



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen

Elferink, M.H.

Citation

Elferink, M. H. (1998, December 10). *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen. Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/43081>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/43081>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/43081> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Elferink, M.H.

Title: Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen

Issue Date: 1998-12-10

3 De publiekrechtelijke status van NEN-normen

1 INLEIDING

In *hoofdstuk 1* is al aangegeven dat de centrale vraag van deze studie is hoe het verwijzen naar normalisatienormen in regelgeving zich verhoudt met het auteursrecht. Voordat een auteursrechtelijke beoordeling echter plaats kan vinden, is noodzakelijk de juridische status van NEN-normen vast te stellen. Daarom zal in dit hoofdstuk deze status worden onderzocht, met name daar waar het gaat om de juridische status van de NEN-normen ná verwijzing.

Plan van behandeling

In (veel) regelgeving komen verschillende algemene verwijzingsbepalingen voor. Aan de hand van enkele voorbeelden zal in dit derde hoofdstuk eerst worden onderzocht wat de functie en het doel hiervan is (§ 2.1). Vervolgens komen de verscheidene vormen van verwijzingsmethoden aan de orde, die specifiek voor verwijzingen naar normalisatienormen gelden (§ 2.2 e.v.). Bij de behandeling hiervan zal aandacht worden besteed aan de voor- en nadelen die hiermee verbonden kunnen zijn.

Het doel van dit hoofdstuk is vast te stellen wat de juridische status is van NEN-normen. Daarbij gaat het om de vraag of het karakter van NEN-normen verandert doordat daarnaar in regelgeving wordt verwezen. Dit zal worden onderzocht door de overeenkomsten en verschillen in status te vergelijken van zowel rechtsnormen en technische (normalisatie)normen, als van richtlijnen en technische (normalisatie)normen (§ 3). Hierbij zullen tevens opvattingen uit het Duitse recht worden betrokken. De uitkomsten van dit onderzoek zullen worden getoetst aan de kenmerken van algemeen verbindende voorschriften (§ 4).

Voorts zal in dit hoofdstuk gezien worden of de verwijzing naar NEN-normen en de mogelijke statusverandering die deze daardoor (kunnen) ondergaan, nog verdergaande consequenties heeft. Ik denk daarbij voornamelijk aan (eventuele) consequenties voor de bekendmaking van NEN-normen (§ 5). In dit verband zal eveneens de thans gevolgde methode van bekendmaking van NEN-normen worden behandeld en de gevolgen daarvan (§ 6 en 7).

Dit hoofdstuk zal worden afgesloten met een onderzoek naar de staatsrechtelijke geoorloofdheid van verwijzingen naar NEN-normen in regelgeving (§ 8), waarin eveneens de gevolgen van verwijzing voor het NNI als privaatrechtelijke instantie zullen worden betrokken (§ 9).

2 VERWIJZING NAAR NEN-NORMEN IN REGELGEVING

In deze paragraaf zullen enkele functies van algemene verwijzingsbepalingen in regelgeving worden belicht. Dit onderwerp zal slechts summier worden behandeld nu het slechts dient ter illustratie van de verschillende functies die verwijzingen in regelgeving in het algemeen kunnen hebben.

2.1 Algemene verwijzingsbepalingen in wetgeving

Een groot aantal wettelijke regelingen bevat algemene verwijzingsbepalingen. In dergelijke bepalingen wordt bijvoorbeeld verwezen naar wetten en/of besluiten. In de Aanwijzingen voor de regelgeving (art. 78-92) is een aantal regels geformuleerd voor de toepassing van verwijzingen naar andere bepalingen.¹ Artikel 78 geldt als uitgangspunt bij het verwijzen naar andere bepalingen:

1. Verwijzing naar andere bepalingen wordt vermeden, indien de toegankelijkheid van de regeling daardoor onnodig wordt geschaad.
2. Verwijzing naar bepalingen die zelf een verwijzing inhouden en verwijzing naar latere bepalingen van de regeling worden bij voorkeur vermeden.

In de toelichting bij deze Aanwijzing staat dat verwijzing wenselijk kan zijn vanwege het feit dat anders dezelfde bepaling meermalen in een regeling zou moeten worden uitgeschreven. Hoewel als uitgangspunt geldt dat geen gebruik mag worden gemaakt van verwijzing indien de duidelijkheid en toegankelijkheid te wensen overlaat, treffen we in veel wettelijke regelingen verwijzingen aan die lang niet in alle gevallen voldoende duidelijkheid en toegankelijkheid verschaffen. Anderzijds kunnen verwijzingen ook erg functioneel zijn en daarom, blijkens de toelichting, zelfs wenselijk. Hieronder zal een aantal belangrijke functies van verwijzingen worden opgesomd.²

In de eerste plaats kan een algemene verwijzingsbepaling ten doel hebben herhalingen te voorkomen: de 'herhalingsverwijzing'.³ Een dergelijke verwijzing kan voorkomen binnen eenzelfde regeling maar ook daarbuiten. Zij geschiedt door middel van een 'van toepassing'-verklaring of een 'van overeen-

1 Besluit van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, hierna aangehaald als: 'Aanwijzing' of 'Aanwijzingen voor de regelgeving'.

2 Vgl. ook o.a. E.M.H. Hirsch Ballin, 'Architectuur van wetgeving', in: *Kracht van wet*, Van Eijkern-bundel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 77-96, waarin een nauwkeurige uiteenzetting wordt gegeven van de verschillende technische methoden van verwijzingen in wetgeving.

3 P.J. van der Flier, 'Verwijzingsbepalingen in de wetgeving', *RegelMaat* juli 1986, p. 98-102.

komstige toepassing'-verklaring.⁴ Een voorbeeld is te vinden in de Wet milieubeheer.⁵ Artikel 10.28 lid 1 luidt:

- 1. De artikelen 8.5 tot en met 8.25 en afdeling 3.5 van de Algemene wet bestuursrecht zijn van overeenkomstige toepassing met betrekking tot (...) een vergunning als bedoeld in artikel 10.27.
- 2. Artikel 10.14 is van overeenkomstige toepassing (...) als bedoeld in artikel 10.26, tweede lid, onder b, of vijfde lid.

In lid 1 wordt een (deel van een) andere wet, namelijk de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van overeenkomstige toepassing verklaard en in lid 2 wordt een artikel uit de Wet milieubeheer zelf op een ander artikel uit diezelfde wet van overeenkomstige toepassing verklaard. Dergelijke verwijzingen hebben slechts een technische functie: voor de inhoud maakt het niet uit of de bepaling steeds wordt uitgeschreven of dat zij van (overeenkomstige) toepassing wordt verklaard. Wijzigingen in die andere regeling werken wel direct door in de verwijzende regeling. Indien daarbij wordt verwezen naar een lagere regeling, heeft dit tot gevolg dat er sprake is van zogenaamde 'verkapte' delegatie.⁶

Teneinde herhaling te voorkomen kan ook een aparte verwijzingsbepaling worden opgenomen in de wet (al dan niet in een afzonderlijk hoofdstuk). Deze wordt dan meestal zo geformuleerd dat zij van toepassing is op alle daarvoor in aanmerking komende gevallen. Een voorbeeld is artikel 84 van de Huisvestingswet⁷ waarin een strafbepaling is opgenomen:

- 1. Hij die handelt in strijd met het bepaalde bij of krachtens artikel 45, 49, vierde lid, of 59, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie.
- 2. Hij die handelt in strijd met het bepaalde bij of krachtens artikel 7, 8, 17, 18, 30, eerste lid, 33, 78, of 83 wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste vier maanden of geldboete van de derde categorie. (...).

Een ander voorbeeld is artikel 20 van de Wet milieubeheer:

- 1. Tegen een besluit op grond van deze wet – met uitzondering van een besluit ten aanzien waarvan op grond van deze wet een andere beroepsgang is opengesteld – of één van de in het derde lid bedoelde wetten of wettelijke bepalingen

4 Zie in dit verband Aanwijzing 83 lid 2: 'De uitdrukking 'is van overeenkomstige toepassing' wordt gebruikt, indien de bepaling waarnaar wordt verwezen, niet geheel letterlijk kan worden toegepast, maar misverstand over de toe te passen tekst uitgesloten is.'

5 Wet van 13 juni 1979, *Stb.* 442, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 6 februari 1997, *Stb.* 63.

6 Van der Flier 1986, p. 99. Wanneer is verwezen naar een lagere regeling, die door de lagere regelgever wordt aangepast, dan heeft de lagere regelgever indirect regelgevende bevoegdheid. De wijziging van de lagere regeling (waarnaar wordt verwezen) werkt immers direct door in de regeling waarin de verwijzing staat.

7 Wet van 1 oktober 1992, *Stb.* 548.

kan beroep worden ingesteld op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. (...).

-3. De in het eerste lid bedoelde wetten of wettelijke bepalingen zijn: de artikelen 10, tweede lid, van de Mijnwet 1903 en voorschriften die berusten of mede berusten op artikel 9, eerste lid, onderdeel c, van die wet, de Destructiewet, uitgezonderd artikel 18, de Kernenergiewet, de Wet geluidhinder, de Grondwaterwet, de Wet inzake de luchtverontreiniging, de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, de Wet verontreiniging zeewater, de Wet milieugevaarlijke stoffen, de Wet bodembescherming, de EEG-verordening overbrenging van afvalstoffen en de artikelen 125 Gemeentewet, 122 van de Provinciewet en 61 van de Waterschapswet, voor zover het besluiten betreft die betrekking hebben op de handhaving van het bepaalde bij of krachtens de wetten waarop hoofdstuk 18 van deze wet van toepassing is.

De inhoud van deze regel is op deze wijze dus in één keer geformuleerd in een algemene bepaling.

Voorts kan een verwijzingsbepaling de functie hebben om verschillende regelingen met elkaar te verbinden. Dan wordt uitgelegd wat de wetgever met een bepaald begrip bedoelt. Zo luidt artikel 143 Gemeentewet bijvoorbeeld: 'Een besluit als bedoeld in artikel 139 (...).'⁸

Een bijzonder type van verwijzing is de zogenaamde schakelbepaling. Artikel 3:15 BW is hier een voorbeeld van: 'De artikelen 11-14 vinden buiten het vermogensrecht toepassing, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.' In dit geval worden enkele algemene beginselen ofwel meer principiële uitgangspunten van het ene rechtsgebied (i.c. het vermogensrecht) van toepassing verklaard op een buiten dat rechtsgebied gelegen ander rechtsgebied dat niet nader wordt aangeduid.

Ten slotte kan worden verwezen naar andere dan wettelijke normen. Hierbij kan worden gedacht aan verwijzingen naar door particulieren opgestelde normen, zoals bijvoorbeeld normalisatieinstituten of verenigingen van producenten en dergelijke.⁹ Verwijzing naar dergelijke normen wordt wel als de zogenaamde 'herhalingsverwijzing' aangeduid, aangezien een dergelijke verwijzing wets-technisch gezien in de plaats komt van het uitschrijven van die normen in de verwijzende regeling.¹⁰ Dit blijkt ook uit de toelichting bij Aanwijzing 78, waarin wordt gesproken over de wenselijkheid van verwijzingen omdat deze voorkomen dat dezelfde bepaling meermalen moet worden uitgeschreven. Van der Flier geeft hierbij het voorbeeld van een ministeriële regeling waarin wordt bepaald dat een product pas veilig is als het voldoet aan bepaalde eisen

⁸ Wet van 14 februari 1992, *Stb.* 96.

⁹ Van der Flier 1986, p. 102.

¹⁰ Van der Flier 1986, p. 102. In deze zin ook N. Verheij, 'Wetten die niet werken', *RegelMaat* oktober 1986, p. 145: 'een verwijzing is een technisch hulpmiddel om herhaling te voorkomen. De technische keuze voor verwijzen heeft betrekking op de vorm, niet de inhoud (...). De verwijzende (hulp)bepaling neemt de tekst van de kernbepaling waarnaar zij verwijst in zich op en wordt daardoor zelf een kernbepaling.' Vgl. Hirsch Ballin 1984, p. 80 e.v.

die worden gesteld in een NEN-norm. Hij stelt dat de eisen door die verwijzing pas algemeen verbindend worden.¹¹ Het kan inderdaad niet anders dan de bedoeling van de wetgever zijn geweest, dat aan de normen waarnaar wordt verwezen moet worden voldaan, op dezelfde wijze als zouden de bedoelde normen integraal in de regeling zijn opgenomen. De vraag of dit ook tot gevolg heeft dat de desbetreffende NEN-normen zelf een statusverandering ondergaan staat centraal in dit hoofdstuk en zal dan ook nader onderzocht worden. Maar eerst zal ik een aantal specifiek voorkomende vormen van verwijzingen naar NEN-normen bespreken.

2.2 Specifieke verwijzingsvormen naar normalisatienormen

In veel wettelijke regelingen wordt verwezen naar NEN-normen zoals blijkt uit de in Bijlage I opgenomen lijst van regelgeving. Hierbij wordt vooropgesteld dat *verwijzing* moet worden onderscheiden van *incorporatie* van normen waarbij de inhoud van een normdocument letterlijk in een wettelijke regeling wordt overgenomen.¹² Qua uiterlijke vormgeving en besluitvorming is er geen relevant verschil tussen een door incorporatie totstandgekomen voorschrift en een door de wetgever zelf geformuleerd voorschrift.

2.2.1 Statische verwijzing

Van statische verwijzing is sprake indien in een wettelijke regeling wordt verwezen naar normalisatienormen die worden aangeduid met het nummer, de datum van uitgave en eventueel de titel en vindplaats.¹³ De toelichting bij Aanwijzing 92 van de Aanwijzingen voor de regelgeving luidt: 'een verwijzing naar de tekst zoals die op een bepaald moment luidde.'

Een voorbeeld van een statische verwijzing betreft artikel 2 van het Besluit kinderveilige verpakkingen geneesmiddelen.¹⁴ Dit artikel bepaalt dat:

11 Van der Flier 1986, p. 102.

12 Vgl. G.M.F. Snijders, *Produktveiligheid en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1987, p. 46 en C. Stuurman, *Technische normen en het recht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1995, p. 147-148. Snijders merkt op dat incorporatie van NEN-normen leidt tot inkomstenderving bij de normalisatieinstellingen, aangezien de wetgever in dat geval algemene bekendheid geeft aan de inhoud van de normen.

13 Ook wel starre verwijzing genoemd. Advies inzake harmonisatie van technische voorschriften in de EG (advies van 26 april 1985, SER 85/08), Den Haag: SER 1985, p. 39. Het gaat hierbij om verwijzing naar exact met datum aangeduide normen. P. Marburger, *Die Regeln der Technik im Recht*, Keulen: Carl Heymans Verlag 1979, p. 384 geeft als definitie: 'Die starre oder statische Verweisung bezieht sich auf eine ganz bestimmte Fassung einer einzelnen oder mehrerer Regel(n). Dies geschieht, indem die Verweisungsnorm die als Verweisungsobjekt bezogene Regel nach Normblattnummer und Ausgabedatum, evtl. auch nach dem Titel und der Fundstelle eindeutig bezeichnet.'

14 Besluit van 24 oktober 1989, *Stb.* 168.

Bij de aflevering van een via de mond aan te wenden farmaceutisch product dat een substantie bevat als vermeld op de bij dit besluit behorende bijlage en dat zich in een kleinverpakking bevindt, moet de het farmaceutisch product direct omsluitende verpakking voldoen aan de eisen vervat in de *norm NEN 1740, gepubliceerd in maart 1983 door het Nederlands Normalisatie-instituut*, met dien verstande dat het aantal, bedoeld in paragraaf 6.3.1.1. van genoemde norm, door Onze Minister, gehoord de Geneesmiddelencommissie, wordt vastgesteld.

Een belangrijk gevolg van de statische verwijzing is dat bij een eventuele herziening van de norm de wettelijke regeling zelf eveneens moet worden aangepast. Herzieningen van normen zijn in dit geval dus niet bindend dan nadat het wettelijke voorschrift eveneens is gewijzigd. Dit is een belangrijk nadeel van deze methode. Gegeven het feit dat normalisatienormen regelmatig worden herzien (minimaal eens in de vijf jaar), kan noodzakelijk zijn de regelgeving zelf ook stelselmatig aan te passen, hetgeen de nodige tijd en kosten met zich zal meebrengen. Dit nadeel kan tegelijkertijd echter verzacht worden door te wijzen op het feit dat juist in lagere regelgeving vaak verwijzingen voorkomen. Dit betekent dat aanpassingen verhoudingsgewijs op een snellere manier doorgang kunnen vinden. Lagere regelgeving is immers vrijgesteld van een aantal formaliteiten en 'gangen' die hogere (formele) regelgeving moet doorlopen.

Een voordeel van de statische verwijzing is de duidelijkheid die deze schept. Door de nauwkeurige methode van verwijzing naar NEN-normen kan er (bijna) geen onduidelijkheid ontstaan over de vraag of al dan niet de juiste norm is toegepast.

2.2.2 *Dynamische verwijzing*

Van dynamische verwijzing is sprake indien in een wettelijke regeling wordt verwezen naar de titel van de norm en het nummer, zonder daarbij naar serie en/of datum te verwijzen.¹⁵ De definitie die in de toelichting bij Aanwijzing 92 wordt gegeven luidt: 'een verwijzing naar de tekst zoals die met inbegrip van sinds de totstandkoming vastgestelde wijzigingen luidt of zal luiden.'

Wanneer er door middel van de dynamische methode naar een NEN-norm wordt verwezen staat bijvoorbeeld in de wettelijke regeling dat moet worden voldaan aan norm NEN 1040. In dit geval wordt niet naar een specifieke versie (van die en die datum) verwezen, maar naar de actuele versie van de norm. Dat is dus de norm zoals die op dat moment geldt. Een voorbeeld hiervan is de bij de Warenwet behorende bijlage van het Kokswarenbesluit.¹⁶ Onder

¹⁵ Ook wel glijdende verwijzing genoemd. SER-advies harmonisatie van technische voorschriften in de EG 1985, p. 39. Volgens Marburger 1979, p. 384, '...ergreift die gleitende oder dynamische Verweisung die in Bezug genommene(n) technische(n) Regel(n) in ihrer jeweiligen Fassung.'

¹⁶ Behorende bij het KB van 1 oktober 1979, *Stb.* 563.

punt 1.3.2 wordt een bepalingmethode voorgeschreven voor de bepaling van het aantal 'aëroob kweekbare micro-organismen': 'Verricht de bepaling zoals aangegeven in de meest recente versie van NEN 1507. (...).'

Een dynamische verwijzing biedt als voordeel boven een statische verwijzing, dat bij latere herziening van de betrokken norm(en) geen wijziging van het betrokken wettelijke voorschrift noodzakelijk is. Wanneer een statische verwijzing wordt gebruikt moet bij herziening van de normen ook de wetgeving keer op keer worden aangepast. Bij dynamische verwijzing wijzigt de inhoud van het verwijzende voorschrift tegelijk met die van de aangewezen normalisatienormen. Dit betekent een aanzienlijke werkbeparing. Daarbij komt dat hiermee aan de voor zelfregulering geldende prioriteit wordt voldaan, zoals door de overheid wordt voorgestaan in haar plan van aanpak inzake marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit.

De wetgever kan dus volstaan met kaderwetgeving waarvan de detaillering aan het Nederlands Normalisatie-instituut wordt overgelaten. Over de geloofwaardigheid van met name dynamische verwijzingen kom ik nog te spreken in § 8.2 van dit hoofdstuk.

2.2.3 Open verwijzing

Bij een open verwijzing gaat het om een algemene verwijzing naar normen. De SER heeft in haar advies de volgende definitie hiervan gegeven: 'in de tekst van het voorschrift wordt op algemene wijze gerefereerd aan bestaande of nog op te stellen normen, bijvoorbeeld in de vorm van een algemene clausule, welke inhoudt dat alle bestaande of toekomstige normen op een bepaald gebied worden beschouwd als te beantwoorden aan de in het voorschrift beoogde doelstelling.'¹⁷ Bij een open verwijzing wordt dus slechts aan normen gerefereerd zonder vermelding van titel, nummer en versie. Artikel 4 van het Warenwetbesluit elektrotechnische producten is een voorbeeld van een open verwijzing:

Een elektrotechnisch product wordt vermoed te voldoen aan het bepaalde bij of krachtens artikel 3 [houdende algemene veiligheidseisen voor elektrotechnische producten; ME] indien: a. (...); b. het, voor zover geen normen als onder a bedoeld zijn aangewezen, voldoet aan de daarop van toepassing zijnde veiligheidsvoorschriften van de Internationale Commissie (IEC), (...).¹⁸

17 SER-advies harmonisatie van technische voorschriften in de EG 1985, p. 39. Marburger 1979, p. 166 spreekt van 'Generalklauseln', dit zijn algemene clausules als 'allgemein anerkannte Regeln der Technik', 'Stand der Technik' en 'Stand von Wissenschaft und Technik'.

18 Besluit van 6 juli 1992, *Stb.* 1992, 385. Dit voorbeeld is ontleend aan Stuurman 1995, p. 149.

2.3 Nader onderscheid: normaanvullende en normspecificerende verwijzing

Voor het Duitse recht is door Marburger een nadere differentiatie aangebracht op de hiervoor besproken categorieën van verwijzingen. Hij maakt onderscheid tussen een 'normergänzende' (normaanvullende) en een 'normkonkretisierende' (preciserende/verduidelijkende) verwijzing.¹⁹ Laatstgenoemde wordt wel aangeduid als een normspecificerende verwijzing.²⁰

Van een normaanvullende verwijzing is sprake indien de inhoud van de verwijzende rechtsnorm in essentie ('Tatbestand') of in de beoogde rechtsgevolgen onvolledig is. Deze wordt dan met een verwijzing naar een (technische) norm aangevuld.²¹ Het wettelijk voorschrift is zonder de aanvullende verwijzing dus niet compleet. Een aanvullende verwijzing kan zowel statisch als dynamisch zijn.

Een normspecificerende verwijzing is een verwijzing die volgens Marburger dient ter nadere detaillering van een open norm, zoals bijvoorbeeld de stand van wetenschap en techniek ('allgemein anerkannte Regeln der Technik', 'Stand von Wissenschaft und Technik' of 'Stand der Technik').²² De toegevoegde verwijzing naar 'technische normen' dient slechts om de gegeven standaard voor het deelbereik van zijn regelomvang te preciseren, aldus Marburger.²³ Het wettelijk voorschrift waarin gebruik is gemaakt van een normspecificerende verwijzing is op zichzelf al volledig (dus ook zonder die verwijzing), omdat de voorschriften al in de verwijzende open norm zelf worden gegeven. Deze zijn niet tot in detail omschreven; maar in wettelijke standaarden.

Van het zojuist besproken onderscheid tussen een normaanvullende en normspecificerende verwijzing is in het kader van deze studie met name de aanvullende (statische of dynamische) verwijzing van belang. Hierbij is de verwijzende rechtsnorm op zichzelf onvolledig, en deze wordt slechts compleet doordat ze wordt aangevuld met de technische norm waarnaar wordt verwezen. Dit onderzoek beoogt nu juist de juridische status van dergelijke NEN-normen vast te stellen, omdat deze ingrijpen in de rechten en verplichtingen van de adressanten.

2.4 Mate van dwingendheid van de verwijzingen

Wanneer normalisatienormen waarnaar in een wettelijke regeling wordt verwezen moeten worden opgevolgd en naleving dus verplicht wordt gesteld, is de verwijzing daarnaar dwingend. Met andere woorden: men kan slechts aan

19 Marburger 1979, p. 385.

20 Stuurman 1995, p. 150 e.v.

21 Vgl. Stuurman 1995, p. 151.

22 Marburger 1979, p. 385. Vgl. Stuurman 1995, p. 150 e.v.

23 Marburger 1979, p. 405.

het wettelijk voorschrift voldoen door de voorgeschreven normalisatienormen op te volgen.²⁴

Daarnaast kan een verwijzing 'semi-dwingend' van aard zijn.²⁵ Hiervan is sprake indien het naleven van de aangewezen normalisatienorm niet dwingend is voorgeschreven, maar een product dat aan de eisen van de desbetreffende norm voldoet, in beginsel geacht wordt te voldoen aan het door de wetgever beoogde veiligheidsniveau. In dit geval heeft men de mogelijkheid om op een andere manier aan het door de wetgever beoogde veiligheidsniveau te voldoen. Wanneer wordt afgeweken van de normalisatienorm rust het bewijs dat aan het vereiste niveau is voldaan geheel op de schouders van de producent. Opvolgen van 'semi-dwingende' normalisatienormen schept dus een wettelijk bewijsvermoeden.²⁶ De 'nieuwe aanpak'-normen zijn een voorbeeld van semi-dwingende verwijzingen (zie daarover *hoofdstuk 2*).

Ten slotte kunnen normalisatienormen vrijblijvend zijn voorgeschreven.²⁷ Deze geven een mogelijke invulling zonder dat het volgen daarvan een juridisch voordeel biedt.²⁸

In het kader van deze studie gaat het hoofdzakelijk om de verwijzingen die dwingend zijn voorgeschreven; dergelijke verwijzingen zijn immers van invloed op de rechtspositie van de normadressanten. Daarbij wordt vooropgesteld dat zowel de statische als de dynamische (aanvullende) verwijzing mét een dwingend karakter in dit onderzoek centraal zullen staan.

3 NEN-NORMEN ALS VORMEN VAN REGELGEVING

De wetgever blijkt te kunnen kiezen voor verschillende methoden van verwijzing naar NEN-normen in regelgeving. Deze zijn in de voorgaande paragrafen

24 Voorbeelden hiervan zijn de eerdergenoemde statische verwijzing naar NEN 1740 in art. 2 van het Besluit Kinderveilige verpakkingen geneesmiddelen en de dynamische verwijzingen naar NEN-normen in de Bijlage bij het Kokswarenbesluit.

25 Vgl. Stuurman 1995, p. 151.

26 Snijders 1987, p. 51 e.v. Snijders spreekt in dit verband van facultatieve verwijzingen. Daarin heeft hij een nader onderscheid aangebracht: nl. tussen verwijzingen mét een bewijsvermoeden en verwijzingen zonder bewijsvermoeden. Snijders maakt dit onderscheid met het oog op de beoordeling van de staatsrechtelijke toelaatbaarheid van verwijzingen; hierover kom ik in § 8 e.v. van dit hoofdstuk nog te spreken. Als ik Snijders goed begrijp geldt bij een facultatieve verwijzing mét een bewijsvermoeden de technische norm als leidraad voor het handelen. Daarbij is afwijken van de norm weliswaar toegestaan, maar naleving betekent niet vanzelf dat is voldaan aan het door de wetgever met de verwijzende regeling beoogde veiligheidsniveau. Als voorbeeld hiervan geeft hij de verwijzingen in art. 5 en 7 van de Laagspanningsrichtlijn (73/23/EEG, PbEG 1973 L77). Bij een facultatieve verwijzing zonder vermoeden impliceert het opvolgen van de norm dat het wettelijk beoogde niveau is gehaald.

27 Vgl. Snijders 1987, p. 51 e.v. en Stuurman 1995, p. 151.

28 Hiervan wordt in de literatuur geen voorbeeld gegeven. Misschien is hierbij gedacht aan keurmerken van producten, zoals bijv. het EKO-Keurmerk.

besproken. Bij normalisatie in het kader van wetgeving schakelt de overheid in feite een privaatrechtelijke instelling – het NNI – in bij het invullen van algemeen verbindende voorschriften. Een vraag die hierbij rijst is wat hiervan de gevolgen zijn voor de status van de NEN-normen zélf.

3.1 Inleiding

Waar het gaat om de vraag naar de invloed van technische (normalisatie)normen op rechtsnormen wekt de literatuur vaak de indruk dat er sprake is van een tegenstelling door de wijze waarop over technische (normalisatie)normen en rechtsnormen wordt gesproken.²⁹ Alsof het twee afzonderlijke categorieën betreft.³⁰ Dit is mijns inziens ten onrechte: rechtsnormen zien op de werking van een voorschrift en technische (normalisatie)normen op de inhoud, waardoor deze best samen zouden kunnen vallen.

Onder het begrip rechtsnorm kan worden verstaan: 'een abstract en algemeen geformuleerd voorschrift voor gedrag dat in beginsel geldt voor iedereen, die zich in een overeenkomstige situatie bevindt en die steeds door of op instigatie van de overheid is gemaakt of door deze wordt erkend.'³¹ Volgens deze definitie is een rechtsnorm dus vervat in een rechtsregel die bepaalt wat rechtens moet en mag en waaraan rechtssubjecten zich in beginsel hebben te houden. Er bestaan verschillende soorten regels (rechtsnormen) met een verschillende mate van verbindende werking. De verbindende werking van regels kent twee aspecten: *wie* wordt gebonden en *wat* is de mate van binding? In navolging van Bröring kan een onderscheid worden gemaakt in drie categorieën van regels in een glijdende schaal van verbindende werking.³²

De eerste categorie van regels betreft de wettelijke voorschriften. Deze regels hebben voor eenieder een verbindende werking: er mag in principe niet van worden afgeweken. Met andere woorden: wettelijke bepalingen zijn van dwingende aard. Wettelijke voorschriften moeten zijn opgesteld door de wet-

29 Zoals in hfdst. 1 al is aangekondigd zullen de termen normalisatienormen en technische normen beide worden gebruikt. In deze paragraaf zal vnl. over technische normen worden gesproken omdat deze terminologie veelvuldig in de literatuur is gebruikt door andere schrijvers die in deze paragraaf worden aangehaald.

30 Zie o.m. Stuurman 1995 die zijn diss. de titel heeft gegeven *Technische normen en het recht* en de introereede van J.M. Smits, *Normalisatie: Recht of techniek?* (TU Eindhoven) 1993.

31 H. Franken e.a., *InLeiden tot de Rechtswetenschap*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 177. Vgl. over soorten rechtsnormen in het bestuursrecht: De Haan/Drupsteen/Fernhout 1996, p. 246-247. Marburger 1979, p. 286 geeft de volgende definitie van rechtsnormen: 'Rechtsnormen sind heteronome soziale Verhaltensnormen, die verbindlich gelten und auf die Verwirklichung der in der Rechtsidee gedachten obersten Rechtswerte gerichtet sind. Ihre Erscheinungsform ist der Rechtssatz.'

32 H.E. Bröring, *Richtlijnen. Over de juridische betekenis van circulaires, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993, p. 502. In het navolgende ontleen ik e.e.a. aan Bröring.

gever of de bevoegdheid tot het opstellen hiervan moet kunnen worden teruggevoerd op een wettelijke grondslag.

Beleidsregels hebben niet de functie om anderen te binden en zijn dus regels met een gematigde binding. Zij binden de regelgever zelf, alsmede diens hiërarchisch ondergeschikten (zelfbinding) en gaan met een inherente afwijkingsbevoegdheid gepaard. Dit betekent dat in bijzondere omstandigheden van de betrokken beleidsregels mag worden afgeweken. Beleidsregels kennen een algemene grondslag in de wet.³³ Deze categorie zal ik hier overigens niet verder bespreken, maar in *hoofdstuk 6* § 6 en verder kom ik, in het kader van het auteursrecht, op deze categorie van regels terug. Op deze plaats dient zij slechts ter verduidelijking van de glijdende schaal naar mate van verbindende werking.

Richtlijnen ten slotte zijn weliswaar bedoeld om anderen te binden, maar hebben een zwakke binding. Deze beogen uitsluitend anderen te binden en niet de regelgever zelf. Er dient slechts rekening te worden gehouden met de richtlijnen in termen van 'zorgvuldigheid en motivering'.³⁴ Richtlijnen hebben geen grondslag in de wet en de bevoegdheid tot het opstellen van richtlijnen is in beginsel niet te herleiden tot een formele grondslag; zij wordt geacht deel uit te maken van de bestuursbevoegdheid van het orgaan dat de richtlijnen opstelt.

Bröring en Stuurman hebben signaleerd dat in Nederland de discussie over de vraag of NEN-normen rechtsnormen zijn of veeleer een soort van bewijsmiddelen vrijwel niet is gevoerd, terwijl deze vraag in Duitsland uitvoerig aan de orde is gesteld.³⁵ De invloed van technische (normalisatie)normen op rechtsnormen zal derhalve worden beoordeeld aan de hand van een vergelijking met rechtsnormen en met richtlijnen. Ten slotte zal in § 3.4, die gaat over de 'expliciete relevantie' van normen, worden gezien wat de gevolgen zijn van verwijzing naar normalisatienormen in regelgeving. Ter ondersteuning zullen hierbij opvattingen uit de Duitse literatuur worden aangehaald.

3.2 Rechtsnormen en technische normen

Stuurman heeft een uitvoerig onderzoek verricht naar de vraag of technische normen rechtsnormen zijn en komt tot de conclusie dat technische normen op zichzelf genomen niet als rechtsnormen kunnen worden beschouwd.³⁶ In navolging van onder meer Marburger constateert hij dat er wel een 'feitelijke

33 Sinds 1 januari 1998 geldt art. 4:81 Awb, waarmee de bevoegdheid tot het opstellen van beleidsregels in de wet is opgenomen. Daarvoor ging men ervan uit dat deze bevoegdheid was opgesloten in de bevoegdheid voor de uitoefening waarvan de beleidsregels zijn bestemd (*implied power*), Bröring 1993, p. 62.

34 Bröring 1993, p. 62.

35 Bröring 1993, p. 147 en Stuurman 1995, p. 131-132.

36 Stuurman 1995, p. 131-139.

gelding' kan ontstaan indien normen in brede kring worden opgevolgd. Van een 'sociologische gelding' is sprake indien 'men' vindt dat een norm geldt.³⁷ In deze gevallen kan een bepaalde NEN-norm 'impliciete relevantie' verkrijgen: deze heeft betekenis verkregen zonder dat dit ergens is vastgelegd of dat ernaar is verwezen.³⁸ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien een rechter besluit een technische norm als maatstaf te hanteren bij de beoordeling van de mate van veiligheid van een product, zonder dat dit in een wettelijke regeling is vastgelegd. In een uitspraak van het Bundesgerichtshof wordt inderdaad bevestigd dat het equivalent van NEN-normen, de DIN-normen, op zichzelf genomen niet zijn te beschouwen als rechtsnormen:

Den DIN-Normen sind auf freiwillige Anwendung aufgerichtete Empfehlungen (...). Seine Normen sind keine Rechtsetzung, sie stellen mithin auch keine Rechtsvorschriften dar.³⁹

Dit standpunt van het Bundesgerichtshof dat wordt gevolgd door Stuurman hangt samen met de omstandigheid dat DIN-normen evenals NEN-normen afkomstig zijn van een privaatrechtelijke instantie die geen bevoegdheid heeft tot regelgeving op basis van een grondslag in de wet. NEN-normen komen immers tot stand op basis van consensus van belanghebbende partijen en kunnen slechts juridische waarde verkrijgen op basis van vrijwillige aanvaarding door hen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien partijen afspreken bepaalde NEN-normen te gebruiken in hun sector(en). De betrokken partijen zijn dan op basis van hun afspraken aan de normen gebonden, waarbij de normen hun private karakter behouden.

Het verschil met wettelijke voorschriften is gelegen in de omstandigheid dat wettelijke voorschriften in principe voor iedereen gelden, terwijl de NEN-normen slechts in de betrokken kring gelden. Zij zijn dus slechts afdwingbaar binnen de groep van partijen die zich hieraan heeft verbonden. Wettelijke voorschriften daarentegen zijn afdwingbaar voor iedereen: er mag niet van worden afgeweken.

37 Zie Stuurman 1995, p. 133 e.v. en Marburger 1979, p. 299. Volgens Marburger vertonen technische regels qua inhoud, wijze van ordening en structuur verwantschap met rechtsregels. Ook bij technische regels bestaat er volgens hem nl. een 'starke tatsächliche Befolungszwang'. Dit kan bijv. het geval zijn wanneer concurrentie op de arbeidsmarkt of de eisen van afnemers daartoe dwingen. Voorts bestaat bij gebruikers vaak de indruk dat er een wettelijke verplichting bestaat tot het opvolgen van voorgeschreven veiligheidsnormen. Daarnaast blijkt bovendien dat voor niet-juristen vaak niet duidelijk is, dat zij niet verplicht zijn tot het daadwerkelijk toepassen van die normen, wanneer deze worden aangewezen als één van de methoden om aan een zgn. 'Generalklausel' (open verwijzing) te voldoen: Marburger 1979, p. 166. Vgl. M. Bartsch, *Das DIN Deutsches Institut für Normung e.V. als marktbeherrschendes Unternehmen i.S.v. par. 22 GWB*, (diss. Münster) 1987, p. 66.

38 Snijders 1987, p. 44 e.v. heeft deze term geïntroduceerd. Vgl. Stuurman 1995, p. 138.

39 Uitspraak BGH van 10 maart 1987, NJW 1987, p. 2222 e.v.

3.3 Richtlijnen en normalisatienormen

Bröring heeft onderzoek gedaan naar de juridische betekenis van richtlijnen. Richtlijnen kunnen volgens hem worden omschreven als 'regels die dienen ter structurering van enig bestuurshandelen, maar die noch als wettelijke voorschriften noch als beleidsregels zijn te kwalificeren'.⁴⁰ Als definitie gebruikt hij: 'algemene, niet tot enige bevoegdheid te herleiden regels die dienen ter normering van bestuurshandelen.' Richtlijnen berusten dus niet op de bevoegdheid om anderen te binden. Vanuit het perspectief van Brörings onderzoek is begrijpelijk dat hij hierin een gelijkenis met de NEN-normen ziet: NEN-normen zijn immers evenals richtlijnen niet te herleiden tot enige grondslag in de wet en zij steunen niet op de wettelijke bevoegdheid om anderen te binden. Daarom stelt Bröring zich op het standpunt dat de grondslag voor hun verbindende werking elders moet worden gezocht. Hij vindt die met name in de context van de bevoegdheid voor de uitoefening waarvan de richtlijnen zijn bestemd.⁴¹ Met de uitvaardiging van NEN-normen wordt in beginsel niet nagestreefd enig bestuurshandelen te beïnvloeden, zij zijn immers niet bedoeld voor de overheid of een ander bestuursorgaan.⁴² In de regel ontbreekt bij de NEN-normen enige adressering aan bevoegde organen. Hoe kunnen NEN-normen vanuit de benadering van Bröring dan wel worden gekwalificeerd?

Bröring kwalificeert normalisatienormen als 'bestuursexterne richtlijnen' voor wat betreft hun herkomst.⁴³ Daaronder verstaat hij 'regels die dienen ter structurering van enig bestuurshandelen, maar die noch als wettelijke voorschriften, noch als beleidsregels zijn te kwalificeren.' Als kenmerken hiervan noemt hij: de afwezigheid van enige regelgevingsbevoegdheid, normeringsfunctie en algemene werking. Voor wat betreft hun inhoud kwalificeert Bröring normalisatienormen als 'deskundigenrichtlijnen',⁴⁴ dat wil zeggen richtlijnen die voor het opzetten ervan een specifieke deskundigheid vereisen. Een deel van de deskundigenrichtlijnen bestaat uit technische standaarden. Bröring acht het bestaan van een vaste norm belangrijker dan de inhoud omdat het bestaan hiervan de doelmatigheid en rechtszekerheid dient. Normalisatienormen lijken volgens hem een sterk verbindende werking te hebben, zowel feitelijk als juridisch. 'Soms zelfs zodanig dat niemand er omheen kan'.⁴⁵ Dit is vergelijkbaar met de 'impliciete relevantie' van normalisatienormen, zoals Snijders dit heeft aangeduid.

Bovendien pleegt men aan deskundigen gezag toe te kennen en zal de werking sterker zijn naarmate de bron meer autoriteit heeft (bijv. een gevestigde

40 Bröring 1993, p. 28.

41 Bröring 1993, p. 186.

42 Bröring 1993, p. 28. Dit kan volgens hem slechts een evt. nevenfunctie van de NEN-normen zijn.

43 Bröring 1993, p. 129.

44 Bröring 1993, p. 129.

45 Bröring 1993, p. 134.

instelling als het NNI). Hierbij speelt ook de dwang van de markt om overeenkomstig private normen te handelen, een rol.

Bröring heeft de hoedanigheid van richtlijnen vooral onderzocht in relatie tot de overheid en vanuit die invalshoek heeft hij de NEN-normen hiermee vergeleken. NEN-normen kunnen moeilijk worden vergeleken met richtlijnen omdat ze in beginsel niet ten behoeve van de overheid worden opgesteld en omdat ze in de praktijk bovendien – zoals Bröring ook al aangeeft – een zwaardere werking en gezag hebben dan richtlijnen. Dit wordt naar mijn oordeel echter anders indien er in wettelijke regelingen naar NEN-normen wordt verwezen. Hierdoor verandert mijns inziens de status van de NEN-normen, hetgeen ik in het navolgende zal trachten te verduidelijken.

3.4 'Expliciete relevantie'

Sommige auteurs gebruiken de term 'expliciete relevantie' om de status van een normalisatienorm aan te duiden. Hiermee wordt bedoeld dat een norm juridisch van belang is geworden op expliciete wijze.⁴⁶ Dit is bijvoorbeeld het geval indien er in een bepaalde regeling of besluit van publiekrechtelijke of privaatrechtelijke aard is bepaald dat de gedragingen van een of meer rechtssubjecten zijn onderworpen aan de inhoud van die norm.⁴⁷ Degene tot wie de regeling zich richt dient zich overeenkomstig de voorschriften van die regeling te gedragen en dus ook overeenkomstig de inhoud van die norm. Indien er dan een geschil zou ontstaan over de vraag of degene die aan de regeling is onderworpen zich conform de voorschriften heeft gedragen, dient de rechter het feitelijke gedrag aan de inhoud van de norm te toetsen, aldus Snijders. Hoewel Snijders zich hierover niet expliciet heeft uitgesproken, kan uit zijn opmerkingen worden afgeleid dat een normalisatienorm door middel van verwijzing, deel gaat uitmaken van de in het wettelijke voorschrift geformuleerde rechtsnorm.

Smits stelt voorop dat (private) technische normen in beginsel dienen te worden onderscheiden van rechtsnormen.⁴⁸ Dit wordt echter anders wanneer de technische norm deel gaat uitmaken van regelgeving. De technische norm wordt dan deel van de rechtsnorm en kan niet langer meer worden onderscheiden van een normale juridische verplichting.⁴⁹

Stuurman beschouwt incorporatie en verwijzing naar normalisatienormen als vormen waarmee technische normen 'expliciete relevantie' kunnen verkrij-

46 Term van Snijders 1987, p. 44 e.v. Zie ook Stuurman 1995, p. 138.

47 Snijders 1987, p. 44 e.v.

48 Smits 1993, p. 4-5.

49 Smits 1993, p. 4-5.

gen.⁵⁰ Bij de beoordeling van incorporatie (letterlijke overname) van technische normen baseert hij zich op Bartsch, die hierover het volgende opmerkt:

Bei der sog. Inkorporationsmethode wird die technische Norm vollständig oder auszugsweise ihrem Wortlaut nach in die Rechtsnorm "einverleibt". Hier tritt jedoch keine Identifizierung von Rechtsnorm und technischer Norm ein. Vielmehr wird die technische Norm nur Tatbestandsmerkmal der Rechtsnorm. Die DIN-Norm selbst erlangt keine Rechtssatzqualität.⁵¹ [mijn curs.; ME]

Vergelijk ook Marburger die met betrekking tot zowel statische als dynamische verwijzingen stelt:

Beide haben somit zur Folge daß der Inhalt der bezogenen technischen regel im Umfange der Verweisung und im Range der Verweisungsnorm rechtsverbindlich wird, und zwar sowohl für den als unmittelbarer Normadressat betroffenen Bürger wie auch für Behörden und Gerichte. (...) Denn der Regelinhalt nimmt an der Geltungsanordnung der verweisenden Rechtsnorm teil. (...) Das bedeutet freilich nicht, daß der in Bezug genommene technische Regel selbst den Rang einer Rechtsnorm erhalten hätte.⁵² Vielmehr wird allein ihr Inhalt übernommen, <<die Worte als Sinnträger werden einverleibt>>. [mijn curs.; ME]⁵³

Stuurman komt in navolging van Bartsch tot de conclusie dat de technische norm in geval van incorporatie op zichzelf onverbindend blijft, maar dat de inhoud van de desbetreffende norm, voorzover die is overgenomen in het besluit of de regeling, bestanddeel wordt van een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke norm.⁵⁴ Bartsch merkt verder op:

Die statische Verweisung dient dem Gesetzgeber als Hilfsmittel, um sich die wörtliche Wiederholung der bezogenen technischen Regeln zu ersparen. Damit bestehen im Ergebnis keine Unterschiede zur oben erwähnten Inkorporationsmethode. Auch die starre Verweisung führt lediglich dazu, daß der Norminhalt in die gesetzliche Rechtsnorm einverleibt wird, nicht jedoch die technischen norm selbst.⁵⁵

Volgens Bartsch is het resultaat van incorporatie en van statische verwijzing dus hetzelfde: de norminhoud wordt bestanddeel van de wettelijke regeling, niet echter de technische norm zelf. Mijns inziens geldt ditzelfde voor dynamische verwijzingen met het verschil dat de (inhoud van de) norm, zoals deze

50 Stuurman 1995, p. 138.

51 Bartsch 1987, p. 63. Zie ook Marburger 1979, p. 387.

52 Zie ook, Marburger 1979, p. 411: 'Die Gesetzliche Verweisung hat nicht zur Folge daß die bezogenen technischen Regeln zu rechtsnormen "aufgewertet" werden. Lediglich der Inhalt der Regeln wird in die (...) Verweisungsnormen rezipiert.'

53 Marburger 1979, p. 387-388.

54 Stuurman 1995, p. 147-148.

55 Bartsch 1987, p. 64-65.

op dat moment geldt, bestanddeel is geworden van de regeling. Dit in de literatuur gehanteerde onderscheid tussen de *inhoud* van de technische norm en de technische norm *z lf* en de opvatting dat slechts de inhoud van de norm bestanddeel wordt van de verwijzende regeling is mijns inziens overigens een dogmatisch onderscheid, dat door Stuurman in navolging van Marburger en Bartsch is overgenomen uit het Duitse recht. Nu een technische norm echter wordt bepaald door haar inhoud en deze zonder die inhoud niet bestaat, doet dit onderscheid niet ter zake: (het deel van) de NEN-norm waarnaar wordt verwezen wordt bestanddeel van de wettelijke regeling waarin de verwijzing plaatsvindt.

Ten slotte wil ik in dit verband wijzen op het onderscheid van Marburger tussen *normaanvullende* en *normspecificerende* verwijzingen (§ 2.3 van dit hoofdstuk). Bij een *normaanvullende* verwijzing wordt de inhoud van de normalisatienorm bestanddeel van de verwijzingsnorm en neemt deze deel aan haar ‘Geltungsanordnung’, de verwijzing werkt immers verplichtend.⁵⁶ De *normspecificerende* verwijzing naar normalisatienormen heeft daarentegen geen invloed op de geformuleerde rechtsnorm. Zij is materieelrechtelijk gezien niet meer dan een aanbeveling, een onverbindende concretiserende richtlijn. De normspecificerende verwijzing is niet verplicht gesteld en wordt daarmee dus geen onderdeel van de desbetreffende regeling.⁵⁷

In § 2.1 van dit hoofdstuk is gebleken dat ook in de Nederlandse literatuur verwijzing naar een andere regeling wetstechnisch gezien neerkomt op een herhalingsverwijzing in plaats van het uitschrijven van de betreffende inhoud in de verwijzende regeling. Daaruit volgt dan ook dat de desbetreffende norm is bedoeld onderdeel te worden van de betreffende verwijzende regeling. Het wettelijke voorschrift wordt via een verwijzing naar (technische) NEN-normen immers aangevuld met eisen die worden gesteld in (delen van) NEN-normen, hetgeen met zich meebrengt dat de desbetreffende NEN-normen onderdeel worden van die wettelijke regeling en de in die regeling geformuleerde rechtsnorm. Omdat NEN-normen moeten worden beschouwd als te zijn herschreven in de verwijzende regeling, impliceert dit dat ze door verwijzing worden overgenomen in een wettelijk algemeen verbindend voorschrift (a.v.v.). Verwijzing naar NEN-normen brengt daarmee dus ook een statusverandering voor de normen zelf met zich mee: van normen met een *privaat* karakter worden ze *n * verwijzing onderdeel van een rechtsnorm met een *publiekrechtelijk*, algemeen geldend karakter. Ter illustratie hiervan ontleen ik vast een voorbeeld aan de in *hoofdstuk 4* te bespreken belangrijke toepassing van verwijzing naar NEN-normen: het Bouwbesluit. In de memorie van toelichting bij de Woningwet wordt namelijk bij artikel 3 – het artikel dat de grondslag aangeeft om bij of krachtens het Bouwbesluit te verwijzen naar normen – over verwijzing het volgende opgemerkt:

56 Marburger 1979, p. 390.

57 Marburger 1979, p. 405-406.

Een dergelijke verwijzing heeft tot gevolg, dat een langs privaatrechtelijke weg tot stand gekomen document [normalisatienorm; ME] een publiekrechtelijk, algemeen geldend, karakter krijgt. Het verwijzen (...) heeft tot resultaat dat bij het bouwen moet worden voldaan aan de in die normen gestelde eisen. (...) dat die eisen niet in het Bouwbesluit behoeven te worden gegeven dan wel dat die eisen in de plaats treden van in het Bouwbesluit gegeven voorschriften.⁵⁸

Uit het standpunt van de regering blijkt dat verwijzing tot gevolg heeft dat de normalisatienorm een publiekrechtelijke status verkrijgt. Er moet aan de in de normalisatienormen gestelde eisen worden voldaan. Het in de normalisatienormen gestelde moet dus op de plaats van de verwijzing in de desbetreffende regeling worden 'ingelesen'.

Met betrekking tot de term 'expliciete relevantie' wordt opgemerkt dat deze niets anders betekent dan dat een normalisatienorm door verwijzing algemeen verbindend is geworden.

4 NEN-NORMEN ALS ALGEMEEN VERBINDENDE VOORSCHRIFTEN

Een species van het genus rechtsnorm is het a.v.v. In deze paragraaf zal worden gezien of NEN-normen door verwijzing de juridische status van algemeen verbindende voorschriften verwerven.

4.1 Begrip

In tegenstelling tot de termen 'wet' en 'algemene maatregel van bestuur', die de formele status van een regeling aanduiden (zoals de procedure van totstandkoming en publicatie), duidt het begrip a.v.v. op de materiële status van een regeling, namelijk op de inhoud ervan. In de Grondwet wordt op verschillende plaatsen gebruikgemaakt van de term a.v.v., met name in artikel 89. In lid 4 van dit artikel worden de algemeen verbindende voorschriften bij naam genoemd en worden regels gegeven omtrent de bekendmaking en inwerkingtreding hiervan.⁵⁹

Er worden meer definities van het begrip a.v.v. gebruikt. Zo heeft de Commissie Wetgevingsvraagstukken onderzoek gedaan naar het begrip a.v.v., waarbij zij is uitgegaan van de formulering zoals opgenomen in artikel 89 lid 4 Gw: 'andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.'⁶⁰ Haar onderzoek is weliswaar toegespitst op de van de centrale overheid

58 *Kamerstukken II* 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 38 (MvT Woningwet). Zie verder hfdst. 4.

59 Dat laatste zal uitgebreid aan de orde komen in § 6 van dit hoofdstuk.

60 Commissie Wetgevingsvraagstukken, Eindrapport *Orde in de regelgeving*, Den Haag: SDU 1985 (hierna: *Orde in de regelgeving*).

afkomstige algemeen verbindende voorschriften, maar haar analyse heeft een ruimere strekking en kan ook worden toegepast op algemeen verbindende voorschriften die afkomstig zijn van decentrale overheden.

In de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad kunnen algemeen verbindende voorschriften worden beschouwd als: '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.'⁶¹

In de memorie van toelichting bij de derde tranche van de Awb wordt de volgende definitie gegeven: 'naar buiten werkende, voor de daarbij betrokken bindende regels, uitgegaan van het openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet ontleent.'⁶²

Uit deze definities blijken drie elementen voor de typering als a.v.v. te kunnen worden geabstraheerd.⁶³ Dit zijn achtereenvolgens: algemene strekking, externe werking en wettelijke bevoegdheid.⁶⁴ Deze elementen zal ik hieronder elk afzonderlijk nader toelichten.

-
- 61 HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, p. 647. In dit arrest werd een ministeriële regeling beschouwd als 'wet' (in materiële zin) als bedoeld in de zin van art. 99 Wet RO (sinds 1963 is 'wet' in dit artikel vervangen door 'recht'). In 1985 bepaalde de Hoge Raad (HR 31 mei 1985, *NJ* 1985, 648) dat het Uniform Aanbestedings Reglement (UAR) behoort tot 'recht' in de zin van 99 Wet RO: het UAR was een 'naar buiten werkende, voor de Rijksoverheid en de bij haar aanbestedingen betrokkenen bindende, regeling, uitgegaan van het openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe ontleent aan de wet.' Sinds het Leidraad-arrest (HR 28 maart 1990, *AB* 1990, 306) spreekt de Hoge Raad van het begrip algemeen verbindend voorschrift. Daarvoor sprak hij over wet of wettelijk voorschrift. Als vaststaand wordt aangenomen dat het begrip algemeen verbindend voorschrift gelijk is aan wettelijk voorschrift of wet in materiële zin.
- 62 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 105. Vgl. Aanwijzing 19: 'Als algemeen verbindend voorschrift, vastgesteld vanwege het Rijk, wordt beschouwd een naar buiten werkende algemene regel, vastgesteld bij of krachtens de wet dan wel, in bijzondere gevallen, bij of krachtens zelfstandige algemene maatregel van bestuur.'
- 63 Zie over het begrip a.v.v. verder: *Orde in de regelgeving* 1985, p. 12-19; R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 3; I.C. van der Vlies, *Handboek wetgeving*, Zwolle 1991, p. 113 e.v. (hfdst. 9); R.M. van Male, 'Art. 89', in: P.W.C. Akkermans & A.K. Koekkoek, *De Grondwet, Een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 801; F.H. van der Burg, *Regelgeving en bestuur* (Handboeken Staats- en Bestuursrecht deel IV), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 148-151; Zie voor een afwijkende definitie: H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, Den Haag: VUGA 1997, p. 242; L. Prakke, J.L. de Reede & G.J.M. van Wissen, *Van der Pot-Donner. Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995 geeft nagenoeg niets over het begrip a.v.v.; slechts a.v.v. in de zin van art. 89 lid 4 Gw worden summier besproken op p. 499-500. Zie meer recent: De Haan/Drupsteen/Fernhout 1996, p. 288 e.v.
- 64 *Orde in de regelgeving* 1985, p. 17 spreekt van het 'verbindend' karakter van algemeen verbindende voorschriften.

*a Algemene strekking*⁶⁵

Ten aanzien van het element algemene strekking kan worden onderscheiden in algemeenheid naar gebied, tijd, personen en gevallen.⁶⁶ De regel moet zich niet slechts beperken tot één of enkele gevallen of tot met naam en toenaam aangeduide personen. Bij de beoordeling van het algemeen karakter gaat het juist om de herhaalbaarheid van de toepassing van het voorschrift. Hieruit wordt wel geconcludeerd dat een ideaaltypisch a.v.v. ziet op een groter gebied, een langere periode en een onbepaald aantal personen en gevallen.⁶⁷ De Commissie Wetgevingsvraagstukken benadrukt hierbij evenwel dat niet steeds aan alle genoemde aspecten van algemeenheid behoeft te worden voldaan voor de kwalificatie als a.v.v. Zij geeft hierbij het voorbeeld van een verbod dat geldt voor één dag, ook dit kan een a.v.v. hebben, indien het geldt voor een onbepaald aantal personen.⁶⁸

b Externe werking

De Hoge Raad spreekt in het eerdergenoemde arrest van 10 juni 1919 over 'naar buiten werkende en dus tot een ieder gerichte algemene regelingen.' Het element van externe werking is voornamelijk van belang om het verschil met interne voorschriften aan te duiden.⁶⁹ Deze moeten namelijk van deze definitie worden uitgezonderd omdat ze slechts binnen de desbetreffende (overheids)organisatie werken. Zij binden de ambtenaren en medewerkers binnen de (overheids)organisatie waarvoor ze zijn opgesteld. Een voorbeeld hiervan zijn interne regels die zijn opgesteld in het kader van de financiële verantwoording en verslaglegging en dergelijke.

Een regeling met externe werking moet dus gelden voor 'anderen' dan het orgaan dat de regeling uitvaardigt. Deze 'anderen' kunnen burgers zijn of organen van andere rechtspersonen dan waartoe het uitvaardigende orgaan behoort of andere organen van dezelfde rechtspersonen.

c Wettelijke bevoegdheid

Het laatstgenoemde element waaraan een voorschrift moet voldoen om het als a.v.v. te kunnen kwalificeren, is dat van de wettelijke bevoegdheid. Dit betekent dat de uitvaardigende instantie een wettelijke grondslag moet hebben om regels uit te (mogen) vaardigen. Indien dit niet het geval is, zijn de regels namelijk niet verbindend. Met andere woorden: het verbindend karakter van a.v.v.'s ligt besloten in de regelgevende bevoegdheid van de uitvaardigende

65 *Orde in de regelgeving* 1985, p. 15-17 spreekt van het 'algemene karakter' van een algemeen verbindend voorschrift.

66 Deze gezichtspunten treffen we reeds aan bij F.R. Böhlingk & J.H.A. Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen aan den Rijn: 1966, p. 19-20. Zie voorts: *Orde in de regelgeving* 1985, p. 16.

67 *Orde in de regelgeving* 1985, p. 16. Zie ook De Haan/Drupsteen/Fernhout 1996, p. 289.

68 *Orde in de regelgeving* 1985, p. 16. Vgl. De Haan/Drupsteen/Fernhout 1996, p. 289.

69 *Orde in de regelgeving* 1985, p. 16-17.

instantie. Vanuit het in Nederland geldende democratisch stelsel en de daaruit voortvloeiende scheiding der machten gaat de Grondwet er namelijk van uit dat a.v.v.'s tot stand worden gebracht door de (formele) wetgever. Andere organen van de overheid kunnen slechts a.v.v.'s uitvaardigen indien zij de bevoegdheid daartoe ontleen aan de Grondwet, wet (of een AMvB).

Ministeriële regels die geen grondslag vinden in een hogere regeling, zijn geen a.v.v.'s. Dergelijke voorschriften worden gekwalificeerd als pseudo-wetgeving of beleidsregels.⁷⁰

d Publicatievereiste als vierde element

In de literatuur wordt wel een vierde element genoemd voor de kwalificatie van het begrip a.v.v.: het publicatievereiste.⁷¹ Dit vereiste houdt in dat de desbetreffende regeling op de voorgeschreven wijze bekend moet zijn gemaakt, wil men een dergelijke regeling kunnen kwalificeren als a.v.v.

Van der Flier is van mening dat met het in werking treden van de Bekendmakingswet een formeel criterium is toegevoegd aan de 'vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften'.⁷² Hij stelt dat deze in de *Staatscourant* of op andere wijze zoals in de Bekendmakingswet is voorgeschreven, moeten worden gepubliceerd. Hij is van mening dat als hieraan niet is voldaan, er om die reden wellicht geen sprake kan zijn van een a.v.v.⁷³ Dit is op zichzelf genomen een erg zuivere (dogmatische) opvatting waarin het begrip 'verbindend' wordt geïnterpreteerd als een losstaand criterium in de constellatie 'algemeen verbindend voorschrift'.

Ik deel de mening van Van der Flier echter niet, voorzover hij stelt dat publicatie van een dergelijk voorschrift noodzakelijk is om het desbetreffende voorschrift als a.v.v. (ofwel wetgeving in materiële zin) te kunnen kwalificeren.⁷⁴ Mijns inziens is dit slechts een formeel vereiste. Publicatie ziet immers op de inwerkingtreding van een a.v.v. ofwel op het 'verbindend' worden van een a.v.v. Het begrip 'algemeen verbindend' in de constellatie 'algemeen verbindend voorschrift' moet als één begrip worden gezien, waarmee bedoeld wordt op de groep van geadresseerden tot wie de regeling zich richt ter onderscheiding van de gevallen waarin een beschikking wordt gegeven die zich slechts richt tot een enkel individu.

70 Zie voor de relatie met het auteursrecht nader § 6 van hfdst. 6. Vgl. De Haan/Drupsteen/Fernhout 1996, p. 305 voor verschillen tussen a.v.v.'s en beleidsregels.

71 Zie Van Male 1992, p. 801. P.J. van der Flier, 'De Bekendmakingswet', AA 1988, p. 324-328.

72 Van der Flier 1988, p. 324-328.

73 Van der Flier 1988, p. 327.

74 Bovendien refereert de HR in zijn jurisprudentie niet aan dit vereiste en ook uit het systeem en de formulering van de Gw blijkt niet het bestaan van dit zogenaamde 'vierde element'. Hieruit kan nl. worden afgeleid dat de bekendmaking geen samenstellend bestanddeel vormt voor de kwalificatie a.v.v. Dit art. spreekt nl. over 'andere vastgestelde a.v.v.'s'. M.a.w. de grondwetgever heeft het in dit art. over reeds door de overheid vastgestelde voorschriften. De publicatie is slechts een voorwaarde voor het in werking treden hiervan. Zie in dezelfde zin Van Male 1992, p. 802.

Indien een voorschrift niet is gepubliceerd neemt dit niet weg dat het wel als a.v.v. kan worden aangeduid, met dit verschil dat het nog niet geldig is omdat het nog niet in werking is getreden. Het gaat dan dus om een 'niet-verbindend' a.v.v.; het geldt nog niet omdat het niet in werking is getreden. In § 6 van dit hoofdstuk kom ik hierop terug.

4.2 Kenmerken NEN-normen en algemeen verbindende voorschriften ver-geleken

Hiervoor is gebleken dat een wettelijk voorschrift via een verwijzing naar een NEN-norm wordt aangevuld met de eisen die in de desbetreffende norm worden gesteld. Zoals we hebben gezien betekent dit dat de desbetreffende NEN-norm onderdeel wordt van die wettelijke regeling (ofwel van de daarin geformuleerde rechtsnorm). Door verwijzing gaat zij deel uitmaken van het a.v.v., waaruit kan worden afgeleid dat de desbetreffende NEN-norm daarmee zelf ook tot een a.v.v. is geworden. Deze constatering zal volledigheidshalve worden getoetst aan de hiervoor besproken elementen waaraan moet zijn voldaan om te kunnen spreken van een a.v.v.

4.2.1 NEN-normen en algemene strekking

Voor de kwalificatie als a.v.v. moet er sprake zijn van een algemene strekking: het moet gaan om algemene regels naar gebied, tijd, personen en gevallen. In de eerste plaats valt op dat NEN-normen – gelet op hun *inhoud* – de strekking hebben voor eenieder verbindend te zijn en naar buiten te werken. Het is de bedoeling van de wetgever dat iedereen zich aan de desbetreffende NEN-normen houdt. Dit blijkt uit de omstandigheid dat er via verwijzing naar NEN-normen juridische gevolgen in het leven worden geroepen: wanneer wettelijke voorschriften met inbegrip van de eisen die worden gesteld in de NEN-normen waarnaar die wettelijke voorschriften verwijzen, niet worden nageleefd, kunnen daar immers sancties op staan. De rechtssubjecten die aan een wettelijke regeling zijn onderworpen, moeten dus aan deze vereisten voldoen. Hiermee komt het algemene karakter van dergelijke regelingen tot uiting.

Bovendien kan uit de omstandigheid dat NEN-normen door verwijzing onderdeel worden van een wettelijk voorschrift, dat in het algemeen zal voldoen aan het kenmerk van een algemene strekking, worden afgeleid dat de NEN-normen daarmee zelf ook een algemene strekking hebben.

4.2.2 NEN-normen en externe werking

Het vereiste van externe werking waaraan een a.v.v. moet voldoen, houdt in dat de regeling zal moeten gelden voor anderen dan het orgaan dat de regeling uitvaardigde. Aangezien het in de gevallen van verwijzing naar NEN-normen

in de regel gaat om verwijzingen in wettelijke regelingen, is vanzelfsprekend ook aan dit vereiste voldaan.

4.2.3 *NEN-normen en wettelijke bevoegdheid*

Ten slotte geldt voor de kwalificatie als a.v.v. dat de regeling moet berusten op een wetgevende bevoegdheid. De omstandigheid dat verwijzing naar NEN-normen plaatsvindt in wettelijke regelingen en dat hiernaar door de wetgever zelf wordt verwezen, impliceert dat ze door een overheidsorgaan zijn uitgevaardigd.

4.3 Tussenconclusie

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat NEN-normen door verwijzing in wettelijke regelingen het karakter van algemeen verbindende voorschriften verkrijgen.⁷⁵ Aanvullende statische of dynamische verwijzing in regelgeving mét een dwingend karakter heeft derhalve tot gevolg dat aanvankelijk als private normen te boek staande NEN-normen een publiekrechtelijk karakter verkrijgen. Deze belangrijke conclusie zal in het vervolg van dit onderzoek als uitgangspunt dienen bij de beoordeling van verdere gevolgen van verwijzing naar NEN-normen. In de volgende paragraaf zal een aanzet worden gegeven tot de bespreking van hieruit voortvloeiende gevolgen, met de vergelijking van de wijze van bekendmaking van NEN-normen en de regels van bekendmaking zoals die gelden voor overige overheidsvoorschriften.

5 NEN-NORMEN EN BEKENDMAKINGSWET

5.1 Inleiding

De constatering dat NEN-normen door verwijzing in publiekrechtelijke regelingen hun oorspronkelijk private karakter verliezen en hiermee de status van algemeen verbindende voorschriften krijgen, roept de vraag op of de NEN-normen evenals andere overheidsregels aan de voorwaarden moeten voldoen

75 Vgl. MDW-rapport, *Normalisatie en certificatie*, Achtergrondstudies Algemeen Wetgevingsbeleid deel 5, Den Haag: Ministeries van Justitie en Economische Zaken, februari 1996, p. 55: 'wanneer de wetgever privaat tot stand gekomen normen verplicht stelt, gaan deze private normen deel uitmaken van de wet en hebben zij de status van algemeen verbindende voorschriften.'

die gelden met betrekking tot de bekendmaking van wettelijke regelingen.⁷⁶ Alvorens de methode van bekendmaking van NEN-normen (waarnaar in wettelijke regelingen wordt verwezen) te bespreken, zal ik de bekendmakingsregels die gelden voor 'gewone' (d.w.z. vanwege het rijk vastgestelde) a.v.v.'s behandelen. Daarna zullen deze twee methoden met elkaar worden vergeleken. Allereerst echter zal ik nader ingaan op het zogenaamde kenbaarheidsvereiste.

5.2 (Grond)wettelijke bekendmakingsvereisten

5.2.1 Kenbaarheidsvereiste

Het kenbaarheidsvereiste, waardoor de kenbaarheid van wetgeving wordt gewaarborgd, is een beginsel van behoorlijke regelgeving.⁷⁷ De gedachte hierachter is dat iedereen kennis moet kunnen nemen van de wetten en regels die van kracht zijn. Het kan namelijk niet zo zijn dat men aan regels wordt gebonden, waarvan men niet op de hoogte kan zijn. Daarbij is het kenbaarheidsvereiste een voorwaarde voor de inwerkingtreding van wettelijke voorschriften. Indien regels niet bekend worden gemaakt bestaat het gevaar dat slechts een deel van alle belanghebbenden op de hoogte is van het bestaan van de desbetreffende regels. Dit werkt rechtsongelijkheid in de hand omdat op die manier ongelijke rechtsposities tussen belanghebbende burgers kunnen ontstaan. Om ervoor zorg te dragen dat een ieder op gelijke wijze kennis kan nemen van de wettelijke regels die van kracht zijn, en niet slechts een toevallige groep van geïnformeerden, moeten de regels gepubliceerd worden. Bovendien wordt de kans op naleving van de betrokken regels daarmee aanzienlijk vergroot.

Om deze redenen schrijft de Bekendmakingswet integrale publicatie van wetten, algemene maatregelen van bestuur en algemeen verbindende voorschriften voor. Om te voorkomen dat er onverhoopt wetten, algemene maatregelen van bestuur en algemeen verbindende voorschriften van kracht zouden worden die niet op de voorgeschreven wijze zijn bekendgemaakt, is een 'sanctie' gesteld op de niet-naleving van deze bepalingen door de overheid, die is terug te voeren op de Grondwet (art. 88 en 89). In geval van verzuim

76 Vgl. in dezelfde zin Stuurman 1995, p. 171-173. Stuurman heeft het 'formele' normalisatieproces en het wetgevingsproces vergeleken. Hij toetst de technische normen die worden toegepast in regelgeving aan de voor wetgeving geldende vereisten. Zie uitvoerig Stuurman 1995, p. 161-186. Ik beperk mij in het kader van deze studie tot toetsing aan de bekendmakingsvoorschriften.

77 Zie hierover I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: 1984, p. 190 e.v. Vgl. Nota Zicht op wetgeving, *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 1-2, p. 23 e.v. waarin een aantal kwaliteitseisen voor wetgeving worden geformuleerd. Zie voor een toetsing van de regelgevende kwaliteit van technische normen aan de eisen van behoorlijke regelgeving Stuurman 1995, p. 162 e.v.

van de publicatieplicht of in geval van een onjuiste wijze van bekendmaking, is bepaald dat de desbetreffende wettelijke regelingen niet in werking zullen treden. In *hoofdstuk 6* kom ik in samenhang met het auteursrecht nog over het kenbaarheidsvereiste te spreken.

5.2.2 *Achtergrond en doelstelling van de Bekendmakingswet*

Sinds 1848 bepaalt de Grondwet dat de bekendmaking en inwerkingtreding van wetten en algemene maatregelen van bestuur bij de wet geregeld moeten worden.⁷⁸ Thans is deze materie geregeld in de Bekendmakingswet. Deze is op 17 februari 1988 in werking getreden.⁷⁹ Deze wet strekt ter uitvoering van het bepaalde in de artikelen 88 en 89, derde en vierde lid van de Grondwet.⁸⁰ Deze artikelen, voorzover van belang, luiden:

Artikel 88 Gw

De wet regelt de bekendmaking en inwerkingtreding van de wetten. Zij treden niet in werking voordat zij zijn bekendgemaakt.

Artikel 89 Gw

3. De wet regelt de bekendmaking en inwerkingtreding van de algemene maatregelen van bestuur. Zij treden niet in werking voordat zij zijn bekendgemaakt.

4. Het tweede en derde lid zijn van overeenkomstige toepassing op andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.

In de Gw staat niet op welke wijze bekendmaking dient te geschieden. Daarvoor is de Bekendmakingswet totstandgekomen opdat deze grondwettelijke bepalingen zouden kunnen worden uitgevoerd. Deze wet heeft betrekking op de bekendmaking en inwerkingtreding van wetten in formele zin en van de wetgeving in materiële zin die afkomstig is van de centrale overheid, en op de uitgifte van *Staatsblad* en *Staatscourant*.⁸¹

Volgens de memorie van toelichting heeft de Bekendmakingswet een drieledige doelstelling.⁸² In de eerste plaats wordt beoogd de kenbaarheid en toegankelijkheid van de vanwege het rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften te waarborgen. In de tweede plaats wordt getracht te voorkomen dat deze voorschriften door een ommissie niet in werking treden en ten slotte heeft de wet ten doel een adequate regeling van *Staatsblad* en *Staatscou-*

78 Zie voor een uitgebreid overzicht van de grondwetsgeschiedenis C. Riezebos & P.L. de Vos, 'Art. 88', in: Akkermans & Koekoek 1992, p. 775-780 en Van Male 1992, p. 781-831.

79 Wet van 4 februari 1988, *Stb.* 18.

80 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 583, nr. 3 p. 1 (MvT).

81 Voor regelgeving die niet afkomstig is van de centrale overheid is de Bekendmakingswet niet van toepassing. Daarvoor zijn meestal aparte regels opgenomen, al dan niet in de betreffende regeling zelf. Zie bijv. afd. 3.6 Awb die een algemene regeling geeft voor besluiten afkomstig van bestuursorganen in de zin van de Awb.

82 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 583, nr. 3 p. 7 (MvT).

rant te bieden, waarin de bekendmaking van overheidsvoorschriften (in de regel) zal plaatsvinden.

5.2.3 Bekendmakingsregels

De belangrijkste doelstelling van de Bekendmakingswet is dus de kenbaarheid van overheidsvoorschriften. Welke regels van bekendmaking zijn op algemeen verbindende voorschriften van toepassing? Artikel 89 lid 4 jo. lid 3 (en lid 2) verklaart de regels van de Bekendmakingswet van overeenkomstige toepassing op de 'andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.' Deze omschrijving ziet op een materieel (inhoudelijk) begrip.

Artikel 89 lid 4 Gw moet volgens de Commissie Wetgevingsvraagstukken worden gelezen als 'andere dan bij wet of algemene maatregel van bestuur vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.'⁸³ De grondwetgever heeft vooral gedacht aan regelingen die krachtens delegatie van regelgeving tot stand zijn gebracht. Dit kunnen bijvoorbeeld ministeriële regelingen zijn die op een hogere regeling berusten.⁸⁴ De artikelen 4 en 5 van de Bekendmakingswet geven het bekendmakingsregime voor de in artikel 89 Gw bedoelde categorie. In artikel 4 wordt een onderscheid gemaakt tussen bij ministeriële regeling vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en een restcategorie, de zogenaamde 'overige vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.' Over de inhoud van deze laatste categorie wordt niets vermeld. Gedacht kan worden aan besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften, van niet onder (volledige) ministeriële verantwoordelijkheid vallende organen van de rijksoverheid, zoals daar zijn zelfstandige bestuursorganen (bijv. de Verzekeringskamer en het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg).⁸⁵

De artikelen 4 en 5 van de Bekendmakingswet luiden als volgt:

83 *Orde in de regelgeving* 1985, p. 13. *Kamerstukken II* 1985/86, nr. 3, p. 1 (MvT Bekendmakingswet): Alle voorschriften van de centrale overheid moeten worden bekendgemaakt. Vgl. Ph. Eijlander, 'De Bekendmakingswet', *TvO* 1987-3, p. 52-55 en Van der Flier 1988, p. 324-328. Uit de volgende definitie van de Commissie Wetgevingsvraagstukken blijkt dat het gaat om a.v.v.'s die afkomstig zijn van organen van de centrale overheid: 'een door een tot de centrale overheid behorend orgaan krachtens delegatie vastgestelde, naar buiten werkende, algemene regel, welke niet bij algemene maatregel van bestuur is vastgesteld.' Hiertoe behoren in ieder geval niet de organen van provincies, gemeenten en waterschappen. *Orde in de regelgeving* 1985, p. 19. Vgl. Van Male 1992, p. 825-826.

84 *Orde in de regelgeving* 1985, p. 14. Hierin (p. 17 en 52) worden drie categorieën onderscheiden, t.w. de Kroon die anders dan bij AMvB bij gewoon Koninklijk Besluit (klein KB) regels vaststelt; regels van ministers en regels van ambtenaren.

85 *Orde in de regelgeving* 1985, p. 19. Eijlander 1987, p. 53.

Art. 4

1. De bekendmaking van:
 - a. *bij ministeriële regeling vastgestelde algemeen verbindende voorschriften* en
 - b. de overige vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften, voor zover deze niet in het *Staatsblad* geplaatst dienen te worden, geschiedt door plaatsing in de *Staatscourant*.
2. Een voorschrift als in het eerste lid bedoeld, kan bepalen dat bekendmaking geheel of gedeeltelijk geschiedt door *plaatsing in een bijlage* bij de *Staatscourant*. Van zodanige bekendmaking wordt mededeling gedaan in de *Staatscourant*. [mijn curs.; ME]

Art. 5

1. In afwijking van artikel 4 kan een voorschrift als daar bedoeld, bepalen:
 - a. dat het wordt bekendgemaakt door plaatsing in een ander vanwege de overheid algemeen verkrijgbaar gesteld publicatieblad, en
 - b. dat een bij het voorschrift behorende bijlage wordt bekendgemaakt door terinzagelegging,
2. Van een bekendmaking als in het eerste lid bedoeld, wordt mededeling gedaan in de *Staatscourant*.

Uit artikel 4 blijkt dat bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften, zowel die bij ministeriële regeling zijn vastgesteld als de overige die vanwege het rijk zijn vastgesteld (mits deze laatste niet in aanmerking komen voor plaatsing in het *Staatsblad*), geschiedt door plaatsing in de *Staatscourant* (art. 4 lid 1). Hierbij geldt dat als het desbetreffende voorschrift dat bepaalt, bekendmaking kan geschieden door plaatsing in een bijlage bij de *Staatscourant* (art. 4 lid 2). Hierbij valt te denken aan eenmalige publicaties die vanwege hun omvang niet integraal in het desbetreffende nummer van de *Staatscourant* kunnen worden opgenomen. Daarom worden dergelijke publicaties als bijlage aan de *Staatscourant* toegevoegd. Zij vallen onder het normale abonnement op de *Staatscourant*.⁸⁶ Overigens kan bekendmaking van een bijlage bij de *Staatscourant* ook geschieden door terinzagelegging hiervan (art. 5 lid 1 sub b).

Een andere mogelijkheid waarvan wel gebruik wordt gemaakt bij omvangrijke stukken is de plaatsing in een ander vanwege de overheid verkrijgbaar gesteld publicatieblad (art. 5 lid 1). Een voorbeeld hiervan is het blad 'Uitleg' van het Ministerie van Onderwijs en Wetenschappen.⁸⁷ De overheid is verantwoordelijk voor een algemeen verkrijgbaar gesteld publicatieblad.

In geval er gebruik wordt gemaakt van publicatie in een bijlage – die al dan niet door terinzagelegging wordt bekendgemaakt – of publicatie in een

86 Een voorbeeld is het proces-verbaal inzake de uitslag van de Tweede-Kamerverkiezing. NvT bij KB van 6 januari 1989, *Stb.* 1, houdende regels inzake de uitgifte van het *Staatsblad* en de *Staatscourant*. De beslissing of een publicatie in een bijlage wordt opgenomen, wordt aan de uitgever overgelaten.

87 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 583, nr. 9, p. 2 (NEV II).

publicatieblad, wordt van zodanige bekendmaking mededeling gedaan in de *Staatscourant* (art. 4 lid 2 resp. art. 5 lid 2).

5.3 Vallen NEN-normen onder de Bekendmakingswet?

Bij de vraag of de zojuist besproken regels van bekendmaking voor algemeen verbindende voorschriften ook van toepassing zijn op NEN-normen die door verwijzing in een wettelijke regeling de status van a.v.v. hebben verkregen, zijn twee aspecten van belang, namelijk een materieel en een formeel. Bij het materiële aspect gaat het om de inhoud en strekking van NEN-normen; bij het formele wordt bedoeld op de procedure van totstandkoming en vaststelling van deze normen.

In materieel opzicht komen 'gewone' a.v.v.'s en NEN-normen die door verwijzing in wettelijke regelingen de status van a.v.v.'s hebben gekregen, met elkaar overeen. Beide zijn ze erop gericht algemeen verbindend te werken. Wel is er een verschil wat het formele aspect betreft. Algemeen verbindende voorschriften worden van overheidswege vastgesteld. NEN-normen verschillen hiervan. Zij worden totstandgebracht door een private organisatie, het NNI, waarbij dit al dan niet in opdracht van de overheid kan handelen. Met het oog op de bekendmaking is echter dit formele verschil niet doorslaggevend. Bepalend is het materiële karakter van door verwijzing tot a.v.v.'s geworden NEN-normen. De strekking van de Bekendmakingswet is, om door eisen te stellen aan het bekendmaken van a.v.v.'s, te waarborgen dat deze kenbaar en toegankelijk zijn. Deze strekking is evenzeer van belang voor door verwijzing tot a.v.v.'s geworden NEN-normen. Nu NEN-normen materieel gezien beschouwd moeten worden als a.v.v.'s, moet de conclusie luiden dat zij (ook) onder het regime van de Bekendmakingswet vallen.

Voor de bekendmaking van NEN-normen in de praktijk lijkt dan de meest voor de hand liggende oplossing, mede gelet op het formele verschil in de totstandkoming van de NEN-normen ten opzichte van de 'gewone' a.v.v.'s, dat NEN-normen overeenkomstig de regels die zijn opgesteld voor de zogenaamde 'restcategorie' van artikel 4 lid 1 sub b Bekendmakingswet, worden bekendgemaakt (zie hiervoor § 5.2.3). De keuzemogelijkheden die artikel 4 lid 2 en artikel 5 lid 1 jo. artikel 4 lid 1 sub b geven brengen bovendien een aantal praktische en financiële voordelen met zich mee. Zo kan er ingevolge artikel 4 lid 2 worden gekozen voor plaatsing in een bijlage bij de *Staatscourant*, die ingevolge artikel 5 lid 1 sub b eveneens kan worden bekendgemaakt door terinzagelegging. Daarnaast biedt artikel 5 lid 1 sub a de mogelijkheid van bekendmaking in een afzonderlijk (officieel) publicatieblad. Gezien de omvang die sommige normbladen kunnen bereiken, bieden deze keuzemogelijkheden het voordeel dat de kosten aanzienlijk kunnen worden beperkt.

6 HUIDIGE METHODE VAN BEKENDMAKING VAN NEN-NORMEN

Nu is gebleken dat NEN-normen waarnaar in wettelijke regelingen wordt verwezen en die daarmee de status van a.v.v.'s verkrijgen onder het regime van de Bekendmakingswet vallen, rijst de vraag op welke manier NEN-normen thans worden bekendgemaakt en of deze wijze toereikend is.

6.1 De 'terinzagelegging- of voetnootmethode'

Ter illustratie van de methode van bekendmaking die thans wordt gehanteerd voor NEN-normen waarnaar in wetgeving wordt verwezen, dient het eerder in § 3.2.2 van dit hoofdstuk gegeven voorbeeld van artikel 2 van het Besluit kinderveilige verpakkingen geneesmiddelen:

...moet de het farmaceutisch product direct omsluitende verpakking voldoen aan de eisen vervat in de norm *NEN 1740, gepubliceerd in maart 1983 door het Nederlands Normalisatie-instituut*, met dien verstande dat het aantal, bedoeld in paragraaf 6.3.1.1. van genoemde norm, door Onze Minister, gehoord de Geneesmiddelencommissie, wordt vastgesteld. [mijn curs.; ME]

In een voetnoot bij dit artikel staat vermeld dat deze norm verkrijgbaar is bij 'het Nederlands Normalisatie-instituut, Kalfjeslaan 2 te Delft.' In het *Staatsblad* waarin deze regeling integraal is gepubliceerd kan men bij artikel 2 de desbetreffende voetnoot terugvinden.⁸⁸ De tekst van de NEN-norm is dus niet in het *Staatsblad* afgedrukt: hiervoor moet men zich wenden tot het NNI.

Met betrekking tot dit systeem van bekendmaking van de vindplaats van NEN-normen is door Overhoff gewezen op het advies van de Raad van State inzake het ontwerpbesluit kinderveilige verpakkingen huishoudchemicaliën (Warenwet), waarin een statische verwijzing naar een NEN-norm was opgenomen.⁸⁹ Artikel 2 van dit ontwerp luidde:

1. De in artikel 1 bedoelde verpakking moet voldoen aan de door het Nederlands Normalisatie-instituut uitgegeven norm NEN 1740 van maart 1983.
2. Onze Ministers (...) kunnen, gehoord het Nederlands Normalisatie-instituut, andere normen met de in het eerste lid genoemde norm gelijkstellen;...

De Raad van State gaf hier het advies om, vanuit het oogpunt van kenbaarheid van wettelijke regelingen, de desbetreffende norm bij het ontwerp te publiceren: 'aangezien het ontwerp naar deze norm verwijst, terwijl de tekst van deze

⁸⁸ Zie Besluit van 24 oktober 1989, *Stb.* 168.

⁸⁹ Zie R.W. Overhoff, 'De Europese "Technologische Gemeenschap", Normalisatienormen en nationale wetgeving', *RegelMaat* 1988-1, p. 12. Nader rapport van 22 november 1984: Bijvoegsel *Stcrt.* 1985, 230.

norm niet door Uw toedoen is gepubliceerd.' De betrokken Staatssecretarissen waren echter van mening dat er eenvoudig kennis kon worden genomen van NEN-normen aangezien deze bij het NNI verkrijgbaar zijn en aldaar ter inzage liggen. Wel werd besloten dat er in de desbetreffende regeling een voetnoot zou worden geplaatst 'die er toe strekt concrete informatie te verschaffen met betrekking tot de plaats waar een ieder die zulks wenst van de inhoud kan kennis nemen.' Verder werd door hen opgemerkt:

...Ondergetekenden zijn van mening dat starre verwijzing tot een grotere kenbaarheid van de regeling leidt dan de andere methode van verwijzing, waarbij nog komt dat starre verwijzing, waar het gaat om door middel van normstelling van overheidswege te beschermen belangen van gezondheid en veiligheid, in principe ook de enige juiste methode is.

Overhoff duidt deze methode van bekendmaking aan met 'voetnootmethode'.⁹⁰ Mijns inziens is deze benaming enigszins ongelukkig nu het meest wezenlijke van de methode is dat de normen ter inzage worden gelegd. Dat naar de plaats van terinzagelegging wordt verwezen is natuurlijk zeer van belang, echter niet of dit in een voetnoot gebeurt. Daarom zal in het vervolg worden gesproken van de 'terinzagelegging- of voetnootmethode'. Overhoff vindt dat deze methode niet op gespannen voet staat met artikel 88 Gw dat voorschrijft dat wetten niet in werking treden voordat zij zijn bekendgemaakt.⁹¹ Deze opvatting onderschrijf ik niet: mijns inziens voldoet de 'terinzagelegging- of voetnootmethode' niet aan de hiervoor besproken (grond)wettelijke eisen van bekendmaking, hetgeen hierna nader zal worden uitgelegd.⁹²

6.2 Standpunt regering over de bekendmaking van NEN-normen

In de memorie van toelichting bij de Bekendmakingswet wordt vermeld dat in geval van verwijzing naar normen in regelgeving, in de desbetreffende regeling zal moeten worden aangegeven wat de vindplaats van de normen is.⁹³ Hieruit blijkt dat de zojuist besproken 'terinzagelegging of voetnootmethode' geen incidentele regeling van de regering betreft die alleen bij het, zojuist

⁹⁰ Overhoff 1988, p. 13.

⁹¹ Hij wijst daarbij nog wel op de materiële kenbaarheid van normen in verband met het verschijnsel van doorverwijzing in normen naar andere normen. Dit komt z.i. de 'verstaanbaarheid' van de norm niet ten goede. Zie over het verschijnsel van 'doorverwijzing' hfdst. 4 van dit boek.

⁹² Vgl. in dezelfde zin Stuurman 1995, p. 173.

⁹³ Het Ministerie van EZ dat nauwe banden onderhoudt met het NNI maakt in ieder geval gebruik van deze methode, door hen 'referentiemethode' genoemd. Telefonische informatie 25 februari 1997.

besproken, ontwerpbesluit kinderveilige verpakkingen huishoudchemicaliën (Warenwet) werd gehanteerd.⁹⁴

Volgens de memorie van toelichting moet van bijlagen bij een a.v.v. worden onderscheiden de situatie dat in een a.v.v. wordt verwezen naar een geheel ander stuk, zoals bijvoorbeeld normen van normalisatieinstituten. Voorts wordt opgemerkt:

Ook al wordt door zo'n verwijzing het desbetreffende document of de desbetreffende norm op zichzelf genomen nog geen <<vanwege het Rijk vastgesteld algemeen verbindend voorschrift>>, *het gaat op enigerlei wijze wél deeluitmaken van het recht dat voor belanghebbenden kenbaar moet kunnen zijn*. Daarvoor is vereist dat bij de verwijzing vermeld wordt wat de vindplaats van het document of van de norm is [mijn curs.; ME].⁹⁵

De regering stelde zich overeenkomstig de opvatting van de toenmalige staatssecretarissen met betrekking tot het hiervoor genoemde ontwerpbesluit, op het standpunt dat de vindplaats van de norm bij de verwijzing kenbaar moet worden gemaakt. Zij heeft daarom gekozen voor de zogenaamde 'terinzagelegging- of voetnootmethode'. Met betrekking tot de bekendmaking van niet-publiekrechtelijke normen is Aanwijzing 190 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, geformuleerd, deze luidt, voorzover hier van belang:

Indien in een regeling normen die niet van publiekrechtelijke aard zijn van toepassing worden verklaard, wordt, tenzij de kenbaarheid van deze normen voor alle betrokkenen voldoende verzekerd is, bekendmaking van de normen in de *Staatscourant* voorgeschreven.

In de toelichting hierbij staat dat bij NEN-normen de kenbaarheid in het algemeen voldoende verzekerd is. Aanwijzing 92 lid 2 vermeld in verband met normen verder nog:

Indien een regeling verwijst naar normen die niet publiekrechtelijk van aard zijn geschiedt de verwijzing in beginsel naar die normen zoals zij op een gegeven moment luiden. Omvat de verwijzing mede latere wijzigingen, dan wordt tevens voorzien in mededeling van deze wijzigingen in de *Staatscourant*.

In de bijbehorende toelichting (Aanwijzing 92) wordt opgemerkt dat bij verwijzing naar niet-publiekrechtelijke normen een met de maatstaven van de Bekendmakingswet vergelijkbaar niveau van bekendmaking niet gegarandeerd is en dat daarom naar dergelijke normen altijd statisch moet worden verwezen. De regering blijkt er derhalve vanuit te gaan dat bij dynamische verwijzing

⁹⁴ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 853, nr. 3, p. 5 (MvT).

⁹⁵ Naar aanleiding hiervan werd Aanwijzing 190 geformuleerd, zie hierna § 6.3.3 van dit hoofdstuk.

niét en bij statische verwijzing wél aan de algemene bekendmakingsvereisten wordt voldaan.

In het MDW-rapport *Normalisatie en certificatie* waarin de resultaten van een onderzoek naar het gebruik van normalisatienormen in wettelijke regelingen als alternatief voor overheidsregulering zijn neergelegd, wordt conform Aanwijzing 190 vastgesteld dat de normen zelf in de *Staatscourant* moeten worden geplaatst, tenzij de kenbaarheid van deze normen voor alle betrokkenen voldoende is verzekerd. Daaraan wordt toegevoegd: 'In dat laatste geval zal de prijs van de normen niet zo hoog mogen zijn dat de kenbaarheid illusoir wordt.'⁹⁶ In de follow up van dit rapport, in een brief van de ministers van Economische Zaken en Justitie wordt deze conclusie als volgt becommentarieerd:

Over de kenbaarheid van normen bij verwijzing ernaar in de wet wordt in het MDW-rapport gesuggereerd de normen integraal in de *Staatscourant* op te nemen. Het NNI is echter van mening dat de bestaande afspraak met de overheid om alleen de normreferenties in de *Staatscourant* te publiceren voldoende invulling geeft aan het algemeen bekend maken van de relevante normen. Ten algemene delen wij deze mening van het NNI. Wij merken echter in dit verband op dat er normen bestaan die ondanks hun private status een feitelijk verplichtend karakter zijn gaan dragen. In dit soort gevallen zou er op moeten kunnen worden vertrouwd dat alle betrokken marktpartijen inderdaad toegang hebben tot de inhoud van deze 'verplichte' normen. In de regel zal onzes inziens publicatie van wetgeving inclusief de relevante normreferenties in de *Staatscourant* afdoende zijn. Voor de inhoud van de normen kunnen betrokkenen zich vervolgens wenden tot het NNI. Desondanks is het de vraag of publicatie van wetgeving inclusief de relevante normreferenties in alle gevallen feitelijk geschiedt. [mijn curs.; ME].⁹⁷

In dit citaat worden mijns inziens verhullende termen gehanteerd met betrekking tot de status en bekendmaking van NEN-normen. Uit de gebruikte formuleringen kan worden afgeleid dat de regering ervan uitgaat dat de NEN-normen een algemeen verbindend karakter hebben. Daarom dienen de desbetreffende NEN-normen te worden bekendgemaakt overeenkomstig de regels die voortvloeien uit de Bekendmakingswet en mag er naar mijn oordeel niet zomaar van worden uitgegaan dat de kenbaarheid voor betrokkenen voldoende verzekerd is. Zeker nu NEN-normen door toedoen van de wetgever via verwijzing in wettelijke regelingen de status van a.v.v. krijgen, kan bekendmaking niet worden overgelaten aan een privaatrechtelijke instantie als het NNI.

96 MDW-rapport, *Normalisatie en certificatie* 1996, p. 57.

97 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 036, nr. 47.

6.3 'Terinzagelegging- of voetnootmethode' en Bekendmakingswet vergeleken

NEN-normen die via verwijzing de status van a.v.v. hebben verkregen moeten voldoen aan het regime van de Bekendmakingswet (§ 5.3 van dit hoofdstuk). Dit betekent dat er sprake moet zijn van integrale bekendmaking van de desbetreffende NEN-normen in de *Staatscourant*, dan wel van terinzagelegging van een bijlage bij de *Staatscourant* ofwel van een officieel van overheidswege verkrijgbaar gesteld publicatieblad. In de praktijk blijken de NEN-normen te worden bekendgemaakt via de zogenaamde 'terinzagelegging- of voetnootmethode', waarbij voor de integrale tekst van de NEN-normen wordt verwezen naar het NNI. Er is daarmee dus geen sprake van bekendmaking in de *Staatscourant* zoals voorzien in de Bekendmakingswet. De NEN-normen kunnen bovendien niet worden aangemerkt als een bijlage bij de *Staatscourant* of als een officieel erkend publicatieblad in de zin van de Bekendmakingswet. Hoewel ze ingezien mogen worden, mogen de NEN-normen namelijk niet worden gekopieerd of tegen een met kopeertarief vergelijkbare vergoeding worden meegenomen: dit strookt in ieder geval niet met de regels van de Bekendmakingswet en al helemaal niet met de geest hiervan.⁹⁸ In geval van terinzagelegging als bedoeld in de Bekendmakingswet kunnen belanghebbenden namelijk verzoeken om een afschrift (kopie) van de ter inzage gelegde regeling op grond van de Wet openbaarheid van bestuur⁹⁹. Een afschrift kan dan worden verstrekt op basis van tarieven die zijn vastgesteld op grond van het Besluit tarieven openbaarheid van bestuur.¹⁰⁰

Zoals Stuurman al heeft opgemerkt maken de omstandigheden dat aanschaf (aanzienlijke) kosten met zich mee kan brengen en de NEN-normen bij de inzage niet gekopieerd mogen worden, het NNI bovendien de enige instantie is in Nederland waar de NEN-normen verkrijgbaar zijn en de mogelijkheid van raadpleging in bibliotheken in de regel ontbreekt, dat de toegankelijkheid van NEN-normen te wensen overlaat in vergelijking met andere overheidsvoorschriften.¹⁰¹ In tegenstelling tot bijvoorbeeld het *Staatsblad* zijn de NEN-normen niet verkrijgbaar in openbare bibliotheken. Uit de in § 6.2 van dit hoofdstuk aangehaalde opmerking van de MDW-werkgroep blijkt dat ook zij van mening

98 De omstandigheid dat NEN-normen (veelal) enkele tientallen pagina's met technische teksten, tekeningen en berekeningsmethoden kunnen beslaan, waarbij vaak wordt doorverwezen naar andere normen die van toepassing zijn in samenhang met de desbetreffende norm, benadrukt bovendien het belang van het geven van kopieermogelijkheid van NEN-normen. Praktisch gezien is terinzagelegging immers van enig nut verstoken.

99 Op deze plaats ga ik voorbij aan de consequenties van de WOB; in hfdst. 8 zal ik hierop nader ingaan.

100 Besluit van 5 februari 1993, *Stb.* 112. Zie nader hfdst. 8.

101 Vgl. in dezelfde zin Stuurman 1995, p. 172. Zie voor de door het NNI gehanteerde tarieven Bijlage III achterin dit boek.

is dat de tarieven niet te hoog mogen zijn, nu de NEN-normen niet in de *Staatscourant* worden gepubliceerd.

7 GEVOLGEN VAN ONJUISTE BEKENDMAKING

7.1 Inleiding

In de voorgaande paragrafen is uitgelegd dat er bij de bekendmaking van 'verwezen' NEN-normen niet wordt voldaan aan de voorgeschreven regels van bekendmaking van a.v.v.'s uit de Bekendmakingswet. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de consequenties hiervan.

7.2 Juridisch gevolg: niet-inwerkingtreding

Bekendmaking overeenkomstig de voorgeschreven bekendmakingsregels blijkt een grondwettelijke voorwaarde te zijn voor de inwerkingtreding van a.v.v.'s (art. 88 en 89 Gw). Dit houdt in dat de (delen van) NEN-normen waarnaar in regelgeving is verwezen en die daarmee de status van a.v.v. hebben verkregen en die – zoals wij hebben gezien – als regel niet aan de eisen van bekendmaking voldoen, niet in werking zijn getreden. Er is niet voldaan aan de vereisten van de artikelen 88 en 89 Gw, die nader zijn uitgewerkt in de Bekendmakingswet.

In het *tweede Pocketbook*-arrest heeft de Hoge Raad beslist dat het uitvaardigen van een onverbindende regeling ten opzichte van degene die daardoor schade ondervindt een onrechtmatige daad oplevert.¹⁰² De onrechtmatigheid droeg hier een inhoudelijk karakter en lag in strijd met artikel 7 Gw, de vrijheid van meningsuiting. Men zou kunnen zeggen dat er bij strijd met de voorschriften van de Bekendmakingswet in zoverre sprake is van een verschil dat eisen van bekendmaking van formele aard zijn. Dit is echter voor de beoordeling op onrechtmatigheid en daarmee op aansprakelijkheid niet van belang. In het algemeen geldt dat besluiten die in administratief beroep zijn vernietigd, civielrechtelijk als onrechtmatig moeten worden beschouwd waarbij de schuld van het overheidslichaam waarvan het bestuursorgaan dat het besluit nam deelt, in beginsel is gegeven. Er is weinig reden om deze regel te beperken tot besluiten niet zijnde a.v.v.'s, zij het dat a.v.v.'s in administratief beroep niet kunnen worden getoetst. De gedachte achter het *Pocketbook*-arrest en de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad over vernietigde besluiten is echter dezelfde. Het orgaan of de instantie die een gebrekkig besluit uitvaardigt, is aansprakelijk wanneer daardoor schade ontstaat. In een recente uit-

¹⁰² HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316, m.nt. Drion; *ARB* 1969, p. 194, m.nt. Stellinga; *AA* 1969, p. 266, m.nt. Troostwijk en Van der Grinten (*Pocketbooks II*).

spraak van de ABRRvS is bevestigd dat regelingen die niet overeenkomstig de voorgeschreven bekendmakingsvoorschriften van de Bekendmakingswet zijn gepubliceerd, niet in werking zijn getreden.¹⁰³ Het openbaar lichaam of de instantie die verantwoordelijk is voor het ontstaan van deze niet in werking getreden regelingen, is aansprakelijk voor schade die zich als gevolg daarvan voordoet, bijvoorbeeld doordat iemand, afgaand op de vermeende geldende regeling, extra kosten maakt.

Het probleem dat hierdoor is ontstaan is analoog aan de problematiek die ten grondslag lag aan de *Securitel*-affaire. In de *Securitel*-zaak ging het om technische voorschriften die niet waren aangemeld bij de Europese Commissie conform het bepaalde in de Richtlijn 83/189/EEG. Het Hof van Justitie EG besliste dat de regelingen waarin deze voorschriften waren vervat buiten toepassing moesten worden gelaten omdat niet was voldaan aan de procedure van aanmelding.¹⁰⁴

Het was echter niet duidelijk tot hoever de 'sanctie' van buiten toepassing laten zich uitstrekt en wat daarvan de consequenties zouden kunnen zijn op het gebied van de vervolging van strafbare feiten en van de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Het *Securitel*-arrest moet namelijk worden gelezen in relatie tot het EG-verdrag en de doelstelling van Richtlijn 83/189 EEG. Deze doelstelling, die in hoofdstuk 2 al aan de orde is gekomen, betreft het voorkomen van technische handelsbelemmeringen die de voltooiing van de interne markt en het vrij verkeer van goederen kunnen belemmeren. Bepleit is om met een beroep op het relativiteitsbeginsel de gevolgen van het *Securitel*-arrest te beperken in deze zin dat slechts een beroep op onverbindendheid van technische voorschriften zou kunnen worden gedaan wanneer het doel waarvoor aanmelding is voorgeschreven, zou worden bedreigd; met andere woorden, wanneer de voltooiing van de interne markt en/of het vrije verkeer van goederen in het geding zou zijn.¹⁰⁵ Door anderen werd betwijfeld of het communautaire recht

103 Het ging i.c. om de 'Regeling vaststelling eisen lichamelijke en geestelijke geschiktheid tot het besturen van motorvoertuigen' van 1983. Het onderdeel van de regeling dat betrekking heeft op het gebruik van alcoholnormen is niet in de *Stcrt.* gepubliceerd en daarom niet in werking getreden. Zie ABRRvS 9 januari 1998, nr. H01.96.1035, H01.96.1036 en H01.96.1233 resp. 13 januari 1998, nr. H01.96.0779 (niet-gepubliceerd).

104 Arrest HvJEG 30 april 1996, zaak C-194/94, *Jur.* 1996, p. I-2201. Hoewel C.S. Pisuisse vrijwel gelijk daarna in een artikel getiteld, 'Miskenning aanmeldingsplicht technische voorschriften heeft grote gevolgen', *NTER* 1996-7, p. 157-159 heeft gewezen op de gevolgen van dit arrest, ontstond pas in juni/juli/augustus 1997 grote ophef hierover in (juridisch) Nederland. Zie hierover o.m.: H.G. Sevenster, 'Het Securitel-syndroom', *NJB* 20 juni 1997, p. 1126-1127; rubriek Actualiteiten *NJB* 20 juni 1997, p. 1146-1149; rubriek Actualiteiten *NJB* 11 juli 1997, p. 1251-1252; *Kamerstukken II* 1996/97, 25 389, nr. 1 e.v.

105 R. Barents, 'Het Securitel-arrest een gat in de rechtsorde?', *NTER* 1997-7/8, p. 153-157. Vgl. ook de rubriek Actualiteiten *NJB* van 20 juni 1997, p. 1146-1149. De Minister van Justitie heeft op 30 juni 1997 een notitie aan de Tweede Kamer gestuurd waarin de rechtsgevolgen van het *Securitel*-arrest volgens de visie van het kabinet worden gerepareerd. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 389, nr. 18.

en het Nederlandse strafrecht een dergelijk relativiteitsvereiste wel kennen. In een aantal Nederlandse strafrechtelijke procedures werd een beroep gedaan op het *Securitel*-arrest. De uitkomst daarvan is inmiddels bekend.¹⁰⁶ Inmiddels blijkt wel dat de daadwerkelijke effecten van het *Securitel*-arrest zeer beperkt zijn.¹⁰⁷

Het ging in de *Securitel*-zaak om een formeel gebrek in de desbetreffende regelingen, namelijk het niet voldaan hebben aan de eis van aanmelding. Daarin ligt de parallel met het niet bekendmaken van NEN-normen die door statische en dynamische verwijzing de status van a.v.v. hebben gekregen. Bij de vraag of hieraan mogelijkwerwijs consequenties zijn verbonden op het gebied van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht, speelt natuurlijk naar Nederlands recht het relativiteitscriterium wel een rol. Bepleit zou kunnen worden dat de relativiteitsvraag de mogelijke aansprakelijkheid bij de gevolgen van het *Securitel*-arrest sterker beperkt dan bij het niet volgens de regels bekendmaken van NEN-normen. Bij het *Securitel*-arrest moet de schade liggen op het gebied van belemmering van de voltooiing van de interne markt en het vrije verkeer van goederen; de belangen die door aanmelding beschermd beogen te worden. Het belang dat met het vereiste van correcte bekendmaking wordt beoogd is ruimer, namelijk kenbaarheid en toegankelijkheid van het desbetreffende voorschrift. De eis van correcte bekendmaking geldt dan ook algemener en is van een fundamenteeler karakter dan de eis van aanmelding. Dit betekent dat wanneer schade kan worden aangetoond als gevolg van een onverbindende NEN-norm de kans op uitsluiting van aansprakelijkheid door een beroep te doen op het relativiteitsbeginsel kleiner is dan bij aansprakelijkheid als gevolg van het *Securitel*-arrest.

Een bijkomende complicatie is dat de vergoeding van deze schade wellicht ook gevraagd zou kunnen worden in de vorm van een zelfstandig verzoek om schadevergoeding door een bestuursorgaan. Nu de schade echter niet voortvloeit uit een besluit van het desbetreffende bestuursorgaan beschouwt de Afdeling bestuursrechtspraak een beslissing op een dergelijk zelfstandig verzoek om schadevergoeding niet als een voor beroep vatbaar besluit en kan een belanghebbende daartegen niet met een beroep op de bestuursrechter opkomen.¹⁰⁸

106 Zie voor een uitspraak waarin het beroep op buiten toepassing laten niet gehonoreerd werd: HR 25 november 1997, *NJ* 1998, 195 met een instructieve nt. van K.J.M. Mortelmans. Ik verwijs naar Mortelmans die een onderscheid maakt in drie stromingen t.a.v. de vraag naar de uitleg van de niet-toepasselijkheidssanctie. Zie ook de nt. van F.H. van der Burg bij HR 25 november 1997, *AB* 1998, 48. Vgl. voorts de uitspraak van het HvJ EG 16 juni 1998, zaak C-226/97, *NJB* 1998, p. 1194-1195, n.a.v. een prejudiciële vraag van de Rb. Maastricht. Het HvJ EG oordeelde dat schending van de mededelingsplicht weliswaar de niet-toepasselijkheid van de desbetreffende regeling tot gevolg heeft, maar dat dit er niet toe leidt dat elk gebruik van een product dat aan de niet-aangemelde voorschriften voldoet, onwettig wordt.

107 Vgl. Th.L. Bellekom, 'Securitel en de agrarische sector', *Agrarisch recht* 1998-3, p. 134-157.

108 *ABRRvS* 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 m.nt. PvB; *BR* 1997, p. 599 m.nt. B.P.M. van Ravels; *AB*-klassiek nr. 41, m.nt. P.J.J. van Buuren.

7.3 Praktische consequenties: schadevergoeding

In de memorie van toelichting bij de Bekendmakingswet wordt gewezen op de omstandigheid dat eventuele handhavingsproblemen zich in het kader van deze wet slechts kunnen voordoen bij de wijze van bekendmaking. Ten aanzien daarvan wordt gesteld:

Indien een voorschrift niet is bekendgemaakt overeenkomstig deze wet of een andere wet in formele zin, kan het ingevolge artikel 88 c.q. 89 van de Grondwet niet in werking treden; in een voorkomend geval zal de rechter derhalve zo'n voorschrift onverbindend kunnen verklaren.¹⁰⁹

De regering stelt zich hiermee op het standpunt dat de rechter een regeling die niet op de juiste wijze is bekendgemaakt onverbindend zal kunnen verklaren.

Wat betekenen de hiervoor geschetste omstandigheden met betrekking tot het bestaan van niet-inwerking getreden a.v.v.'s nu voor de praktijk? In de praktijk zullen geadresseerden er in voorkomende gevallen van uitgaan dat de desbetreffende NEN-normen 'gewoon' van kracht zijn: men zal op basis van vertrouwen conform het voorgeschreven normencomplex handelen. Een gevolg hiervan is dat er schade kan zijn geleden door degenen die op basis van een regeling die niet in werking is getreden bepaalde handelingen hebben verricht.

Een voorbeeld hiervan ontleen ik aan de in *hoofdstuk 4* te bespreken praktische toepassing van een algemene maatregel van bestuur waarin verwijzingen naar NEN-normen voorkomen: het Bouwbesluit. Op basis van de Woningwet wordt in het Bouwbesluit verwezen naar NEN-normen. Deze vullen de voorschriften die in het Bouwbesluit worden gegeven aan en zijn verplicht voorgeschreven. Indien iemand wil gaan bouwen moet hij aantonen dat hij zal voldoen aan de voorgeschreven bepalingen waarvan NEN-normen deel uitmaken. Stel nu dat iemand op basis van de voorgeschreven NEN-normen een bepaalde riolering heeft aangelegd die veel duurder is dan een andere van misschien wel goedkoper materiaal. In dit geval bestaat zijn schade dus hierin dat hij een duurdere riolering heeft aangeschaft terwijl hij eigenlijk had kunnen volstaan met een veel goedkopere. De voorschriften op basis waarvan hij de duurdere riolering heeft aangelegd zijn immers niet in werking getreden, zodat hij de voorschriften (nog) niet had hoeven naleven.

Het omgekeerde geval ligt eveneens voor de hand: iemand legt een riolering aan die niet voldoet aan de voorschriften uit het Bouwbesluit en wordt verplicht het gebouwde af te breken (zie hierover *hoofdstuk 4*). In dit geval gaat het erom aan te tonen dat er mogelijk schade is geleden en kosten zijn gemaakt op basis van ongeldige voorschriften.

¹⁰⁹ Kamerstukken II 1985/86, 19 583, nr. 3 p. 8 (MvT).

Beide voorbeelden hebben gemeen dat er schade is geleden omdat de wetgever heeft nagelaten aan de publicatieplicht te voldoen met als gevolg dat de desbetreffende bepalingen niet in werking zijn getreden en er voor de rechtssubjecten geen verplichtingen zijn ontstaan. Hoewel er wel a.v.v.'s tot stand zijn gekomen, zijn deze – wegens het niet voldoen aan de publicatieplicht – niet van kracht geworden. In dit geval bestaat de schade in de omstandigheid dat rechtssubjecten op basis van hun vertrouwen hebben gehandeld overeenkomstig een niet van kracht zijnde regel. Om die reden kunnen de a.v.v.'s worden aangemerkt als onrechtmatige wetgeving. Het leerstuk van de onrechtmatige wetgeving is een species van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad.

7.3.1 Onrechtmatige wetgeving

Wil een actie tot schadevergoeding kunnen slagen, dan moet er voldaan zijn aan de overige vereisten van artikel 6:162 BW zoals daar zijn: het relativiteitsvereiste, aantoonbare schade, causaal verband tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en de geleden of te lijden schade. Ten slotte moet de daad aan de overheid zijn toe te rekenen.

Het relativiteitsvereiste is vervat in art. 6:163 BW. Het houdt in dat er slechts een verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad bestaat wanneer de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde deze heeft geleden. De eis van relativiteit is dus bedoeld om aansprakelijkheid te beperken. Niet iedere schending van een norm is ten opzichte van ieder onrechtmatig. De geschonden norm moet tot strekking hebben de benadeelde in het getroffen belang te beschermen. Zoals ik al eerder betoogde zal aan de eis van relativiteit bij schending van bekendmakingsvereisten op grond van de Bekendmakingswet in het algemeen zijn voldaan. De Bekendmakingswet strekt er immers toe om door voorgeschreven regels van bekendmaking van a.v.v.'s, de kenbaarheid en toegankelijkheid van deze voorschriften te waarborgen. Dit is een zeer ruim en algemeen belang. Bekendmakingsvoorschriften zijn daarmee van openbare orde. Het uitvaardigen en hanteren van voorschriften, die niet op de juiste wijze bekend zijn gemaakt en dus onverbindend zijn, levert daarom in beginsel een onrechtmatige daad op. Aan de relativiteitseis zal zijn voldaan omdat degene die op dit voorschrift afgaat en daardoor schade ondervindt, schade lijdt waartegen de geschonden norm per definitie beoogt te beschermen.

Schade zal in elk concreet geval vastgesteld moeten worden, maar aan de hand van de voorbeelden met betrekking tot NEN-normen die ik in de voorgaande paragraaf heb gegeven blijkt dat de kans dat schade zich zal voordoen aanzienlijk is. Deze schade zal echter in causaal verband moeten staan met de schadeveroorzakende gebeurtenis. In het voorbeeld van de riolering die op basis van de NEN-normen uit het Bouwbesluit is aangelegd moet de schade derhalve zijn ontstaan vanwege de omstandigheid dat de overheid heeft na-

gelaten de desbetreffende NEN-normen te publiceren. In het gegeven voorbeeld waar conform de bouwvoorschriften een duurdere riolering werd aangelegd, zou men zich op het standpunt kunnen stellen dat indien deze voorschriften niet waren uitgevaardigd, men zou hebben gekozen voor een goedkopere oplossing.

Voor een succesvol beroep op schadevergoeding geldt ten slotte dat de daad aan de overheid moet zijn toe te rekenen. In het *Van Gelder*-arrest is een beroep van de Staat op het ontbreken van schuld afgewezen met de volgende redenering:

Onderdeel 2 betoogt dat de Staat slechts aansprakelijk is voor een daad van onverbindende wetgeving, indien 'de Staat de grenzen van zijn bevoegdheid op klaarblijkelijke en ernstige wijze heeft overschreden.' Dit betoog faalt. De Staat handelt onrechtmatig en is, wanneer aan de overige vereisten van artikel 1401 BW (huidig art. 6:162 BW; ME) is voldaan, aansprakelijk wanneer hij een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uitvaardigt en op grond van dat voorschrift belasting heft. (...)

In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen is daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam gegeven.¹¹⁰

Later heeft de Hoge Raad het 'in beginsel gegeven zijn van de schuld van het overheidslichaam' uitdrukkelijk gelijk gesteld aan het 'voor rekening van het overheidslichaam komen' in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW.¹¹¹ Een voorbeeld van onrechtmatige wetgeving is het al eerder genoemde *Pocketbooks*-arrest.

7.3.2 *Pocketbooks*-arrest

In het arrest *Pocketbooks II* heeft de Hoge Raad voor de eerste maal beslist dat een wettelijk voorschrift onrechtmatig kan zijn.¹¹² Het ging hier om een actie tot schadevergoeding die was ingesteld op basis van het feit dat de Hoge Raad in het zogenaamde *Pocketbooks I*-arrest¹¹³ een ministeriële regeling, de zogenaamde Vestigingsbeschikking Boekverkopersbedrijf 1958, onverbindend had verklaard wegens strijd met artikel 7 Gw. Het tweetal uitgevers dat de actie instelde had veel kosten gemaakt om pocketbooks te gaan verkopen via kruid-

110 HR 9 mei 1986, AB 1986, 429 m.nt. FHvdB; NJ 1987, 252 m.nt. Scheltema (*Van Gelder*-arrest).

111 Asser/Hartkamp 4-III 1994. A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. Verbintenissen uit de wet, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 79, p. 79 en de verdere daar genoemde verwijzingen.

112 HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316, m.nt. Drion; ARB 1969, p. 194, m.nt. Stellinga; AA 1969, p. 266, m.nt. Troostwijk en Van der Grinten (*Pocketbooks II*).

113 HR 22 maart 1960, NJ 1960, 274 (*Pocketbooks I*).

niers. De Hoge Raad besliste in de zaak *Pocketbooks II* dat de Staat onrechtmatig handelt indien een staatssecretaris door een regeling als de onderhavige een verbod stelt op en daardoor een sanctie bedreigt tegen een handeling die ingevolge een bepaling van de Gw niet mag worden verboden. Met dit arrest was echter alleen nog maar bepaald dat een lager wettelijk voorschrift in strijd kon zijn met de Grondwet. In latere jurisprudentie is gebleken dat elk a.v.v. dat strijdig is met een hogere rechtsnorm onrechtmatig is.¹¹⁴ Een uitzondering hierop vormt formele wetgeving: de wetgever mag formele wetgeving immers niet toetsen aan de Grondwet wegens het toetsingsverbod van artikel 120 Gw.¹¹⁵

In het *Landbouwwoliegiers*-arrest van 1986 werd voor het eerst aanvaard dat een door een bestuursorgaan vastgesteld en uitgevaardigd a.v.v. vatbaar is voor rechterlijke toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen.¹¹⁶

Het uitgangspunt van het leerstuk van de onrechtmatige wetgeving blijkt te zijn dat een ieder die schade heeft geleden op grond van een onrechtmatige regeling of besluit een actie tot schadevergoeding heeft, mits de schade is toe te rekenen aan de overheid. In geval van de NEN-normen kan worden verdedigd dat er strijd is met een hogere regeling; namelijk met de artikelen 88 en 89 Gw jo. de Bekendmakingswet. Daarnaast levert de onjuiste bekendmaking van NEN-normen strijd op met het materiële rechtszekerheidsbeginsel. Het verschil met het *Pocketbooks*-arrest is dat het daar ging om de omstandigheid dat de inhoud van die regeling in strijd was met een hogere regeling. Voor het resultaat maakt het echter niet zoveel verschil of een regeling onverbindend is op grond van haar inhoud, zoals het geval was in het *Pocketbooks*-arrest of op grond van een formeel vereiste: het publicatiegebrek. In beide gevallen dient de rechter de regeling onverbindend te verklaren. Dit alles onderstreept nog eens dat de zorg voor een juiste bekendmaking van de NEN-normen een grondwettelijke plicht van de overheid is.

8 TOELAATBAARHEID VAN VERWIJZINGEN IN REGELGEVING

Aangezien in het voorgaande enkele consequenties van verwijzing met betrekking tot de NEN-normen zélf zijn besproken, wordt in deze paragraaf de vraag aan de orde gesteld of verwijzing eveneens gevolgen met zich meebrengt voor

114 Zie bijv.: HR 1 juli 1983, AB 1984, 103 m.nt. FHvdB; NJ 1984, 360 m.nt. Scheltema; SEW 1983-11, p. 725 m.nt. A. Mulder (*LSV*-arrest); HR 6 mei 1983, AB 1984, 101 m.nt. Fernandes Mendez en FHvdB; NJ 1984, 361 m.nt. Scheltema (*Bullenbaai*-arrest) en Vz./Pres. CBB 16 juni 1993, AB 1993, 596 m.nt. Van der Veen (*Bureau Tuinbouwweelingen*). Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt 1997, p. 711 e.v.

115 Art. 120 Gw luidt: De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.

116 HR 16 mei 1986, AB-Klassiek nr. 16 m.nt. Van Male; NJ 1987, 251 m.nt. Scheltema; Gst. 28 november 1986, 6823 met artikel Van Male, p. 381; *RegelMaat* 1986, p. 167 m.nt. Van der Vlies (*Landbouwwoliegiers*-arrest).

de wetgever en in § 9 van dit hoofdstuk zal deze vraag worden behandeld voor het NNI. De omstandigheid dat de overheid bij normalisatie in het kader van wetgeving in feite een privaatrechtelijke instantie inschakelt bij het aanvullen van a.v.v.'s, roept namelijk de vraag op of de overheid hierbij gelegitimeerd is gebruik te maken van dergelijke normen. Met andere woorden: is het vanuit staatsrechtelijk oogpunt geoorloofd gebruik te maken van de statische en/of dynamische verwijzingsmethode naar NEN-normen bij de invulling van wettelijke bepalingen?

8.1 Toelaatbaarheid statische verwijzingen

Statische verwijzingen (zie § 2.2.1 van dit hoofdstuk) worden over het algemeen wel toelaatbaar geacht.¹¹⁷ De wetgever maakt voor de nadere invulling van een regeling gebruik van een normalisatienorm, waarbij hij eerst kennisneemt van de inhoud van de desbetreffende norm alvorens daarnaar te verwijzen. Zo beslist de wetgever dus zeer gedetailleerd over de nieuw ontstane norm evenals dat het geval is bij de door hem zélf opgestelde normen. Daarbij geldt dat eventuele latere aanpassingen van de normalisatienorm geen gevolgen hebben voor de wettelijke regeling: deze blijft onveranderd. Statische verwijzing is daarom net als incorporatie (letterlijke overname) toelaatbaar.¹¹⁸ Dit is ook het uitgangspunt bij de totstandbrenging van wetgeving zoals blijkt uit Aanwijzing 92:

1. Indien een regeling verwijst naar normen die zijn vervat in een andere Nederlandse publiekrechtelijke regeling, omvat die verwijzing mede nadien in werking getreden wijzigingen van die regeling, tenzij nadrukkelijk anders vermeld.
2. Indien een regeling verwijst naar normen die niet publiekrechtelijk van aard zijn, *geschiedt de verwijzing in beginsel naar die normen zoals zij op een gegeven tijdstip luiden* [mijn curs.; ME]. Omvat die verwijzing mede latere wijzigingen, dan wordt tevens voorzien in mededeling van deze wijzigingen in de *Staatscourant*.¹¹⁹

¹¹⁷ Snijders 1987, p. 49 constateert dat er bij starre verwijzingen geen sprake is van overdracht van regelgevende bevoegdheid. Dit in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij dynamische verwijzingen, zie hierna § 8.2 e.v. van dit hoofdstuk.

¹¹⁸ Snijders 1987, p. 49. Vgl. in dezelfde zin Smits 1993, p. 12 en Stuurman 1995, p. 181. Stuurman (p. 186) merkt hierbij op dat in de gevallen dat de regelgever (bijv. in verband met het ontbreken van deskundigheid) niet de inhoud van de norm toetst maar toch statisch verwijst, alleen formeel is voldaan aan de rechtsstatelijke eisen. Aan die werkwijze kleven volgens Stuurman materieel gezien dezelfde bezwaren als bij de dynamische en open verwijzing, waarover ik hieronder kom te spreken.

¹¹⁹ Uit de toelichting hierbij blijkt dat met normen die niet van publiekrechtelijke aard zijn kan worden gedacht aan normalisatienormen en aan bepalingen die in het kader van zelfregulering tot stand zijn gebracht.

De MDW-werkgroep heeft in haar rapport niettemin een aantal bijkomende voorwaarden geformuleerd, waaraan voldaan moet worden bij gebruik van statische verwijzingen.¹²⁰

8.2 Toelaatbaarheid dynamische verwijzingen

Hiervóór is vastgesteld dat statische verwijzingen vanuit staatsrechtelijk oogpunt over het algemeen genomen geoorloofd zijn. In het vervolg zal ik mij met betrekking tot de vraag naar de toelaatbaarheid van verwijzing daarom beperken tot de dynamische verwijzing.

Bij dynamische verwijzing wordt de desbetreffende norm slechts met zijn titel en nummer aangeduid en wordt geen nadere aanduiding van serie en/of datum gegeven: er wordt verwezen naar de norm zoals die in haar nieuwste versie geldt (zie § 2.2.2 van dit hoofdstuk). De positie van het NNI als privaatrechtelijke instelling, brengt met zich mee dat het NNI de vrije keuze heeft tot het intrekken dan wel aanpassen van normalisatienormen en het uitvaardigen van nieuwe normalisatienormen. In *hoofdstuk 2* is geconstateerd dat het NNI van die mogelijkheid regelmatig gebruikmaakt, hetgeen vaak zelfs noodzakelijk is met het oog op technische ontwikkelingen. De consequentie hiervan is echter dat de door het NNI gemaakte aanpassingen aan normalisatienormen en het uitvaardigen van nieuwe normalisatienormen direct doorwerken in de wettelijke regelingen waarin via de dynamische methode naar de desbetreffende normen is verwezen, zónder dat de wetgever daarbij betrokken is geweest. In theorie zou het NNI een bepaalde NEN-norm dus in haar geheel kunnen wijzigen, zelfs in zo'n mate dat deze totaal afwijkt van hetgeen de wetgever oorspronkelijk heeft bedoeld. Deze nieuwe NEN-norm is dan van kracht geworden zonder tussenkomst van de overheid omdat bij dynamische verwijzingen – als gezegd – geldt dat de nieuwste versie van een norm van toepassing is.

Weliswaar heeft de wetgever in eerste instantie, dat wil zeggen bij de uitvaardiging van de desbetreffende regeling en dus bij de beslissing om naar die norm te verwijzen, de norm in haar oorspronkelijke vorm gezien; daarna kan hij evenwel geen invloed (meer) uitoefenen op eventuele wijzigingen van de norm. Nu de wetgever hierbij dus in feite een gedeelte van zijn taken uit

¹²⁰ MDW-rapport, *Normalisatie en certificatie 1996*, p. 55/56: zo brengt het primaat van wetgever met zich mee dat in ieder geval de hoofdelementen van een regeling in een (formele) wet worden opgenomen (Aanwijzing 22 e.v.). Delegatie op basis van Aanw. 25 moet bovendien 'zo concreet en nauwkeurig mogelijk worden begrensd.' Aanw. 26 lid 1 stelt dat delegatie moet worden beperkt tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld. Indien een regeling verwijst naar normen en de minister de mogelijkheid krijgt om evt. nieuwe aan te wijzen is dit uitsluitend toegestaan indien aan de voorwaarden van Aanw. 26 is voldaan.

handen geeft, kan er een vraagteken worden gezet bij de toelaatbaarheid van deze vorm van verwijzen.¹²¹

Voor overdracht van wettelijke bevoegdheden is immers een wettelijke grondslag nodig. Deze grondslag kan liggen in de wettelijke regeling waarop de betrokken bestuursbevoegdheid berust of in een algemene wettelijke delegatieregeling. Nu er niet een zodanige wettelijke grondslag is voor overdracht van regelgevende bevoegdheden aan het NNI betekent dit, dat de overheid in feite regelgevende bevoegdheden overlaat aan een instelling die niet tot het vaststellen van wettelijke voorschriften bevoegd is. Dit komt neer op delegatie van regelgevende bevoegdheid.¹²² Dat de wetgever in verband met het gevaar van ongeoorloofde delegatie als uitgangspunt heeft gesteld dat dynamische verwijzingen naar private normen moeten worden vermeden, blijkt ook uit de toelichting bij de hiervoor geciteerde Aanwijzing 92 (zie § 8.1).¹²³

Dynamische verwijzingen niet altijd ontoelaatbaar

Hoewel Marburger tot de conclusie komt dat dynamische verwijzingen in het algemeen ongeoorloofd en in strijd met de Grondwet zijn, heeft hij hierop enige nuance aangebracht. Volgens Marburger is voor de beoordeling hiervan namelijk bepalend of er sprake is van een *normaanvullende* ('normergänzende') of een *normspecificerende* ('normkonkretisierende') dynamische verwijzing (zie § 2.3 van dit hoofdstuk).¹²⁴

In het voorgaande is al uitgelegd dat het kenmerk van een *normaanvullende* verwijzing is dat deze het verwijzende wettelijke voorschrift aanvult. Deze laatste is namelijk zónder de normen waarnaar wordt verwezen, niet volledig. Zoals daarbij is gebleken verkrijgt de normalisatienorm waarnaar wordt verwezen daardoor een algemeen verbindend karakter.¹²⁵ In mijn conclusie dat NEN-normen ná verwijzing de status van een a.v.v. verkrijgen ben ik ook uitgegaan van NEN-normen met een zogenaamd *normaanvullend* karakter. Met een *normaanvullende* dynamische verwijzing wordt dus in het algemeen ingegrepen in

121 Vgl.: Van der Flier 1986, p. 102; Overhoff 1988, p. 12; Snijders 1987, p. 50; Smits 1993, p. 11-12 en Stuurman 1995, p. 181 e.v. Marburger 1979, p. 386 heeft in Duitsland de staatsrechtelijke problematiek gesignaleerd die met dynamisch verwijzen samenhangt. Hierdoor wordt de in de Gw geregelde 'Rechtsetzungsmacht' (delegatie) overgedragen aan privaatrechtelijke organisaties.

122 Overhoff 1988, p. 12, spreekt van 'verkapte' delegatie. Stuurman 1995, p. 181 e.v. concludeert dat er *materieel* gezien sprake is van delegatie. Het MDW-rapport, *Normalisatie en certificatie* 1996, p. 56, acht dynamische verwijzingen naar private normen in verband met het optreden van ongeoorloofde delegatie ongewenst.

123 De toelichting luidt: '...Bij verwijzing naar andere regelingen van de centrale overheid is dynamische verwijzing het normale geval. (...). Bij dynamische verwijzing naar lagere regelgeving dient men overigens bedacht te zijn op het gevaar van ongeoorloofde delegatie. Bij normen die niet van publiekrechtelijke aard zijn, kan worden gedacht aan normalisatienormen en aan bepalingen die in het kader van zelfregulering tot stand zijn gebracht. (...) Daarom dient naar deze normen in het algemeen altijd statisch te worden verwezen.'

124 Marburger 1979, p. 390. Vgl. Stuurman 1995, p. 187-188.

125 Marburger 1979, p. 385.

de (rechten en) verplichtingen van de normadressanten. Dit acht Marburger in strijd met het beginsel van de rechtsstatelijkheid, waarbij geldt dat in wettelijke voorschriften opgenomen rechtsnormen inhoudelijk helder, volledig en bepaald moeten zijn.¹²⁶

Een *normspecificerende* dynamische verwijzing daarentegen is volgens Marburger te vergelijken met een aanbeveling ofwel een onverbindende concretiserende richtlijn: de verplichtingen van geadresseerden worden in de verwijzende *open* rechtsnorm zelf gegeven en deze is ook zonder de verwijzing volledig.¹²⁷ De toegevoegde verwijzing naar technische (normalisatie)normen heeft daarop geen invloed en is niets meer dan een aanbeveling.¹²⁸ De desbetreffende norm moet volgens Marburger worden gezien als een weerlegbaar wettelijk vermoeden ofwel als een regel van bewijslastverdeling: de rechter bepaalt uiteindelijk of er aan de gestelde juridische norm is voldaan.¹²⁹ Daarom gaat Marburger ervan uit dat een *normspecificerende* dynamische verwijzing wél toelaatbaar is, een opvatting die ik kan onderschrijven.

Snijders neemt bij een onderzoek naar de geoorloofdheid van een dynamische verwijzing als uitgangspunt in welke mate de rechter een keuzeruimte heeft om de verwijzing in het licht van de verwijzende regeling uit te leggen.¹³⁰ Bij een *dwingende* dynamische verwijzing heeft hij die keuzeruimte niet: het desbetreffende voorschrift is door de normadressanten al dan niet nageleefd. In dit geval acht Snijders dynamische verwijzingen ontoelaatbaar om dezelfde redenen die in het voorgaande al zijn genoemd.¹³¹

Bij het bepalen van de geoorloofdheid van dynamische verwijzingen blijkt het dus voornamelijk te gaan om de vraag of een normalisatienorm waarnaar wordt verwezen algemeen verbindend is (geworden) voor geadresseerden. Dit wordt dan beoordeeld aan de hand van de verwijzing zelf: vullen de normalisatienormen waarnaar is verwezen het wettelijke verwijzende voorschrift aan of dient de verwijzing slechts als aanbeveling en is het wettelijke voor-

126 Marburger 1979, p. 391.

127 Marburger 1979, p. 405.

128 Marburger 1979, p. 405.

129 Marburger 1979, p. 406/407.

130 Snijders 1987, p. 52.

131 Snijders 1987, p. 53. Vgl. p. 52/53: zoals eerder in dit hoofdstuk is opgemerkt heeft Snijders een onderscheid aangebracht tussen facultatieve verwijzingen mét een bewijsvermoeden (de technische norm geldt als leidraad voor het handelen, afwijken mag, maar naleving betekent niet vanzelf dat is voldaan aan het door de wetgever beoogde veiligheidsniveau) en facultatieve verwijzing zónder bewijsvermoeden (afwijken mag, maar indien de norm wordt nageleefd betekent dit dat aan het wettelijk beoogde niveau is voldaan). Bij een facultatieve verwijzing mét een bewijsvermoeden dient de rechter in een evt. procedure het bewijsvermoeden in het licht van de verwijzende regeling uit te leggen. De rechter beslist dus zelf of een product voldoet aan het in de verwijzende regeling beoogde veiligheidsniveau. Deze vorm van dynamische verwijzing is volgens Snijders derhalve wél toelaatbaar. Een facultatieve verwijzing zónder bewijsvermoeden is daarentegen niet toelaatbaar omdat naleving van de norm impliceert dat aan het wettelijk voorschrift is voldaan en hieraan juridische gevolgen worden verbonden.

schrift op zichzelf al compleet. Indien dit laatste het geval is dan zijn de normalisatienormen niet algemeen verbindend en is een dynamische verwijzing toelaatbaar. Indien de normalisatienormen het verwijzende wettelijke voorschrift aanvullen hebben zij daardoor een algemeen verbindend karakter verkregen en is een dynamische verwijzing niet geoorloofd. Zoals bekend staat deze laatstgenoemde vorm van verwijzen centraal in deze studie.

Deze maatstaf vloeit logischerwijs voort uit de vraag naar de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende regelingen. Deze is voorbehouden aan de wetgever met uitzondering van de gevallen waarin deze bevoegd is regelgevende bevoegdheden over te dragen: in de gevallen waarin bij dynamische verwijzingen de desbetreffende normen voor normadressanten verplicht gesteld worden, is er dus materieel gezien sprake van het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften.

Op zichzelf genomen is het algemeen verbindend karakter van een regeling naar mijn oordeel een goede toets bij de bepaling of dynamische verwijzingen toelaatbaar zijn. In deze principiële benadering zijn dynamische verwijzingen in beginsel steeds ontoelaatbaar vanwege de omstandigheid dat de bevoegdheid tot het stellen van regels in feite wordt overgelaten aan een private normalisatieinstelling. Hoewel deze principiële benadering door mij wordt onderschreven, is een vraag die hieruit voortvloeit of de *praktische uitwerking* van de dynamische verwijzing in feite werkelijk bezwaarlijk is. Omdat de ene soort regeling belangrijker is dan de andere hoeft het gebruik van een dynamische verwijzing met het oog op de praktische gevolgen hiervan mijns inziens niet in alle gevallen bezwaarlijk te zijn. Dit neemt natuurlijk niet het principiële bezwaar ten aanzien van een dynamische verwijzing weg. In het kader van deze studie kan daarbij worden gedacht aan het verschil tussen regelingen waarin wordt verwezen naar NEN-normen die rechtstreeks betrekking hebben op de kwaliteit van producten en diensten, en regelingen waarin wordt verwezen naar NEN-normen die betrekking hebben op de *bepaling* van die kwaliteit. In deze benadering vormt de aard van de regeling dus een (bijkomende) praktische toets voor het beoordelen of de praktische uitwerking van de dynamische verwijzing bezwaarlijk is.

Regelingen met betrekking tot bijvoorbeeld producteisen zijn vaak regelingen waarmee in de woorden van Slot, grote en controversiële belangen zijn gemoeid.¹³² Het gaat immers om inhoudelijke eisen die van groot belang zijn voor de veiligheid van een product. Producteisen worden meestal in het leven geroepen met het oog op de veiligheid van de desbetreffende producten en de gezondheid en veiligheid van degenen die het product gebruiken. In dergelijke gevallen zal duidelijk moeten zijn aan welke eisen het desbetreffende product moet voldoen en mag geen ruimte voor twijfel bestaan over de van toepassing zijnde normen. Dit soort regelingen zou ik willen aanduiden als

132 P.J. Slot, *Technical and administrative barriers to trade in the ECC, including a comparison with interstate barriers in the USA* (diss. Leiden), Leiden: Sijthoff 1975, p. 28.

regelingen waarin de verwijzing naar NEN-normen in de hoedanigheid van zogenaamde 'primaire' normen plaatsvindt. In deze gevallen moet mijns inziens *altijd* gebruik worden gemaakt van statische verwijzingen.

Bij de uitleg van het begrip dynamische verwijzing (§ 2.2.2 van dit hoofdstuk) is het bij de Warenwet behorende Kokswarenbesluit als voorbeeld genomen. In de Warenwet wordt wel meer gebruikgemaakt van dynamische verwijzingen naar NEN-normen. Dit gebeurt vooral bij verwijzing naar bepaalde onderzoeksmethoden die zijn vastgelegd in NEN-normen. Het doel van deze onderzoeksmethoden is te toetsen of aan een bepaalde in de Warenwet voorgeschreven voorwaarde ofwel 'primaire' norm, wordt voldaan. Het gaat dus eigenlijk om het resultaat van de gehanteerde onderzoeksmethode; deze is slechts een hulpmiddel bij het bepalen of er aan de eigenlijke norm is voldaan. Het resultaat is derhalve belangrijker dan de onderzoeksmethode zelf. Dergelijke regelingen kunnen worden aangeduid als regelingen waarin de verwijzing naar NEN-normen in de hoedanigheid van 'secundaire' normen plaatsvindt. In deze laatstgenoemde gevallen hoeft het gebruik van dynamische verwijzingen mijns inziens niet per definitie als ontoelaatbaar te worden bestempeld, omdat de dynamische verwijzing geen invloed heeft op de eisen die in de Warenwet zelf worden opgesomd: deze blijven onveranderd. Slechts de bepalingsmethode die is voorgeschreven ter toetsing of aan deze vereisten is voldaan kan worden veranderd door de dynamische verwijzing. De vereisten die de wetgever heeft vastgesteld blijven derhalve hetzelfde: de dynamische verwijzing heeft hierop geen invloed in tegenstelling tot de dynamische verwijzing naar NEN-normen in regelingen die rechtstreeks van invloed zijn op de kwaliteit van producten en diensten zoals in het eerstgenoemde voorbeeld.

8.3 Toelaatbaarheid open verwijzingen

Hetgeen hiervoor is opgemerkt over dynamische verwijzingen geldt temeer voor open verwijzingen. Hierbij verwijst de wetgever namelijk zelfs naar normen die op het moment van de verwijzing nog niet eens tot stand zijn gebracht.¹³³ In die gevallen laat de wetgever de concretisering van de wettelijke voorschriften dus geheel aan de normalisatieinstellingen over. Deze vorm van verwijzen is naar mijn mening derhalve ontoelaatbaar.

¹³³ Vgl. in dezelfde zin Overhoff 1988, p. 12; Snijders 1987, p. 49/50; Smits 1993, p. 12 en Stuurman 1995, p. 181/182.

9 GEVOLGEN VAN VERWIJZING VOOR HET NNI

9.1 Inleiding

Normaliter hebben de normalisatienormen die het NNI opstelt een privaat karakter: zij zijn niet algemeen verbindend. Ten gevolge van verwijzing krijgen zij echter een algemeen verbindend karakter. In de voorgaande paragrafen is geconstateerd dat het NNI in geval van dynamische verwijzingen, materieel gezien regelgevende bevoegdheden verkrijgt, hoewel het NNI in feite een privaatrechtelijke instelling is. De vraag die in deze paragraaf aan de orde wordt gesteld is of het ontstaan van verkapte delegatie consequenties heeft voor de rechtspositie van het NNI. Het gaat daarbij dus om de gevolgen van aanvullende dynamische (en open) verwijzing; bij statische verwijzing is immers geen sprake van een materiële overdracht van bevoegdheid. Dit bleek samen te hangen met het feit dat de formele wetgever weliswaar gebruikmaakt van NEN-normen, maar tot op detailniveau zelfstandig beslist over de aanwending hiervan. Het NNI heeft daarover – althans in theorie – weinig te zeggen.

MDW-rapport Normalisatie en certificatie

Anders ligt dit bij dynamische verwijzingen. Hiervoor is al vastgesteld dat in dat geval indirect publiekrechtelijke bevoegdheden aan het NNI worden overgedragen: er is sprake van (materiële) delegatie aan het NNI. Daardoor wordt het NNI materieel gezien een (privaatrechtelijke) instelling met publiekrechtelijke bevoegdheden. In het MDW-rapport wordt hierover kritisch opgemerkt:

Dynamische verwijzingen naar private normen (...) zijn ongewenst. (...) Een dynamische verwijzing heeft tot gevolg dat de normalisatieinstelling [het NNI; ME] een zelfstandig bestuursorgaan wordt. Nog daargelaten de mogelijke risico's rond de kenbaarheid van normen, het is in het algemeen niet gewenst de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften aan een zelfstandig bestuursorgaan te verlenen. (...) Overigens zou door dynamische verwijzingen de Algemene wet bestuursrecht van toepassing worden op de normalisatieinstelling. Dit betekent dat de instelling zich dan dient te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, een bezwaarschriftprocedure tegen besluiten van de instelling mogelijk is en dat de bestuursrechter competent is om te oordelen over deze besluiten. Bovendien zou deze instelling onder het toepassingsbereik van de Wet openbaarheid van bestuur en de Wet nationale ombudsman moeten worden gebracht.¹³⁴

¹³⁴ MDW-rapport, *Normalisatie en certificatie* 1996, p. 56.

9.2 Is het NNI een zelfstandig bestuursorgaan?

De conclusie dat het NNI door dynamische verwijzing een zelfstandig bestuursorgaan wordt, wordt in het MDW-rapport niet verder onderbouwd. Daarom zal ik hieronder nader ingaan op dit begrip en bezien of ik deze conclusie kan onderschrijven.

Wat houdt het begrip zelfstandig bestuursorgaan eigenlijk in?¹³⁵ Het begrip 'bestuursorgaan' wordt in het algemeen omschreven in de Awb. Artikel 1:1 lid 1 Awb luidt:

Onder bestuursorgaan wordt verstaan:

- a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of,
- b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

Een zelfstandig bestuursorgaan kan zowel a-orgaan als b-orgaan zijn in de zin van de Awb.¹³⁶ Bestuursorganen die vallen onder de categorie sub b zijn met 'enig openbaar gezag bekleed'. Dit wil zeggen dat ze hun bestaansrecht niet in de eerste plaats ontleen aan het vervullen van een overheidstaak of het uitoefenen van een overheidsbevoegdheid, maar daar wel mee zijn toegerust. Zij zijn bestuursorgaan voorzover zij bekleed zijn met openbaar gezag en niet daarbuiten. Openbaar gezag houdt in dat 'een persoon of college een in het publiekrecht erkende bevoegdheid heeft om eenzijdig de rechtspositie van andere rechtssubjecten te bepalen'.¹³⁷ De Aanwijzingen inzake zelfstandige bestuursorganen geven in Aanwijzing 124a de volgende definitie: 'bestuursorgaan op het niveau van de centrale overheid, dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister en niet is een adviescollege, als bedoeld in de Kaderwet adviescolleges en waarvan de adviestaak de hoofdtaak is'.¹³⁸ De toelichting bij deze Aanwijzing voegt daaraan toe dat een zelfstandig

135 Vgl. recent over zelfstandige bestuursorganen o.m. J.L. Boxum, *Algemene wetgeving voor zelfstandige bestuurslichamen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1997, die heeft voorgesteld de figuur van zelfstandige bestuurslichamen in een aparte wettelijke regeling onder te brengen (zie daarover hfdst. 8 § 4.1 van dit boek); S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997; De Haan/Drupsteen/Fernhout 1996, p. 158-161 en Van Wijk/Konijnenbelt 1997, p. 122-123.

136 Van Wijk/Konijnenbelt 1997, p. 123.

137 Van Male 1988, p. 4. N. Verheij, 'Awb in vogelvucht', *Bestuurswetenschappen* 1992, p. 160-179. De Haan/Drupsteen/Fernhout 1996, p. 154. Vgl. de MvT bij de Awb: 'het beschikken over een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het bepalen van de rechtspositie (de rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten.'

138 *Stcrt.* 5 september 1996, 177. Vgl. de definitie van Boxum 1997, p. 27: 'onderdelen van de centrale overheid die krachtens publiekrecht zijn ingesteld, die zijn belast met de behartiging van bestuurstaken en die niet ondergeschikt zijn aan de minister.' Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt 1997, p. 122: 'buiten de gewone departementale organisatie vallende overheidsinstanties waaraan (krachtens attributie of delegatie) bestuursbevoegdheden zijn toegekend, dat wil zeggen dat ze bevoegd zijn "besluiten" te nemen. Ze zijn niet hiërarchisch ondergeschikt aan een minister.'

bestuursorgaan een bestuurstaak kan verrichten voor het gehele Nederlandse rechtsgebied of voor een onderdeel daarvan, zoals bij een Regionaal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening. Blijkens de toelichting worden niet als zelfstandige bestuursorganen beschouwd privaatrechtelijke instellingen die geen openbaar gezag uitoefenen, zoals geprivatiseerde instellingen en instellingen waarvan op grond van een overeenkomst overheidswerkzaamheden zijn uitbesteed.

Strikt genomen voldoet het NNI voorzover het dynamische verwijzingen betreft niet aan de omschrijving van een zelfstandig bestuursorgaan, zoals hiervoor weergegeven.¹³⁹ Er is geen sprake van dat het NNI bekleed is met publiekrechtelijke bevoegdheden en ook ontbreekt het aan een bevoegdheid die in het publiekrecht is erkend. Dat er feitelijk gezien wel sprake is van delegatie kan echter niet worden ontkend.

Tot de bevoegdheid van een bestuursorgaan in de zin van de Awb kan behoren het nemen van besluiten als bedoeld in artikel 1:3 lid 1 Awb.¹⁴⁰ Onder het begrip 'besluit' in de zin van de Awb vallen zowel zogenaamde concrete besluiten (beschikkingen), als besluiten van algemene strekking (waaronder a.v.v.'s). Vóór de inwerkingtreding van de Awb werd onderscheiden in regelgevende bevoegdheid en bestuursbevoegdheid. In de klassieke visie houdt regelgevende bevoegdheid in een – krachtens attributie, delegatie, of (soms) mandaat verkregen – bevoegdheid tot het vaststellen van a.v.v.'s. Een bestuursbevoegdheid is – in de woorden van Derks – een bevoegdheid van een bestuursorgaan, uitgezonderd het vaststellen van a.v.v.'s en het plegen van rechterlijke handelingen.¹⁴¹

Zoals Derks zelf ook al opmerkt is dit onderscheid met de inwerkingtreding van de Awb verouderd.¹⁴² De Awb gaat namelijk uit van een ruim besluitbegrip waaronder zowel beschikkingen als besluiten van algemene strekking kunnen vallen. Tot de categorie besluiten van algemene strekking behoren ook a.v.v.'s. Nu NEN-normen door verwijzing inderdaad tot a.v.v.'s promoveren en in aanmerking genomen dat aan het NNI in geval van dynamische verwijzing de bevoegdheid wordt gelaten deze op te stellen, kan de conclusie dat het NNI voor deze gevallen zelfstandig bestuursorgaan wordt, mijns inziens worden onderschreven. Het NNI wordt dan dus slechts zelfstandig bestuursorgaan voorzover het bekleed is met openbaar gezag en dat is dus slechts in de gevallen van dynamische verwijzing naar NEN-normen.

139 Vgl. in dezelfde zin Stuurman 1995, p. 182 die weliswaar signaleert dat het ontbreken van directe verantwoordelijkheid van de overheid voor de gedragingen van het NNI past bij de figuur van het zbo, maar stelt dat een zuivere kwalificatie afspringt op het ontbreken van overdracht van overheidsbevoegdheid.

140 Hieronder wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

141 J.M.E. Derks, *De Grondwet en Delegatie* (diss. Maastricht) Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 6.

142 Derks 1995, p. 7.

9.2.1 *Verschillende soorten zelfstandige bestuursorganen*

Er worden wel drie typen van zelfstandige bestuursorganen onderscheiden: het zogenoemde 'deskundigen-type', het 'onafhankelijke-gezaghebbenden-type' en het 'participatie-type'.¹⁴³ Van deze drie categorieën sluit het zogenoemde deskundigen-type, waarvan de Octrooiraad en het College ter beoordeling van Geneesmiddelen als voorbeelden worden genoemd, het beste aan op het NNI in zijn hoedanigheid van zelfstandig bestuursorgaan. Het NNI fungeert immers als enige in Nederland erkende deskundige instelling op het gebied van het opstellen van technische (normalisatie)normen.

Aanwijzing 124f stelt dat regelgevende bevoegdheden uitsluitend aan een zelfstandig bestuursorgaan worden toegekend indien het organisatorische of technische onderwerpen betreft, of in bijzondere gevallen.¹⁴⁴ In de toelichting hierbij wordt vermeld dat a.v.v.'s in beginsel niet worden vastgesteld door anderen dan de regering (en Staten-Generaal), of provincies en gemeenten. Die bevoegdheid kan tevens worden toegekend aan openbare lichamen van beroep of bedrijf als bedoeld in artikel 134 Gw. Het is echter slechts in beperkte mate aanvaardbaar dat aan een zelfstandig bestuursorgaan regelgevende bevoegdheid wordt toegekend.

In bijzondere gevallen kunnen over andere dan organisatorische of technische onderwerpen regels door zelfstandige bestuursorganen worden gesteld, doch uitsluitend indien is voorzien in een ministeriële goedkeuring (Aanwijzing 124f sub a).¹⁴⁵ In dat geval worden zware eisen gesteld aan de motivering hiervan in de toelichting.

Het NNI stelt voornamelijk technische (normalisatie)normen op en kan in zijn hoedanigheid van zelfstandig bestuursorgaan, dus slechts voor wat betreft de dynamische verwijzingen, vallen onder de uitzondering van Aanwijzing 124f sub a. In dit geval mogen dus wel regelgevende bevoegdheden worden toegekend. Dit moet dan wel op de juiste wijze worden geregeld.

9.2.2 *Rapport Algemene Rekenkamer*

In het rapport *Zelfstandige bestuursorganen en ministeriële verantwoordelijkheid* van de Algemene Rekenkamer is een reeks van zelfstandige bestuursorganen

¹⁴³ Een voorbeeld van het onafhankelijk-gezaghebbende-type is het Commissariaat voor de Media. Hierbij worden algemene regels die zien op het algemene beleid vastgesteld door de minister, terwijl de uitvoering in handen is van onafhankelijke bestuurders. Bij het participatie-type spelen vnl. maatschappelijke organisaties een rol, zoals bijv. het Centraal Bestuur voor de arbeidsvoorziening (werkgevers- en werknemersorganisaties) en de Centrale Landinrichtingscommissie (landbouw- en milieuorganisaties). Zie over dit alles: De Haan/Drupsteen/Fernhout 1996, p. 160. Vgl. ook Boxum 1997, p. 265 e.v.

¹⁴⁴ Aanwijzingen inzake zelfstandige bestuursorganen, *Stcrt.* 5 september 1996, 177.

¹⁴⁵ Aanwijzingen inzake zelfstandige bestuursorganen, *Stcrt.* 5 september 1996, 177.

doorgelicht.¹⁴⁶ In Bijlage 5 van dit rapport wordt een overzicht gegeven van organisaties die in de loop van het onderzoek onder de aandacht zijn gekomen, maar die in het rapport nog niet zijn 'meegenomen'.¹⁴⁷ Van deze organisaties is niet duidelijk of het al dan niet zelfstandige bestuursorganen zijn. Het NNI wordt in dit overzicht genoemd. Hierbij wordt vermeld dat het NNI NEN-normen opstelt en algemene voorschriften afgeeft, maar geen bevoegdheid tot 'bindende marktordening' heeft. Voorzover het de private normen betreft heeft het NNI inderdaad geen bindende marktordeningsbevoegdheid: aan de omstandigheid dat dit bij dynamische verwijzingen in wetgeving echter anders wordt, is de Algemene Rekenkamer waarschijnlijk nog niet toegekomen. Het NNI blijkt echter wel opgevallen te zijn in het kader van het onderzoeksdoel van het rapport van de Rekenkamer.

10 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht wat de publiekrechtelijke status is van NEN-normen ná verwijzing daarnaar in wetgeving. Daartoe is in de eerste plaats onderzocht wat het doel en de functie van verwijzingen in het algemeen zijn: verwijzingen blijken, wetstechnisch gezien, neer te komen op 'herhalingsverwijzingen'. Zij komen in de plaats van het uitschrijven van de normen (incorporatie of wel letterlijke overname) in een regeling.

Voor verwijzingen naar normalisatienormen blijken een aantal specifieke verwijzingsmethoden te gelden. Zo kan er statisch (exact met datum aangeduide normen), dynamisch (slechts met nummer aangeduide normen, niet exact met datum) of open (verwijzing in de vorm van een algemene clausule naar alle bestaande en toekomstige normen op technisch gebied) verwezen worden. In de Duitse literatuur is daarnaast een nadere differentiatie aangebracht op statische, dynamische en open verwijzingen. Er wordt onderscheiden in *normaanvullende* ('normergänzende') verwijzing en *normspecificerende* ('normkonkretiserende') verwijzing. In het eerste geval dient de verwijzing ter complementering van de rechtsnorm: het feitencomplex dan wel de essentie wordt aangevuld met de verwijzing en is niet compleet zonder deze verwijzing. De *normspecificerende* verwijzing daarentegen dient slechts ter nadere detaillering van een open norm: de rechtsnorm is op zichzelf al compleet en kan dus zonder die verwijzing ook bestaan. Verwijzingen kunnen zowel dwingend, semi-dwingend (er wordt slechts een wettelijk bewijsvermoeden geschapen), als vrijblijvend zijn. In dit onderzoek staan de (aanvullende) statische en dynamische verwijzing mét een dwingend karakter centraal.

Aan de hand van een vergelijking met wettelijke normen is geconcludeerd dat normalisatienormen op zichzelf genomen een privaat karakter hebben.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II*, 1994/95, 24 130, nr. 3.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II*, 1994/95, 24 130, nr. 3, p. 81-84.

Het NNI als privaatrechtelijke instelling heeft immers geen formele bevoegdheid tot het vaststellen van wettelijke a.v.v.'s. Private normen kunnen echter wel 'feitelijke gelding' verkrijgen, bijvoorbeeld wanneer concurrentie op de arbeidsmarkt dwingt tot het volgen van niet-verplichte normen. Indien 'men' denkt dat een normalisatienorm moet worden opgevolgd is er sprake van 'sociologische gelding'. Het karakter van de NEN-normen brengt voorts met zich mee dat deze slechts juridische waarde kunnen verkrijgen door bijvoorbeeld vrijwillige aanvaarding (binnen een bepaalde groep) of doordat er in wetgeving naar wordt verwezen.

Met behulp van de opvattingen in het Duitse recht is geconcludeerd dat NEN-normen door verwijzing onderdeel worden van de regeling waarin naar deze wordt verwezen en daardoor een algemeen geldend, publiekrechtelijk karakter verkrijgen. Door verwijzing worden NEN-normen in de desbetreffende regeling opgenomen en gaan deel uitmaken van de in het desbetreffende wettelijke voorschrift geformuleerde rechtsnorm. Hierdoor verkrijgen NEN-normen de status van a.v.v.

Omdat NEN-normen ná verwijzing de status van a.v.v. hebben verkregen is onderzocht of ze evenals 'gewone' van het rijk afkomstige a.v.v.'s onder het regime van de Bekendmakingswet vallen. Gelet op het materiële karakter van NEN-normen (inhoud en strekking) komen ze overeen met 'gewone' a.v.v.'s. Beide zijn er immers op gericht algemeen verbindend te werken. In formeel opzicht is er een verschil tussen NEN-normen en 'gewone' algemeen verbindende voorschriften. Deze laatste worden van overheidswege vastgesteld en de NEN-normen zijn afkomstig van het NNI. Dit formele verschil is met het oog op de bekendmaking echter niet doorslaggevend. De Bekendmakingswet, die ertoe strekt de kenbaarheid en toegankelijkheid van a.v.v.'s te waarborgen, geldt evenzeer voor de desbetreffende NEN-normen. Deze vallen daarmee dus onder het regime van de Bekendmakingswet en dienen overeenkomstig die wet te worden bekendgemaakt. Dit is thans niet het geval. Met de huidige 'terinzagelegging- of voetnootmethode' die wordt gehanteerd voor de bekendmaking van de NEN-normen, worden de regels van de Bekendmakingswet niet in acht genomen. Voor de verkrijgbaarheid van de desbetreffende NEN-normen wordt namelijk verwezen naar het NNI, terwijl volgens de Bekendmakingswet a.v.v.'s integraal moeten worden gepubliceerd in de *Staatscourant*, ofwel in een bijlage bij de *Staatscourant*, of in een ander van overheidswege verkrijgbaar gesteld officieel publicatieblad. Daarom is de kenbaarheid van NEN-normen onvoldoende. Daarbij komt nog de omstandigheid dat raadpleging (aanzienlijke) kosten met zich meebrengt, de mogelijkheid van raadpleging in bibliotheken in de regel ontbreekt en de normen enkel en alleen bij het NNI verkrijgbaar zijn.

Gevolg van de onjuiste bekendmaking is dat de desbetreffende NEN-normen op grond van het bepaalde in de artikelen 88 en 89 Gw niet in werking zijn getreden. Daarom is geconcludeerd dat er sprake is van onrechtmatige wetgeving. Gelaedeerden zouden een actie tot schadevergoeding kunnen instellen

op grond van het leerstuk van onrechtmatige wetgeving (een species van het leerstuk van onrechtmatige overheidsdaad).

Dit alles legt des te meer nadruk op het belang en de zorg van een goede bekendmaking door de overheid van NEN-normen in hun hoedanigheid van algemeen verbindende voorschriften. Zorgdragen voor een juiste bekendmaking is bovendien een grondwettelijke plicht van de overheid.

Een volgend aspect dat aan de orde is gekomen is de publiekrechtelijke geoorloofdheid van verwijzing naar NEN-normen in regelgeving. In het bijzonder ging het daarbij om de toelaatbaarheid van de dynamische verwijzing. Hierbij verkrijgt de privaatrechtelijke instelling NNI (materieel gezien) namelijk de bevoegdheid om a.v.v.'s vast te stellen. Daarbij is sprake van 'verkapte' delegatie aan het NNI, waardoor het NNI een zelfstandig bestuursorgaan wordt. In de literatuur is men het er over eens dat deze methode in het algemeen ontoelaatbaar is; dit is altijd het geval indien verwijzing naar normen tot gevolg heeft dat ze daardoor algemeen verbindend zijn geworden. Bij de vraag of de praktische uitwerking van dynamische verwijzing eveneens in alle gevallen bezwaarlijk is, speelt de aard van de regeling een doorslaggevende rol. Het gaat daarbij enerzijds om regelingen met verwijzingen naar NEN-normen waarbij deze rechtstreeks betrekking hebben op de kwaliteit van producten en diensten en anderzijds om regelingen met verwijzingen naar normen waarbij de normen slechts dienen ter bepaling van de kwaliteit van producten. In het laatste geval is dynamische verwijzing niet per definitie bezwaarlijk, nu die verwijzing geen invloed heeft op de eisen die door de wetgever in de regeling zelf zijn vastgesteld, maar slechts op de bepalingsmethode waarmee moet worden getoetst of aan die door de wetgever opgestelde eisen is voldaan.