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 892.

¹⁰²² GvEA 25 mei 2004, T-264/03, ECLI:EU:T:2004:157 (*Schmoldt e.a./Commissie*), r.o. 110 e.v., zoals ook aangehaald in r.o. 60 van *Global Garden Products* voornoemd, alsmede door Hofmann e.a. 2011d, p. 603 en Schepel 2005, p. 253-254.

¹⁰²³ Zijnde handelingen van algemene strekking, met uitsluiting van wetgevingshandelingen, HvJ EU 3 oktober 2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami III*), r.o. 60.

¹⁰²⁴ De oude dubbele eis van 'direct and individually concerned' volgens de *Plaumann*-doctrine, HvJ EG 15 juli 1963, ECLI:EU:C:1963:17 (*Plaumann e.a./Europese Commissie*), geldt dus niet meer voor alle handelingen; Craig & De Búrca 2015, p. 515 e.v. m.n. 528.

¹⁰²⁵ Geharmoniseerde normen onder richtlijnen vragen in ieder geval uitvoeringshandelingen door de lidstaten, namelijk implementatie van de richtlijn. Voor verordeningen lijkt dit niet het geval, vgl. Craig & De Búrca 2015, p. 532. De optie dat de beslissing tot publicatie moet worden gezien als een regelgevingshandeling, die geen uitvoeringshandeling met zich brengt wordt verkend in Volpato & Eliantonio, *The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L Series*, *European Law Blog* 7 March 2019.

¹⁰²⁶ Volpato en Eliantonio wijzen in voornoemde blog voor de invulling van 'rechtstreeks' op HvJ EG 29 juni 2004, C-486/01, ECLI:EU:C:2004:394 (*Front National/European Parliament*) en GvEA (tweede kamer) 28 september 2016, T-600/15, ECLI:EU:T:2016:601 (*PAN Europe e.a./Commissie*) waaruit zij afleiden dat stakeholder-organisaties niet snel rechtstreeks zullen zijn geraakt.

¹⁰²⁷ Zie r.o. 108 – 125 en r.o. 123 van het *Schmoldt*-arrest. Zoals ook uitgebreid besproken door Eliantonio 2017, p. 402 en 404. Volgens Schepel is deze categorie van belanghebbenden met *Fra.bo*-uitspraak vergroot, Schepel 2013a, p. 531. Hierin kan ik hem niet volgen.

119 Delegatie, rechterlijke controle en de wenselijkheid ervan

Delegatie op Europees niveau kan alleen plaatsvinden onder strikte voorwaarden die volgen uit de reeds oude *Meroni*-zaak¹⁰²⁸ (ook wel de *Meroni*-doctrine genoemd):¹⁰²⁹

- De Commissie mag niet meer delegeren dan zij aan bevoegdheden bezit;
- Alleen duidelijk gedefinieerde uitvoeringsbevoegdheden mogen worden gedelegeerd;
- Delegeren van onvoldoende afgebakende beoordelingsruimte is niet toegestaan;¹⁰³⁰
- De uitoefening van dergelijke bevoegdheden zou onderworpen moeten zijn aan dezelfde rechterlijke controle, als waaraan de delegerende autoriteit zou moeten zijn onderworpen, had deze de bevoegdheid zelf uitgeoefend.

Onder het huidige VWEU dient voorts onderscheid te worden gemaakt tussen gedelegeerde handelingen (*delegated acts*, art. 290 VWEU) en uitvoeringshandelingen (*implementing acts*, art. 291 VWEU). Alleen de Commissie kan ex art. 290 VWEU bevoegd worden gemaakt gedelegeerde handelingen vast te stellen. Uitvoeringshandelingen ex art. 291 VWEU kunnen echter ook aan agentschappen worden overgelaten.¹⁰³¹ Daar waar de Commissie bevoegd is tot het vaststellen van uitvoeringshandelingen doet zij dat in de vorm van uitvoeringsverordeningen, -richtlijnen of besluiten (art. 288 VWEU). Het vaststellen van uitvoeringshandelingen is onderworpen aan de comitologieprocedure ex art. 291 lid 3 VWEU die thans is geregeld in de Comitologieverordening.¹⁰³²

Reeds meerdere auteurs hebben opgemerkt dat de Nieuwe Aanpak de toets aan de *Meroni*-criteria niet lijkt te doorstaan.¹⁰³³ Critici menen dat geharmoniseerde normen de kwalificatie als uitvoeringshandeling te boven gaan nu de vaag geformuleerde essentiële eisen en het mandaat van de

¹⁰²⁸ HvJ EG 13 juni 1958, C-9/56 en C-10/56 (*Meroni c.s./Hoge Autoriteit van de EGK&S*). Falke 1997, p. 220.

¹⁰²⁹ Joerges e.a. 1999, p. 16; Schepel 2005, p. 226; Hofmann e.a. 2011a, p. 248.

¹⁰³⁰ Zoals het Hof in *Meroni* opmerkt: 'De gevolgen van een delegatie van bevoegdheden variëren sterk naargelang met deze delegatie nauwkeurig omschreven uitvoerende bevoegdheden worden beoogd, welke uitoefening strikt kan worden getoetst aan objectieve, door het delegerende gezag vastgestelde criteria, dan wel of deze delegatie een discretionaire bevoegdheid betreft, welke een grote vrijheid van waardering veronderstelt en waarvan de uitoefening zelfs kan resulteren in het voeren van een waar economisch beleid. Een delegatie van het eerste type zal in de wijze van uitoefening der gedelegeerde bevoegdheden veelal geen merkbare verandering teweegbrengen. Een delegatie van het tweede type daarentegen, waarbij de bevoegdheid tot keuzebepaling van het delegerende gezag aan het andere gezag wordt overgedragen, betekent een werkelijke overdracht van verantwoordelijkheid.' Nu het in *Meroni* om delegatie van 'ruime discretionaire bevoegdheid' ging aan een private entiteit, was dat niet toegestaan.

Voor uitgebreide beschrijving van het verschil tussen *delegated acts* en *implementing acts*, de grenzen van bevoegdheid en bespreking van rechtspraak, zie Hofmann e.a. 2011a, p. 222 e.v.

¹⁰³² Verordening (EU) Nr. 182/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 tot vaststelling van de algemene voorschriften en beginselen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren (*PbEU* 2011, L 55/13).

¹⁰³³ Schepel 2005, p. 227 en 255; Hofmann e.a. 2011a, p. 248; Lundqvist 2014, p. 375. Zie ook Medzmariashvili, Opening the ECJ's Door to Harmonised European Standards? (Opinion of the AG in C-613/14 James Elliott Construction), *European Law Blog* 1 March 2016 die hierop wijst.

Commissie normalisatie-instituten relatief grote beoordelingsruimte laten. Zoals bijvoorbeeld door Hofmann c.s. is opgemerkt: *'It is quite clearly the case that European standards are not merely technical translations of political mandates, but entail a good deal of political judgement.'*¹⁰³⁴ Bovendien zou de controle door de Commissie voor publicatie in het publicatieblad te wensen over laten, waardoor niet aan het derde *Meroni*-vereiste zou zijn voldaan.¹⁰³⁵ Tegelijkertijd erkennen zij ook het bestaan van een 'mandaat', de eerdergenoemde bezwaarprocedure en het feit dat de publicatiebeslissing van de Commissie wel aan enige controle is onderworpen, waardoor geharmoniseerde normen enige status hebben.

Met de *ESMA*-zaak lijken de *Meroni*-criteria door het Hof wat te zijn verruimd. Het Hof staat delegatie van enige beoordelingsruimte aan een EU-agentschap toe onder de voorwaarden dat de uitoefening van deze bevoegdheden is ingekaderd – in casu onder meer door de desbetreffende Europese verordeningen – en dat deze is onderworpen aan rechterlijke controle.¹⁰³⁶ Normalisatie-instituten zijn echter geen door de Europese wetgever ingestelde agentschappen als ESMA, maar volledig private rechtspersonen (nr. 22 en 24). Strikte uitleg van *Meroni* en *ESMA* zou betekenen dat geharmoniseerde normen volledig buiten het publieke domein zouden vallen en dus aan rechterlijke controle zouden ontsnappen. Bovendien is dan de vraag of aan zulke normen dan überhaupt enig rechtsgevolg mag toekomen, omdat ze in dat geval niet zijn vastgesteld op grond van een geldige bevoegdheid.¹⁰³⁷ Als gezegd wordt ook in publiekrechtelijke literatuur daarom wel gepleit om bij het gebruik door de wetgever van alternatieve regelgeving te zoeken naar nieuwe vormen van 'governance',¹⁰³⁸ waarbij al dan niet toestaan van rechtelijker controle een punt van discussie blijft. Daarbij blijft de vraag: is delegatie een voorwaarde voor rechtelijker toetsing (het moet immers gaan om een 'act' in de zin van art. 267 VWEU of art. 263 VWEU) of is rechterlijke controle een voorwaarde voor geldige delegatie? A-G Campos Sánchez-Bordona lijkt in zijn conclusie bij *James Elliott* de toets aan de formele criteria uit *Meroni* niet doorslaggevend te achten en meent dat feitelijk sprake is van delegatie op grond van een combinatie van factoren, waaronder de rol

¹⁰³⁴ Hofmann e.a. 2011a, p. 248. HvJ EG 13 juni 1958, C-9/56 en C-10/56 (*Meroni c.s./Hoge Autoriteit van de EGK&S*). Schepel 2005, p. 227 en 255.

¹⁰³⁵ Vgl. Hofmann e.a. 2011a, p. 248 en Hofmann e.a. 2011d, p. 600, die er in navolging van Schepel op wijzen dat dit thans lijkt te ontbreken.

¹⁰³⁶ HvJ EU 22 januari 2014, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18 (*VK/Europees Parlement en de Raad, ESMA*), r.o. 43 t/m 53, waarin uitvoerig uiteen wordt gezet tot welke gevallen en bevoegdheden de beoordelingsruimte van ESMA beperkt is. Zoals betoogd door o.a. Medzmariashvili 2017, p. 353 e.v. en Eliantonio 2017, p. 396.

¹⁰³⁷ Zie in dat verband ook art. 277 VWEU (de exceptie van onwettigheid). Vgl. Van Gestel 2018, p. 407 die de vraag ook opwerpt.

¹⁰³⁸ Vgl. Cafaggi & Janczuk 2010, p. 12 en Van Gerven & Lierman 2010, p. 289, die er in meer algemene zin op wijzen dat nieuwe vormen van *governance* binnen de Unie vragen om andere beoordeling van legitimiteit van regelgeving, derhalve niet op grond van traditionele hiërarchie (conform *Meroni*), maar op grond van procedurele waarborgen.

van het mandaat en de goedkeuring door de Commissie achteraf.¹⁰³⁹ Het gevolg van de keuze van de A-G om geharmoniseerde normen als handeling (*act*) in de zin van art. 267 aanhef en sub b VWEU te kwalificeren, is dat mede rechtmatigheidsstoetsing van deze hybride figuur van regelgeving mogelijk lijkt te zijn (nr. 117 en 118), waarmee de controle op deze normen kan worden vergroot.¹⁰⁴⁰

Tegelijkertijd wordt wel betoogd dat het toestaan van rechterlijke controle een voorwaarde is voor het bestaan van geldige delegatie. Senden en Medzmariashvili zien in de *ESMA*-zaak ruimte om geharmoniseerde normen toch als een vorm van delegatie te zien, die slechts rechtmatig zou kunnen zijn, indien ten minste voldoende rechterlijke controle bestaat.¹⁰⁴¹ Senden wijst erop dat in de Engelse versie van overweging 43 van het arrest, het Hof van Justitie EU geharmoniseerde normen omschrijft als '*a necessary implementing measure*' waaruit zij afleidt dat geharmoniseerde normen zelf als uitvoeringshandeling ('*implementing measure*') ex art. 291 VWEU kunnen worden gezien, waarbij het 'mandaat' een vorm van sub-delegatie door de Commissie zou zijn.¹⁰⁴² Volgens Senden zou het vaststellen van de geharmoniseerde norm in dat geval aan dezelfde waarborgen moeten worden onderworpen als waar de Commissie aan onderworpen is.¹⁰⁴³ Uiteindelijk lijkt het vergroten van de controle op normen door delegatie aan te nemen wellicht de vader van de gedachte.

Volgens sceptici is het openen van de weg van rechterlijke controle van geharmoniseerde normen in het bijzonder rechtmatigheidsstoetsing, zand in de molen van het nu vrij vloeiend lopende normalisatieproces. Dat het Hof van Justitie zelfs in de technische beoordeling van een geharmoniseerde norm zou treden, ziet Schepel als '*the ultimate nightmare scenario*'. Juridisering zou diametraal indruisen tegen de reden waarom de Unie van oorsprong gebruik is gaan maken van normalisatie, namelijk vanwege het gebrek aan technische kennis binnen de instellingen en omdat traditionele wetgeving zo lang op zich laat wachten.¹⁰⁴⁴ Hofmann c.s. volgt Schepel in zoverre dat hij het

¹⁰³⁹ Overweging 39 t/m 41 en expliciet in overweging 55 van diens conclusie. Zoals ook besproken door Colombo & Eliantonio 2017, p. 326-328, die zelf vrezen dat met het afwijkende oordeel van het Hof van Justitie EU geharmoniseerde normen geheel aan rechtmatigheidsstoetsing worden onttrokken (zie p. 333).

¹⁰⁴⁰ In deze zin Eliantonio 2017, p. 398; Colombo & Eliantonio 2017.

¹⁰⁴¹ Senden 2017, Eliantonio 2017, Senden 2017, p.350 en Medzmariashvili 2017, p. 354 en 360. Zie ook Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 890.

¹⁰⁴² Senden 2017, p. 349. *James Elliott*, r.o. 43: '*It must, moreover, be noted that while the development of such a harmonised standard is indeed entrusted to an organisation governed by private law, it is nevertheless a necessary implementation measure which is strictly governed by the essential requirements defined by that directive, initiated, managed and monitored by the Commission, and its legal effects are subject to prior publication by the Commission of its references in the 'C' series of the Official Journal of the European Union.*' Afhankelijk van de inhoud van de handeling kan volgens haar soms toch sprake zijn van een *delegated act* (art. 290 VWEU). Vgl. Craig & De Búrca 2015, p. 144.

¹⁰⁴³ Senden 2017, p. 351-352, zoals bijvoorbeeld de plicht voor de Commissie om *stakeholder consultations* te houden. Vgl. voor een andere constructie Volpato & Eliantonio, *The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L Series*, *European Law Blog* 7 March 2019, die erop wijzen dat de publicatiebeslissing als uitvoeringsbesluit onderworpen zou moeten zijn aan comitologie.

¹⁰⁴⁴ Schepel 2005, p. 251.

binnentrekken van geharmoniseerde normen in de publieke hiërarchie ‘*ill advised*’ noemt. Het zou beter zijn om andere waarborgen in te bouwen in het private proces waardoor uiteindelijk hetzelfde resultaat kan worden bereikt.¹⁰⁴⁵ Welke dat concreet zijn wordt alleen niet toegelicht. Rechterlijke controle van geharmoniseerde normen zal waarschijnlijk worden toegejuicht door auteurs als Micklitz en Van Gestel, die eerder al pleitten voor *legality review*.¹⁰⁴⁶ Ik zou hen hierin willen volgen. Het is mijns inziens niet aannemelijk dat uitleg of rechterlijke toetsing het systeem van de Nieuwe Aanpak direct plat legt, nu een geharmoniseerde norm alleen een vermoeden van overeenstemming vestigt. Vervalt de (verwijzing naar de) geharmoniseerde norm dan resteert nog wel een open norm. Autoriteiten kunnen nu ook al producten verbieden indien deze ondanks conformiteit met de geharmoniseerde norm onveilig zijn. Inhoudelijke technische discussies over bijvoorbeeld de geldigheid van handhavingsbesluiten, al dan niet in relatie tot geharmoniseerde normen vinden op dit moment al plaats. Rechters dienen eventuele vragen over de overeenstemming van geharmoniseerde normen met essentiële eisen nu zelf te beantwoorden, hetgeen de eenheid in uitleg van Unierecht niet bevordert.¹⁰⁴⁷ Bovendien is het de vraag of het onoverkomelijk is dat een Europese rechter zich moet buigen over technisch complexe materie. Nationale civiele rechters doen dit dagelijks (zie hoofdstuk 6 en 7).¹⁰⁴⁸ Ook het Hof van Justitie heeft de mogelijkheid om deskundigen te benoemen in een procedure, maar doet dit alleen zelden.¹⁰⁴⁹

Aangezien het normalisatieproces nog niet optimaal functioneert en eerdere pogingen om meer waarborgen in te bouwen zijn gestrand, lijkt het niet bezwaarlijk dat de weg naar meer rechterlijke controle wordt geopend. Indien een individuele rechtsingang zou ontbreken, dan kan een private partij alleen iets tegen een geharmoniseerde norm beginnen door melding te maken

¹⁰⁴⁵ Hofmann e.a. 2011a, p. 249. Zij verwijzen naar een citaat van Schepel 2005, p. 257: ‘*the central problem with standardisation under the New Approach is not the privatisation of public lawmaking, but the political instrumentalisation of private rulemaking. And the normative answer to that problem is not the reinvigoration of the public, but rather the reinvigoration of the public-regardingness of responsive self-regulation*’ In dezelfde bewoordingen Joerges e.a. 1999, p. 27. Vgl. Black 1996, p. 47-55 (in het bijzonder p. 50).

¹⁰⁴⁶ Van Gestel & Micklitz 2013, p. 153 e.v. Zie later ook Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 892.

¹⁰⁴⁷ Van Gestel & Micklitz 2013, p. 155 betwijfelen wel of rechters die moeten oordelen over de constitutionalisering van normalisatie, *ex ante* de juridische en economische consequenties van hun beslissingen kunnen overzien.

¹⁰⁴⁸ Vgl. Schepel die bezwaar lijkt te hebben tegen constitutionalisering van normalisatie, maar minder moeite lijkt te hebben met zogeheten ‘*decentralised judicial review*’. Hier is volgens hem sprake van indien lagere rechters bijvoorbeeld hogere eisen stellen aan de in acht te nemen zorg door o.a. fabrikanten, waardoor zij tot meer gehouden zijn dan slechts het naleven van geharmoniseerde normen. *Decentralised judicial review* kan ook plaatsvinden indien normalisatie-instituten in rechte aansprakelijk worden gehouden voor onjuiste normstelling., Schepel 2005, p. 258: ‘*The ultimate paradox of the New Approach is that, in the final analysis, the best guarantees of ‘constitutionalism’ of standards setting lie exactly in the lack of its clear legal status the critics complain so much about. (...)Such decentralised judicial review of standards coupled with contextual regulation on the European level, it is submitted, stand a much better chance of promoting thorough deliberation in the European standards bodies than does centralised administrative control.*’

¹⁰⁴⁹ Art. 25 van de statuten van het HvJ. Zie uitgebreid over het gebruik van deskundigen door de Europese gerechten, Barbier de la Serre & Sibony 2008, p. 941 e.v. Zie ook Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 891.

bij de Commissie, die uit eigen beweging via comitologie een nieuw mandaat zou kunnen geven, of bij het Europees Parlement of de lidstaten die de formele bezwaarprocedure uit de verordening kunnen initiëren (nr. 112). In het eerste geval is het echter dezelfde Commissie, die eerder de geharmoniseerde norm heeft ‘goedgekeurd’, die beoordeelt of zij hiertoe overgaat, hetgeen zou pleiten voor het toestaan van een directe rechtsingang voor particulieren uit hoofde van het beginsel van effectieve rechtsbescherming (vgl. 80).¹⁰⁵⁰

120 Inhoud van de rechtmatigheidstoets

Indien een geharmoniseerde norm dan wel de beslissing tot publicatie, zou worden gekwalificeerd als ‘handeling’ (*‘act’*) in de zin van art. 263 VWEU of via art. 267 aanhef en sub b. VWEU, dan kan ex art. 263, vierde alinea VWEU de onrechtmatigheid van de geharmoniseerde norm worden beoordeeld wegens 1) onbevoegdheid, 2) schending van wezenlijke vormvoorschriften, 3) schending van de Verdragen of van enige uitvoeringsregeling daarvan, inclusief algemene beginselen dan wel wegens 4) misbruik van bevoegdheid.¹⁰⁵¹

Ziet men geharmoniseerde normen als subdelegatie (nr. 119), dan vormen de essentiële eisen de buitengrenzen van de gedelegeerde bevoegdheid (ad 1). De essentiële eisen zijn regels afgeleid van de Verdragen waaraan getoetst kan worden (ad 3). Bij de invulling van de essentiële eisen hebben de Commissie, en de Europese normalisatie-instituten als mogelijke sub-gedelegeerden, veel beoordelingsruimte. Zoals reeds in nr. 39 is aangestipt, gaat het Gerecht uit van een grote beoordelingsruimte van de Commissie in technisch complexe zaken. Rechtmatigheidstoetsing bij de uitoefening van dergelijke bevoegdheid is – net als bij de vaststelling van gesloten producteisen – veelal een marginale toets. De mate van controle via directe en indirecte rechtmatigheidstoetsing wordt daardoor enigszins gerelativeerd.¹⁰⁵²

121 De aansprakelijkheid van normalisatie-instituten als controlemechanisme?

In de literatuur wordt wel gesuggereerd dat het aansprakelijkheidsrecht een rol zou kunnen vervullen bij de controle op normalisatie, omdat Europese normalisatie-instituten langs die weg direct verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor onrechtmatig handelen en rechtstreeks kunnen worden geraakt.¹⁰⁵³ Belanghebbenden zouden Europese normalisatie-instituten

¹⁰⁵⁰ Zie ook Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 892.

¹⁰⁵¹ Art. 263, tweede en vierde alinea VWEU. Craig & De Búrca 2015, p. 544 e.v. De toets wijkt onder art. 267 aanhef en onder b VWEU niet af van art. 263 vierde alinea VWEU. In het eerste geval is het Hof alleen gebonden aan de gronden voor onwettigheid als aangedragen door de nationale rechter, Hofmann e.a. 2011c, p. 858 en 871.

¹⁰⁵² Vgl. Schepel 2005, p. 250 en 251; Craig & De Búrca 2015, p. 577. Zie ook Colombo & Eliantonio 2017, p. 333.

¹⁰⁵³ Schepel 2005, p. 400. Terughoudender zijn Black 1996, p. 42 en Spindler 1998, p. 331-332. Over normalisatienormen die niet dienen ter invulling van essentiële eisen, aansprakelijkheid en art. 34 VWEU, zie Van Leeuwen 2015, p. 221-224. Vgl. ook Cafaggi 2006b, p. 323 en in algemenere zin over de rol van het privaatrecht tot constitutionalisering van private regelgeving, waaronder normalisatienormen; zie Teubner 1998, p. 399, zoals ook aangehaald door Verbruggen 2019a, p. 323.

aansprakelijk kunnen houden voor fouten in normen indien normalisatie-instituten inbreuk maken op het recht (bijvoorbeeld indien zij niet voldoen aan de essentiële eisen), hetgeen een prikkel zou kunnen vormen tot naleving.¹⁰⁵⁴ Deze route wordt in dit onderzoek slechts kort verkend als potentieel controlemechanisme. De invloed van geharmoniseerde normen op de aansprakelijkheid van partijen in de handelsketen staat immers centraal. Hoewel Europese normalisatie-instituten Belgische rechtspersonen zijn, en het toepasselijke aansprakelijkheidsregime per geval zal verschillen, neem ik hier uit een oogpunt van beperking Nederlands recht tot uitgangspunt. Het aannemen van aansprakelijkheid is om verschillende redenen niet gemakkelijk.¹⁰⁵⁵

Ten eerste bestaat een belangrijke feitelijke drempel voor claims: het moet kenbaar zijn dat de geharmoniseerde norm 'onjuist' is, bijvoorbeeld omdat hij niet voldoet aan de essentiële eisen of omdat met de norm enige andere rechtsregel wordt geschonden. Voor een onderzoek daarnaar en een eventuele procedure daarover heeft een professionele partij als een fabrikant wellicht de kennis en middelen, maar een consument of organisatie die hun belangen behartigt, zal hiertoe dikwijls slechter in staat zijn.¹⁰⁵⁶

Ten tweede is voor aansprakelijkheid nodig (ex art. 6:162 lid 1 BW, doch uiteraard ook onder andere stelsels van privaatrecht, zie hoofdstuk 7) dat het Europese normalisatie-instituut als alternatieve, private regelgever, zijnde tevens een private rechtspersoon, onrechtmatig heeft gehandeld, bijvoorbeeld door een wettelijke norm te schenden zoals een direct werkende bepaling van EU-recht als art. 34 VWEU, art. 101 VWEU of art. 5 lid 1 Normalisatieverordening. Art. 101 VWEU en art. 34 VWEU zijn al besproken (nr. 113 respectievelijk nr. 114) en zullen niet snel zijn geschonden. Art. 5 lid 1 Normalisatieverordening verplicht normalisatie-instituten in zekere zin tot inclusieve normstelling, maar is tegelijkertijd nog zeer open geformuleerd, waardoor niet duidelijk is hoe deze norm moet worden uitgelegd.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁴ Zie voor de vereisten naar Nederlands en Duits recht, Snijders 1987, p. 236-243, en ook inclusief de VS zie Stuurman 1995, p. 231-248. Cafaggi 2006a, p. 235 die erop wijst dat de aansprakelijkheid van private regelgevers verre van uitgekristalliseerd is. Zie meer in het algemeen Cafaggi 2006b, p. 11 e.v., over het herzien van traditionele vormen van *governance*. Instrumenteel gebruik van het privaatrecht, zoals hier van het aansprakelijkheidsrecht, noemt men ook wel '*regulatory private law*'.

¹⁰⁵⁵ Zie ook Daelemans 1997, p. 266 die in 1997 al voorziet dat de producent, normalisatie-instituten en de Commissie in de praktijk naar elkaar zullen wijzen zodra een gebrekkige geharmoniseerde norm resulteert in een gebrekkig product.

¹⁰⁵⁶ Spindler 1998, p. 331.

¹⁰⁵⁷ Art. 5 lid 1 Normalisatieverordening: '*De Europese normalisatieorganisaties bevorderen en vergemakkelijken een passende vertegenwoordiging en effectieve deelname van alle belanghebbenden, inclusief het mkb, consumentenorganisaties en belanghebbenden op sociaal en milieugebied, aan hun normalisatieactiviteiten. Zij bevorderen en vergemakkelijken in het bijzonder zulke vertegenwoordiging en deelname via de Europese organisaties van belanghebbenden die financiering van de Unie ontvangen in overeenstemming met deze verordening, op het niveau van beleidsontwikkeling en in de volgende ontwikkelingsstadia van Europese normen en Europese normalisatieproducten: a) het voorstellen en aanvaarden van nieuwe werkonderwerpen; b) de technische discussie over voorstellen; c) de indiening van opmerkingen over ontwerpen; d) de herziening van bestaande Europese normen en Europese*

Bij gebreke van schending van een wettelijke norm moet het normalisatie-instituut enige ongeschreven zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden. De invulling van de ongeschreven zorgplicht van Europese normalisatie-instituten is om meerdere redenen lastig.¹⁰⁵⁸ De invulling ervan is complex doordat normalisatie-instituten een proces van normstelling faciliteren door andere partijen – de afgevaardigden van nationale normalisatie-instituten – op basis van consensus. Het proces van normstelling heeft bovendien in de huidige structuur de goedkeuring van niet alleen de Commissie, maar ook van de Europese wetgever. Hoewel het totstandkomingsproces op sommige punten terecht kan worden bekritiseerd, lijkt door het gebruik en de stilzwijgende goedkeuring door de EU-wetgever slecht te betogen dat het totstandkomingsproces *sec onzorgvuldig* is en dat daardoor ieder product dat uit de normalisatiemachine rolt per definitie onrechtmatig is.¹⁰⁵⁹ Daarvoor is meer nodig.

Aangenomen wordt wel dat de zorgvuldigheidsnorm wordt ingevuld door de zogeheten normalisatie *principles*, die thans ook in de Normalisatieverordening zijn gecodificeerd: *samenhang, transparantie, openheid, consensus, vrijwillige toepassing, onafhankelijkheid ten opzichte van specifieke belangen en doelmatigheid*.¹⁰⁶⁰ Deze *principles* zijn echter vaag en dienen te worden geconcretiseerd om tot invulling van een eventuele zorgplicht te komen.¹⁰⁶¹

Een relevant discussiepunt in het kader van de zorgplicht is in hoeverre het normalisatie-instituut in staat is om de binnen normalisatie geleverde kwaliteit te beoordelen en of het dat zou moeten zijn.¹⁰⁶² Naar het oordeel van de Hoge Raad handelt een stichting die een ziekenhuis exploiteert bijvoorbeeld niet zonder meer onrechtmatig jegens een patiënt bij vermeende onjuistheid of

normalisatieproducten; e) de verspreiding van informatie en bewustmaking over vastgestelde Europese normen of Europese normalisatieproducten.'

¹⁰⁵⁸ Ook Schepel erkent dat; *'the content of the duty of care is the crucial matter'*, Schepel 2005, p. 401.

¹⁰⁵⁹ Spindler 1998, p. 331.

¹⁰⁶⁰ Considerans onder onder 2 van de Normalisatieverordening: *samenhang, transparantie, openheid, consensus, vrijwillige toepassing, onafhankelijkheid ten opzichte van specifieke belangen en doelmatigheid*.

¹⁰⁶¹ Zie ook Neerhof 2017, par. 3.2.2. Stuurman 1995, p. 234 en 235 onder verwijzing naar een niet-gepubliceerde syllabus van Marburger uit 1993 met een lijst met concretere procedurele waarborgen. Voorts is volgens Stuurman voorstelbaar dat ook indien aansluiting is gezocht bij het *'algemene technische ontwikkelingsniveau'* maatschappelijk gezien niettemin onzorgvuldig wordt gehandeld. Stuurman: *'Dit begrip wijst immers op hetgeen in brede technische kring gangbaar is. Met name op het terrein van veiligheidseisen zou aansluiting daarbij codificatie van gangbare maar niettemin gevaarlijke, handelingen kunnen impliceren.'* Mijns inziens dient binnen het normalisatieproces de huidige stand van de wetenschap tot uitgangspunt te worden genomen. Echter, van belang is dat normalisatie tijd kost, niet continu *up-to-date* kan worden gehouden en het resultaat is van een afweging tussen meerdere algemene belangen die soms lastig zijn te verenigen. Zie ook Verbruggen 2019a, p. 348 die *'stakeholderparticipation, transparency in rulemaking as well as the need to update standards through periodic evaluation and review based on the state-of-the-art in scientific research'*, als belangrijkste eisen aan normalisatie noemt, die van belang zijn voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van normalisatie-instituten. Deze gezichtspunten komen ook in voornoemde literatuur terug.

¹⁰⁶² Vgl. ook Verbruggen 2019a, p. 347 onder verwijzing naar o.a. de Amerikaanse zaken *Meneely v. Smith* 5 P 3d 49, 57 (Wash.App 2000), p. 56 en *Snyder v. American Ass'n of Blood Banks* 676 A2d p. 1036 (NJ 1996), p. 1048.

onvolledigheid van de binnen haar organisatie door medisch specialisten opgestelde protocollen indien als gevolg daarvan schade ontstaat. Daar is klaarblijkelijk meer voor nodig (blijkens het arrest: concrete aanwijzingen over de onjuistheid en de vraag of de stichting wel de nodige deskundigheid in huis heeft om een herbeoordeling plaats te laten vinden).¹⁰⁶³ Uiteraard zal de verantwoordelijkheid van een instituut dat zijn bedrijf maakt van normstelling, anders en groter zijn in vergelijking met een stichting die een ziekenhuis exploiteert, maar zonder nadere concretisering van de plichten in de Normalisatieverordening op het punt van de taken en verantwoordelijkheden van het instituut, laat het zich raden hoe de rechtspraak de zorgplicht in het concrete geval inkleurt.¹⁰⁶⁴ Volgens Verbruggen maakt de Europeesrechtelijke inbedding van normalisatie en de taak die normalisatie-instituten daarbinnen vervullen, dat normalisatie-instituten in grotere mate gelijk worden gesteld met publieke regelgevers, waarvoor onder de meeste rechtsstelsels hogere drempels voor onrechtmatigheid gelden.¹⁰⁶⁵ Normalisatie-instituten oefenen in zekere zin een publieke taak uit, zodra zij het mandaat van de Commissie accepteren. Normalisatie behelst tot op zekere hoogte ook een belangenafweging.¹⁰⁶⁶ Desalniettemin draagt een normalisatie-instituut mijns inziens een andere verantwoordelijkheid dan de normale wetgever, aangezien het betaling vraagt voor normen, het normstelling als kerntaak heeft en het slechts indirect en beperkt wordt gefinancierd uit openbare middelen. Verbruggen noemt voorts als belangrijke gezichtspunten voor een genuanceerde concretisering van de zorgplicht: de grootte van het risico van de normalisatienorm (welk risico gezien de maatschappelijke impact van de norm en dus de potentiële gevolgen, groter zal zijn bij normen ter invulling van wetgeving dan andere normen), alsmede de interne reglementen van normalisatie-instituten, de kosten die zijn gemoeid met het verbeteren van de interne procedures en het publieke gewin en de betekenis van normalisatienormen voor de maatschappij.¹⁰⁶⁷

Bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid zou nog een omstandigheid van belang kunnen zijn. Schepel kwalificeert de verhouding tussen de Commissie en de Europese normalisatie-instituten als een overeenkomst van opdracht die wordt geconcretiseerd door het mandaat.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶³ HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006/377, m.nt. H.J. Snijders en F.C.B. van Wijmen (*Protocol-II*), r.o. 3.5.

¹⁰⁶⁴ Zie over individuele aansprakelijkheid van leden van nationale normalisatie-instituten, Stuurman 1995, p. 220-221. Hij merkt terecht op dat slechts in uitzonderlijke gevallen tot een individuele aansprakelijkheid kan worden gekomen aangezien de norm het product is van een gezamenlijke beslissing. Bij Europese normalisatie geldt dat de deelnemers binnen normalisatie weer afgevaardigden zijn van nationale normalisatie-instituten en derhalve weer onder verantwoordelijkheid van nationale rechtspersonen vallen.

¹⁰⁶⁵ Verbruggen 2019a, p. 337 en 341 onder verwijzing naar Van Dam 2013, p. 341.

¹⁰⁶⁶ Normalisatie behelst als gezegd net als wetgeving een belangenafweging. Zo is voorstelbaar dat in een concreet geval een strengere norm een te grote belasting voor kleine spelers vormt of extra belasting oplevert voor het milieu, waardoor een suboptimaal veiligheidsniveau te rechtvaardigen is. Naar verwachting heeft dit enige invloed heeft op de zorgplicht.

¹⁰⁶⁷ Verbruggen 2019a, p. 349-352.

¹⁰⁶⁸ Schepel 2005, p. 240.

Hier valt iets voor te zeggen, ware het niet dat het – los van de vraag naar toepasselijk recht¹⁰⁶⁹ – lastig vast te stellen is tot welke verbintenis het normalisatie-instituut is gehouden (een inspanningsverbintenis dat de geharmoniseerde norm de essentiële eisen zal vervullen of een resultaatsverbintenis). In theorie is het denkbaar dat een wanprestatie in deze overeenkomst naar Nederlands recht een onrechtmatige daad kan vormen jegens professionele partijen die op deze geharmoniseerde normen vertrouwen of jegens de gebruiker, doch dit vergt een zeer vrije weging van de gezichtspunten uit het *Vleesmeesters/Alog*-arrest.¹⁰⁷⁰ Volledigheidshalve zullen deze gezichtspunten hier worden nagelopen. Daar waar mogelijk is achter het gezichtspunt aangegeven welke omstandigheden voor invulling ervan van belang zijn en hoe ze zouden kunnen worden gewogen:

- *De hoedanigheid van alle betrokken partijen*: zowel de Commissie als het normalisatie-instituut is een professionele, hoogst deskundige partij. De Commissie treedt op als regelgever en het normalisatie-instituut wellicht als quasi-regelgever. Deze bijzondere hoedanigheid maakt het lastig dit gezichtspunt te wegen. Aannemelijk is wel dat de terughoudende toetsing – die bij reguliere staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving plaatsvindt – tot op zekere hoogte mede dit gezichtspunt zal kleuren.¹⁰⁷¹
- *De aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst*: deze strekt tot normstelling waarbij per definitie de belangen van derden zijn betrokken.
- *De aard van de verbintenissen en de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken*: hoewel de verbintenis waartoe het normalisatie-instituut zich heeft verbonden mede het maken van een belangenafweging behelst, pleit weging binnen het laatste gezichtspunt voor onrechtmatigheid aangezien duidelijk is dat onjuiste normalisatienormen de belangen van derden kunnen schaden.
- *De vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was*: dit zal voor normalisatie-instituten zeker het geval zijn.
- *De vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien*: derden mogen hier niet zomaar op vertrouwen aangezien de norm uiteindelijk het product van consensus is en er een belangenafweging moet worden gemaakt.
- *De vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden*: tot op zekere hoogte is dit niet bezwaarlijk, doch niet met ieders belang kan rekening worden gehouden.
- *De aard en de omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt*: van producenten kan wel enige eigen verantwoordelijkheid worden verwacht, van gebruikers van het product in beginsel niet.¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁹ Art. 340 lid 1 VWEU.

¹⁰⁷⁰ HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4.

¹⁰⁷¹ Vgl. in zekere zin, Verbruggen 2019a, p. 337 en 341 voornoemd. Vgl. op nationaal niveau het arrest, HR 16 mei 1986 ECLI:NL:PHR:1986:AC9354, NJ 1987/251, m.nt. M. van Scheltema (*Landbouwwliegers, Spuitvliegen*). Zie uitgebreid over aansprakelijkheid voor onrechtmatige wet- en regelgeving op nationaal niveau De Haan e.a. 2019, p. /1026-1034. Vgl. Stuurman 1995, p. 223.

¹⁰⁷² Vgl. Stuurman 1995, p. 223.

- *De redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling:*
deze zal per geval verschillen. Het vormt een lastig te wegen gezichtspunt.

Aan de hand van dit kader kan onder omstandigheden tot aansprakelijkheid worden geconcludeerd, maar de drempels zijn hoe dan ook hoog. Hoewel het *Vleesmeesters*-kader ooit is geïntroduceerd met het oog op zuiver private entiteiten, kan het als inspiratiebron worden gebruikt; hybride regelgeving vraagt meen ik om een hybride beoordelingskader dat elementen van overheidsaansprakelijkheid en reguliere aansprakelijkheid omvat. Hoewel dit niet de plek is om zo'n kader uit te werken, is relevant dat de Hoge Raad naar Nederlands recht soms zelfbinding als rechtvaardiging voor binding van private entiteiten aan normalisatienormen via het ongeschreven recht accepteert (nrs. 143, 144 en 145). De zelfbinding van normalisatie-instituten aan het mandaat en de daarin vervatte afspraken zou in potentie op gelijke wijze de zorgplicht jegens derden nog kunnen concretiseren.

Ten slotte zal niet snel zijn voldaan aan de verdere vereisten voor aansprakelijkheid. Kan de horde van onrechtmatigheid worden genomen, dan lijkt toerekenbaarheid geen probleem, nu schending van enige zorgvuldigheidsnorm naar huidige maatstaven veelal toerekening impliceert.¹⁰⁷³ Hoewel nationale normalisatie-instituten zich plegen te exonereren, staan de kopers van een geharmoniseerde norm slechts in een contractuele relatie tot de nationale normalisatie-instituten.¹⁰⁷⁴ Aan gebruikers van het product die schade lijden door een onjuiste norm kunnen sowieso geen exoneraties worden tegengeworpen, nu enige contractuele relatie ontbreekt. Relativiteit,¹⁰⁷⁵ causaliteit¹⁰⁷⁶ en schade¹⁰⁷⁷ zijn echter lastig te nemen hobbels. Voor causaliteit is relevant of de schade is veroorzaakt door het volgen van een onjuiste norm, in de zin dat deze dwingt tot onveilig produceren, of doordat het product *ab initio* onveilig was. Een producent heeft – net als bijvoorbeeld een arts die handelt op basis van een onjuist protocol – bij het volgen van een onjuiste norm eigen kennis en verantwoordelijkheid op grond waarvan hij als primaire verantwoordelijke voor de veiligheid van het product – los van de vraag of de norm onjuist is – onzorgvuldig kan hebben gehandeld (hoofdstuk 7). Het normalisatie-instituut is bij schade als gevolg van

¹⁰⁷³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/107 (o.g.v. schuld dan wel verkeersopvatting).

¹⁰⁷⁴ Stuurman wees er al op dat nationale normalisatie-instituten zich plegen te exonereren. Nu het NEN de EN-normen verkoopt maar het product van Europese normalisatie afkomstig is, is de vraag of CEN, CENELEC of ETSI een beroep toekomt op een exoneratie, zelfs al zou die door NEN ten behoeve van deze instituten (in de vorm van vb. een derdenbeding) zijn gemaakt. Zo'n derdenbeding lijkt vooralsnog niet aanwezig, zie art. 12 van de algemene leveringsvoorwaarden van NEN: <https://www.nen.nl/Leveringsvoorwaarden.htm>.

¹⁰⁷⁵ Vgl. Spindler 1998, p. 331 voor het Duitse recht. Snijders 1987, p. 246 meent dat derden c.q. slachtoffers dermate ver verwijderd zijn van het normalisatie-instituut dat een basis voor aansprakelijkheid niet zonder meer kan worden aangenomen.

¹⁰⁷⁶ Snijders 1987, p. 247, die wel omkering van de bewijslast voor de consument bepleit. Zie ook Stuurman 1995, p. 237 onder verwijzing naar Marburger die qua bewijslastverdeling pleit voor een soort 'productaansprakelijkheid' voor onjuiste normstelling,

¹⁰⁷⁷ Ook Stuurman wijst er terecht op dat een normalisatienorm als zelfstandig object zelf geen schade kan veroorzaken, slechts door het toepassen ervan ontstaat de schade, Stuurman 1995, p. 212.

een onjuiste geharmoniseerde norm veelal secundaire dader en komt als mogelijke aansprakelijke partij niet snel in beeld.¹⁰⁷⁸

Dit alles in aanmerking nemende lijkt het aansprakelijkheidsrecht in Nederland in zijn huidige vorm c.q. invulling inderdaad niet geschikt om voldoende druk of controle uit te oefenen op Europese normalisatie-instituten en het totstandkomingsproces als geheel, zeker niet zolang onduidelijkheid bestaat over de exacte verantwoordelijkheden van de normalisatie-instituten en aansprakelijkheidsregimes in lidstaten kunnen verschillen.¹⁰⁷⁹ Aansprakelijkheid maakt bovendien niet automatisch dat publicatie en daarmee het vermoeden van conformiteit wordt ingetrokken. Desalniettemin zal een deel van de critici van de Nieuwe Aanpak de hoop gevestigd houden op de civiele rechter, nu politieke pogingen om het ‘club house’¹⁰⁸⁰ van normalisatie te doorbreken zijn gestrand. De nieuwe Normalisatieverordening uit 2012 die was bedoeld verbetering te brengen, lijkt – zoals we hiervoor hebben gezien – een politiek compromis dat de bestaande praktijken (de ‘principles’) codificeert, maar geen gesloten normen stelt voor actieve participatie en stemrecht.¹⁰⁸¹ Hierdoor is het instrument deels een tandeloze tijger.¹⁰⁸²

122 De aansprakelijkheid van de Europese Commissie c.q. de EU voor het in strijd met het recht publiceren van een geharmoniseerde norm

Een andere optie is de Commissie ex art. 340 jo. 268 VWEU aansprakelijk te houden voor het nemen van een onrechtmatige beslissing tot publicatie van de geharmoniseerde norm in het publicatieblad en het daarmee inwerking laten treden van het vermoeden van conformiteit. De Commissie is slechts aansprakelijk indien sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel. Als hogere rechtsregel kunnen worden aangemerkt bepalingen uit de EU-verdragen, algemene rechtsbeginselen en verordeningen van hogere rang dan

¹⁰⁷⁸ Snijders 1987, p. 246. Zie kritisch, Stuurman 1995, p. 221 en 222. Vgl. Maes 2016 over secundaire zorgplichten. Vgl. de afgeleide aansprakelijkheid van toezichthouders (Giesen 2007, p. 123, noot 6, Giesen 2005, p. 37-45 en van Rossum 2005, p. 91-97) hoewel aansprakelijkheid voor onjuiste normen van normalisatie-instituten minder secundair lijkt dan die van toezichthouders voor onvoldoende toezicht.

¹⁰⁷⁹ Zie in algemene zin ook Verbruggen 2019a, p. 349.

¹⁰⁸⁰ Van Gestel & Micklitz 2013, p. 145, doch zij betwijfelen of rechters de gevolgen van hun beslissingen wel kunnen overzien, p. 155. Tot op heden zijn geen Europese zaken bekend waarin een normalisatie-instituut aansprakelijk werd gehouden voor een onjuiste norm. Uit een rapport uit 1990 blijkt dat slechts in Frankrijk en in Italië ooit onsuccesvol is geprocedeerd, zie Schepel & Falke 2000, p. 340. Zoals ook aangehaald door Verbruggen 2019a, p. 340 en 341.

¹⁰⁸¹ Zie art. 5 Verordening (EU) 1025/2012 (Normalisatieverordening) bepaalt dat ESO's passende vertegenwoordiging en deelname van alle belanghebbenden in alle stadia van het normalisatieproces moeten bevorderen en vergemakkelijken, doch op welke wijze wordt niet geconcretiseerd. Deelname en toegang impliceren echter niet direct invloed. Een aantal van de in het onderzoek uit 2009 genoemde problemen worden met de verordening dus niet opgelost, zie ‘Access to Standardisation. Study for the European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General’, p. 8 en 9. Tegelijkertijd werd door belanghebbendenorganisaties de financiering als belangrijkste drempel voor deelname genoemd (p. 9 van vornoemd onderzoek), en daaraan is de Commissie eerder al tegemoetgekomen. Vgl. ook Neerhof 2017, paragraaf 3.2.2.

¹⁰⁸² Zie ook Van Gestel & Micklitz 2013, p. 152.

de bestreden handeling.¹⁰⁸³ Voor vaststelling van een voldoende gekwalificeerde schending hanteert het Hof een strenge maatstaf.¹⁰⁸⁴ Hoe meer beoordelingsruimte, hoe lastiger het vaststellen van een gekwalificeerde schending zal zijn.¹⁰⁸⁵ Doordat de essentiële eisen de Commissie enige beoordelingsruimte laten en de invulling ervan complexe materie behelst, zal de Commissie niet snel buiten de haar toebedeelde bevoegdheid treden (eerder nr. 39). Als gevolg daarvan zullen particulieren binnen redelijke grenzen de negatieve gevolgen van een normatieve handeling van de Unie moeten dragen.¹⁰⁸⁶

123 Publicatie en auteursrecht

Voorts ligt nog open hoe het Hof tegen publicatie van de geharmoniseerde norm in relatie tot het auteursrecht aankijkt.¹⁰⁸⁷ Ook de A-G in *James Elliott* liet dit in het midden.¹⁰⁸⁸ Wel haalt hij in een noot Van Gestel & Micklitz aan die eerder al wezen op de uiteenlopende uitspraken in de lidstaten op het punt van nationale normalisatienormen.¹⁰⁸⁹ Slechts handelingen van de instellingen moeten worden gepubliceerd ex art. 15 en 297 VWEU. Door de kwalificatie als recht, doch niet als handeling van de instelling lijkt alleen publicatie van de referentie in het publicatieblad toegestaan, waardoor het verdienmodel van

¹⁰⁸³ HvJ EG 2 december 1971, C-5/71, Jur. 1971, p. 975, ECLI:EU:C:1971:116 (*Schöppenstedt*), r.o. 11; HvJ EG 25 mei 1978, gevoegde zaken C-83/76, C-94/76, C-4/77, C-15/77 en C-40/77, Jur. 1978, p. 1209, ECLI:EU:C:1978:113 (*Bayerischen HNL*), r.o. 4 en 5. Craig & De Búrca 2015, p. 588.

¹⁰⁸⁴ HvJ EG 25 mei 1978, gevoegde zaken C-83/76, C-94/76, C-4/77, C-15/77 en C-40/77, Jur. 1978, p. 1209, ECLI:EU:C:1978:113 (*Bayerischen HNL*), r.o. 5, HvJ EG 4 juli 2000, C-352/98, ECLI:EU:C:2000:361 (*Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm SA e.a./Commissie*), r.o. 43. Een voldoende gekwalificeerde schending is 'een kennelijke en ernstige miskennis, door een lidstaat zo goed als door een gemeenschapsinstelling, van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven.' Ontbreekt een beoordelingsruimte dan kan de enkele schending van Unierecht voldoende zijn; vgl. HvJ EG 23 mei 1996, C-5/94, ECLI:EU:C:1996:205 (*Hedley Lomas*), r.o. 28 waar het ging om lidstaat-aansprakelijkheid voor schending van EU-recht.

¹⁰⁸⁵ Naast de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel laat aan de Commissie, zijn van belang: de duidelijkheid en nauwkeurigheid van de regel, of de schending opzettelijk is begaan en of de rechtsdwaling verschoonbaar is, Craig & De Búrca 2015, p. 589. Zie Mataija 2016, p. 244 in relatie tot een geharmoniseerde norm die in potentie art. 101 of 102 VWEU schendt. Vgl. Neerhof 2016, p. 246 die over nationale normalisatie en verwijzing daarnaar in AVV's opmerkt dat de beslissing tot vaststelling van een AVV waarin naar normalisatie wordt verwezen onrechtmatig kan zijn indien de norm zelf apert onzorgvuldig tot stand is gekomen of de inhoud ervan onevenredig belastend is voor bepaalde belanghebbenden in verhouding tot de daarmee te dienen doelen.

¹⁰⁸⁶ HvJ EG 25 mei 1978, gevoegde zaken C-83/76, C-94/76, C-4/77, C-15/77 en C-40/77, Jur. 1978, p. 1209, ECLI:EU:C:1978:113 (*Bayerischen HNL*), r.o. 6.

¹⁰⁸⁷ Zie ook Senden 2017, p. 352; Van Gestel 2018 p. 407.

¹⁰⁸⁸ Concl. A-G van 28 januari 2016 in C-613/14, ECLI:EU:C:2016:63 (*James Elliott Construction Ltd./Irish Asphalt Ltd.*), overweging 51.

¹⁰⁸⁹ Van Gestel & Micklitz 2013, p. 145 e.v. waarin wordt verwezen naar BGH 30.06.1983, GRUG 1984, p. 117-119 (*DIN*) en BVerfGE 29 juli 1998, ZUM 1998, p. 926 (*DIN*) waarin is geoordeeld dat DIN-normen geen auteursrechtelijke bescherming genieten, en naar het welbekende arrest HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble/Staat*) waaruit het tegenovergestelde blijkt. Voorts haalt de A-G nog HvJ EU 15 oktober 2015, C-251/14, ECLI:EU:C:2015:687 (*Balázs*), r.o. 54 aan, waaruit bleek dat volgens het Hof een EN-norm waarnaar in de nationale wet wordt verwezen, niet beschikbaar hoeft te worden gesteld in de officiële taal van het land.

de normalisatie-instituten voornamelijk wordt beschermd.¹⁰⁹⁰ Het gebrek aan transparantie en toegankelijkheid van deze normen blijft een van de belangrijkste bezwaren tegen het gebruik van deze normen (nr. 126 en 281).

124 Vergelijking met normalisatienormen waarnaar in nationale wetten wordt verwezen en het huidige criterium van art. 79 RO

Hoewel dit onderzoek primair ziet op de vraag of geharmoniseerde normen als 'EU-recht' dienen te worden gezien, wordt volledigheidshalve hier ook het nationale rechtsbegrip uit art. 79 RO behandeld, mede nu op niet-geharmoniseerd terrein nog wel eens in wetten of AMvB's naar nationale normalisatienormen wordt verwezen.¹⁰⁹¹ Ik zal mij hier beperken tot de vereisten onder art. 79 RO, zoals die volgen uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Een groot verschil met geharmoniseerde normen is dat op nationaal niveau het co-reguleringsmechanisme (mandaat, totstandkomingsproces en controle achteraf) niet zo ver is geformaliseerd als op Europees niveau.¹⁰⁹² Daarnaast ontbreken overkoepelende wettelijke essentiële eisen: er wordt direct in de wet of AMvB naar de toepasselijke NEN- of NEN-EN-norm verwezen met gebruik van een gelijkwaardigheidsbepaling, zie verderop in deze paragraaf.¹⁰⁹³

Conform het traditionele criterium is er sprake van recht indien er sprake is van 'naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in den zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent'.¹⁰⁹⁴ De bevoegdheid diende tot de jaren 80 van de vorige eeuw te steunen op directe of indirecte delegatie van wetgevende bevoegdheid door de formele wetgever, wilde de op basis daarvan tot stand gebrachte norm recht zijn in de zin van 79 RO (eerder art. 99 RO).¹⁰⁹⁵ Het uitgangspunt dat de bevoegdheid diende te steunen op delegatie is in de jaren 80 van de vorige eeuw losgelaten¹⁰⁹⁶ hetgeen voor de Hoge Raad de opmaat vormde om in 1990 beleidsregels ook onder art. 79 RO te scharen. Onderdeel van de motivering van het desbetreffende arrest was dat deze regels het bestuursorgaan wel op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden – in dat geval

¹⁰⁹⁰ Zie anders Van Waeyenberge & Restrepo Amariles 2017, p. 890 onder verwijzing naar art. 15 lid 3 VWEU. Dat artikel spreekt alleen van 'documenten van de instellingen, organen en instanties van de Unie'.

¹⁰⁹¹ Zie voor nationale literatuur over de status van NEN-normen ook Concl. A-G Langemeijer van 30 maart 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW0393 (*Knooble/Staat en NNJ*), onder 3.29 t/m 3.25 en voor de positie van de bestuursrechter onder 3.38. Nu in deze procedure de vraag centraal stond of normalisatienormen waarnaar in de wet wordt verwezen dienen te worden gepubliceerd, kwam de vraag of het recht betreft in de zin van art. 79 RO in het arrest niet expliciet aan de orde.

¹⁰⁹² Zie over het nationale beleid nader Neerhof 2016, p. 206 en een vergelijking tussen de Europese waarborgen uit de Normalisatieverordening en gebruik van normalisatie in nationale wetgeving v.a. p. 237.

¹⁰⁹³ Zie bijvoorbeeld de normen in het Bouwbesluit 2012.

¹⁰⁹⁴ HR 10 juni 1919, *NJ* 1919/647 en HR 10 juni 1919, *NJ* 1919/650 (*Rogge-arrest*) zoals ook aangehaald door Giesen 2007, p. 46 en 83 en Kristic e.a. 2009, inleiding, noot 14.

¹⁰⁹⁵ HR 13 januari 1879, *W* 4330 (*Meerenberg-arrest*), zoals ook aangehaald door *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/109.

¹⁰⁹⁶ *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/115 en 116.

het vertrouwensbeginsel in verbinding met het gelijkheidsbeginsel. Voorts zouden de regels zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de regeling betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast.¹⁰⁹⁷ Voor rolreglementen is eenzelfde stap gezet.¹⁰⁹⁸ Het Reglement voor de handel op de optiebeurs (RHO) is daarentegen geen recht in de zin van art. 79 RO, doch desalniettemin mede relevant voor invulling van de bancaire zorgplicht jegens cliënten, waarbij bij de uitleg moet worden meegenomen dat zij onmiskenbaar mede strekken ter bescherming van de belangen van de cliënten van de bank.¹⁰⁹⁹ Hetzelfde geldt vooralsnog voor andere gedragsnormen die zijn vervat in privaatrechtelijke zelfregulering of tuchtrecht.¹¹⁰⁰

In het *Van Lanschot*-arrest – en eerder impliciet in de zaak *ACM/Albert Heijn* – zijn de criteria voor kwalificatie als recht onder art. 79 RO van private normen die binnen een wettelijk kader zijn ontwikkeld door de Hoge Raad aldus samengevat: (i) er dient een genoegzame wettelijke grondslag aanwezig te zijn, (ii) het dient een naar buiten werkende, tot ieder gerichte algemene regeling te betreffen, en (iii) deze dient op behoorlijke wijze bekend te zijn gemaakt.¹¹⁰¹ Schutgens ziet, voor wat betreft nationale normalisatienormen

¹⁰⁹⁷ HR 28 maart 1990, NJ 1991/118, m.nt. Scheltema (*Leidraad-arrest*), r.o. 4.6, waarin de Hoge Raad onder recht verstaat, de ‘door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid vastgestelde en behoorlijk bekendgemaakte regels omtrent de uitoefening van zijn beleid, die weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar die het bestuursorgaan wel op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden, en die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.’

¹⁰⁹⁸ HR 28 juni 1996, NJ 1997/495, m.nt. H.J. Snijders (*Rolrichtlijnen-arrest*), r.o. 3.2: ‘Het onderdeel gaat ervan uit dat de in dat vonnis genoemde rolrichtlijnen zijn aan te merken als ‘recht’ in de zin van art. 99 RO. Dit uitgangspunt is juist. De in mei 1987 door de Rechtbank te ‘s-Gravenhage vastgestelde rolrichtlijnen – afgedrukt in *Lever-De Vree, Civiele rolrichtlijnen voor de rechtspraak* 95/6, Deventer 1995, blz. 83 e.v. – hebben het karakter van door die Rechtbank vastgestelde regels omtrent de uitoefening van haar rolbeleid, welke regels weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar de rechter wel op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging binden, en zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.’ Zie hierover en over andere rechtersregelingen uitgebreid Teuben 2004, p. 1 e.v.

¹⁰⁹⁹ HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabo*), r.o. 3.5.3 en r.o. 3.6.3, zoals ook uitgebreid besproken door Vranken in *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/79 t/m 83.

¹¹⁰⁰ *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/117 onder verwijzing naar onder meer de volgende nog te bespreken arresten HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *RvdW* 2014/600, NJ 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Achmea/Rijnberg*), r.o. 5.2.1, HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649, m.nt. Vranken en Van Wijmen (*MC Leeuwarden/In 't Hout, Trombose*) en HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532, NJ 2003/151 m.nt. F.C.B. van Wijmen (*Aansprakelijkheid arts, tuchtrecht*). Zie voorts Menting 2016, p. 239-247 die in aanvulling daarop nog verwijst naar HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3529, NJ 2007/639 (*HBU/Groenendijk*) r.o. 3.5, HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6165, NJ 2011/449 (*Pretium/Tros*), r.o. 3.3.2 en Giesen 2008, die in aanvulling daarop verwijst naar HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0895, *RvdW* 2007/644 (*NAK, Aardbeienmijt*). Uit deze arresten blijkt wel invloed van alternatieve normen op het recht, doch de kwalificatie als recht ontbreekt.

¹¹⁰¹ HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9222, *RvdW* 2006, 1109, *JOR* 2007/19 mnt. K. Frielink, JA 2007/23 m.nt. S.B. van Baalen, *RF* 2007/2, NJ 2006/644, *JE* 2006/459 (*Van Lanschot Bankiers N.V.*), r.o. 3.3.2: ‘De in het onderdeel neergelegde rechtsklacht doet in de eerste plaats de vraag rijzen of de NR 1995 als recht in de zin van art. 79 RO moet worden aangemerkt. Gelet op de in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde criteria is daarvan sprake indien (i) voor de NR 1995 een genoegzame wettelijke grondslag aanwezig is, (ii) de

waarnaar de nationale wetgever verwijst in het Bouwbesluit, een parallel met beleidsregels (als in het *Leidraad*-arrest).¹¹⁰² Hij ziet in het *Knooble/Staat*-arrest ruimte om normalisatienormen, hoewel niet zijnde AVV's, toch als recht te kwalificeren. De Hoge Raad overweegt namelijk dat de normen als zodanig wel 'algemeen geldende normen (...)' zijn.¹¹⁰³ Ik kan hem daarin volgen. De ratio achter het *Leidraad*-arrest, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het vertrouwensbeginsel, waardoor burgers rechten kunnen ontlenen aan beleidsregels doch daar niet zelf door worden gebonden, pleit op vergelijkbare wijze voor kwalificatie van deze normen als recht. Over dergelijke normen werd ook gesproken in de parlementaire geschiedenis bij de Woningwet en de Bekendmakingswet; zij gaan 'op enigerlei wijze wel deel uitmaken van het recht'.¹¹⁰⁴ Indien we *Knooble* inderdaad zo mogen begrijpen, dan is de vraag hoe dit arrest zich verhoudt tot met name vereisten (i) en (iii) uit *Van Lanschot*, die daarom aan een nader onderzoek zullen worden onderworpen.

Bij de beoordeling of een genoegzame wettelijke grondslag aanwezig was ((i) voornoemd) overwoog de Hoge Raad in *AH/ACM* onder meer dat met het Fondsenreglement, dat was opgesteld door de bij wet daartoe aangewezen bevoegde – weliswaar private – autoriteit, uitvoering werd gegeven aan drie richtlijnen over de toelating van effecten tot de effectenbeurs.¹¹⁰⁵ In *Van Lanschot* over de Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1995 sloot de Hoge Raad aan bij de conclusie van de A-G waaruit volgt dat de STE, thans AFM, eveneens bij wet is aangewezen als normsteller.¹¹⁰⁶ In het arrest *Euronext*

NR 1995 een naar buiten werkende, tot ieder gerichte algemene regeling is, en deze (iii) op behoorlijke wijze is bekend gemaakt. Aan het vereiste (ii) is voldaan, evenals aan het vereiste (iii), nu de regeling in de Staatscourant (1995, nr. 250) is gepubliceerd. Op de gronden, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.13.5 moet voorts worden geoordeeld dat voor art. 25 NR 1995 een wettelijke grondslag is gelegen in art. 11 Wte 1995. De NR 1995 vormt derhalve recht in de zin van art. 79 RO.'

Zie voor een eerder voorbeeld van alternatieve regelgeving binnen een publiekrechtelijk kader dat wel recht in de zin van art. 79 RO is: HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0046, NJ 2006/302 (*ACM/Albert Heijn*). Zie voor een afwijzing HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5665, NJ 2010/570 (*Euronext/AFS*).

¹¹⁰² Schutgens 2012, p. 765. Zie anders en ten onrechte Van Gestel 2018, p. 402 onder verwijzing naar het HR 28 maart 1990, NJ 1991/118, m.nt. Scheltema (*Leidraad-arrest*) omdat het bij NEN-normen niet zou gaan om een door een bestuursorgaan uitgevaardigde regels. Toezichthouders zijn echter wel bestuursorganen en in die hoedanigheid aan bijv. de Woningwet, waarin wordt verwezen naar NEN-normen, gebonden. Burgers mogen aan die NEN-normen vertrouwen ontlenen, waardoor de parallel met beleidsregels wel opgaat.

¹¹⁰³ HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble/Staat*), r.o. 3.12.

¹¹⁰⁴ MvT Bekendmakingswet, zoals aangehaald onder overweging 3.24 van de A-G. Zoals ook aangehaald door Schutgens 2012, p. 765 in noot 8. Vgl. eerder Stuurman 1995, p.

¹¹⁰⁵ HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0046, NJ 2006/302 (*ACM/Albert Heijn*), r.o. 3.5. Zie uitgebreid Concl. A-G Wesseling-Van Gent onder 2.15-2.24, die overigens mede van belang achtte dat naast de uitdrukkelijke wettelijke bevoegdheid, iedere wijziging van het reglement, voorzien van een advies van de AFM, wordt voorgelegd ter goedkeuring aan de verantwoordelijke minister. Bij normalisatienormen onder het Bouwbesluit vindt in de totstandkomingsfase van de NEN-norm wel overleg plaats tussen de minister en NEN of naar de norm zal worden verwezen, zie Concl. A-G Langemeijer van 30 maart 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW0393 (*Knooble/Staat en NNI*), onder 4.12 en 4.13.

¹¹⁰⁶ HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9222, RvdW 2006, 1109, JOR 2007/19 mnt. K. Frielink, JA 2007/23 m.nt. S.B. van Baalen, RF 2007/2, NJ 2006/644, JE 2006/459 (*Van Lanschot Bankiers N.V.*), r.o. 3.3.2: 'Gelet op de in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde criteria is daarvan sprake indien (i) voor de NR 1995 een genoegzame wettelijke grondslag aanwezig is, (ii) de NR 1995 een naar buiten werkende, tot ieder

ontbrak juist een genoegzame wettelijke grondslag voor het algemeen reglement en de *trading rules* van Euronext.¹¹⁰⁷ Voor normalisatienormen onder het Bouwbesluit is de vraag of sprake is van voldoende wettelijke grondslag voor vaststelling van de normalisatienorm door NEN aanwezig is.¹¹⁰⁸

De vraag is uiteraard of de publicatie van een referentie en de terinzagelegging bij het NEN voor particulieren een voor burgers behoorlijke wijze van bekendmaking is (iii).¹¹⁰⁹ *Knooble* ging slechts over de kwalificatie van normalisatienormen als AVV in relatie tot de Bekendmakingswet. Voor de hand ligt echter dat de Hoge Raad indien de vraag of een norm recht ex art. 79 RO is zich voordoet, eveneens oordeelt dat de huidige wijze van bekendmaking voldoende is.¹¹¹⁰ Wat voldoende kenbaar is in het kader van art. 79 RO, betreft eveneens een normatieve keuze.¹¹¹¹ De werking van het recht is niet beperkt

gerichte algemene regeling is, en deze (iii) op behoorlijke wijze is bekend gemaakt. Aan het vereiste (ii) is voldaan, evenals aan het vereiste (iii), nu de regeling in de Staatscourant (1995, nr. 250) is gepubliceerd. Op de gronden, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.13.5 moet voorts worden geoordeeld dat voor art. 25 NR 1995 een wettelijke grondslag is gelegen in art. 11 Wte 1995. De NR 1995 vormt derhalve recht in de zin van art. 79 RO.'

¹¹⁰⁷HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5665, NJ 2010/570 (*Euronext/AFS*). r.o. 3.3.2. Concl. A-G Huydekoper onder o.a. 7 t/m 12 die o.a. aan de hand van publicaties laat zien dat het eerder lijkt te gaan om zelfregulering.

¹¹⁰⁸ Zoals weergegeven in *Knooble*, 3.1 iv: 'In art. 2 Woningwet is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bouwvoorschriften kunnen worden gegeven. Op grond van art. 3 Woningwet kan daarbij worden verwezen naar (onderdelen van) normen. In dit verband wordt ingevolge art. 1 lid 1, aanhef en onder h (tot 1 oktober 2010: onder i) Woningwet verstaan onder "norm": een document, uitgegeven door een deskundig, onafhankelijk instituut, waarin wordt omschreven aan welke eisen een bouw materiaal, bouwdeel of bouwconstructie moet voldoen dan wel waarin een omschrijving wordt gegeven van een keurings-, meet- of berekeningsmethode.' De in art. 2 Woningwet bedoelde AMvB is het Bouwbesluit 2003. Daarin wordt naar een ministeriële regeling verwezen, zijnde de Regeling Bouwbesluit 2003. Daarin wordt NEN niet expliciet als normsteller aangewezen. Wel wordt in art. 1.5 Bouwbesluit 2003 NEN gedefinieerd als: een door de Stichting Normalisatie-instituut uitgegeven norm. Zie ook Neerhof 2018, p. 7 en noot 48 voor meerdere voorbeelden, die de grondslag in het bouwbesluit impliciet voldoende lijkt te achten.

¹¹⁰⁹ Hier wees Elferink reeds op in 1998, Elferink 1998, p. 66-77. Zie voor een goede weergave van de oorspronkelijke discussie in wetgeving en literatuur over bekendmaking van normen: Concl. A-G Langemeijer van 30 maart 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW0393 (*Knooble/Staat en NNI*), onder 3.23 t/m 3.28 en onder 3.31 en 3.32. Vooralsnog ziet de Hoge Raad geen noodzaak de normen integraal te publiceren of kosteloos ter beschikking te stellen. De Afdeling achtte voor burgers de terinzagelegging van normen waar in het Bouwbesluit naar wordt verwezen voldoende, ABRvS 2 februari 2011, AB 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan, JB 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, TBR 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*), r.o. 2.4.6. In deze algemene redenering kan wellicht een rechtvaardiging worden gevonden waarom de kenbaarheid van normalisatienormen voor de primaire normadressaten (nl. de marktdeelnemers, vgl. H2) voldoende is gewaarborgd, zelfs wanneer de normen slechts tegen betaling beschikbaar zijn.

¹¹¹⁰ Strikt genomen zag *Knooble* immers alleen op de kwalificatie als AVV, doch de motivering lijkt ruimte te laten voor de kwalificatie als recht ex art 79 RO, zie hiervoor. Zie ook Concl A-G Langemeijer onder 4.19 bij *Knooble* over een andere wijze van bekendmaking in relatie tot het legaliteitsbeginsel.

¹¹¹¹ Vgl. Tjong Tjin Tai & Loth 2014 (preadvies), p. 9 in digitale versie (hoofdstuk 2, paragraaf 13): 'Kenbaarheid en bekendheid zijn alleen een probleem als het recht werkelijk onhanteerbaar wordt. Het gaat er vooral om dat het recht kenbaar is (en bekend) wanneer het nodig is. Een burger hoeft bijvoorbeeld niet alle op auto's van toepassing zijnde regels te kennen, maar wel dient hij op de hoogte te zijn van zekere regelgeving als hij daadwerkelijk wil gaan autorijden. Anders gezegd: een belangrijk deel van regelgeving is slechts in specifieke domeinen of rollen relevant, en het mag verwacht worden dat diegene die zich binnen de reikwijdte van die regels begeeft, zich voor zover nodig daar ook in zal verdiepen. Dit veronderstelt overigens wel dat een gewone burger voldoende zal beseffen of begrijpen dat hij een zodanig afgezonderd domein betreedt, en dat de desbetreffende regels dan ook met redelijke inspanningen zijn te achterhalen en doorgronden.' Hoewel zij met

tot hun normadressaten (zie nader hoofdstuk 7).¹¹¹² Bovendien kan qua kenbaarheid nog een hoop worden verbeterd (zie voor geharmoniseerde normen hierna en hoofdstuk 8). Voor nu lijkt al met al de conclusie gerechtvaardigd dat met name vereiste (i) als genoemd in *Van Lanschot* voor normalisatienormen waarnaar in nationale wetten wordt verwezen ruim moeten worden genomen, om recht te kunnen zijn in de zin van art. 79 RO.

Overigens is het onduidelijk of de impliciete eis die in de motivering van het *Leidraad*- en het *Rolrichtlijnen*-arrest besloten leek te liggen – namelijk dat de regel zich naar inhoud en strekking ertoe moeten lenen om jegens de daarbij betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast – met *Van Lanschot* is komen te vervallen.¹¹¹³ Aannemelijk is dat bij meer algemene regels die gerelateerd zijn aan een publiekrechtelijk kader wordt teruggevallen op vereiste (ii) in dit laatste arrest, namelijk dat het moet gaan om een naar buiten werkende, tot ieder gerichte algemene regeling. In dit vereiste kan mijns inziens deze impliciete eis uit het *Leidraad*- en *Rolrichtlijnen*-arrest besloten liggen.¹¹¹⁴ Zoals ik in het volgende hoofdstuk zal toelichten, zijn normalisatienormen (en geharmoniseerde normen als bijzondere categorie ervan) naar hun inhoud en strekking sec geen gedragsnormen maar technische methoden. Op zichzelf staand, derhalve los van enig wettelijk kader, ontbreekt het deze normen qua inhoud aan rechtskarakter. Geharmoniseerde normen worden echter door publicatie van de verwijzing ernaar in het publicatieblad onderdeel van de geschreven rechtsnormen uit de secundaire EU-instrumenten, hetgeen de beslissing dat zij ‘deel uitmaken van het Unierecht’ mede rechtvaardigt (hoofdstuk 2). Op vergelijkbare wijze worden nationale normalisatienormen waarnaar door de wet- of regelgever wordt verwezen onderdeel van ons

deze overwegingen wellicht niet direct NEN-normen onder het Bouwbesluit in de context van art. 79 RO voor ogen hadden en er meer pleit voor betere kenbaarheid, kan deze algemene redenering wellicht verklaren waarom de kenbaarheid van normalisatienormen voor de primaire normadressaten (nl. de marktdeelnemers, vgl. H2) voor de kwalificatie als recht wellicht voldoende is gewaarborgd. Zie anders Smits 2015, p. 29: *‘Het argument dat normalisatienormen slechts facultatief gelden, kan daarbij niet worden aanvaard: zodra het volgen van de norm het vermoeden oplevert dat aan een wettelijke eis is voldaan, ligt het voor de hand om te hameren op het belang van kenbaarheid van die norm.’* Waarna hij vervolgt in de noot: *‘In andere zin: Toelichting bij Aanwijzing 91a. De daar gevolgde redenering is dat omdat normalisatienormen alleen tegen betaling kunnen worden verkregen, het dwingend opleggen van die normen minder wenselijk is. Ik draai dat liever om: omdat het gebruik van deze normen gewenst*

is, is het minder wenselijk dat daarover auteursrecht wordt betaald.’ Vgl. ook kritisch Van Gestel 2018, p. 407.

¹¹¹² Hetgeen Loth en Tjong Tjin Tai voornoemd overigens verderop in hun advies ruimschoots erkennen.

¹¹¹³ Zie nog Teuben 2004, p. 168 e.v. voor een uitwerking van dit vereiste in relatie tot rechtersregelingen, voordat *Van Lanschot* was geweest.

¹¹¹⁴ Vgl. o.a. concl. A-G Verkade onder 4.13 bij HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3529, NJ 2007/639 (*HBU/Groenendijk*) die meent dat gedragscode onder de Wbp niet louter door een goedkeuring van het CBP binnen een bestaand wettelijk kader de status van ‘recht’ verkrijgt. Vgl. ook Vranken die meent dat het rechtskarakter van de alternatieve regel (althans het ontbreken van erkenning ervan) in de zaak *Kouwenberg/Rabo* bepalend zou kunnen zijn geweest voor de Hoge Raad om aan een alternatieve norm – het Reglement Handel Optiebeurs – in casu minder waarde toe te kennen, *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/82, zoals ook aangehaald door Giesen 2007, p. 100. Vgl. ook Vranken nr. 84 onder verwijzing naar het Trombose-arrest waarin volgens hem de Hoge Raad, overigens los van art. 79 RO, zich een oordeel heeft gevormd over het ‘juridisch gehalte’ van de norm.

nationale recht.¹¹¹⁵ Hoewel in het verleden is opgemerkt dat de Nieuwe Aanpak op nationaal niveau is overgenomen, wordt op nationaal niveau minder met vermoedens gewerkt en meer met gelijkwaardigheidsbepalingen.¹¹¹⁶ Er is dan voor de burger geen open norm of algemene essentiële eis waarop terug kan worden gevallen. Zonder kennis van de NEN-norm kan de gelijkwaardigheid dus in het geheel niet worden beoordeeld, hetgeen sterker pleit voor de kwalificatie als recht.¹¹¹⁷ Wellicht dat daarom zowel Hoge Raad als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dergelijke normen wel als naar buiten toe bindende regels heeft bestempeld, doch niet als algemeen verbindende voorschriften.¹¹¹⁸ Los van voorgaande kwalificatie als recht, kunnen zowel geharmoniseerde normen als andere normalisatienormen soms aan ongeschreven gedragsnormen en ongeschreven recht worden gerelateerd. Het ongeschreven recht vormt uiteraard recht in de zin van art. 79 RO (zie nader de hoofdstukken 6 en 7).

De door de Hoge Raad in *Knooble/Staat*¹¹¹⁹ en door de Afdeling in *City Crash*¹¹²⁰ gekozen route lijkt te duiden op een middenweg: wel recht, maar geen AVV. Een parallel met de gekozen lijn in *James Elliott* op Europees niveau tekent zich af (vgl. nr. 116 en 117). Indien NEN-normen waarnaar in de wet- en regelgeving wordt verwezen ook recht zijn, dan brengt deze status de processuele consequentie met zich dat de Hoge Raad bevoegd zou worden tot uitleg van deze nationale normalisatienormen in private verhoudingen. De Hoge Raad zou dan tevens vonnissen en arresten die in strijd zijn met dit recht mogen vernietigen.¹¹²¹ De bestuursrechter en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zijn dan bevoegd tot rechterlijke controle op de

¹¹¹⁵ Vgl. HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9222, *RvdW* 2006, 1109, *JOR* 2007/19 mnt. K. Frielink, *JA* 2007/23 m.nt. S.B. van Baalen, *RF* 2007/2, *NJ* 2006/644, *JE* 2006/459 (*Van Lanschot Bankiers N.V.*), r.o. 3.3.2 en concl A-G Verkade onder 4.13.5 bij dat arrest. Vgl. verder Concl. A-G Langemeijer bij *Knooble* onder 4.23 en 4.24.

¹¹¹⁶ Art. 1.5 van het Bouwbesluit 2003 en art. 1.3 van het Bouwbesluit 2012 kennen bijvoorbeeld alleen een gelijkwaardigheidsbepaling maar geen expliciet wettelijk vermoeden. Zie bijvoorbeeld art. 1.3 Bouwbesluit 2012: *'Aan een in hoofdstuk 2 tot en met 7 gesteld voorschrift hoeft niet te worden voldaan indien het bouwwerk of het gebruik daarvan anders dan door toepassing van het desbetreffende voorschrift ten minste dezelfde mate van veiligheid, bescherming van de gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en bescherming van het milieu biedt als is beoogd met de in die hoofdstukken gestelde voorschriften.'* Zie over dit verschil ook Neerhof 2018, p. 8 doch hij acht dit niet per definitie problematisch. A-G Langemeijer in zijn conclusie bij *Knooble* lijkt de verwijzing onder het Bouwbesluit ten onrechte ook als vermoeden te kwalificeren, onder 4.10.

¹¹¹⁷ Van Gestel 2012a, p. 253 onder verwijzing naar uitspraak van de rechtbank in *Knooble* (Rb. Den Haag 31 december 2008, LJN BG8465, r.o. 4.11), waar dit argument werd genoemd.

¹¹¹⁸ HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *NJ* 2012/397 (*Knooble/Staat*), r.o. 3.5, ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan, *JB* 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, *TBR* 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*), r.o. 2.4.5. Zie ook Neerhof 2016, p. 203 en 204, onder verwijzing naar deze arresten.

¹¹¹⁹ De eerder aangehaalde r.o. 3.5 en 3.12 waarin wordt gesproken van *'algemeen geldende normen'*.

¹¹²⁰ De afdeling in r.o. 2.4.5: *'geen vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften als bedoeld in artikel 89, vierde lid, van de Grondwet'*, doch *'door de verwijzing ernaar in het Bouwbesluit 2003 wel naar buiten werkende, de burgers bindende regels'*, zoals ook aangehaald door Neerhof 2016, p. 204.

¹¹²¹ Korthals Altes 2005, p. 28, die terecht waarschuwt dat art. 79 RO uitsluitend betekenis heeft voor de vraag of de Hoge Raad de door de lagere rechter aan een regel gegeven uitleg in cassatie volledig mag toetsen, maar geen criterium biedt voor de controle van legitimiteit en representativiteit van private regelgeving.

normalisatienormen (vgl. nr. 118, art. 263 VWEU). Hoe die controle eruit komt te zien, is onduidelijk aangezien beleidsregels en AVV's niet direct kunnen worden vernietigd. De exacte inhoud van de nationale rechterlijke controle op normalisatienormen ligt eveneens open en lijkt eveneens indirect. De directe bestuursrechtelijke rechtsingang staat in Nederland slechts open indien een handeling een besluit is en indien de eiser een belanghebbende is (*directe toetsing*). Daarnaast kan toetsing plaatsvinden in het kader van de uitvoering of handhaving van de wet- of regelgeving door de overheid (*exceptieve toetsing*).¹¹²² De burgerlijke rechter is slechts restrechter.¹¹²³

Ten slotte is weleens de vraag opgeworpen of nationale normalisatie-instituten bestuursorganen zijn in de zin van de Awb, omdat aan hen in zekere zin regelgevende bevoegdheid zou zijn gedelegeerd indien naar hun normen wordt verwezen in AVV's. Over dit onderwerp verschillen de meningen, doch het zal hier niet nader worden uitgewerkt.¹¹²⁴

4.4 GEVOLGEN VOOR PRIVAATRECHTELIJKE NORMSTELLING

125 (Alternatieve) legitimatie?

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre is voldaan aan de randvoorwaarden die in de doctrine zijn geïdentificeerd, wil enige betekenis toekomen aan geharmoniseerde normen als vorm van alternatieve regulering binnen privaatrechtelijke normstelling.

Het voorgaande laat zien dat er waarborgen in het totstandkomingsproces en controle op geharmoniseerde normen achteraf aanwezig zijn, maar dat er ruimte is voor verbetering. Op papier zijn relatief veel waarborgen ingebouwd die maken dat zowel in de fase van ontwerp van het mandaat als tijdens het tot stand brengen van de norm, er veel inspraak is van diverse stakeholders. Misschien wel meer dan bij iedere andere vorm van alternatieve regulering.¹¹²⁵ *James Elliott* lijkt binnen de Commissie in ieder geval al aanleiding te zijn geweest om haar rol binnen de Nieuwe Aanpak eens nader te overdenken, onder andere via een zogeheten interinstitutionele dialoog, en diverse actiepunten. Zo wil de Commissie achterstanden wegwerken en de controle op het totstandkomingsproces en op de norm voor goedkeuring aanscherpen.¹¹²⁶

¹¹²² Art. 1:5 lid 2 Awb bepaalt dat alleen administratief beroep open staat tegen besluiten. Onder meer art. 8:3 lid 1 AWB staat aan direct beroep in de weg, nu dit artikel de bevoegdheid van de bestuursrechter voor een beroep tegen AVV's en/of beleidsregels uitsluit. Wel is exceptieve toetsing mogelijk, daar waar procespartijen zelf een beroep doen op de onverbindendheid van wetgeving in het kader van een tot hen gericht bijzonder besluit of strafmaatregel, zie De Haan e.a. 2019, p. 16.

¹¹²³ De Haan e.a. 2019, p. 140-149.

¹¹²⁴ Schutgens vraagt zich ten aanzien van nationale verwijzingen naar normalisatie af of nationale normalisatie-instituten B-organen in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb zijn nu eventueel via delegatie regelstellende bevoegdheid zou zijn gedelegeerd, Schutgens 2012, p. 764. Neerhof meent dat bij statische verwijzing geen sprake is van uitoefening van openbaar gezag en het dus geen bestuursorgaan is. Bij dynamische verwijzing zou dit volgens hem anders kunnen zijn, Neerhof 2016, p. 207.

¹¹²⁵ Zie ook Giesen, p. 37, noot 19 onder verwijzing naar Schepel 2005, p. 246-249.

¹¹²⁶ COM(2016) 358 final - Standardisation package. COM(2018) 26 - Verslag van de Commissie over de uitvoering van het normalisatiebeleid van de EU en de bijdrage van Europese normen aan het EU-beleid.

De aanleiding hiervoor lijkt mede een resolutie van het Europees Parlement ter verbetering van Europese normalisatie. Het Europees Parlement lijkt verrassend genoeg vóór het handhaven van een strikte scheiding tussen EU-recht en geharmoniseerde normen.¹¹²⁷

Desalniettemin kent het systeem zwakke punten. Zo is de geharmoniseerde norm (en de informatie daarover) slecht toegankelijk tijdens en na het totstandkomingsproces. De deelname aan het normalisatieproces is bovendien kostbaar voor stakeholders.¹¹²⁸ Het stemrecht is daarnaast beperkt tot nationale normalisatie-instituten. Ten slotte staat de formele bezwaarprocedure alleen open voor lidstaten en het parlement. Deze zwakke punten vergroten het risico dat bepaalde lidstaten en/of belangengroeperingen buiten spel worden gezet. Zeker wanneer de technische uitwerking van eisen gecompliceerd is en bepaalde lidstaten een groot belang hebben bij een bepaald type industrie, ligt dit risico op de loer.

Een voorzienbaar probleem – doch concrete voorbeelden blijven lastig aan te wijzen – vormen geharmoniseerde normen die meer regelen dan de essentiële eisen of geharmoniseerde normen die op zo'n manier zijn vormgegeven dat de bijzondere invulling van de essentiële eisen alsnog een markt verdelende werking heeft. In dat geval kan nog steeds worden gezegd dat naleving van de geharmoniseerde norm een vermoeden van conformiteit oplevert. Echter, ook door zeer zware normen kan een bepaalde sector of type onderneming feitelijk nog steeds een concurrentievoordeel hebben. Hoewel de veiligheid in dat geval is gewaarborgd, is het doel van de oorspronkelijke harmonisatie van wetgeving mede het creëren van een *level playing field*, het faciliteren van de handel in producten en verbetering van de interne markt. Deze doelen kunnen door de verwijzing naar geharmoniseerde normen alsnog worden ondermijnd.

De invloed van de industrie – en dan met name die van de grote spelers in die wereld – op normalisatie is en blijft heel groot. Hoewel dit vooralsnog niet meetbaar is gemaakt en de betrokkenen bij normalisatie niet met naam en toenaam hierover willen verklaren, werd in door mij gevoerde gesprekken door betrokkenen aangegeven dat het systeem voornoemde praktijken nog steeds toelaat, althans er onvoldoende uitfiltert. De terughoudendheid waarmee hierover wordt gesproken, kan worden verklaard doordat met

COM(2018) 764 - Geharmoniseerde normen: meer transparantie en rechtszekerheid voor een optimaal functionerende eengemaakte markt.

¹¹²⁷ P8_TA-PROV(2017)0278 - European Standards for the 21st century. European Parliament resolution of 4 July 2017 on European standards for the 21st century (2016/2274(INI)). Zoals ook aangehaald door Van Cleynebreugel & Demoulin, The EP's 'European Standards' Resolution in the wake of James Elliott Construction: carving ever more holes in Pandora's Box?, *European Law Blog* 25 september 2017.

¹¹²⁸ De financiering is na invoering van de Normalisatieverordening verbeterd doch ANEC, SBS, ETUC en ECOS (zie hiervoor) geven aan dat in de praktijk de middelen onvoldoende zijn om goede expertise in te kopen. Zij moeten daarom keuzes maken binnen welke processen zij wel en niet willen worden betrokken. Mede n.a.v. gesprekken met vertegenwoordigers van deze organisaties en het congres d.d. 7 april 2017 getiteld *European Standardization for Internal Market and its Constitutional Challenges*, georganiseerd door the *Swedish Network for European Legal Studies and the Faculty of Law of Lund University* waaraan ondergetekende als spreker heeft deelgenomen en vertegenwoordigers van o.a. ECOS aanwezig waren.

normalisatie enorme economische belangen zijn gemoeid, zowel voor ondernemingen uit de industrie die de normen gebruiken als voor de normalisatie-instituten, de Europese Unie en de lidstaten.¹¹²⁹

Het belangrijkste probleem is de kenbaarheid van normen c.q. hun transparantie. Overheidswetgeving is gezien de kosten, het ontbreken van kennis en de tijdsspanne van het proces volgens velen geen haalbaar alternatief. Ik pleit echter wel, in navolging van Van Gestel, voor nader onderzoek naar de haalbaarheid van een maatregel om in navolging de nationale wetgever¹¹³⁰ via overheids gelden (een deel van de) geharmoniseerde normen kosteloos beschikbaar te laten stellen door nationale normalisatie-instituten. De *impact assessment* uit 2011 voorafgaand aan de invoering van de Normalisatieverordening vermeldt dat de kosten ter compensatie van nationale normalisatie-instituten hiervoor tussen de €180.000 en €6 miljoen per jaar worden geschat, bovenop eventuele reeds bestaande subsidies.¹¹³¹ Op het hoogtepunt van de financiële crises werd dit niet haalbaar geacht, maar wellicht liggen de kaarten nu anders.

Uiteindelijk blijft wel enige relativering op zijn plaats; ook overheidswetgeving is niet vrij van lobby, is soms slecht toegankelijk en kan niet aan alle belangen recht doen. Het blijft de vraag of vele van voornoemde waarborgen binnen het traditionele wetgevingsproces wel aanwezig en afdoende zijn.

126 De controle op geharmoniseerde normen en het belang van de kwalificatie als EU-recht voor het privaatrecht

Het oordeel dat geharmoniseerde normen deel uitmaken van het Unierecht maakt de mogelijkheden tot controle op geharmoniseerde normen groter waardoor de formele betekenis binnen het privaatrecht ook groter kan worden.¹¹³² De kwalificatie als recht maakt een geharmoniseerde norm mijns inziens nog geen algemeen verbindend voorschrift in de zin van het BW (vgl. de jurisprudentie over nationale normalisatienormen, art. 89 lid 4 Grondwet en de Bekendmakingswet (*Knooble*) en art. 79 RO (nr. 124). De inpassing van geharmoniseerde normen in het privaatrechtelijke kader (zoals bij art. 6:162 lid 2 BW, namelijk bij strijd met de wet of maatschappelijke betamelijkheid) wordt door deze kwalificatie formeel nog niet anders.

¹¹²⁹ Het blijft derhalve lastig het ‘club house’ waar Micklitz en Van Gestel over spreken, open te breken, Van Gestel & Micklitz 2013.

¹¹³⁰ Van Gestel 2012a, p. 225 onder verwijzing naar de website van ETSI die meent normen kosteloos beschikbaar te kunnen stellen. Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11 27406, nr. 193 (Kabinetsreactie kenbaarheid NEN-Normen en normalisatie), p. 4 waaruit overigens volgt dat op nationaal niveau het werken met een bewijsvermoeden niet maakt dat de normen die daaraan ten grondslag liggen als dwingend moeten worden gezien, zoals ook aangehaald door Neerhof 2016, p. 204.

¹¹³¹ SEC(2011) 671 final - Impact Assesment. Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Standardisation and amending Council Directives 89/686/EEC and 93/15/EEC and Directives 94/9/EC, 94/25/EC, 95/16/EC, 97/23/EC, 98/34/EC, 2004/22/EC, 2007/23/EC, 2009/105/EC and 2009/23/EC, p. 89-91.

¹¹³² Vgl. Giesen 2007, p. 46 en 49.

De zoektocht naar legitimatie beïnvloedt tot op zekere hoogte het antwoord op de vraag wanneer alternatieve regulering *recht* vormt.¹¹³³ De beoordeling van (alternatieve) legitimatie en de kwalificatie als recht hangen sterk samen en zijn deels circulair. Wil een norm als recht kunnen worden gekwalificeerd, dan dient voldoende (alternatieve) legitimatie aanwezig te zijn, waaronder afdoende controle. De kwalificatie van een norm als recht brengt automatisch meer rechterlijke controle erop met zich. Op nationaal niveau gaat het dan om recht in de zin van art. 79 RO. Op Europees niveau gaat het dan om de kwalificatie als ‘deel van het Unierecht’ in het kader van art. 267 VWEU (*James Elliott*, § 4.3.3).¹¹³⁴ De kwalificatie als recht is zoals hiervoor uiteengezet met name van belang voor de vraag of normalisatienormen door de rechter kunnen worden uitgelegd en of er rechterlijke controle bestaat op de toepassing ervan (op nationaal niveau via cassatiecontrole,¹¹³⁵ op Europees niveau onder andere door uitleg van het Hof van Justitie¹¹³⁶).

Met het openen van de route van art. 267 aanhef en sub a VWEU wordt de rechterlijke controle op geharmoniseerde normen door het Hof in ieder geval iets vergroot, doch onbekend is of rechtmatigheidstoetsing mogelijk is. Een individuele rechtsingang via art. 263 VWEU lijkt door de hoge eisen aan procesbevoegdheid in veel gevallen te ontbreken. Ook al ontbreekt strikte delegatie van bevoegdheden in de traditionele zin des woords (*Meroni*), toch neigt de literatuur tot het aannemen van delegatie (in het licht van *ESMA*) om verdere rechtmatigheidstoetsing op EU-niveau toe te kunnen staan.¹¹³⁷

De (overige) externe controlemechanismen op geharmoniseerde normen kennen ieder hun beperkingen. Veel materiële grondslagen behelzen een marginale toets van de norm en/of de procedurele waarborgen. Daarnaast bestaan feitelijke drempels om deze normen inhoudelijk te kunnen toetsen en op waarde te kunnen schatten. De normen zijn niet vrij toegankelijk en vanwege het hoge technische gehalte van de normen zijn alleen specialisten in staat deze op waarde te schatten.¹¹³⁸

Door de enkele kwalificatie als recht kunnen nationale civiele rechters nu vragen stellen over de uitleg en legitimititeit van geharmoniseerde normen (zie hiervoor over art. 267 VWEU). Door daarnaast rechtmatigheidstoetsing toe te staan zou één van de belangrijkste bezwaren tegen geharmoniseerde normen, namelijk het gebrek aan rechterlijke controle, wellicht iets worden ondervangen, waardoor de betekenis van geharmoniseerde normen binnen privaatrechtelijke normstelling groter zou kunnen worden. Civiele rechters voelen zich wellicht eerder geroepen om van geharmoniseerde normen gebruik te maken, aangezien duidelijk is dat enige waarborgen in het

¹¹³³ Vgl. Giesen 2007, p. 83.

¹¹³⁴ De term EU-recht wordt in dit artikel niet genoemd.

¹¹³⁵ Giesen 2007, p. 50; Korthals Altes 2005, nr. 28.

¹¹³⁶ HvJ EU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (*James Elliott Construction/Irish Asphalt*).

¹¹³⁷ Vgl. HvJ EU 22 januari 2014, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18 (*VK/Europees Parlement en de Raad, ESMA*).

¹¹³⁸ Schepel 2005, p. 251.

totstandkomingsproces aanwezig zijn. Bij twijfel over de legitimiteit kunnen zij, indien dit noodzakelijk is voor hun oordeel,¹¹³⁹ het Hof van Justitie adiëren.

Tegelijkertijd vinden geharmoniseerde normen in private verhoudingen vaak toepassing via open normen van privaatrecht. Rijst een vraag over een geharmoniseerde norm dus in een horizontale verhouding via een nationale privaatrechtelijke open norm, dan valt of staat de controle met de bereidheid tot het stellen van vragen door de nationale rechter (zie ook hoofdstuk 3 hiervoor) en zelfs wanneer dat gebeurt, gaat het Hof van Justitie blijkens bijvoorbeeld *James Elliott* niet per definitie tot uitleg van de norm over. Tel daarbij op dat betwijfeld kan worden in hoeverre Unieburgers een zelfstandige bestuurlijke rechtsingang hebben onder art. 263 VWEU en dat de materiële toets veelal marginaal is, dan blijft de rechterlijke controle dus beperkt. Het openstellen van rechterlijke toetsing laat bovendien de overige bezwaren die kleven aan het totstandkomingsproces onverlet.¹¹⁴⁰

Volgens Vranken zou het rechtskarakter van de alternatieve regel (althans het ontbreken van erkenning ervan) in de zaak *Kouwenberg/Rabo* bepalend kunnen zijn geweest voor de Hoge Raad om aan een alternatieve norm (het Reglement Handel Optiebeurs) in casu minder waarde toe te kennen.¹¹⁴¹ Menting maakt – voortbouwend op Vranken – ten aanzien van de bindingsvraag een onderscheid tussen interne exclusiviteit en externe exclusiviteit van het eerdergenoemde schema wetgever-rechtspraak.¹¹⁴² Een beperkte uitleg van art. 79 RO veroorzaakt volgens haar interne exclusiviteit in de zin dat de bepaling in veel gevallen mogelijk juridische betekenis van normen en controle daarop door de Hoge Raad blokkeert. Volgens Menting kan een nieuw rechtsbegrip – herijken van de interne exclusiviteit – maken dat er ruimte komt voor waardering van alternatieve legitimatie van private regelgeving.¹¹⁴³ Voor externe exclusiviteit, rechtstreekse bindende kracht buiten het schema wetgever-rechtspraak, is het volgens Menting nog te vroeg.¹¹⁴⁴ Wat het Hof van Justitie op EU-niveau doet kan worden gekwalificeerd als het herijken van interne exclusiviteit. Een complicatie is echter dat blijkens *James Elliott* het wel aan het nationale recht en de nationale rechters blijft om uitspraken te doen over de privaatrechtelijke betekenis van geharmoniseerde normen voor privaatrechtelijke normstelling (slotbeschouwing, nr. 280).

De kwalificatie van een norm als recht ex art. 79 RO of ex art. 267 VWEU is zoals bekend geen doorslaggevende voorwaarde voor betekenis van alternatieve regelgeving.¹¹⁴⁵ Uit de rechtspraak over andere alternatieve

¹¹³⁹ Hofmann e.a. 2011c, p. 868.

¹¹⁴⁰ Vgl. eerder al Joerges e.a. 1999, p. 5 waarin zij erop wijzen dat formele delegatie aan Europese normalisatie-instituten onvoldoende is om de bijzondere problemen die normalisatie met zich mee brengt aan te pakken.

¹¹⁴¹ *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/82, zoals ook aangehaald door Giesen 2007, p. 100.

¹¹⁴² Menting 2013, p. 120.

¹¹⁴³ Menting 2013, p. 120 en 123.

¹¹⁴⁴ Menting 2013, p. 122-123. Zie ook *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/82-84.

¹¹⁴⁵ Korthals Altes 2005, p. 28; Giesen 2007, p. 50 en 87.

normen blijkt dat alternatieve normen die geen recht zijn in de zin van art. 79 RO toch kunnen meewegen bij vaststelling van het ongeschreven recht, maar dan als een factor binnen een veel ruimere catalogus van gezichtspunten.¹¹⁴⁶ Op die manier kan een norm als mee te wegen omstandigheid via de privaatrechtelijke open normen alsnog van invloed zijn. Het belang van de kwalificatie van de norm als recht voor de uiteindelijke betekenis van private regelgeving in het privaatrecht kan dus enigszins worden gerelativeerd.¹¹⁴⁷

Verdere privaatrechtelijke gevolgen van de kwalificatie van geharmoniseerde normen als ‘deel van het Unierecht’, anders dan een grotere controle op die normen en daaraan gekoppelde grotere waarde van die normen, lijkt het oordeel van het Hof van Justitie niet met zich te brengen. In theorie zou dit ook moeten betekenen dat aan geharmoniseerde normen op basis van een mandaat, een groter gewicht zou moeten toekomen dan aan normalisatienormen die los van het Europeesrechtelijk kader tot stand komen nu het totstandkomingsproces van die normalisatienormen met minder waarborgen is omkleed.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁶ O.a. gezien de zin ‘mede van betekenis’ als genoemd in HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabo*), r.o. 100 als besproken door Giesen 2007, p. 100 en *Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005/82-84. Zie ook Kristic e.a. 2009 die de criteria voor toepassing van private regelgeving buiten art. 79 RO bespreken, alsmede Giesen 2008. Zie nadere rechtspraak in de hoofdstukken 6 en 7.

¹¹⁴⁷ Giesen 2007, p. 45 en 50; Korthals Altes 2005, nr. 25.

¹¹⁴⁸ Lee 2011, p. 578 en 580 die er op wijst dat er meerdere omstandigheden ten aanzien van het totstandkomingsproces relevant kunnen zijn (*process model*). Lee pleit echter niet voor een strikte hiërarchie. Cafaggi stelt: ‘*Negotiated standardization, in compliance with clear procedural rules concerning openness, transparency and accountability, and independent standardisation could give rise to a rebuttable presumption of safety when here is compliance with the technical standard. Negotiated standardization without procedural guarantees should be treated as unilateral standardization and produce only evidentiary effects.*’, Cafaggi 2009a, p. 221 en 229, alsmede Cafaggi 2011a, p. 110 e.v., paragraaf 6 en eerder in deze zin al Stuurman 1995, p. 259. Ook Van Leeuwen lijkt ervan uit te gaan dat vanwege de aanwezigheid van een wettelijk kader aan normalisatienormen daarbinnen een groter gewicht toe komt in private verhoudingen, dan wanneer zo’n wettelijk kader ontbreekt; Van Leeuwen 2015, p. 170 onder verwijzing naar Cafaggi voornoemd. Hoewel Cafaggi heeft betoogd dat de herkomst van normen uit zou moeten maken voor de doorwerking in het aansprakelijkheidsrecht, ziet men dit in de praktijk (nog) niet expliciet terug. Vgl. Lee 2011, p. 573 die een zelfde beeld ziet in de Engelse rechtspraak.