

Hybride bestuursrecht

V A R V E R E N I G I N G V O O R B E S T U U R S R E C H T

Verslag van de algemene vergadering gehouden
op 20 mei 2016 ter behandeling van de preadviezen
van prof. mr. J.H. Gerards, prof. mr. M.W. Scheltema &
dr. A.R. Neerhof

1 5 7

V A R 1 5 7

ISBN 978-94-6290-380-7



9 789462 903807 >

Boomjuridisch

Hybride bestuursrecht

VAR-reeks

157

Hybride bestuursrecht

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 20 mei 2016

ter behandeling van de preadviezen van

Prof. mr. J.H. Gerards
Prof. mr. M.W. Scheltema
Dr. A.R. Neerhof

Boom juridisch
Den Haag
2017

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

© 2017 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-380-7

ISBN 978-94-6274-702-9 (e-book)

NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Rede van de voorzitter, prof. mr. B.J. Schueler	7
Gedachtewisseling over het preadvies Gerards	11
Stemmingen over de stellingen van Gerards	29
Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd	33
Gedachtewisseling over de preadviezen Scheltema en Neerhof Deel 1 – hoofdaccent op het preadvies Scheltema	35
Stemmingen over de stellingen van Scheltema	54
Gedachtewisseling over de preadviezen Scheltema en Neerhof Deel 2 – hoofdaccent op het preadvies Neerhof	56
Stemmingen over de stellingen van Neerhof	73
Bestuur en ereleden	76

Rede van de voorzitter, prof. mr. B.J. Schueler

In het jaar dat na de vorige jaarvergadering is verstreken, is ons bij herhaling duidelijk geworden hoe belangrijk in onze tijd het bestuursrecht is voor de positie van burgers ten opzichte van de overheid. Ik roep in herinnering, als opvallende voorbeelden, de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de ‘bed, bad en brood’-regeling, waarover we het vandaag nog uitvoerig gaan hebben, met name naar aanleiding van het preadvies van Gerards, maar ook de gaswinningsuitspraak van de Afdeling, waarbij een besluit over de hoeveelheid te winnen gas in Groningen werd vernietigd in verband met het aardbevingsrisico. We kunnen hier ook de Urgenda-uitspraak van de Rechtbank Den Haag over de klimaatgevolgen noemen. Die laat in ieder geval de macht van de rechter zien en zijn bereidheid om daarvan gebruik te maken, in dit geval met een flinke dosis privaatrecht; een dosis die eraan heeft bijgedragen dat de door het publiekrecht gestelde grenzen werden verkend en volgens sommigen werden overschreden.

In al deze gevallen – ik kan er nog veel meer noemen – zien we dat rechters een vuist maken. Deze week kwam de Centrale Raad van Beroep uitvoerig in het nieuws met uitspraken over het recht op huishoudelijke hulp onder de Wet maatschappelijke ondersteuning, waarvan de uitvoering in handen is gelegd van de gemeenten en zorginstellingen. De gemeente Utrecht, bij een van de drie uitspraken betrokken, had in haar beleid staan dat een schoon huis niet wil zeggen “dat alle vertrekken wekelijks schoongemaakt moeten worden”. Ik moet bekennen dat dit voor mij een geruststellend oordeel was. Maar op hoeveel huishoudelijke hulp kan een hulpbehoevende nu aanspraak maken? Daarvoor was een basismodule van 78 uren per jaar bedacht, met mogelijkheden van uitbreiding. In dit geval kwam de rechter de cliënten in de zorg te hulp met gebruikmaking van algemeen-bestuursrechtelijke normen zoals we die kennen uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb): motiveeringsplicht en onderzoeksplicht.

Deze uitspraak van de Centrale Raad laat zien wat er gebeurt als de wetgeving globaler wordt, meer verantwoordelijkheid laat aan andere partijen dan de overheid en formele beslismomenten beperkt. Dan ontstaat er niet alleen meer vrijheid, althans voor de sterkere, machtigere partijen, maar rijzen er ook problemen en conflicten waarvoor de rechter een oplossing moet geven omdat de wet zwijgt. Zo kijken we er meestal tegenaan: als de wet minder normeert en minder bescherming biedt, wordt de taak van de rechter om bescherming te bieden en geschillen te beslechten verzwaard. Wat de een niet doet, wordt gedeeltelijk door de ander overgenomen. In de jaarvergadering van vorig jaar hebben we het daarover uitvoerig gehad, met name

naar aanleiding van het preadvies van Hirsch Ballin, en blijkbaar zaten we er toen niet ver naast. De rechter springt in de bres voor de burgers.

In hoeverre is het omgekeerde ook aanvaardbaar? Ik bedoel: dat regels zo algemeen zijn, dat ze het bestuurshandelen niet te weinig maar juist te veel normeren en dat de rechter de globale norm gaat begrenzen ten nadele van de burgers. Een voorbeeld waarin dat in de nabije toekomst misschien een belangrijke vraag wordt, vinden we in de nieuwe nadeelcompensatieregeling in de Awb. De regeling is al wet maar nog niet in werking getreden. Daarover is het nodige te doen, omdat nog wordt nagedacht over de vraag of in andere wetten bijzondere regels moeten worden opgenomen die afwijken van de algemene regeling in de Awb. Maar het is naar ik heb begrepen de bedoeling dat zeer binnenkort, in deze zomer, een voorstel voor gehele of gedeeltelijke inwerkingtreding van de nadeelcompensatieregeling bekend wordt gemaakt.

De nieuwe Awb-regeling geeft aan het recht op nadeelcompensatie een zeer ruim toepassingsbereik. Het toekomstige artikel 4:126 luidt als volgt: "Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde desgevraagd een vergoeding toe." Wat is hier nu nieuw? Nieuw is vooral de ruimte die wordt gecreëerd met de woorden 'publiekrechtelijke bevoegdheid of taak'. Daarin is nauwelijks een beperking te vinden, afgezien van zuiver privaatrechtelijk overheidsoptreden, dat er misschien buiten valt.

We kennen overigens dergelijke ruime bepalingen al wel op deelterreinen. Ik noem de Waterwet en de nadeelcompensatieregeling van het ministerie van Infrastructuur en Milieu. Ook die regelingen kennen de formule 'taak of bevoegdheid'.

Wat gaat er nu allemaal onder de geciteerde bepaling vallen? Beschikkingen (zoals vergunningen), algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels, nota's en structuurvisies, maar ook uitvoeringshandelingen worden tot de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak gerekend. Ik noem als voorbeeld een brief waarin staat dat een bestuursorgaan een overtreding zal gedogen.

Op de belangrijkste terreinen van het omgevingsrecht, waar nadeelcompensatie een grote rol speelt, is de nadeelcompensatie naar nu nog geldend recht door de wet beperkt tot bepaalde aangewezen schadeoorzaken. Bekend is bijvoorbeeld bij de planschade dat de Wet ruimtelijke ordening de oorzaken noemt waarop je kunt wijzen als je een verzoek om schadevergoeding doet. In het rijtje staan het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning tot afwijking van een bestemmingsplan. Er valt een heleboel níét onder, bijvoorbeeld structuurvisies, beleidsnota's en procedurele handelingen die aan een besluit voorafgaan, zoals ontwerpbesluiten. Als deze wettelijke beperking vervalt, kan compensatie worden verzocht voor schade die wordt geleden door alle andere besluiten, beleidsregels, structuurvisies, nota's, verordeningen, feitelijk handelen en wat al niet meer.

Ik noem een onderwerp waarvoor dit gevolgen heeft: het bekende vraagstuk van de schaduwshade. Dat is schade die wordt veroorzaakt in de periode voorafgaand aan een besluit. Die schade wordt nu niet aangemerkt als een gevolg van dat besluit. Dat is ook wel logisch, want, zoals ook in de natuur het geval is, de oorzaak gaat aan de gevolgen vooraf. In alle gevallen waarin de verzoeker een besluit als oorzaak

moet aanwijzen, kan de schaduw schade niet worden meegenomen. Schaduwschade kan bijvoorbeeld worden veroorzaakt doordat kopers afhaken omdat er serieuze aanwijzingen zijn dat ingrijpende ruimtelijke ontwikkelingen zullen worden toegestaan. De ontwikkelingen zijn nog niet toegestaan en de rechtsgevolgen van het besluit zijn er nog niet, maar men ziet dit wel aankomen. Deze schaduwperiode kan dus onzekerheid over naderend planologisch nadeel veroorzaken. Dat kan er dan weer toe leiden dat investeerders, eigenaren en anderen schade lijden doordat met die onzekerheid rekening wordt gehouden door potentiële kopers.

De situatie verandert nu met de nieuwe regeling in de Awb, want de handelingen die voorafgaan aan een besluit dat burgers rechtstreeks bindt, zoals een beleidsvoornemen, beleidsregel et cetera, vallen alle onder de reikwijdte van de nieuwe regeling. Betekent dit dan ook dat de Awb het fenomeen van de schaduw schade als sneeuw voor de zon laat verdwijnen? Dat is niet zeker. Bij het maken van de nieuwe Omgevingswet, die tegen 2019 wordt verwacht, wordt ook nagedacht over nadeelcompensatie. Wellicht worden daarbij nadere regels gesteld die de aansprakelijkheid voor schaduw schade gaan beperken. Ik weet het niet; het zou kunnen. Maar als dat niet gebeurt en als de algemene globale regel van de Awb gaat gelden – buiten het omgevingsrecht zal dat sowieso het geval zijn –, zal schaduw schade onder het bereik van de nadeelcompensatieregeling vallen.

De verruiming van het wettelijke nadeelcompensatierecht betekenen op zich natuurlijk nog niet dat de materiële aansprakelijkheid van de overheid navenant uitdijt, want dat is iets anders. Verzoeken om nadeelcompensatie die nu nog niet mogelijk zijn en straks wél, zullen echt niet allemaal worden toegewezen, want daaraan kunnen nadere criteria zoals causaal verband, normaal maatschappelijk risico en voorzienbaarheid in de weg staan. En ik denk dat daar nieuwe criteria bij zullen komen. Als je wezenlijk andere nieuwe oorzaken in je beoordelingen moet gaan betrekken, komen er ook nieuwe criteria tot stand.

In hun preadvies voor onze zustervereniging de Vereniging voor Bouwrecht van december jl. hebben Berthy van den Broek en Michiel Tjepkema in dit verband een voorstel gedaan.¹ Zij hebben voorgesteld voor de zojuist genoemde schaduw schade het volgende criterium te gaan hanteren: schade ten gevolge van beleidsvoornemens komt alleen voor vergoeding in aanmerking als het voornemen zo concreet en algemeen kenbaar is, dat een redelijk handelend koper er rekening mee houdt en de verkoper dus schade lijdt. Dit lijkt mij een heel handig criterium. Het sluit op al bestaand recht aan en maakt de algemene regeling uit de Awb op het punt van de schaduw schade goed toepasbaar.

Een heel royale nieuwe regeling met een globaal karakter stelt de rechter voor de vraag of, en zo ja waar, hij grenzen moet stellen bij de toepassing ervan. Moet de rechter terughoudend zijn met het inperken van globale normen als hij daarmee de rechten van burgers begrenst? Dat lijkt mij wel, ook al is het natuurlijk wel noodzakelijk ergens grenzen te stellen aan de aansprakelijkheid. Dat zal de wetgever in dit geval ook zo hebben bedoeld. Het ligt voor de hand dat de jurisprudentie over de

¹ G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en grondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, VBR preadvies nr. 43, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2015.

nieuwe nadeelcompensatieregeling tot nieuwe aansprakelijkheidscriteria zal leiden waarmee de overheidsaansprakelijkheid in goede banen kan worden geleid.

Hoe het ook gaat lopen, de opheffing van de beperkingen zal aanzienlijke gevolgen kunnen hebben. In de eerste plaats door een toename van het aantal verzoeken: als je meer oorzaken kunt aanwijzen, kun je ook meer verzoeken indienen. Maar ook op een heel andere manier, namelijk doordat overheden bij het nemen van allerhande halve en hele beslissingen alert zullen zijn op het aansprakelijkheidsrisico, dat in ieder geval breder is geworden. Dat is een belangrijk punt van aandacht. Rechtspraak, rechtsbescherming en aansprakelijkheid veroorzaken risicomijdend gedrag. Juridisering maakt het bestuur defensief.

Overigens kan de overheid nogal eens de last ontlopen door deze af te wentelen op burgers die iets van haar willen. In de ruimtelijke ordening is het vaak de initiatiefnemer, zoals een projectontwikkelaar, die de nadeelcompensatie uiteindelijk moet betalen. Het in goede banen leiden van de overheidsaansprakelijkheid dient daarom niet alleen de belangen van de overheid. Ook veel burgers zullen er blij mee zijn.

In de preadviezen van vandaag gaat het nergens over nadeelcompensatie. Dat is begrijpelijk, want het gaat vandaag over niet-statelijke rechtsbronnen. En op niet-statelijke entiteiten is de Awb niet van toepassing. Maar anders bezien: waarom zou de schade die door private regulering in het algemeen belang wordt toegebracht per definitie voor rekening van de gedupeerde moeten blijven? Nadeelcompensatie komt in beeld als het collectief in het algemeen belang een last legt op een individu. Het is niet vanzelfsprekend dat wij dit principe los moeten laten als de behartiging van het algemeen belang wordt overgenomen door anderen dan de overheid.

Gedachtewisseling over het preadvies Gerards

Prof. mr. J.H. Gerards

Mijn preadvies gaat over de rechtskracht van niet-bindende oordelen van verdragscomités. De preadviseurs hebben afgesproken dat geen van ons zal proberen het geheel van de preadviezen in vijf minuten kort samen te vatten. Zoiets lukt nooit zo heel erg goed, maar ik wil wél graag een voorbeeld geven om te illustreren waarover we het nu precies hebben. Ik toon u op het scherm een afbeelding van het thema *bed, bad en brood*.² Dit voorbeeld is van het geijkte type, maar een voordeel is dat waarschijnlijk alle aanwezigen het kennen, hetgeen de discussie in deze vergadering kan vergemakkelijken.

Hoewel de maatschappelijke discussie alweer een beetje weggezakt lijkt te zijn, zult u zich herinneren dat er heel wat stennis is geweest rondom de vraag of afgewezen asielzoekers die illegaal in Nederland verblijven recht hebben op bepaalde minimale voorzieningen. Er is veel over geprocedeerd, de werking van de Koppelingswet is ter discussie gesteld, de hete aardappel is doorgeschoven van de gemeenten naar het Centraal Orgaan Asielzoekers, er zijn verzoeken aan het kabinet gedaan om nu eens eindelijk eenduidig beleid te formuleren, maar wat óók is gebeurd: een aantal organisaties heeft precies over deze vraag een verzoek voorgelegd aan het Europees Comité voor de Sociale Rechten. Op basis van het Europees Sociaal Handvest kan dat. Artikel D van het Handvest voorziet in een collectief klachtrecht voor bepaalde organisaties, die aan het Comité kunnen vragen te beoordelen of een bepaald handelen of nalaten van een staat verenigbaar is met de mensenrechtelijke verplichtingen die uit het Handvest voortvloeien. Dat is in dit geval gebeurd, en het Europees Comité heeft de klacht onderzocht, waarbij het tot de conclusie is gekomen dat in het Handvest een positieve verplichting vastligt om iedereen, dus ook mensen die illegaal in Nederland verblijven, te voorzien van minimale middelen van bestaan die het mogelijk maken een leven in waardigheid te leiden. In de Nederlandse discussie is dit gemakshalve vertaald in de uitspraak dat we iedereen moeten voorzien van iets te eten, iets te drinken en een dak boven het hoofd: bed, bad en brood dus.

Met dit oordeel zijn een paar dingen aan de hand. Het eerste, waarover we het vandaag vermoedelijk niet gaan hebben, is dat discussie mogelijk is over de vraag of het Europees Comité voor de Sociale Rechten eigenlijk wel bevoegd was dit oordeel te geven. In een bijlage bij het Europees Sociaal Handvest staat namelijk expliciet

² Zie p. 13 van de preadviezen.

vermeld dat de verplichtingen waar het hier om gaat eigenlijk alleen maar van toepassing zijn op legaal in een staat verblijvende of werkzame personen. Nu heeft het Europees Comité hier wel een soort weg omheen gevonden, maar je kunt er van mening over verschillen of dat een overtuigende weg is geweest.

Belangrijker voor de discussie van vandaag is het tweede punt: een oordeel van het Europees Comité is uitdrukkelijk niet bindend. Dat is precies het punt waar de juridische ingewikkeldheden beginnen. Als immers zo'n oordeel niet bindend is, wat is het dan wél en wat moeten Nederlandse wetgevers, beleidsmakers, bestuursorganen en bestuursrechters er dan mee? Natuurlijk kunnen we dit als een zwart-witkwestie zien: als een oordeel niet-bindend is, dan is het niet bindend en van nul en generlei waarde voor het recht. Maar zo blijkt het in de praktijk toch ook weer niet helemaal te werken. In ieder geval zijn er rechters genoeg die wel degelijk een zekere rechtswerking aan het oordeel van het Europees Comité of aan oordelen van andere verdragscomités hebben toegekend. De meningen verschillen vooral over de vraag wanneer toekenning van een zekere rechtswerking geoorloofd is en hoever die rechtswerking mag gaan. Precies op die vraag gaat mijn preadvies in.

Daarmee is meteen duidelijk dat het preadvies over hybride bestuursrecht gaat. Het gaat over uitspraken en oordelen waarvan de juridische status eigenlijk nogal schimmig is, een *Fremdkörper* dat van buitenaf naar binnen is gekomen en waarvoor we in ons bestuursrechtelijk systeem een plek moeten zien te vinden. Bij het vinden van die plek spelen veel vragen van legitimiteit een rol: in hoeverre vinden we het redelijk, gerechtvaardigd, dat aan dit soort hybride vormen van recht juridische betekenis wordt toegekend en in hoeverre willen we die werking accepteren?

Dit is in essentie waar mijn preadvies over gaat. De aanwezigen zullen er, denk ik, zelf al wel vragen over hebben, op z'n minst in verband met de 'bed, bad en brood'-casus. Omdat er afspraken over structurering van de gedachtewisseling zijn gemaakt, zijn aan het eind van mijn preadvies discussiepunten opgenomen, en ik wil bovendien de vergadering, via het grote scherm vóór in de zaal, drie in mijn preadvies centraal staande discussiepunten voorleggen:

Discussiepunten

1. *Het is waardevol de rechtskrachtdiscussie niet zwart-wit te zien, maar een soort 'rechtskrachtschaal' te ontwikkelen, waarop de oordelen en interpretaties kunnen worden gepositioneerd.*
2. *De juridisch-normatieve legitimiteit van 'hybride' oordelen van verdragscomités kan worden afgemeten aan factoren als i) aansluiting bij verdragstekst; ii) aansluiting bij internationale consensus; iii) rechtsstatelijke 'kwaliteit' van het verdragscomité.*
3. *Bij het toekennen van rechtskracht moet in de Nederlandse rechtspraktijk meer worden gedifferentieerd op basis van de factoren die de legitimiteit van oordelen van verdragscomités bepalen.*

Ad discussiepunt 1. De vraag hoeveel rechtskracht aan bepaalde beslissingen moet worden toegekend, kan aan de hand van een glijdende schaal worden beantwoord. Ik heb een schema met zes gradaties opgesteld, dat er in kort bestek als volgt uitziet:

Rechtskrachtschaal³

- Volledige verbindendheid; verplichte erga omnes-werking
- Res interpretata: uitleg in vaste-rechtspraaklijn moet worden gevolgd
- 'Persuasive authority' voor de gegeven uitleg; afwijking alleen bij goede redenen
- Oordeel is waardevol interpretatie-instrument dat bij twijfel doorslag kan geven
- Oordeel is inspiratiebron maar is nooit doorslaggevend
- Oordeel heeft geen enkele juridische betekenis

Bij de eerste gradatie kunnen we denken aan uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens tegen Nederland, of aan uitspraken van het Hof van Justitie met een erga omnes-werking. Een nationale rechter kan daarvan niet afwijken. Het andere uiterste is dat een oordeel geen enkele juridische betekenis heeft. Ik ben benieuwd of de aanwezigen een dergelijke schaal zinnig vinden en of ze het met mijn indeling eens zijn.

Ad discussiepunt 2. Als een rechtskrachtschaal als door mij voorgesteld wordt geaccepteerd, is vervolgens de vraag hoe we een oordeel van een verdragscomité daarop moeten positioneren. Mijn idee is dat je daartoe een aantal factoren kunt onderscheiden, op basis van rechtstheoretische bevindingen over de rechtskracht van internationaal recht. Van belang is bijvoorbeeld hoezeer een verdragscomité bij de tekst van een verdrag aansluit en in hoeverre er over de gegeven uitleg consensus bestaat. Daarnaast zijn er vragen die te maken hebben met de rechtsstatelijke legitimiteit van het internationaal orgaan in kwestie.

Ad discussiepunt 3. We kunnen ons afvragen hoe het in de praktijk gaat. In mijn preadvies heb ik onderzocht hoe rechters met niet-bindende oordelen omgaan, en er blijken duidelijke verschillen te zijn. Zelf denk ik dat de mogelijkheden voor nationale rechters veel groter zijn dan op dit moment in de rechtspraak tot uiting komt. Rechters kunnen volgens mij meer differentiëren en nuanceren. Als studeerkamerjurist ben ik benieuwd naar de opvattingen van de mensen uit de praktijk: is meer differentiatie denkbaar en haalbaar, en kunnen de door mij genoemde factoren daarbij behulpzaam zijn, of moet voor een heel andere aanpak worden gekozen?

Ten slotte heb ik ook nog enige specifiekere stellingen geformuleerd, waarover ik graag de opvattingen van de deelnemers aan deze vergadering zal horen.

Stelling 1

De facto zijn niet-bindende oordelen van verdragscomités toch verplichtend, namelijk als hieruit een gevestigde interpretatie blijkt van een voor Nederland bindende internationale verdragsbepaling ('res interpretata').

Stelling 2

Gelet op de factoren die de legitimiteit van oordelen van verdragscomités beïnvloeden, kan worden geconcludeerd dat het aanvaardbaar is om het 'bed, bad en brood'-oordeel van het Europees Comité voor de Sociale Rechten tenminste 'persuasive authority' toe te kennen (d.w.z.: afwijking is alleen mogelijk bij zwaarwegende redenen).

3 De glijdende schaal werd ter vergadering met kleurnuances weergegeven [red.].

Stelling 3

Het is wenselijk dat Nederlandse bestuursrechters meer differentiëren tussen de verschillende soorten internationale oordelen, met inachtneming van de argumenten die zijn te geven voor hun juridisch-normatieve legitimiteit.

Voorzitter: Reacties op de gepresenteerde vraagpunten en op de daarbij behorende glijdende schaal zijn welkom. Kan iemand iets zeggen over een mogelijke praktische toepassing, rekening houdend met de factoren die Gerards in vraagpunt 2 heeft geformuleerd? Haar gedachte is dat onder meer moet worden gekeken naar aansluiting bij een verdragstekst. Is er bijvoorbeeld verband met artikel 8 van het EVRM, dat in het ‘bed, bad en brood’-oordeel een rol speelt? De preadviseur wil ook kijken naar aansluiting bij internationale consensus en naar rechtsstatelijke ‘kwaliteit’. Zo wil zij bepalen hoeveel rechtskracht moet worden toegekend. Natuurlijk is dit een denkmodel en niet een soort wiskundige formule. Zouden mensen uit de praktijk hiermee zelf goed kunnen werken?

Mag ik zo vrij zijn dit aan de heer Allewijn voor te leggen?

Mr. D. Allewijn: Ik ben zoals men weet erg vóór denkmodellen, en dit ziet er wel goed uit. Op deze manier kun je een discussie uit de zwart-witsfeer trekken en kunnen voor- en tegenstanders en partijen die bij uiteenlopende standpunten belang hebben specifiek argumenteren.

Voorzitter: Dus het model geeft bij het zoeken naar een verantwoorde beslissing wel houvast.

Prof. mr. R. de Lange⁴

Het lijkt mij heel zinvol in termen van gradaties en glijdende schalen te denken. In haar preadvies ontwikkelt Gerards een model aan de hand van oordelen van verdragscomités dat heel goed aansluit bij discussies die we al veel langer aan het voeren zijn over vage normen en de betekenis van beginselen. Jaren geleden heb ik in een enigszins onbekend gebleven publicatie een poging gedaan om een model te ontwikkelen met twee uitersten. Aan de ene kant staan daarin keiharde regels, zoals artikel 114 van de Grondwet, “De doodstraf kan niet worden opgelegd.” De grondwetgever heeft hier zelf alle afwegingen al gemaakt en heeft daarmee het laatste woord gesproken. Iets soortgelijks zien we bij het gesloten stelsel in de Algemene wet gelijke behandeling, waar de wetgever op een aantal punten alle afwegingen al voor zijn rekening heeft genomen. Aan het andere uiterste van het model staan hele zachte, vage normen, fuzzy wolken van gezichtspunten, waarbij je nog niet precies weet welke kant het op gaat. Je ziet dan dat de wetgever, de rechter en andere actoren met elkaar naar de uitkomst zoeken.

De vraag die opduikt, luidt: hoe belangrijk is het concrete resultaat voor de beoordeling van wat je eigenlijk aan het doen bent? Sommigen zeggen dat alleen het

⁴ Hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

resultaat telt; zij spreken van *the pointless flight from substance*. Je kunt over procedures praten tot je erbij neervalt, maar het gaat uiteindelijk om het materiële resultaat. Is dat waar we op uitkomen of moeten we zeggen dat het ingewikkelder is en dat er allerlei andere gezichtspunten bij komen? En welke gezichtspunten zouden dat dan zijn?

Prof. mr. J.H. Gerards

In mijn preadvies heb ik geprobeerd een meer contextuele benadering mogelijk te maken. Er is, bij het bepalen wat er al dan niet met een willekeurig oordeel van een verdragscomité moet worden gedaan, niet één factor doorslaggevend. Veel hangt af van de factoren die de legitimiteit bepalen. Wanneer een verdragscomité volstrekt autonoom aan de gang gaat en een oordeel geeft dat mijlenver af ligt van de tekst en de bedoelingen van het verdrag, of wanneer zo'n comité heel sterk politiek oordeelt, is de juridische legitimiteit minder groot dan wanneer het veel dichter bij de tekst en bedoelingen blijft. We hebben te maken met een samenstel van factoren die zouden moeten bepalen welk plekje een oordeel op de rechtskrachtschaal krijgt.

Overigens blijkt uit die schaal dat er wel enige bandbreedte is. Heeft een oordeel bijvoorbeeld *persuasive authority*, dan kun je er, als daar zwaarwegende redenen voor zijn, nog steeds van afwijken. Of, als een oordeel weliswaar interessant is, maar eigenlijk niet zo veel meer dan een inspiratiebron vormt die de rechter op een nieuw idee kan brengen als hij wat ruimte heeft om tot conclusies te komen, dan kan die rechter het oordeel van het verdragscomité meewegen, maar hoeft hij er niet per se een doorslaggevende waarde aan te geven. Dit maakt het juist mogelijk om ook naar de inhoud van het oordeel te kijken en na te gaan of je het er als rechter al dan niet mee eens bent. De rechter kan zich afvragen of het oordeel meerwaarde heeft voor de argumentatie die hij zelf wil opbouwen.

Het model is complex door de combinatie van flexibiliteit en ruimte die erin zit. Het is erop gericht toch een paar kleine handvatten te geven om een rationele gedachtevorming mogelijk te maken. Ik denk zeker niet dat het een soort *pointless flight from substance* is. De discussie over *substance* en *procedure* kan nog wel een rol spelen bij de positionering van een bepaald oordeel op de schaal, maar ik denk dat het model juist ruimte geeft om ook naar de inhoud van een oordeel te kijken.

[Hierna wordt een slide geprojecteerd over de procedure waarmee de aanwezigen zich via hun mobiele telefoon over aan de vergadering voorgelegde stellingen kunnen uitspreken.]

Prof. mr. dr. M.A. Heldeweg⁵

Bij de bespreking van het 'bed, bad en brood'-voorbeeld heeft Gerards zojuist gezegd dat we het hier niet over de bevoegdheid zouden moeten hebben. Voor mij is dat nu juist een vraagpunt. Ik kan mij wel in een rangordening van rechtskracht vinden,

5 Hoogleraar Public Governance Law aan de Universiteit van Twente.

maar voor mij is het niet zonder betekenis als zou blijken dat het comité dat een uitspraak doet daartoe eigenlijk niet bevoegd is. Volgens mij is er wel degelijk zoiets als een vraag over geldigheid of ongeldigheid, en als er geen geldigheid is, komen we wat mij betreft aan die gradaties niet meer toe. Deelt de preadviseur die opvatting?

Prof. mr. J.H. Gerards

Misschien heb ik mij niet voldoende duidelijk uitgedrukt. Wat ik wilde zeggen is dat het niet mijn bedoeling is het te gaan hebben over de vraag of we in de ‘bed, bad en brood’-casus nu al dan niet met een legitiem gegeven oordeel van het Europees Comité te maken hebben. Maar wanneer we zouden aannemen dat het niet legitiem gegeven is, rijst natuurlijk de vraag of de nationale rechter er dan toch iets mee moet doen. Eerlijk gezegd denk ik dat er bij een niet bevoegdelijk gegeven oordeel veel minder ruimte is om rechtskracht toe te kennen. Overigens heeft het Comité in de ‘bed, bad en brood’-casus een heel fraaie redenering rondom de menselijke waardigheid opgebouwd. Heeft nu de nationale rechter te maken met een zaak waarin de menselijke waardigheid juist een hoofdrol speelt, dan kan het oordeel van een verdragscomité misschien nog wel een inspiratiebron zijn, maar het heeft dan nauwelijks echt harde juridische waarde. In dat soort gevallen kun je een oordeel zeker niet als *persuasive authority* of zelfs als rechtstreeks doorslaggevend zien. Ik ben het dus helemaal met Heldeweg eens dat de bevoegdheid een rol moet spelen in de waarde die de rechter aan een oordeel toekent. Zeker in de ‘bed, bad en brood’-casus zou dit een punt van overweging hebben kunnen zijn.

Mr. M.L. van Emmerik⁶

Allereerst veel complimenten voor de preadviseurs. Het doet mij genoegen hier een verdere aftrap te kunnen geven. Gerards heeft werkelijk een prachtig en zeer lezenswaardig stuk geschreven, dat ze besluit met de conclusie dat de precieze waardering van al die verschillende niet-bindende uitspraken van comités een complexe exercitie blijft. Deze exercitie kan praktisch worden ondersteund met de rechtskrachtladder die we zojuist in beeld hebben gehad.

In mijn NTB-recensie werp ik de vraag op hoe we de rechtskrachtladder kunnen koppelen aan de vraag wanneer er sprake is van een ‘een ieder verbindende verdragsbepaling’ in de zin van artikel 94 van de Grondwet. Zoals alle aanwezigen weten, kan de kwalificatie als ‘een ieder verbindende verdragsbepaling’ vergaande consequenties hebben: Nederlandse wettelijke bepalingen moeten in bepaalde gevallen buiten toepassing blijven. Ik kwam hierop naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad van eind 2014⁷ over, heel kort gezegd, het rookverbod in kleine cafés. In

6 Auteur van ‘Rechtsstatelijke inbedding van hybride bestuursrecht. Bespreking van de VAR-predvieszen 2016’ in het NTB. Ook, naar de stand van zaken van november 2016, te raadplegen op: verenigingbestuursrecht.nl/wp-content/uploads/2016/05/Bespreking-VAR-predvieszen-VAR-site.pdf.

7 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/2, m.nt. E.A. Alkema; AB 2015/21, m.nt. S. Philipsen & J.C. de Wit.

deze uitspraak geeft de Raad een vergaande uitleg aan artikel 8, tweede lid, van het Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging van de Wereldgezondheidsorganisatie. Deze bepaling legt in vrij ruime bewoordingen staten de verplichting op om er alles aan te doen dat mensen ook op hun werkplek tegen de schade van roken beschermd zijn. De commentatoren op de uitspraak hebben de indruk dat de Hoge Raad in deze uitspraak een iets andere koers vaart dan in het bekende Spoorwegstakings-arrest uit 1986 inzake het recht op staking in het Europees Sociaal Handvest. De gedachte is hier dat de Hoge Raad een zogenoemde contextuele rechtstreekse werking aanneemt. Voor de Hoge Raad is daarbij in ieder geval niet leidend dat er in dit geval nog ruimte voor de staat is om bepaalde maatregelen te treffen; in de context van deze zaak is de conclusie dat het hier, kort gezegd, om een een ieder verbindende verdragsbepaling gaat. De advocaat-generaal refereert in zijn conclusie bij de Rookverbod-zaak aan de *Guidelines* van de Conferentie van Partijen van juli 2007. De verdragsbepaling in kwestie heeft volgens de *Guidelines* geen juridisch bindende werking, maar moet worden uitgelegd in termen van vergaande verplichtingen voor de staat.

Dit brengt mij op mijn vraag. In de voorbeelden van Gerards in verband met ‘bed, bad en brood’ gaat het uitdrukkelijk om op zichzelf vaak niet juridisch bindende oordelen van internationale comités. Hoe zouden we nu zo’n uitspraak van de Hoge Raad over de genoemde bepaling in het Kaderverdrag van de Wereldgezondheidsorganisatie moeten duiden, en wat zijn de consequenties op de rechtskrachtladder? Als we ervan uitgaan dat we met een een ieder verbindende verdragsbepaling te maken hebben, moeten we zeker voor de bovenste tree kiezen. De nationale bestuursrechter zou daaraan het gevolg moeten verbinden dat een eventuele strijdige nationale wettelijke bepaling buiten toepassing blijft. Graag zal ik de gedachten van Gerards op dit punt horen.

In het bijzonder zou ik de preadviseur dan verder nog willen vragen of het voor de uitkomst van haar denkexerctie uitmaakt welke partijen procederen. Zij heeft een belangrijk voorbeeld genoemd door te wijzen op een oordeel van het Mensenrechtencomité dat toeziet op de naleving van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. In een uitspraak uit 2006 heeft de Centrale Raad van Beroep overwogen dat zo’n oordeel weliswaar niet juridisch bindend is, maar wel een zeer gezaghebbende interpretatie oplevert waarvan alleen maar kan worden afgeweken als er zeer zwaarwegende redenen worden aangevoerd. Gerards lijkt er in haar preadvies waarde aan te hechten dat nadat het Mensenrechtencomité zijn oordeel had gegeven, op nationaal niveau verder werd geprocedeerd door dezelfde partijen, de partijen die in Genève bij het Comité gelijk hadden gekregen. Maakt het voor de positionering op de rechtskrachtschaal uit of het oordeel van de nationale rechter dezelfde partijen betreft die later in Nederland verder procederen, of zou het oordeel van zo’n comité sowieso gezaghebbend moeten zijn?

In dit verband zijn allerlei voorbeelden te verzinnen. Ik geloof dat Nederland niet lang geleden door het CEDAW-comité, dat toeziet op de naleving van het Vrouwenverdrag, is veroordeeld omdat het niet aan zijn verplichtingen op grond van artikel 11 van dat verdrag zou hebben voldaan. Werkende vrouwen die zwanger worden, zouden volgens die bepaling een bepaalde vergoeding moeten krijgen.

Kort en goed: wat betekenen dit soort oordelen voor de rechtskrachtladder en hoe is het in dit verband gesteld met de uitleg van de Hoge Raad in de Rookverbod-zaak?

Dank voor de aardige woorden! Van Emmerik vraagt aandacht voor verdragsbepalingen, in het bijzonder bepalingen die misschien niet een ieder verbindend zijn. Ik ben het met hem eens dat bepalingen die wél een ieder verbindend zijn, bepalingen die men, afhankelijk van de eigen voorkeur voor terminologie, rechtstreeks verbindend kan noemen, op de hoogste trap van de ladder staan. Ze hebben volledige bindende werking, hetgeen inhoudt dat er bij strijdigheid van een wettelijk voorschrift met het internationale verdrag in ieder geval iets moet gebeuren om die twee met elkaar te verenigen, hetzij bijvoorbeeld een conforme interpretatie, hetzij een buiten toepassing laten.

Veel ingewikkelder wordt het wanneer een bepaling niet een ieder verbindend is. Ik zie dan nog af van de vraag hoe je moet bepalen of een bepaling al dan niet een ieder verbindend is en of een bepaling altijd een ieder verbindend is of alleen maar in bepaalde contexten. Als een bepaling niet een ieder verbindend is, zou zij op nationaal niveau nog steeds wel enig effect kunnen sorteren, zeker als er aan die bepaling allerlei uitleg is gegeven, of als er rondom de totstandkoming ervan allerlei interpretatieve verklaringen zijn afgelegd. Ik heb op dit punt voor mijn preadvies niet heel veel onderzoek gedaan, maar ik ben wel een aantal nationaalrechtelijke uitspraken tegengekomen waarin uitdrukkelijk werd opgemerkt dat zo'n niet direct werkende verdragsbepaling inderdaad geen bindende werking heeft, maar wél kan dienen als instructienorm. Het feit dat Nederland partij bij een verdrag is geworden, betekent volgens deze uitspraken nog steeds wel dat de staat verplichtingen is aangegaan en dat er in ieder geval iets moet worden gedaan om daaraan gevolg te geven.

Als je dit weet, zou je kunnen zeggen dat een soortgelijke rechtskrachtschaal werking zou kunnen hebben. Voortredenerend op de gedachte dat instructienormen verplichtingen voor Nederland inhouden, ook al zijn ze dan niet rechtstreeks werkend, zou je ze bijvoorbeeld *persuasive authority* kunnen toekennen. Gesteld dat je aan nationale wetgeving verschillende interpretaties kunt geven, zou je kunnen kiezen voor de interpretatie die het beste aansluit bij de internationale norm. In zulke gevallen kun je overigens ook een wél direct werkende verdragsbepaling uitleggen in het licht van, laten we zeggen, zo'n WHO-bepaling. In de praktijk gebeurt het bijvoorbeeld heel vaak dat naar artikel 8 van het EVRM wordt gegrepen. Bepalingen op het gebied van de gezondheid zouden misschien met een bochtje naar privacybelangen kunnen worden vertaald, zodat ze als uitlegmechanisme voor een een ieder verbindende verdragsbepaling kunnen dienen. Dat kan en moet misschien in meerdere en mindere mate gebeuren.

Mijn gevoel zegt dat je ook bij verdragsbepalingen iets met een rechtskrachtschaal als de door mij voorgestelde zou kunnen doen, zij het dat je die misschien wat verder zou moeten toespitsen op de specifieke problematiek van verdragsbepalingen. De factoren van mijn tweede vraagpunt hebben alle heel specifiek betrekking op bijvoorbeeld de bevoegdheid van de comités om bepaalde oordelen te geven of op de mate waarin ze al dan niet autonoom oordelen. In het geval van verdragsbepalingen bieden die factoren veel moeilijker te hanteren criteria. Misschien zou je andere factoren moeten verzinnen op grond waarvan men kan uitmaken wáár op de schaal een internationale norm moet worden gepositioneerd. Dat kan een leuk punt voor vervolgonderzoek zijn.

Maakt het uit, vraagt Van Emmerik, of een comité een uitspraak heeft gedaan in een specifieke zaak, die vervolgens aan de Nederlandse rechter wordt voorgelegd? Als het om de rechtskracht van de door het verdragscomité gegeven interpretatie gaat, zie ik geen ruimte voor het maken van een dergelijk onderscheid. Het comité geeft immers een uitleg van internationale normen die voor Nederland bindend zijn geworden. Ik wijs in dit verband op mijn eerste stelling: is de interpretatie heel duidelijk en heel gevestigd, dan is zij misschien ook wel om die reden bindend. Er is dan sprake van verknoping met de verdragsbepaling waar het om gaat. Of de interpretatie al dan niet is gegeven in een zaak tussen partijen die vervolgens doorprocederen, maakt naar mijn idee niet zoveel uit.

Mr. M.L. van Emmerik

Met betrekking tot de hoogste trap op de rechtskrachtschaal zijn we het erover eens dat de kwalificatie als een ieder verbindende verdragsbepaling op grond van artikel 94 van de Grondwet het 'buiten toepassing laten' als consequentie heeft. Gerards heeft in haar preadvies mooi laten zien dat de rechters er op allerlei manieren mee omgaan hoeveel rechtskracht aan bepaalde beslissingen moet worden toegekend. Soms kunnen verdragsbepalingen bijvoorbeeld als interpretatiemiddel, en soms misschien zelfs als instructienorm fungeren. De uitkomst kan echter naar mijn mening in zo'n geval niet zijn dat een wettelijke bepaling buiten toepassing wordt gelaten. Ik vraag mij af welke consequenties dan wél zouden kunnen worden getrokken. Ik krijg zelfs steeds meer het idee dat het onderscheid tussen 'een ieder verbindend' en 'niet een ieder verbindend' vaak vrij kunstmatig is. Fleuren zal hierover straks ongetwijfeld méér gaan zeggen. In het geval van de opvang van minderjarige asielzoekers heeft de Hoge Raad uit een construct van internationale normen verplichtingen voor de staat afgeleid. In deze ingewikkelde materie zou volgens mij de rechtskrachtschaal een hulpmiddel kunnen zijn, waarmee ook bestuursrechters de dingen goed in kaart kunnen brengen. We hebben nog niet alle antwoorden, maar we zouden vandaag een stuk verder kunnen komen.

Prof. dr. Y.M. Donders⁸

Ik dank Gerards voor haar inleiding en ook voor het preadvies, dat ik buitengewoon interessant en heel overtuigend vind. De gradatie van rechtskracht vind ik interessant en de factoren die zij daaraan koppelt, zijn een boeiende manier om een einde te maken aan het binaire denken over 'verbindend of niet verbindend'.

Mijn herkomst is het internationaal publiekrecht. Dit moet men niet opvatten als een disclaimer! Het preadvies van Gerards zou ook heel goed passen bij de Vereniging voor Internationaal Recht. Ook daar zou het onderwerp heel goed op de agenda kunnen worden gezet, maar dan vanuit het perspectief van het internationaal recht en van de comités. Dat is ook het perspectief van waaruit ik de materie benader. Als het om de factoren van legitimiteit en rechtsstatelijke kwaliteit gaat, kunnen

⁸ Hoogleraar International Human Rights and Cultural Diversity aan de Universiteit van Amsterdam.

we ook vanuit de comités kijken. Voor iemand als ik is het interessant of het voor de mogelijkheid om meer rechtskracht toe te kennen zou uitmaken als de comités en de procedures zouden worden versterkt.

Ik zal drie punten bespreken. Eerst een punt waarbij toch ook weer de nationale situatie om de hoek komt kijken. Een groot verschil tussen het EVRM en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens enerzijds en de VN-verdragscomités, maar ook het Europees Comité voor de Sociale Rechten anderzijds is dat de klachtenprocedure bij de comités apart door staten moet worden erkend. Ratificeert men het EVRM, dan zit men automatisch vast aan het Europese Hof en de klachtenprocedure. Dat is bij de comités niet zo: daarbij moet door de staat ófwel een protocol worden geratificeerd ófwel een verklaring worden afgelegd. In ieder geval laat een staat in het geval van de comités nog eens apart weten het blijkbaar met een dergelijke procedure eens te zijn. De staten kunnen dat dus ook niet doen: ze kunnen het verdrag ratificeren en de daarin neergelegde verplichtingen op zich nemen zonder individuen een mogelijkheid te bieden op internationaal niveau klachten in te dienen. Een voorbeeld voor Nederland vormt hier het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, waarbij ons land het protocol inzake de klachtenprocedure nog niet heeft geratificeerd. Maakt nu de figuur waarbij de staat nog eens apart zijn instemming met de procedure geeft Gerards argument over *pacta sunt servanda* sterker? Ik vraag dit juist omdat de mogelijkheid bestaat *geen* instemming te geven.

Mijn tweede punt. In het preadvies wordt onderscheid gemaakt tussen *oordelen*, die in de stellingen en de rechtskrachtgradatie aan de orde komen, *general comments* en *concluding observations*. Al deze middelen worden genoemd. De comités, zowel het Europees Comité voor de Sociale Rechten als de VN-comités, doen niet alleen rapportageprocedures met een dialoog met staten, maar ook procedures waarin klachten worden behandeld. Gaat dat eigenlijk wel samen? In de rapportageprocedures gaat het veel meer over algemeen beleid en niet over specifieke, individuele zaken, maar bij de klachten uiteraard wél. De comités voeren aan de ene kant een dialoog met de staat over wat er beter kan en hoe men tot bepaalde dingen is gekomen, terwijl ze aan de andere kant in dezelfde samenstelling een hard oordeel moeten vellen over individuele zaken. Gaat dat samen? En kun je de documenten die uit dit alles komen, de *concluding observations*, de *general comments* en de *views*, eigenlijk in dit model wel op één hoop gooien? Ik denk van niet. De *concluding observations* zijn weliswaar tot één staat gericht, maar bevatten, zonder dat het woord 'schending' wordt gebruikt, vooral aanbevelingen over hoe het allemaal beter zou kunnen. De *views*, de oordelen, zijn tot individuele staten gericht, maar zij gaan over individuele zaken, zij het dat ze gevolgen kunnen hebben voor meer mensen en groepen. De *general comments* zijn wat mij betreft weer van een heel andere orde: zij zijn niet gericht tot één staat en gaan niet over één specifiek geval, maar ze vormen een soort algemene aanbevelingen aan alle staten die bij het verdrag in kwestie partij zijn. Deze *comments* zijn op de ervaringen van het comité gebaseerd, inclusief de rapportageprocedures en de klachten, maar hoe de dingen zich vertalen, is niet altijd helemaal duidelijk en staten opperen nogal eens bezwaren. Al met al is mijn vraag: kun je de verschillende soorten uitkomsten, die uiteenlopende doelen dienen, wel allemaal in het model van Gerards passen of gaat het eigenlijk voornamelijk om de oordelen?

Mijn laatste punt is heel praktisch. Ik zeg altijd tegen studenten: *words matter in international law*. De term is niet voor niets *comité* en niet *court* of *hof*. De bemensing

bestaat uit comitésleden en niet uit rechters. Het zijn niet eens altijd juristen. Het Mensenrechtencomité van de VN bestaat geheel uit juristen, maar in andere comités, zoals het Vrouwenrechtencomité en het Kinderrechtencomité, is 30 à 40% geen jurist. Er zitten sociologen, economen, politicologen en zelfs kunstenaars in. Is dat erg? Misschien wel helemaal niet, maar misschien toch ook wél. Bovendien doen al die comitésleden dit parttime, zodat ze ook nog allerlei andere bezigheden hebben, en zijn ze niet altijd de onafhankelijke geesten die ze zouden moeten zijn.

Voorzitter: En kun je aan hun oordelen dan wel de rechtskracht toekennen die Gerards eraan wil toekennen?

Donders: Precies! Ik begrijp dat ik moet afronden. Deze voorzitter is heel handig.

Prof. mr. J.H. Gerards

Donders stelt interessante vragen, met een boeiend internationaalrechtelijk perspectief. Omdat ik zelf geen internationaal-rechtspecialist ben, zijn ze voor mij best lastig te beantwoorden.

Een van die vragen luidt of het *pacta sunt servanda* wordt versterkt doordat een staat een klachtenprotocol vrijwillig heeft geratificeerd. Hoewel ik daarover niet heb nagedacht, kan ik mij voorstellen dat die ratificatie een versterkend effect heeft. De staat heeft zich er immers uitdrukkelijk toe verbonden het mogelijk te maken dat mensen een individuele of collectieve klacht bij een comité indienen en moet er bij de ratificatie over hebben nagedacht wat de consequenties daarvan zullen zijn. We moeten aannemen dat daarbij ook de gedachte moet zijn gepasseerd dat de oordelen gevolgen moeten hebben. Zonder de bereidheid daartoe kun je net zo goed niet ratificeren.

Terecht heeft Donders gesignaleerd dat de verschillende comités verschillende output kunnen genereren: *concluding observations*, *general comments* en *views*. In mijn preadvies ben ik daarop enigszins ingegaan om de diversiteit duidelijk te maken, maar ik heb geen aandacht besteed aan consequenties voor de toe te kennen rechtskracht. Inderdaad kunnen er op dat punt verschillen zijn. In het geval van *concluding observations* heeft er een dialoog plaatsgevonden en wordt een oordeel over beleidsmatige ontwikkelingen gegeven, maar zit er niet altijd veel verdragsinterpretatie bij. Deze *observations* bieden niet veel juridische handvatten. Bij de *views* ligt het heel anders: daarin wordt heel vaak juist wél een verdragsinterpretatie gegeven, en er wordt – in ieder geval bijvoorbeeld door het Human Rights Committee – uitgegaan van een soort systeem van precedentwerking waarbij wordt geprobeerd in de verschillende kwesties op basis van een consistente verdragsinterpretatie oordelen te geven. Daarmee kun je natuurlijk veel méér doen. De *general comments* vormen de moeilijkste categorie, omdat die er in verschillende soorten en maten zijn. Er zijn ook *general comments* waarvan ik zelf zou denken dat ze juist een heel grote interpretatieve kracht hebben, omdat zo'n comité – vaak op basis van het jarenlang geven van individuele oordelen en op basis van de uitwisseling die daarover met deskundigen plaatsvindt – soms in zo'n *general comment* alles eens bij elkaar brengt en aangeeft hoe een bepaalde verdragsbepaling nu eigenlijk moet worden uitgelegd. Omdat het

comité zich dan uitlaat over wat de verdragsbepalingen naar zijn mening zouden moeten inhouden, kun je aan deze output wat meer waarde toekennen.

Er is een relatie met het laatste punt van Donders: maakt het uit wie er nu eigenlijk in zo'n verdragscomité zit? Ik denk dat dat inderdaad heel veel uitmaakt. Zodra je een heel politiek samengesteld comité hebt, kan de rechtsstatelijke legitimiteit vrij beperkt zijn. Dit zien we bijvoorbeeld bij de VN-Mensenrechtenraad, ook al is wat daar gebeurt dan allemaal reuze-interessant. Het gaat om gedachten die zich afspelen op een politiek-beleidsmatig discussieniveau. Daarmee is niets mis, maar of rechters zich aan de daar gegeven uitleg moeten houden, is de vraag. Misschien moeten we er op z'n minst voor zorgen dat zo'n comité aan de eisen voldoet om als een soort semirechterlijke instantie te kunnen worden beschouwd. Voor het Human Rights Committee geldt dat zijn oordelen juist heel gezaghebbend zijn, aangezien het heel zorgvuldig is samengesteld – het bestaat uit juristen – en het ook voor zichzelf een grote inspanning heeft verricht om in de procedure, die we ook bij rechterlijke organisaties kennen, zo veel mogelijk waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid in te bouwen. Ik heb dan meer vertrouwen in de kwaliteit van de interpretaties als juridisch instrument dan bij een aantal andere comités.

Prof. dr. Y.M. Donders

Voor ons als internationaal-rechtjuristen is er nog een hoop te doen om de procedures te versterken. Verder zou ik ervoor willen pleiten onderscheid te maken aan de hand van de vraag tot wie de verschillende uitkomsten van de comités gericht zijn. De staat is adressaat, in al zijn lagen, op elk niveau en in de gedaante van alle drie de machten. Mij lijkt dat de *views* voor de rechter zeer relevant kunnen zijn, maar wat de *concluding observations* betreft: ik zou al heel blij zijn als bijvoorbeeld een aantal Nederlandse parlementariërs daar eens naar zou kijken. Hetzelfde zou voor de *general comments* kunnen gelden. Je kunt je laten leiden door de vraag voor wie de output van verdragscomités nu eigenlijk echt een *tool* is, om vervolgens tot positionering op de rechtskrachtschaal te komen.

Mr. J.W.A. Fleuren⁹

Ik had mij voorgenomen vandaag niets te zeggen over de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, maar nu voel ik mij toch een beetje door Van Emmerik uitgedaagd en wil ik hem bijvallen. Het is de eerste en misschien ook wel de laatste keer in mijn leven dat een antwoord van Gerards mij niet helemaal tevredenstelt! Volgens mij betoogt Van Emmerik dat de oordelen van de verdragscomités bijdragen aan de interpretatie van verdragsbepalingen, waardoor die bepalingen minder vaag kunnen worden. Sommige verdragsbepalingen, zoals bepalingen van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, worden traditioneel niet als een ieder verbindend gezien, ook al zijn ze wel degelijk bindend voor de verdragsstaten, dus ook voor Nederland. We plegen ze niet als een ieder verbindend te zien omdat

⁹ Universitair hoofddocent aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

we ze vaag vinden en omdat we van mening zijn dat ze de staten met het oog op de verwezenlijking een heel grote beleidsvrijheid geven. Naarmate we echter, mede dankzij *international soft law*, meer over de uitleg weten, worden dergelijke bepalingen minder vaag en zullen ze in veel gevallen ook minder beleidsvrijheid aan de verdragsstaten geven.

Dit kunnen we combineren met het Rookverbod-arrest. De essentie van dat arrest is: als we maar kunnen vaststellen welk resultaat een verdragsbepaling van de verdragsstaat vergt, kunnen we zeggen dat die bepaling in zóverre een ieder verbindend is, dat als het bewuste resultaat in de nationale staat niet wordt gehaald, een beroep op de bepaling kan worden gedaan. De opkomst van internationaal *soft law*, in combinatie met de contextuele benadering van het Rookverbod-arrest, opent wel degelijk de mogelijkheid om eerder dan voorheen aan te nemen dat ook bepalingen van verdragen met sociale grondrechten onder bepaalde omstandigheden een ieder verbindend zijn. Mijn vraag in dit verband aan Gerards is of zij bereid is haar antwoord aan het adres van Van Emmerik te heroverwegen.

Graag sluit ik mij bij vorige sprekers aan als het om complimenten voor het preadvies gaat. Ik vind het echt een prachtig betoog, dat een desideratum vervult. Door de glijdende schaal voel ik mij aangesproken, zeker vanwege de theoretische overwegingen die eraan ten grondslag liggen. Op één punt heb ik een bedenking, die te maken heeft met discussiepunt 6.¹⁰ Gerards kiest voor een genuanceerde formulering en stelt dat rechters in ieder geval in hun besluitvormingsproces, dus in de raadkamer, bij het toekennen van betekenis aan een oordeel of een observatie van een verdragscomité expliciet over de positionering in de glijdende schaal zouden moeten nadenken en dat zij die explicitering wellicht ook in hun motivering tot uitdrukking zouden moeten brengen. Ik heb hier een bedenking bij. Dit zou namelijk betekenen dat een rechter in zijn motivering niet meer kan zeggen: de rechtbank kent in dit verband ook betekenis toe aan het oordeel van het internationaal verdragscomité. Met zo'n formulering wijs je een factor in de argumentatie aan, maar laat je in het midden welk logisch gewicht die factor heeft gekregen.

Laat ik een vergelijking maken met een beroep door de rechter op de parlementaire geschiedenis. Als een rechter naar een memorie van toelichting of een nota van wijziging verwijst, zegt hij niet welk gewicht hij daaraan nu precies heeft toegekend. De verwijzing is een schakel in zijn argumentatie. Die vaagheid zou ik graag behouden. Anders zouden rechters bijvoorbeeld expliciet moeten gaan overwegen dat het met de rechtsstatelijke basis van het verdragscomité in kwestie niet al te best gesteld is, zodat er niet veel gewicht aan het oordeel wordt toegekend. Het is, ook internationaal, niet zo chic als je dat soort dingen zou moeten gaan opschrijven! In raadkamer echter kun je het natuurlijk allemaal prachtig tegen elkaar zeggen.

Ik ben benieuwd hoe Gerards discussiepunt 6 gaat verdedigen.

Voorzitter: Ik stel voor dat Gerards met de laatste vraag begint, en daarna op de heroverwegingsvraag komt.

¹⁰ Zie p. 75 van de preadviezen.

In hoeverre moet de rechter in zijn oordeel uitdrukkelijk op de rechtskrachtkwestie ingaan? Ik heb inderdaad mijn best gedaan om het zesde discussiepunt genuanceerd te formuleren. Ik gebruik het woord 'wellicht', dat misschien te sterk is: het zou misschien 'misschien' moeten zijn. Mijn dagelijkse praktijk is EVRM-rechtspraak lezen: ik lees elke week zo'n twintig tot dertig uitspraken van het EHRM, een Hof met een heel eigensoortige argumentatietraditie, waarbij het zeer uitgebreid op allerlei overwegingen, gedachten en aspecten ingaat en op basis daarvan tot een uitkomst komt. De Nederlandse argumentatiepraktijk is heel anders. Het openlaten van bepaalde vragen is nogal gebruikelijk en je ziet vaak alleen de uitkomst van een redeneerproces, zonder dat dat proces wordt geëxpliciteerd. Het heel uitdrukkelijk besteden van aandacht aan de achtergronden en de precieze positionering op de rechtskrachtschaal past daarin inderdaad niet zo goed.

Ik kan mij wél voorstellen dat een aanpak wordt gevolgd die we nu soms al tegenkomen. Rechters gebruiken heel vaak formules die wel degelijk laten zien welke betekenis een uitspraak heeft gekregen. Ook nu al wordt in het kader van de artikel 93/94-discussie bijvoorbeeld gesproken over instructienormen. De Centrale Raad van Beroep heeft in de uitspraak uit 2006 aangegeven dat aan de oordelen van verdragscomités, of in ieder geval aan het oordeel in casu van het Human Rights Committee, een zeer gezaghebbende betekenis moet worden toegekend, waarvan alleen in zeer zwaarwegende omstandigheden kan worden afgeweken. Eigenlijk gaat het mij er vooral om dat de rechter via zo'n soort formulering aan lezers van zijn uitspraak duidelijk maakt wat er nu precies met zo'n oordeel is gebeurd en of het een grote betekenis heeft gekregen, of juist helemaal niet. Dit lijkt mij zeker belangrijk voor onze meer rechtsvormende rechters, de hogere rechters, die op een of andere manier duidelijk moeten maken wat de status van een bepaald oordeel is. Misschien weten we dat op een gegeven ogenblik wel bij bepaalde oordelen van het Human Rights Committee, maar wellicht doet iemand eens een keer een beroep op een bevinding van de Human Rights Council, en dan is het de vraag welke betekenis die moet krijgen. Ik kan me indenken dat je daaraan in de motivering wat meer aandacht besteedt en iets zegt over het soort redenering dat je tot een conclusie heeft doen komen, al is het maar om een precedent te geven en de rechtspraak en lagere rechters duidelijkheid te verschaffen. Mijn antwoord op dit punt is dus: het hangt ervan af.

Op het heroverwegingsverzoek van Fleuren reageer ik als volgt. Het is altijd moeilijk om het niet met Fleuren eens te zijn als het over de artikelen 93 en 94 van de Grondwet gaat, en dat is ook nu weer zo. Ik denk alleen dat Van Emmerik en Fleuren twee verschillende punten hebben aangekaart. Inderdaad zou er, naarmate door middel van oordelen van internationale verdragscomités verdragsbepalingen duidelijker worden, meer aanleiding kunnen zijn om op den duur rechtstreekse werking aan een bepaling te gaan toekennen. Mij ging het meer om de gevallen waarin dat soort oordelen er nog niet zijn. Wat kun je dan aan betekenis toekennen en hoe kom je dan tot positionering op de rechtskrachtschaal? Daarover ging mijn antwoord aan het adres van Van Emmerik vooral, maar ik ben het met Fleuren eens dat je naarmate de beleidsvrijheid wordt teruggedrongen doordat steeds helderder wordt welke verplichtingen Nederland op zich heeft genomen, sneller kunt aannemen dat

een bepaling in ieder geval contextueel voor een bepaald situatietype een een ieder verbindend karakter heeft gekregen. In het licht van de tabaksuitspraak kun je dat inderdaad beredeneren.

Ik kom dus niet tot een heroverweging, maar tot het onderscheiden van twee situaties.

Fleuren: Dit is een antwoord dat mij tevredenstelt.

Dr. A.E.M. Leijten LLM¹¹

Dank aan Gerards voor haar preadvies. Ik wist het al als geen ander: ze heeft weer eens orde in een chaos van allerlei internationale normen geschept. In mijn interventie wil ik op twee punten ingaan, die enerzijds nogal theoretisch van aard zijn, maar waarmee ik anderzijds ook op praktische bestuursrechtelijke issues kom.

In de eerste plaats iets over machtscheiding. Een aantal jaren geleden ben ik met mijn collega's in Leiden bezig geweest met een bundel die we bij zijn verschijning *The powers that be* hebben genoemd.¹² Dat klinkt heel hip en modern, maar in feite ging het onder meer om het koppelen van internationale en andere ontwikkelingen aan een vrij traditioneel idee van machtscheiding. Als ik het over machtscheiding heb, doel ik niet zozeer op een heel strikte scheiding, als wel op een evenwicht tussen machten, ingegeven door het feit dat er verschillende taken voor verschillende organen zijn.

Nu kan men zeggen dat dergelijke issues niet van toepassing zijn en dat de *trias politica* hier niet relevant is, omdat we het hebben over hybride en internationale vormen van bestuursrecht die we niet kunnen plaatsen in een in beginsel als horizontaal opgevatte *trias*. Bovendien vormen de grondrechten een bijzondere categorie, die er een beetje buiten valt. Het inherente belang van grondrechten zou kunnen betekenen dat de rechter er van alles mee mag doen. Mij lijkt een dergelijke benadering te makkelijk, zeker omdat grondrechten, zoals we allemaal weten, overal opduiken en er dus geen sprake kan zijn van een vrijbrief.

Sprekend over machtscheiding, verdeling van machten, zou ik deze willen opvatten als een situatie waarin regels die voor iedereen gelden, gebaseerd moeten zijn op enerzijds democratische, collectieve legitimiteit en anderzijds individuele legitimiteit. Dit betekent dat het de wetgever is die algemene regels stelt, regels die vervolgens worden geconcretiseerd in besluiten van het bestuur, in individuele gevallen getoetst door de rechter, die corrigerend kan optreden. Hiermee doemen twee concrete punten op die met het preadvies verband houden.

In de eerste plaats aandacht voor de democratische legitimiteit. Deze komt zijdelings aan de orde onder het kopje 'Constitutionele en rechtsstatelijke inbedding'. Hoe belangrijk is het, vraag ik mij af, dat de regels die worden gesteld een democratische inbedding hebben? Bij verdragen wordt vaak het argument aangevoerd dat de

¹¹ Universitair docent aan de Universiteit Leiden.

¹² M. Diamant, M.L. van Emmerik, J.P. Loof en W.J.M. Voermans (red.), *The powers that be. Op zoek naar nieuwe checks and balances in de verhouding tussen wetgever, bestuur, rechter en media in de veellagige rechtsorde*, Nijmegen: WolfLegal Publishers 2013.

staat het verdrag nu eenmaal heeft ondertekend, maar de afstand tot de tijd waarin de tekst van het verdrag tot stand is gekomen, is vaak erg groot, zodat dit argument niet voldoende is. Gerards geeft het mooie voorbeeld van het oordeel van het Europees Comité voor de Sociale Rechten over de ‘bed, bad en brood’-zaak, welk oordeel na afloop nog naar het Comité van Ministers gaat en dus als het ware *ex post* democratische legitimatie meekrijgt. Vindt de preadviseur de democratische legitimatie relevant en is het interessant zo’n uitspraak op deze manier alsnog aan een bepaalde democratische waarde te koppelen?

Mijn tweede machtenscheidingsissue is de rol van de rechter, in dit geval niet altijd een rechter, maar vaak een comité als semirechterlijk orgaan. Gaat deze actor hier vanuit machtsverdelingsperspectief zijn boekje te buiten en wat betekent dit voor de rechtskracht? Als je ervan uitgaat dat de rechter er in beginsel is om in een individueel geval een besluit enigszins aan te passen, valt op dat het hier vaak om vrij algemene uitspraken gaat, zeker in het geval van niet-bindende oordelen, die dikwijls betrekking hebben op sociaaleconomische kwesties en collectieve klachten. Zo’n ‘bed, bad en brood’-uitspraak ziet niet op één besluit, maar op het aanpassen van wetgeving. Maakt het uit of een internationaal oordeel een algemene regel stelt – en dus eigenlijk meer de wetgever aanspreekt – of dat het noopt tot niet heel veel meer dan het aanpassen van een concreet bestuursbesluit? Je zou kunnen menen dat onder omstandigheden de rol van de rechter, of iemand die daarop lijkt, wat groter kan zijn.

Tot zover de machtenscheiding. Het tweede onderwerp van mijn interventie is de rol van grondrechten in het bestuursrecht en de bestuursrechtspraak. Misschien gaat dit het preadvies enigszins te buiten, maar het lijkt mij voor bestuursrechtelijk Nederland van belang bij deze discussie dit onderwerp in het achterhoofd te houden. Ik was gisteren in Leiden bij een conferentie over vijftig jaar IVBPR en IVESCR: de VN-mensenrechtenverdragen met de bijbehorende comités. Daar was, hetgeen niet verwonderlijk is, in hoge mate de vraag aan de orde hoe deze verdragen effectiever en nóg bekender kunnen worden gemaakt. Hoe kunnen we ervoor zorgen dat de Nederlandse rechter er daadwerkelijk iets mee doet? In de wandelgangen hoorde ik wat gemopper over de Wmo-uitspraken van de afgelopen week. Iemand merkte op: ze doen helemaal niks met de grondrechten, dit gaat toch over sociaaleconomische grondrechten! De gedachte komt hierbij op dat we op een gegeven moment bijna alles wel in termen van grondrechten kunnen afdoen. Dat is aan de ene kant mooi, maar aan de andere kant moeten we er misschien ook de nadelen van zien. We hebben hier deels te maken met wat vaak een juridisering van de politiek wordt genoemd. Zodra allerlei soorten zaken aan grondrechten worden gekoppeld, kun je er altijd mee naar de rechter. Tegelijkertijd is er ook sprake van politisering van het (bestuurs)recht. Wanneer je bestuursrechtelijke kwesties niet aan de hand van bestuursrechtelijke concrete regels oplost, maar aan de hand van de grotere vragen omtrent grondrechten met politieke, normatieve en morele afwegingen, krijg je te maken met een ander soort bestuursrecht. Ook hierop zou ik graag een reactie horen.

Deze interventie snijdt heel interessante, maar ook moeilijke vragen aan. Het eerste punt is de democratische legitimatie van internationale verdragen, met de vraag of het daarvan mede afhankelijk is of een rechter op nationaal niveau gevolgen aan de uitspraken van internationale verdragscomités verbindt. Ik ben hierop inderdaad niet uitgebreid ingegaan, wat te maken heeft met een punt dat Leijten zelf ook noemde: in Nederland hebben wij nu eenmaal de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, en het is dan de vraag wat een rechter nog kan doen als hij te maken krijgt met een duidelijke bepaling van een internationaal verdrag die naar zijn mening niet goed wordt uitgelegd en die misschien democratische legitimiteit mist. Volgens mij is het een probleem dat de rechter op dit moment in zo'n situatie weinig kán. De Staatscommissie Grondwet heeft geopperd om onder de artikelen 93 en 94 een soort vangnet te hangen, om het mogelijk te maken een bepaling van een internationaal verdrag die echt niet meer aan de eisen van rechtsstatelijkheid of democratische legitimiteit voldoet, niet toe te passen. Ik heb de indruk dat de discussie net iets meer die kant op gaat.

Mij gaat het vooral om het volgende: gegeven de aanwezigheid van internationale bepalingen en internationale verplichtingen, in hoeverre moeten wij het Nederlandse recht in het licht daarvan uitleggen? Moeten we die bepalingen zodanig uitleggen, dat de Nederlandse regelgeving zelfs buiten toepassing moet worden gelaten? Als het om de uitleg van die bepalingen gaat, staat eigenlijk de legitimiteit van die bepalingen als zodanig niet ter discussie, maar is vooral de vraag of de uitleg al dan niet juist is. Dáárop heeft de rechtskrachtschaal betrekking, en niet zozeer op de democratische achtergrond van de verdragsbepaling zelf.

Een vraag is ook of de oordelen van internationale verdragscomités nog extra democratisch gelegitimeerd zijn, bijvoorbeeld in het geval van het Europees Comité voor de Sociale Rechten, dat de back-up kan krijgen van het Comité van Ministers. In mijn preadvies noem ik als een van de factoren die bij de bepaling van rechtskracht een rol speelt, de vraag hoeveel consensus er over de door een comité gegeven uitleg bestaat. Naarmate er meer consensus is, kan de legitimiteit groter zijn. Geeft het Comité van Ministers uitdrukkelijk ondersteuning aan het oordeel van het Europees Comité, dan draagt dat bij aan onze perceptie van de mate waarin consensus bestaat. Je kunt meer waarde aan zo'n oordeel toekennen als het zo'n achtergrond heeft. Dit heeft meer te maken met het zoeken naar consensus dan met het democratische aspect dat erachter schuilgaat.

Dan nog iets over de rol van grondrechten in de bestuursrechtspraak. Het zal Leijten niet verbazen dat ik het geheel met haar eens ben, aangezien ik zelf vind dat grondrechten te veel worden ingeroepen. Grondrechten zijn een soort stoplap geworden. Als bestuursrechtjuristen het niet meer weten, beroepen zij zich niet op de redelijkheid en billijkheid maar op artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM of op een andere grondrechtenbepaling. Je vindt altijd wel iets wat van toepassing is, en dat kan aan de waarde van de grondrechten afbreuk doen. Het past in ieder geval lang niet altijd. De vraag is of we nog wel voldoende kunnen spreken van een aparte categorie.

Zou je iets anders kunnen doen met de oordelen die daarover worden gegeven door de bijbehorende comités? Ik denk dat het niet zo gek veel uitmaakt, in ieder

geval niet voor wat ik heb geprobeerd te betogen in het preadvies. Je zou kunnen zeggen dat ik eigenlijk een heel grote *case study* heb gedaan; er zijn natuurlijk veel meer internationale comités, die over heel andere verdragen rechtspreken. Zo worden onder het Verdrag van Aarhus allerlei deskundige oordelen gegeven, en we hebben gezien dat allerlei verklaringen worden afgelegd over wat het WHO-verdrag over tabak zou kunnen betekenen. Er is erg veel *soft law out there*, en ik denk dat er weinig effect op mogelijke rechtskracht op nationaal niveau is. Je kunt nagaan wat voor club zo'n oordeel heeft gegeven en hoeveel rechtsstatelijkheid aan het oordeel kan worden toegekend. Je kunt nagaan of men een beetje bij de tekst van het verdrag blijft en of het gegeven oordeel, wereldwijd of in ieder geval bij de aangesloten staten, voldoende ondersteuning heeft. Je kunt je afvragen of een bepaald protocol al dan niet uitdrukkelijk is geratificeerd. Ik zie een veel bredere bruikbaarheid dan alleen maar voor de grondrechtenkwesties.

Voorzitter: Uit de vraag van Leijten heb ik vooral het volgende gehaald. De rechter moet volgens de klassieke opvatting in individuele gevallen oordelen, maar dit soort 'hybride' beslissingen zijn vaak heel algemeen van strekking en kunnen via een oordeel van de rechter ook in Nederland een heel algemene strekking krijgen. Past dat in de rol van de rechter?

Geef ik de vraag zo goed weer? [Dat wordt bevestigd.]

Gerards: Hiermee komen we min of meer automatisch bij mijn eerste stelling uit. Heel veel van de gegeven oordelen zijn vooral interessant doordat ze de verdragsverplichtingen in algemene zin interpreteren. Als zo'n interpretatie gevestigd is, moet de nationale rechter er in de individuele zaak die voor hem ligt iets mee doen, omdat er uitwerking is gegeven aan de internationale verdragsverplichting waaraan Nederland zich heeft gebonden. Dat is inderdaad iets anders dan het individuele dictum in een kwestie die bijvoorbeeld aan het Human Rights Committee is voorgelegd en waarin wordt geoordeeld dat, gelet op de omstandigheden van een specifieke zaak, een ongerechtvaardigde inbreuk op een grondrecht is gemaakt. Dit laatste is voor het geschil waarbij de partij betrokken is buitengewoon relevant, maar wat in breder opzicht telt, is de algemene uitleg van de verdragsverplichting die is gegeven. Daarop is het preadvies gericht, waarbij het steeds de vraag is welke houding de nationale rechter moet aannemen. Ik heb aangegeven wat de rechter in zijn overwegingen zou moeten betrekken als een beroep op een gegeven uitleg en de verdragsverplichtingen wordt gedaan. Dat betekent niet dat hij altijd de individuele uitkomst moet volgen die in het concrete geval is gegeven. Daarbij kunnen uiteraard ook de omstandigheden van het concrete geval een rol spelen. Ik denk dat we hier met twee heel verschillende dingen te maken hebben.

Dr. A.E.M. Leijten LLM

Een comité kan op internationaal niveau een algemene regel of een algemene interpretatie formuleren, maar vervolgens kan de nationale rechter bekijken of hij op basis daarvan een heel algemene opdracht aan de wetgever wil geven, of dat hij volstaat met toepassing op het individuele geval. De rechter kiest hoe algemeen hij het naar de Nederlandse rechtspraktijk doorvertaalt.

Stemmingen over de stellingen van Gerards

Stelling 1

De facto zijn niet-bindende oordelen van verdragscomités toch verplichtend, namelijk als hieruit een gevestigde interpretatie blijkt van een voor Nederland bindende internationale verdragsbepaling ('*res interpretata*').

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 60% zich vóór de stelling uitgesproken en 34% daartegen, terwijl 6% zich van een oordeel heeft onthouden.¹³ Er zijn 88 stemmen uitgebracht.¹⁴

Voorzitter: Wat is het commentaar van de preadviseur op deze uitslag?

Gerards: Ik ben blij dat men het in meerderheid met deze moeilijke stelling eens is. De gedachte is dat een gevestigde interpretatielijn, bijvoorbeeld van het EHRM, ertoe leidt dat het niet meer uitmaakt dat de uitspraken van dat Hof in dictum alleen maar bindend zijn voor de staat die daarbij partij is, maar dat alle nationale rechters Raad van Europa-breed zich eraan hebben te houden. Mij lijkt dat een goed iets, in ieder geval voor zover zo'n EHRM goed gelegitimeerde uitspraken doet.

Dit is een moeilijke stelling om in stemming te brengen. Zelf heb ik genuanceerde gedachten, want ik ben me ervan bewust dat ook het EHRM weleens mis kan fietsen en een ongelukkige jurisprudentielijn kan ontwikkelen. Hetzelfde geldt uiteraard voor internationale verdragscomités. Ik zou me kunnen voorstellen dat de *res interpretata*-status niet per definitie wordt toegekend, maar alleen als aan de criteria van de door mij voorgestelde factoren is voldaan. Voor beide benaderingen valt wel iets te zeggen.

Voorzitter: Laten we een stemverklaring vragen van iemand die zich tegen de stelling heeft uitgesproken.

¹³ In de digitale stemmingsprocedure is de rubriek 'geen oordeel' bij deze stelling weergegeven als 'dit is hogere wiskunde voor mij'. Zie ook de interventie van Konijnenbelt aan het eind van dit verslag [red.].

¹⁴ In dit verslag is uitgegaan van de stemmingsuitslagen die direct na afloop van de vergadering zijn geregistreerd. Daarbij bleken soms enige stemmen méér te zijn uitgebracht dan op het moment van behandeling van een stelling ter vergadering [red.].

Prof. dr. Ch.W. Backes: Het is eigenlijk moeilijk om het *niet* met deze stelling eens te zijn, omdat zij al heel genuanceerd is. Toch is het mij gelukt ertegen te stemmen. Ik vind namelijk één nuance ontbreken, min of meer in aansluiting op de interventie van Leijten. Wat ik mis, is de vraag: maakt het nu uit of de nationale, of – ik zou bijna zeggen: ériger – de Europese wetgever zich heeft uitgesproken? Als er een conflict ontstaat tussen de interpretatie die de nationale c.q. Europese wetgever heeft gegeven en wat een internationaal comité vindt, wordt het erg spannend. In het preadvies wordt dit element wel aangestipt, maar in de rechtskrachtladder heb ik het niet teruggevonden. Ik zou wel degelijk onderscheid willen maken. In het geval van de nationale wetgever kom je misschien bij de artikelen 93 en 94 van de Grondwet uit, maar bij de Europese wetgever rijzen heel andere vragen. Omdat ik deze nuance miste, heb ik mij tegen de stelling uitgesproken.

Gerards: Hier wordt een heel goed punt ingebracht, waarbij ik niet echt heb stilgestaan: het belang van een situatie waarin de nationale wetgever al heel uitdrukkelijk heeft aangegeven dat hij zich niet bij de uitspraak van een verdragscomité neerlegt. Het kan voorkomen dat de wetgever het in het geheel niet met het comité eens is en voor een heel andere benadering kiest. In zo'n geval ontstaat een ingewikkeld conflict tussen enerzijds de internationale verdragsverplichtingen, die er in dit soort gevallen wel degelijk zijn, en anderzijds de verplichting voor de rechter om op basis van de Nederlandse wetgeving te oordelen. Dat lijkt mij een niet meteen eenvoudige situatie om mee te maken te krijgen! Ik hoop vooral dat zij zich niet al te vaak zal voordoen.

Backes: En het gaat ook om situaties waarin de nationale of de Europese wetgever zich heeft uitgesproken *voordat* zo'n comité er zijn gedachten over heeft laten gaan.

Voorzitter: Vlak bij mij zit Lex Michiels. Heb je *vóór*- of tegengestemd, of is dat geheim?

Prof. mr. F.C.M.A. Michiels: Nou, ik heb genuanceerd voorgestemd, omdat ik voor datgene ben wat Janneke Gerards volgens mij bedoelt. Bij de tekst van de stelling heb ik om te beginnen een beetje moeite met het feit dat iets *de facto* verplichtend, dus normatief, zou kunnen zijn. Volgens mij bestaat het niet dat iets *de facto* verplichtend is, maar ik begrijp wel wat er wordt bedoeld. Het tweede deel van de zin luidt: “namelijk als hieruit een gevestigde interpretatie blijkt”. Die interpretatie is dus gevestigd? Door wie? Niet door het comité dat het niet-bindende oordeel geeft, maar door anderen, misschien door andere comités, misschien door rechters. In ieder geval: er is dus al een gevestigde interpretatie en het comité zegt in zijn niet-bindende oordeel: dit is de gevestigde interpretatie. Dat is waar of niet waar. Even aannemende dat het comité gelijk heeft, stel ik vast dat het dan alleen maar doorgeeft wat er al is. In dat geval komen we uit bij het tweede punt van de ‘schijf van zes’, de *res interpretata*. Een interpretatie is min of meer bindend, maar het comité doet daar verder niets aan toe of af. Ik heb de stelling zo gelezen, dat het *dáárom* gaat en dat je kunt constateren dat wat het comité zegt precies hetzelfde is als wat op grond van eerdere uitspraken al mocht worden aangenomen. In die zin geldt dan *de facto*. Zo heb ik de stelling begrepen en daarom heb ik voorgestemd.

Voorzitter: Heeft Lex Michiels het goed begrepen?

Gerards: Ik denk van wel, met dit verschil dat zo'n comité ook zelf in de loop van de tijd een interpretatie kan hebben gevestigd. Het gaat feitelijk om een soort precedentwerking die zich voordoet. Als voor de eerste keer een gekke interpretatie van artikel 8 EVRM of artikel 14 IVBPR wordt gekozen, is dat dan meteen een zodanig precedent dat de nationale rechter zich eraan moet houden? Misschien niet, maar op het moment dat zo iets steeds meer wordt herhaald en onderdeel gaat uitmaken van een duidelijke interpretatie, kunnen we door een gevestigde interpretatie van *res interpretata* spreken, zonder dat telkens de woorden 'nieuw' of 'gevestigd' hoeven te vallen. Soms wordt gewoon verwezen naar eerdere uitspraken. Naar mijn mening zou zo'n interpretatie, zeker als het om het EHRM gaat, maar volgens het Human Rights Committee ook in het geval van de door dat comité gegeven oordelen, moeten werken als invulling voor Nederland van een bindende verdragsverplichting en daardoor bindend moeten zijn.

Stelling 2

Gelet op de factoren die de legitimiteit van oordelen van verdragscomités beïnvloeden, kan worden geconcludeerd dat het aanvaardbaar is om het 'bed, bad en brood'-oordeel van het Europees Comité voor de Sociale Rechten tenminste 'persuasive authority' toe te kennen (d.w.z.: afwijking is alleen mogelijk bij zwaarwegende redenen).

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 61% zich vóór de stelling uitgesproken en 30% daartegen, terwijl 9% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 87 stemmen uitgebracht.

Voorzitter: Wie wil zijn voorstem toelichten?

Prof. mr. dr. A.T. Marseille: Ik ben bang dat ik een heel teleurstellende verklaring zal geven. Na herlezing van de stelling ben ik er eigenlijk verbaasd over dat er nog zo veel mensen hebben tegengestemd. Er staat "tenminste 'persuasive authority' toe te kennen (d.w.z.: afwijking is alleen mogelijk bij zwaarwegende redenen)". Ik denk dat iemand die van mening is dat het oordeel niet moet worden gevolgd, zich op zwaarwegende redenen baseert. De stelling is zodanig geconstrueerd, dat ...

Voorzitter: ... je er eigenlijk niet tegen kunt zijn.

Marseille: Eigenlijk niet, nee.

Voorzitter: Wie heeft tegengestemd?

[Geen reacties]

Voorzitter: Er moeten tegenstemmers zijn geweest; anders klopt de toverdoos niet.

Prof. mr. W. Konijnenbelt: Door een toevallige samenloop van omstandigheden heb ik enige achting voor het Europees Comité voor de Sociale Rechten. Ik heb met enkele leden ervan kennisgemaakt, en ik was nogal onder de indruk van de wijze waarop ze hun werk doen. Maar dat wil niet zeggen dat ik door al hun uitspraken op gelijke wijze gesticht ben. Ik vond de redenering ...

O nee! Ik heb me vergist. Ik dacht dat het over Zwarte Pieten ging, maar het gaat over 'bed, bad en brood'. Ik had vóór moeten stemmen. Neem me niet kwalijk!

Voorzitter: Blijkbaar heeft ongeveer 30% zich vergist. Dit was dan de stemverklaring van de nee-stemmers.

Stelling 3

Het is wenselijk dat Nederlandse bestuursrechters meer differentiëren tussen de verschillende soorten internationale oordelen, met inachtneming van de argumenten die zijn te geven voor hun juridisch-normatieve legitimiteit.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 80% zich vóór de stelling uitgesproken en 12% daartegen, terwijl 8% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 86 stemmen uitgebracht.

Voorzitter: Ik denk dat de voorstemmers overtuigd zijn geraakt door de uiteenzetting van Janneke Gerards van vanmorgen. Wie heeft tegengestemd en wil die stem toelichten?

[Geen reacties]

Voorzitter: Stiekeme nee-stemmers. Maar dat is ook goed.

Ik stel voor te concluderen dat Janneke heel veel mensen heeft overtuigd.

Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd

De voorzitter spreekt als volgt

Elk jaar is er een VAR-pleitwedstrijd voor bestuursrechtstudenten. Dit jaar is de wedstrijd eergisteren gehouden, in Tilburg. We zijn daar vorstelijk door de vakgroep Bestuursrecht ontvangen en er is veel werk verzet om het evenement mogelijk te maken, onder anderen door de heer Peters en mevrouw Rog, die er heel veel tijd in hebben gestoken. Vermelding verdient ook zeker Rens Koenraad, die sinds enige tijd bijna elk jaar voor een casus zorgt. Dit jaar hadden we een prachtige casus, waarover ik het straks nog even zal hebben.

De derde prijs is gewonnen door het team van de Rijksuniversiteit Groningen, de tweede door het team van de Universiteit Utrecht en de eerste door het verbluffend goede team van de Universiteit Maastricht.

[Applaus]

Als het goed is, krijgen we de eersteprijswinnaars nu te zien. Kom maar naar voren. Ze hebben mij beloofd de zilveren bokaal mee te nemen; ik zie hem al schitteren. Het winnende team bestaat uit Bas Maas, Kirsten Thoma, Danique Knibbeler, Dagmar Gerards en Stef Huijnen.

Gefeliciteerd! Namens alle aanwezigen hier. Dit team heeft zo goed gepleit, dat het van alle andere teams heeft gewonnen. De casus ging onder andere over wietplanten, en in de finale ging het om iemand die zes wietplanten had terwijl het er maar vijf hadden mogen zijn. Wie heeft dat niet, zou ik bijna zeggen! In ieder geval werd daarover bestuursrechtelijk moeilijk gedaan, maar dit team deed dit voortreffelijk en met een heel natuurlijke *flux de bouche*.

Wie heeft jullie eigenlijk begeleid?

Stef Huijnen: Sander Jansen en Ellen Hardy.

Voorzitter: Die hebben dat natuurlijk voortreffelijk gedaan; anders hadden jullie niet gewonnen. Maar jullie hebben het natuurlijk wel zelf gedaan. Ooit heeft een winnend team hier verklaard dat de winst eigenlijk aan de begeleiders te danken was, maar dat is bij jullie niet zo: ik heb met eigen ogen bij de finale gezien dat de verdediging te vuur en te zwaard van de zes wietplanten uit jullie hart en jullie overtuiging kwam. Jullie zijn helemaal uit Maastricht gekomen om hier de hulde in ontvangst te nemen. Dat is op zich al geweldig, maar het heeft de mooie bijkomstigheid

dat jullie deze interessante vergadering kunnen bijwonen. Toch, ook omdat jullie die verre reis hebben gemaakt, nog één applaus voor deze winnaars.

[Applaus]

Voorzitter: Dames en heren. Vanochtend hebben we de huishoudelijke vergadering gehad die altijd aan deze inhoudelijke vergadering voorafgaat. Begrijpelijkerwijs is lang niet iedereen daarbij, en er zijn enige punten aan de orde geweest die ik nu even heel kort wil melden. Het is goed als ook in dit gezelschap blijkt dat enige nieuwe bestuursleden aantreden. Ina Kraak, werkzaam bij de Unie van Waterschappen, gaat in het bestuur de plaats innemen van onze collega Wim Wensink. Ron van Male, werkzaam als senior raadsheer in de Centrale Raad van Beroep, zal de plaats innemen van Herman Bolt. Ook ikzelf zal plaatsmaken voor een opvolger, of beter gezegd opvolgster. Vanochtend heeft de ledenvergadering er vol enthousiasme mee ingestemd dat Willemien den Ouden de nieuwe voorzitter van de VAR zal zijn, met ingang van 1 januari 2017.

Gedachtewisseling over de preadviezen Scheltema en Neerhof

Deel 1 – hoofdaccent op het preadvies Scheltema

Prof. mr. M.W. Scheltema

Ik zal geen introductie op het preadvies als zodanig geven, maar een casus presenteren. Mijn preadvies zal misschien voor velen van de aanwezigen een beetje een ver-van-m'n-bedshow lijken te zijn. Ik hoop dat de casus hen voldoende zal activeren om over het onderwerp na te denken. De casus heeft – evenals het onderwerp van vanmorgen trouwens – ook inhoudelijk iets met bedden te maken, namelijk met de verhuur van vakantiewoningen, of liever gezegd: eigen woningen gedurende de vakantie, en wel via Airbnb en dat soort sites.

De deeleconomie is tegenwoordig überhaupt een fenomeen. We doen dit niet alleen met huizen, maar ook met auto's of boormachines. Je kunt het zo gek niet bedenken of er is wel een site waarop je dat soort dingen met elkaar kunt delen. In Nederland, maar ook daarbuiten – Airbnb zit in ongeveer 34.000 gemeenten – rijst bij gemeenten de vraag: wat moeten we daar nu mee? Het is natuurlijk leuk dat het gebeurt, maar er zitten ook wel grenzen aan. Je wilt natuurlijk niet dat huisjesmelkers, in plaats van gewoon huurders in hun woningen te hebben, huizen maar gaan gebruiken als een soort hotel en via Airbnb de hele tijd gaan verhuren aan vakantiegasten omdat ze daar méér aan verdienen. Ook in de sociale sector vindt men het vaak onwenselijk dat huizen worden gebruikt voor Airbnb. Daarnaast spelen nog aspecten als overlast een rol, terwijl er ook vragen over dit soort sites bijvoorbeeld op het gebied van de toeristenbelasting rijzen.

Dat gemeenten op dit punt beleid proberen te ontwikkelen, is actueel. Inmiddels las ik in de krant dat een gemeente – ik geloof de gemeente Amsterdam – bezig is een internationale conferentie te organiseren waarbij allerlei gemeenten met elkaar om de tafel gaan zitten om na te denken over de vraag hoe het beleid ten opzichte van Airbnb-achtige sites moet worden ingevuld. Ik heb begrepen dat Amsterdam zelfs een overeenkomst met Airbnb heeft gesloten waarin afspraken zijn vastgelegd over wat er wel en niet in die stad mag.

Tot zover de actuele situatie. Vanmiddag wil ik hierop met de zaal voortborduren, waarmee we dan meteen terechtkomen in het onderwerp van mijn preadvies:

Scherm 1

Internationale conferentie van gemeenten over Airbnb (en aanverwante sites), eisen:

- maximaal 60 dagen per jaar
- niet in de sociale sector
- geen overlast en bij appartementseigenaren alleen als VvE akkoord
- mag niet door niet-bewoners gebeuren (om huisjesmelkers tegen te gaan)
- geen overeenstemming (maar sommige gemeenten stellen die eis): maximaal 4 personen

De eisen die u ziet staan, zijn niet helemaal uit de lucht komen vallen: het zijn wenselijkheden die in de praktijk wel worden gehanteerd.

Stel nu dat tijdens de conferentie de gemeenten het erover eens worden dat Airbnb-achtige sites in grote lijnen aan deze eisen moeten voldoen. Er geldt dan een beperking van het aantal dagen per jaar dat je je huis mag verhuren, de sociale sector wordt uitgezonderd, er mag geen overlast worden veroorzaakt, in het geval van een appartementengebouw moet de Vereniging van Eigenaren akkoord zijn, alleen bewoners mogen verhuren en er geldt een maximum voor het aantal vakantie-gangers per woning. Het laatste levert tussen de gemeenten overigens nog wel problemen op. Sommige gemeenten willen, ongeacht het aantal kamers, met het oog op de brandveiligheid en andere aspecten niet meer dan vier mensen in een huis, terwijl andere gemeenten zich soepeler opstellen. Bepaalde appartementen worden namelijk juist door gezinnen gehuurd, en als ze dan vijf kinderen hebben, is een hotel met alleen maar tweepersoonskamers minder aantrekkelijk. Een limiet van vier personen is dan een barrière.

Hoe dan ook: dit is ongeveer het kader dat de gemeenten in de conferentie hebben bedacht. Als de gemeenten nu dit beleid allemaal op hun eigen manier gaan implementeren, ontstaan er zowel in Nederland als, in nog hogere mate, buiten Nederland allerlei verschillende regimes. Zo moet je in Berlijn een vergunning hebben om te kunnen verhuren, zodat de overheid bij de vergunningverlening tot toetsing kan komen. In Amsterdam baseert men zich meer op beleid; ook spelen de APV, de Huisvestingsverordening en het bestemmingsplan daarbij een rol. Het kan zijn dat de gemeente Rotterdam op haar beurt weer een andere aanpak kiest. Voor zo'n Airbnb-site, die met 34.000 gemeenten rekening moet houden, wordt het zo natuurlijk een ongelofelijke klus. Toevallig stond twee dagen geleden in *Het Financieele Dagblad* een respons van Airbnb: wij zijn een heel kleine organisatie, en we hebben gewoon niet de capaciteit om alle regels die er zijn te gaan implementeren. De vraag rijst dus hoe de gemeenten tot werkbare regulering van Airbnb kunnen komen. Een idee zou kunnen zijn dat je tegen Airbnb zegt: we begrijpen jullie probleem met de diversiteit, maar kunnen jullie niet zelf met private regulering komen, waarover dan ook met andere Airbnb-achtige sites afspraken worden gemaakt en waarin de zojuist aangeduide vereisten min of meer worden geïmplementeerd? Als men dat heeft gedaan, kan er een resultaat komen dat de gezamenlijke gemeenten 'goed genoeg' vinden. Iemand die aan die regulering voldoet, kan dan een vergunning krijgen, of een gemeente brengt in haar beleid die regulering tot uiting. Dit kan voor Airbnb een mooie oplossing zijn. Er komt op deze manier een product met *transnationale private normen (TPR)* tot stand:

Scherm 2

Airbnb en aanverwanten doen voorstel voor TPR (zodat zij in alle landen aan dezelfde regels moeten voldoen):

- reduceert kosten
- overleg met gemeenten en internationaal opererende vastgoedbedrijven en adviseurs
- sociale huur en andersoortige verhuur lastig te scheiden

Om tot dit reguleringsproduct te komen gaan Airbnb c.s. overleggen met internationale vastgoedclubs en met de gemeenten. Een moeilijk punt zal daarbij bijvoorbeeld

het Amsterdamse onderscheid tussen sociale huur en andere huur zijn. Je kunt nagaan of iemand al dan niet eigenaar van een pand is, maar of iemand sociale huurder of andersoortige huurder is, is moeilijk na te gaan. De aanbieders van sites zullen dan afzien van aanbod van huurwoningen: eigenaren mogen verhuren en andere mensen liever niet.

Wat uiteindelijk tot stand zal komen, zou dan in het Engels iets kunnen gaan heten in de trant van de Code of Short Term Lease (CSTL):

Scherf 3

Airbnb en aanverwanten komen met TPR, Code of Short Term Lease (CSTL):

- een verhuurder moet zich legitimeren en aantonen dat hij op het verhuurde adres woont
- een woning mag maximaal 60 dagen per jaar worden aangeboden (centrale database)
- alleen eigenaren mogen verhuren
- er mag geen misbruik worden gemaakt van woonruimte (mensenrechtenschendingen/criminele activiteiten)

De gegevens die de verhuurder volgens het eerste aandachtspunt moet aanleveren, zullen worden gecheckt door de sites. In verband met de termijn, genoemd in het tweede aandachtspunt, wordt een centrale database ingericht waarin adressen van verhuurde woningen worden opgenomen. In die database ligt vast hoeveel dagen een woning verhuurd is geweest. Iedere site waarop een object wordt aangeboden, moet controleren of de zestig dagen al voorbij zijn. Zo ja, dan is verhuur in dat jaar niet meer toegestaan. Ik zei al dat alleen eigenaren mogen verhuren. Een belangrijk punt is verder dat geen misbruik van de woonruimte mag worden gemaakt. In steden als Stockholm schijnt het een groot probleem te zijn dat de ruimten voor mensenhandel en andersoortige criminele activiteiten worden gebruikt. Ook mag geen overlast ontstaan. De Code houdt in dat bij overschrijding van dergelijke grenzen niet meer mag worden verhuurd.

Scherf 4

[Vervolg CSTL]

- er moet worden voldaan aan de lokale (belasting)regelgeving en de verhuurders worden daar ook op gewezen (door middel van een pagina met informatie daarover)
- klachtenmechanisme ('three strikes and you are out')
- als overtreding door gemeente geconstateerd ook niet meer mogelijk om te verhuren via aangesloten sites
- n.a.v. peer review steekproefsgewijze controle van woningen
- certificering

Iemand die bijvoorbeeld in Amsterdam wil verhuren, komt – zie het eerste aandachtspunt – eerst op een pagina terecht waarop de geldende regels worden uiteengezet. Zo kan daar op belastingregels worden gewezen. Met de gemeenten zal zijn afgesproken dat zij de informatie voor die pagina zullen leveren.

Het systeem bevat verder een online klachtenmechanisme. Mensen die klachten hebben over bijvoorbeeld hun burens die verhuren, kunnen daaraan online uiting geven. Er geldt dan een 'three strikes and you are out'-systeem: als er drie klachten zijn geweest, mag je via de betrokken sites niet meer verhuren. Andersom geven

gemeenten die overtredingen constateren deze aan Airbnb c.s. door, waarbij dezelfde regel geldt. Verder wordt een stelsel van *peer review* gehanteerd. Als er van mensen die zelf in de woningen hebben verbleven opmerkingen komen over bijvoorbeeld brandveiligheidsproblemen, wordt steekproefsgewijs gecontroleerd. Daarnaast wordt gecertificeerd: externe derde partijen gaan bij de sites na of de regels worden nageleefd, waarbij de certificering gedeeltelijk ook voor de controle van de woning geldt. Overigens zal men zich kunnen voorstellen dat dit bij 34.000 gemeenten niet heel vaak zal gebeuren. Als uit de *peer reviews* heel ernstige dingen blijken, grijpt men in.

Constateerend dat Airbnb en soortgelijke sites graag deze eenvormige regeling voor alle gemeenten willen invoeren, gaan de gemeenten akkoord. Binnen hun beleid en in het kader van andere bevoegdheden die zij hebben, laten zij op deze basis verhuur toe. Overigens gaan de diverse gemeenten er nog wel een beetje verschillend mee om. Er zijn gemeenten, bijvoorbeeld Rotterdam, die blijven controleren zoals ze dat vroeger deden, maar bijvoorbeeld Amsterdam gaat na het invoeren van dit systeem minder controleren; steekproefsgewijs vindt nog wel controle plaats, maar het eigen klachtenloket wordt opgeheven omdat de sites in een klachtenmechanisme voorzien. Nog niet helemaal duidelijk is evenwel hoe in de regulering de volgende belangen zijn meegewogen:

Scherf 5

Bezwaren tegen CSTL:

- VvE's: onvoldoende toezicht
- Sociale huurders: discriminatie
- Andere huurders: art. 1 EP geen grondslag in een wettelijke regeling
- Kleine site: mededinging wordt beperkt

De Verenigingen van Eigenaren voeren aan dat het systeem er nu wel van uitgaat dat verhuur alleen wordt toegestaan als de VvE akkoord is, maar dat dit een wassen neus is. Als iemand zijn woning op de site zet en zegt dat hij eigenaar is, wordt niet gecontroleerd of de VvE het daarmee eens is. Laat de akte van splitsing zo'n verhuur bijvoorbeeld wel toe?

Sociale huurders – misschien zal dit voor Amsterdam op dit moment ook al een probleem zijn – ervaren discriminatie. Als ik drie weken op de camping zit, denk ik zo'n huurder, waarom mag ik dan mijn huis niet verhuren, terwijl een ander dat wél mag? Op het ogenblik geldt het beleid dat Airbnb-achtige verhuur in de sociale sector niet mag. Gemeenten kunnen misschien beter zelf het beste uitleggen waarom, maar ik denk dat het te maken heeft met controlemogelijkheden en met het doel waarvoor de sociale woningvoorraad bestaat.

Andere huurders hebben een ander probleem. Eerder mochten zij van de gemeente hun woning aan vakantiegangers verhuren, maar hier worden de mogelijkheden die zij met hun eigendom hebben door private regulering zonder enige wettelijke grondslag beperkt. De overheid, is hun stelling, schendt hier artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM.

Ook de exploitanten van kleine sites hebben bezwaren. De certificeringssystemen kosten namelijk heel veel geld. Airbnb heeft in 34.000 gemeenten te maken met veel mensen die een woning aanbieden en kan de kosten over veel mensen spreiden,

zodat de extra kosten per woning wel meevallen. Een kleine site die maar een heel beperkt aantal woningen in het aanbod heeft, wordt zo in feite uit de markt geconcurrereerd.

Ik borduur nog even verder voort op het gegeven voorbeeld. De gemeente Rotterdam, die zoals gezegd nog wel controleert, krijgt conform de gemaakte afspraak de mededeling dat een aanbieder wegens drie overlastklachten uit het systeem is gezet. In het kader van het gewenste stevige optreden legt de gemeente vervolgens deze aanbieder een bestuurlijke boete op, overwegende dat betrokkene zich niet aan bestuursrechtelijke regels heeft gehouden.

De casus tot nu toe bevat allerlei elementen. Ik kom met een aantal vragen die je erover zou kunnen stellen:

Scherf 6

Vragen:

- Hoe waardeert u de legitimiteit van CSTL?
- Hoe en door wie kan/moet de effectiviteit van CSTL worden bepaald?
- Zou het voorstel om een besluit te nemen omtrent de toelaatbaarheid in de Nederlandse rechtsorde van CSTL verandering kunnen brengen in de beantwoording van de vorige vragen?
- Kan het boetebesluit door de beugel?

De legitimiteit van het systeem kan aan de orde komen in het licht van de overweging dat met bepaalde mensen is gesproken, maar zeker niet met alle belanghebbenden die ik zojuist heb genoemd. Een andere vraag is: gaat deze private regulering wel werken, en hoe gaan we dat bepalen? Wat zouden de gemeenten moeten weten en kunnen weten om de effectiviteit vast te stellen?

Mijn voorstel zou zijn een soort besluitachtige inbedding voor het al dan niet erkennen van dit soort TPR te kiezen. Kan dat – zie het derde aandachtspunt – de legitimiteit en effectiviteit bevorderen? De laatste vraag luidt of het boetebesluit van de gemeente Rotterdam, zojuist door mij aangestipt, door de beugel kan.

Over deze en dergelijke vragen zouden we het straks kunnen hebben. Ik heb ook twee stellingen geformuleerd, die straks ongetwijfeld in stemming zullen komen:

Stellingen

1. Overheden zouden TPR (zoals in het gegeven Airbnb-voorbeeld) meer moeten stimuleren.
2. Effectiviteit van TPR wordt door overheden onvoldoende en op te uiteenlopende wijze beoordeeld.

Voorzitter: Dat klopt.

Velen van ons hebben waarschijnlijk al eens van de diensten van Airbnb gebruik gemaakt. De eerste stelling van Scheltema luidt dat overheden transnationale private regulering (TPR), zoals in het geval van Airbnb, meer zouden moeten stimuleren. Wie vindt dat dit inderdaad goed zou zijn? Wie is enthousiast gemaakt voor de door Scheltema geschetste aanpak? Ikzelf bijvoorbeeld wél, maar er zijn er misschien méér.

Ik zie twijfel. Waar twijfelt men over?

Mr. J.W.M. Velthuis: Ik vraag mij af of men weleens gehoord heeft van deregulering. Als ik dit zie: ik heb niet zoveel haar, maar het gaat wél overeind staan!

Voorzitter: U vindt deze benadering te veel regulering opleveren. Weliswaar op private leest geschoeid, maar tóch ... Regels zijn regels, zegt u eigenlijk.

Scheltema: Ik heb mij uiteraard aan de opdracht gehouden om een ongenueanceerde stelling neer te zetten waartegen men echt ja en nee kan zeggen.

Voorzitter: Oké. Dus het is de bedoeling dat de mensen hierover gaan nadenken.

Scheltema: Overigens is het een mooie gedachte zich af te vragen of dit niet neerkomt op oude wijn in nieuwe zakken: deregulering hadden we begin jaren tachtig al, en eigenlijk is dit weer hetzelfde, of in ieder geval iets in die richting. Tot op zekere hoogte is dat misschien wel een beetje waar, maar ik denk dat de tijden inmiddels ook zijn veranderd. Hoewel de opvatting dat je méér aan de markt moet overlaten, die toen bestond, nog wel een punt van overweging is, ziet de wereld er anders uit dan toen. We zijn steeds internationaler geworden. Er bestaan steeds meer wereldwijde handelsketens en er worden in Nederland allerlei producten aangevoerd, waarvan Airbnb een digitaal voorbeeld is. Op internationaal niveau heeft de Nederlandse overheid geen controlebevoegdheden. Als je iets op dat terrein wilt doen, zal het vaak van dit soort systemen afhangen of er überhaupt iets gebeurt. Je kunt natuurlijk ook verdragen sluiten, maar in dit voorbeeld lijkt dat niet waarschijnlijk. Als er internationaal iets moet worden gereguleerd, is TPR, al dan niet gestimuleerd door overheden, vaak de enige methode. In het geval van deregulering was er sprake van een echte keuze, maar ik vraag me af of je daar nu op internationaal niveau van kunt spreken.

Prof. mr. F.J. van Ommeren¹⁵

Ik begin met complimenten, een beetje clichématig, maar het is heel gemeend. Het onderwerp van deze vergadering, dat ik zeer toejuich, zou ik niet onmiddellijk verwachten bij een vereniging voor bestuursrecht. Scheltema begon zijn inleiding met het beeld van de ver-van-m'n-bedshow. Op het eerste gezicht is daarvan inderdaad sprake, maar wat het onderwerp nu zo interessant maakt, is dat er ook vanuit een publiekrechtelijk perspectief allerlei interessante en belangrijke aanknopingspunten zijn.

Vervolgens een reactie op de dereguleringsvraag, die hierbij naadloos aansluit. Bij de deregulering van de jaren tachtig ging het toch echt om het wegwerken van overheidsregels. Men slaagde daarin natuurlijk niet, maar het was wél het idee. Vandaag spreken we over private regels, waarmee we een heel ander vertrekpunt hanteren. Een voor mij en naar ik hoop voor velen boeiende vraag is: hoe kun je vanuit het publiekrecht met behulp van wetgeving een goede aansluiting bij de private normen

¹⁵ Hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

krijgen? Ik denk dan aan TPR en aan certificering en normalisatie, waarover Neerhof heeft geschreven.

Omdat de publiekrechtelijke invalshoek erg breed is, heb ik er één thema uitgelicht, een thema dat ook Scheltema al noemde: *legitimiteit*. Dit thema, zowel door Scheltema als door Neerhof behandeld, geeft ons gemeenschappelijk houvast om naar het verschijnsel van de private normen te kijken. Eigenlijk kan ik mijn vraag in één zin stellen, maar ik zal ook een toelichting geven: wat bedoelen de beide preadviseurs nu precies met legitimiteit? Legitimiteit is in hoge mate een containerbegrip, waar je van alles onder kunt vatten. Als je je over de legitimiteit van iets bezorgd maakt – wat de preadviseurs doen –, is het prettig te weten waarover je het precies hebt. Mijn zorg is dat achter deze abstractie een probleem wordt weggemoffeld.

Iets concreter. Er zijn enige voorbeelden genoemd. Scheltema noemt in zijn preadvies het voorbeeld van het door UTZ ontwikkelde stelsel. Dat sprak mij aan, want ook als iemand die niet zo ingevoerd is in TPR ken ik deze afkorting van het label op bijvoorbeeld de hagelslag die ik in de winkel koop. Bij dit soort labels vraag ik mij altijd af wie bij het vaststellen en het controleren van de normen aan tafel heeft gezeten. Was bij het UTZ-label op hagelslag de chocoladefabrikant of de vereniging van tandartsen betrokken, of hebben ze alle twee een bijdrage geleverd en hoe verhouden die bijdragen zich dan tot elkaar? Hoe is een afweging tot stand gekomen? Als de wetgever een afweging maakt, mag je in ieder geval in theorie toch een beetje hopen dat de verschillende belangen netjes met elkaar in balans zijn gebracht, maar hoe werkt zoiets nu bij dit type private systemen?

De Europese bestuursrechtelijke literatuur over legitimiteit, die toch onze gemeenschappelijke voedingsbodem zou moeten zijn, etaleert *grosso modo* vier vormen van legitimiteit:

- de klassieke, democratische legitimiteit;
- de participatieve legitimiteit (iets moderner, maar toch ook nog uit de jaren zestig stammend);
- de procedurele legitimiteit (iets van de laatste jaren);
- de outputlegitimiteit in de Angelsaksische literatuur, waarmee iets als effectiviteit en eventueel ook efficiency worden bedoeld (in mijn ogen geen legitimiteit).

Mij lijkt het een misverstand dat je het ene soort legitimatie zomaar door een andere zou kunnen vervangen.

Tegen deze achtergrond heb ik de preadviezen van Scheltema en Neerhof nader geanalyseerd. Opvallend is dat Scheltema ons meteen vertelt wat hij niet onder legitimiteit verstaat. Het gaat niet om de legitimatie in klassieke zin van democratische legitimiteit. Ik heb dan nog drie smaken over. Het gaat, zegt Scheltema, om andere vormen van legitimiteit. Dat had ik wel een beetje voelen aankomen, maar ik ben zo benieuwd naar welke dan en hoe dat dan zit. Scheltema voegt eraan toe dat die andere vorm van legitimiteit samenhangt met de *governance* van private systemen. Oké, maar *governance* helpt mij nog niet zo heel erg veel verder. Wel een beetje, maar ik vind het nog een heel ruime term.

Gelukkig gaat het betoog van Scheltema verder, en dan gaat het regelmatig over legitimiteit en effectiviteit, maar dat zijn in mijn optiek – en ik denk voor velen van uit rechtsstatelijke optiek – twee verschillende dingen. Een stuk verderop lezen we

in het preadvies dat er een balans moet worden gevonden tussen de representatie van alle betrokkenen enerzijds en de effectiviteit anderzijds. De effectiviteit mag niet worden verlamd door tegengestelde opvattingen van verschillende belanghebbenden. Dát waag ik te betwijfelen. Effectieve besluitvorming kan zeer onrechtvaardig zijn. Als niet alle belanghebbenden in het proces betrokken zijn, lijkt het besluit mij onvoldoende gelegitimeerd, en dat is iets heel anders dan een balans.

Neerhof differentieert iets meer, doordat hij onderscheidt tussen formeel democratische legitimiteit enerzijds en sociale en marktlegitimiteit en participatie anderzijds. Dat is een hele mond vol, maar bij mij rijst de vraag in hoeverre nu de marktlegitimiteit echt iets anders is dan effectiviteit.

Ik kom tot een afronding. Legitimiteit is in het vakgebied van het algemene bestuursrecht nog maar weinig uitgekristalliseerd. Het staatsrecht heeft er traditioneel veel meer aan gedaan, maar, eerlijk is eerlijk: daar is men blijven steken bij de traditionele democratische legitimatie, en daar gaat het hier niet primair om. We kunnen wél uit het buitenland het een en ander leren. Er zijn in Europa, in verscheidene andere lidstaten van de Europese Unie, juist in het bestuursrecht al allerlei pogingen gedaan om het fenomeen van de legitimiteit beter onder de knie te krijgen. Ik vind het een verdienste van de beide preadviezen dat ze laten zien hoe belangrijk het is dat we in het bestuursrecht veel meer vertrouwd raken met de verschillende vormen van legitimiteit, zodat we beter weten waar we aan toe zijn en we beter de verschillende vormen kunnen herkennen, met een beter begrip wanneer ze elkaar wel en niet kunnen vervangen.

Mijn vraag aan de preadviseurs zal duidelijk zijn. Graag hoor ik wat meer over legitimiteit. Mochten we er met het oog op de tijd niet helemaal uit komen: misschien is legitimiteit in het bestuursrecht een onderwerp voor een andere jaarvergadering.

Prof. mr. M.W. Scheltema

Een uitdagende vraag! Allereerst dank voor de lovende woorden, zowel over het feit dat het onderwerp op de agenda staat als over het preadvies zelf. Ik ben het ermee eens dat legitimiteit in hoge mate een containerbegrip is, waar veel onder valt. Wellicht is het antwoord op de vraag welke vorm van legitimiteit nu precies aan de orde komt, inderdaad nog enigszins bedekt gebleven. Ik zal daar straks nog iets meer over zeggen.

De vraag wie bij de toekenning van het UTZ-label nu eigenlijk aan tafel zat, kan ik beantwoorden. Er is gekozen voor een soort multistakeholdervertegenwoordiging. In het bestuur van UTZ zitten vertegenwoordigers van overheden, *non-governmental organisations* (ngo's) en het bedrijfsleven, zowel de bedrijven die hier chocola kopen als de producenten. Naast TPR bestaan groepen, zoals ISEAL, die zich op meta-niveau bezighouden met de vraag hoe TPR zo goed mogelijk kan worden ingericht en geëvalueerd. Die internationale organisaties stellen richtlijnen op over de manier waarop de *governance* van TPR moet worden ingericht om zo veel mogelijk legitimiteit te creëren. UTZ heeft zich aan die richtlijnen gehouden.

De legitimiteit die ik op het oog heb, komt nog het dichtst bij wat Van Ommeren procedurele legitimiteit heeft genoemd. De *governance* moet erop zijn ingericht om zo veel mogelijk van dat soort legitimiteit te creëren. Klassieke vormen van legitimatie werken in dit verband niet. Je moet dan een soort proxy vinden.

Van Ommeren is ook ingegaan op de situatie waarin *governance* een belemmering voor effectieve TPR wordt. Je zou kunnen zeggen: een beetje minder legitimiteit is ook niet erg! In mijn preadvies heb ik dat niet bedoeld. Om mijn gedachten op dit punt te verduidelijken wijs ik op het voorbeeld van FSC, de duurzaam hout organisatie. Deze had ook een multistakeholder-*governance*, met vertegenwoordigers van milieuorganisaties en het bedrijfsleven uit allerlei landen. Het probleem van die *governance*-structuur was echter dat er nooit een besluit werd genomen, doordat men het er niet over eens kon worden. De legitimiteit was wel in orde, maar de structuur werkte niet. De oplossing was het instellen van verschillende kamers, waar de diverse ‘bloedgroepen’ eerst onderling met elkaar in discussie gingen, en van een overkoepelend besluitvormingspunt met vertegenwoordigers van de kamers. Nu lukt het FSC beter tot besluiten te komen. Kortom, we kunnen de legitimiteit niet aan de kant zetten, maar je moet je *governance*-structuur zó inrichten, dat ermee kan worden gewerkt.

Het belangrijkste dat ik in mijn preadvies in dit verband heb willen uitleggen, is dat het zaak is randvoorwaarden te formuleren voor de beantwoording van de vraag wat de legitimiteit van TPR nu precies inhoudt. Academische discussies daarover zijn interessant; de vraag naar de randvoorwaarden lijkt mij echter belangrijker, zij het dat de vraag naar de inhoud van het begrip daaraan natuurlijk inherent is.

Dr. A.R. Neerhof

In de context van normalisatie en certificering is de kern van legitimiteit participatie van alle betrokken belangen: marktpartijen, ideële organisaties en belangenorganisaties. Daarbij hoort ook transparantie ten aanzien van wie er deelneemt en uitwisseling van argumenten. Het accent ligt dus op het participatieve en procedurele aspect. Het formeel democratische aspect is van belang als de wetgever of het bestuur normalisering en certificering als instrument gaat inschakelen.

Marktlegitimiteit is inderdaad een voorwaarde voor effectiviteit. Mededingingsrechtelijk is het echter van belang dat er geen marktafsluiting plaatsvindt, hetgeen participatie van alle marktpartijen vraagt zonder dat bepaalde partijen buiten het gesprek worden gehouden.

Prof. mr. F.J. van Ommeren

Ik heb mooie antwoorden gekregen. Neerhof komt met wat meer differentiatie in de legitimiteit dan Scheltema, die echter openstaat voor het creëren van een soort gemeenschappelijke voedingsbodem als goed vertrekpunt.

Mr. M.L. van Emmerik¹⁶

Toen ik verleden jaar al op het verzoek tot bespreking van de drie preadviezen in het NTB was ingegaan, bleek dat de diverse preadviezen in vorige jaren steeds door

¹⁶ Auteur van ‘Rechtsstatelijke inbedding van hybride bestuursrecht. Bespreking van de VAR-predvieszen 2016’ in het NTB. Ook, naar de stand van zaken van november 2016, te raadplegen op: verenigingbestuursrecht.nl/wp-content/uploads/2016/05/Bespreking-VAR-predvieszen-VAR-site.pdf.

afzonderlijke personen waren behandeld, maar ik heb mijn bijdrage met veel plezier geleverd. Gaandeweg het proces zat ik wél met het probleem dat het onderwerp van Gerards voor mij veel meer bekend terrein is. Op de gebieden die Scheltema en Neerhof hebben bestreken, heb ik een ware ontdekkingstocht meegemaakt, waarvan ik veel heb geleerd.

Scheltema kwam zojuist in zijn inleiding met een heel leuk voorbeeld. Zelf heb ik kort geleden voor het eerst van Airbnb-achtige diensten gebruik gemaakt: bij een Van Morrison-bedeavaart naar Belfast konden een vriend van mij en ik kamers huren in een mooi studentenhuus. De eigenaar, die er niets van wist, zou die dag terugkomen, en dat ging allemaal nèt goed!

Bij de lezing van, en de gedachtevorming over, deze twee preadviezen was het enigszins een probleem dat ik hier niet met mijn dagelijkse tak van sport bezig was. Mijn blik is gekleurd door een constitutionele bril. Als verbindend thema zie ik, net als zojuist Van Ommeren, de legitimiteit en de vraag of alle belangen in de beschouwing zijn betrokken; Neerhof spreekt over transparantie. Een en ander brengt mij tot een metavraag, waarop ik eigenlijk nog geen antwoord weet. De preadviseurs beschrijven beiden op heel mooie wijze de vruchten van privatisering. Het voordeel van TPR¹⁷ – tot voor kort wist ik helemaal niet wat dat was! – is dat er heel veel goede producten te koop zijn en dat marktpartijen geneigd zijn de door hen zelf opgestelde regels na te leven. Hetzelfde geldt voor de NEN-normen. Tegelijkertijd worden in de beide preadviezen met recht en reden voorstellen gedaan om de overheid erbij te betrekken. Scheltema bepleit een erkenningsregeling in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Als de overheid ter waarborging van publieke belangen TPR wil gebruiken, kan zo'n regeling het voordeel hebben dat de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb in gang wordt gezet, waarbij alle belanghebbenden via inspraak hun stem kunnen laten horen.

Neerhof gaat in dezelfde richting, maar zijn stellingen 3 en 4¹⁸ lijken een zekere tegenspraak te bevatten. “Als normalisatie en conformiteitsbeoordeling”, aldus stelling 3, “worden ingeschakeld voor het realiseren van publieke belangen, moet de overheid voldoende afstand houden.” Stelling 4 zegt: “Als normalisatie en conformiteitsbeoordeling worden gebruikt voor het realiseren van publieke belangen, moet de overheid een vinger aan de pols houden.” We voelen hier enige tegenspraak.

Bij lezing van beide preadviezen blijkt de paradox dat het laten opstellen door private partijen van hun eigen normering aan de ene kant veel voordelen biedt, terwijl aan de andere kant voorstellen worden gedaan om de overheid binnen te halen. Voordelen van de eigen normering zijn de grotere bereidheid tot naleving en de snellere totstandkoming van allerlei afspraken op internationaal niveau. Voorstellen tot overheidsbemoeienis worden dan weer met recht en reden gedaan. Neerhof noemt EVRM-eisen, die de overheid als eindverantwoordelijke nooit helemaal terzijde kan schuiven, zodat zij bij conformiteitsbeoordeling een rol moeten hebben. Bij Scheltema vinden we het pleidooi voor erkenningsregels in de Awb. Mijn centrale vraag is

¹⁷ Zie preadvies Scheltema, par. 1.2.

¹⁸ Zie p. 304 van de preadviezen.

dan: halen we niet juist weer de overheid te veel binnen? Gooien we niet de voordelen weg die we nu juist met de private normering hebben willen bereiken?

Ik zei al dat ik op dit punt nog geen antwoorden heb. Deze vraag houdt mij eigenlijk al weken bezig, tot op de dag van vandaag. Ik weet niet of we er vandaag uit komen, maar ik wil deze algemene vraag hier in ieder geval neerleggen.

Tot slot een link met het preadvies van Gerards. Misschien kan er op enig moment in de loop van de middag aandacht zijn voor de vraag of haar rechtskrachtladder¹⁹ ook voor de onderwerpen van vanmiddag een zekere rol zou kunnen spelen.

Voorzitter: Ik vraag Scheltema nu eerst te reageren op de vraag of de voordelen van private regulering niet worden weggegooid als er dan van overheidswege weer allerlei eisen worden gesteld.

Prof. mr. M.W. Scheltema

Van Emmerik komt zeer terecht met zijn vraag. Ik begin met hem te danken voor zijn lovende woorden en zijn bespreking. Zijn bespreking heb ik met veel plezier gelezen. Beter dan ik zelf zou kunnen, heeft hij daarin in een paar pagina's een goede samenvatting van mijn preadvies gegeven.

De vraag luidt: we willen de regulering nu juist aan de markt overlaten en waarom gaat de overheid zich daar dan toch weer mee bemoeien? Neemt overheidsbemoeienis de voordelen niet te veel weg? Als de markt intrinsiek gemotiveerd is om zelf iets te doen, kan de overheid haar dit ook beter zelf laten doen; in abstracto is dat waar. De moeilijkheid voor de overheid is echter het vaststellen van de motivatie van de markt, terwijl het bovendien de vraag is wie er wát moet doen aan de negatieve externaliteiten van TPR nadat, in geval van een legitimiteitsprobleem, allerlei belangen onvoldoende in het opstellen van de TPR zijn betrokken.

Er komt nog iets bij. In de huidige praktijk is het niet gemakkelijk het aandeel van de markt zelf en het aandeel van de overheid vast te stellen. Onze preadviezen zijn niet voor niets verschenen onder de titel *Hybride bestuursrecht*. We zien steeds meer hybride systemen ontstaan. De wereld globaliseert, handelsketens internationaliseren. Op het gebied van de voedselveiligheid kunnen wij niet controleren of bijvoorbeeld in Argentinië vlees op de goede manier wordt bewaard; de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) heeft daar geen enkele bevoegdheid. Samenwerking tussen overheden is denkbaar, maar niemand heeft de bevoegdheid om de gehele keten te controleren. Private reguleringssystemen kunnen in volledige wereldwijde ketencontrole voorzien en kunnen het daarmee uiteindelijk ook voor de Nederlandse toezichthouder mogelijk maken tot beter nationaal toezicht te komen. In dat verband is het dan zaak grip op de manier van controleren te houden.

De vraag van Van Emmerik begrijp ik echter heel goed, en het is verstandig te benadrukken dat te veel overheidsbemoeienis met private regels ook niet goed is. Als je private regulering toelaat, moet je de markt een beetje haar gang laten gaan, maar afhankelijk van het type regulering is enige overheidsbemoeienis toch ook

19 Zie de toelichting aan het begin van de gedachtewisseling over het preadvies Gerards in dit verslag [red.].

geïndiceerd. In geval van een vorm van TPR die, met een mooie Amerikaanse term, *capacity building* op een bepaald terrein betreft – men gaat elkaar helpen om tot een zo goed mogelijke inrichting te komen –, hoeft de overheid zich er misschien wat minder mee te bemoeien. In het geval van voedselveiligheid daarentegen is het vertrouwen in private certificeringssystemen belangrijk, zodat de wenselijkheid van overheidsbemoeienis wat genuanceerder moet worden gezien.

Grensoverschrijdende private regeling wordt, à la mijn Airbnb-voorbeeld, heel vaak gebruikt om regels in verschillende landen te aggregeren. Men maakt zelf iets wat in al die landen werkt. Op die manier hoeft een bedrijf maar één soort regels te implementeren, met het gewenste effect in alle landen. Nu is dit op zichzelf een heel mooi streven, dat ook kostenbesparend werkt, maar het risico bestaat dat de geproduceerde regulering niet altijd goed past in de rechtsorde van al die landen. Bij dit soort regulering moet een nationale overheid een toets uitvoeren, vergelijkbaar met de toets die de Tweede Kamer uitvoert met betrekking tot verdragen, aan de hand van de vraag of een verdrag wel in de Nederlandse rechtsorde geaccepteerd zal worden. Zo'n mechanisme kennen we in het geval van TPR niet. Ik pleit er daarom voor iets meer grip op de effecten van TPR in de Nederlandse rechtsorde te krijgen en daarnaar iets meer onderzoek te doen.

De laatste vraag van Van Emmerik ging over de rechtskrachtschaal.

Voorzitter: Ja, of die ook voor jouw onderwerp bruikbaar zou zijn.

Scheltema: Dat is een moeilijk punt, want TPR heeft nooit 'niveau r'. TPR kan nooit in dezelfde zin bindend zijn als nationale regelgeving. De wetgever kan regels opstellen die iedereen binden, de opstellers van TPR kunnen dat niet. Wél geldt dat de regels die onderdeel uitmaken van TPR heel veel soorten functies hebben. Ze kunnen enerzijds een soort signaalfunctie hebben – 'wij doen ook iets met dit onderwerp' – en er kunnen anderzijds certificeringsachtige systemen worden gebouwd, met als doel regels op te stellen die worden nageleefd en waarmee dus een soort binding is beoogd. Gradaties in de mate waarin men zo'n privaat systeem bindend wil maken, bestaan denk ik wel degelijk, maar bindend als wettelijke regels of een rechterlijke uitspraak kan TPR niet zijn. Wél zou een bindend karakter kunnen worden bereikt door regels onderdeel te maken van een contract.

Voorzitter: Maar heb je dan iets aan die schaal? Of is die toch te veel op algemene *erga omnes*-binding gericht?

Scheltema: Ik kan me voorstellen dat de geringere mate van bindendheid van de schaal een rol kunnen spelen. Stel dat een rechter de zorgvuldigheidsnorm of een andersoortige open norm gaat invullen. Wat van marktpartijen mag worden verwacht, kan denk ik worden beïnvloed door de inhoud van de TPR die in de betrokken markt is geïmplementeerd. Een *persuasive* effect is denkbaar. De rechtskrachtschaal kan dus in zekere mate een rol spelen.

Dr. A.R. Neerhof

Mijn medepreadviseur heeft een dilemma geschetst: de overheid die zelfregulering op voldoende afstand inzet en tegelijkertijd de vinger aan de pols moet houden. Die vinger aan de pols is soms wenselijk en is op grond van mensenrechtenverdragen soms ook verplicht. Het kan ook zijn dat de overheid een belang erg serieus neemt en daarom wenst dat er een goede regulering tot stand komt. Men moet er dan voor zorgen een balans te vinden: niet te veel en niet te weinig overheidsbemoediging. Als het om conformiteitsbeoordeling gaat, kan de overheid ervoor zorgen waarnemer bij de totstandkoming van de beoordelingsrichtlijnen te zijn en daarnaast de bevoegdheid te hebben om instanties aan te wijzen. Dat is dan genoeg. Men kan ook te ver gaan. Het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen maakt het bouwtoezicht privaat, maar ontwikkelt wel een nieuw zelfstandig bestuursorgaan voor het toezicht dat alle instrumenten moet gaan keuren, terwijl de gemeenten nog wel degelijk bouw- en woningtoezicht mogen uitoefenen. Dan is de balans weer weg.

Eén opmerking nog over de schaal van Gerards. Mijn invalshoek is dat de wetgever over het inzetten van instrumenten moet nadenken en daarbij de schaal kan gebruiken. Hoeveel gezag heeft een certificaat? Als het weinig gezag heeft, moet je er niet dwingend naar gaan verwijzen.

Voorzitter: Dus de schaal is voor de wetgever een soort afwegingskader om na te gaan welke instrumenten hij bij wet mogelijk wil maken.

Mr. M.L. van Emmerik

Dit waren heldere antwoorden. Misschien kan Neerhof later vanmiddag nog zijn licht doen schijnen over de NEN-normen voor de gepaste viering van Sinterklaas. Deze waren voor mij nieuw.

Neerhof: Die komen aan de orde. Vol verwachting klopt ons hart!

Mr. M.L. Batting²⁰

Aan de hand van een voorbeeld uit de praktijk wil ik een extra dimensie toevoegen aan het punt van de overheid die instrumenten van zelfregulering wil gebruiken. Ik houd mij bezig met tuchtrecht. Vaak is tuchtrecht publiekrechtelijk verankerd, maar je ziet nu ook zelfregulering met gedragsregels die zich tot beroepsbeoefenaars richten. Een bijzonder voorbeeld daarvan is het bankentuchtrecht. In de Wet op het financieel toezicht, een wet in formele zin, is vastgelegd dat banken tuchtrecht moeten hebben waaronder alle bankmedewerkers vallen. Dit 'haakje' zit in de wet in formele zin, maar het tuchtrecht zelf is volledig privaat geregeld.

Een en ander biedt allerlei uitdagingen voor de banken zelf, die dit moeten organiseren. Het bankentuchtrecht is bij DSI, een private stichting, belegd. Natuurlijke

²⁰ Advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn.

personen moeten zich aan bepaalde gedragsregels houden. Bij de instantie die het tuchtrecht regelt, moeten dan ook bijzondere persoonsgegevens worden opgeslagen. Er wordt een oordeel gegeven over de vraag of iemand onrechtmatig, althans in strijd met de geldende regels heeft gehandeld. Kennelijk was er hier behoefte aan een overheid om een dergelijk systeem toe te laten. De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) heeft uiteindelijk na een onderzoek toestemming gegeven voor de uitwisseling van bijzondere persoonsgegevens tussen banken. Juist bij zelfregulering voor natuurlijke personen hebben we met privacy te maken: kunnen we dan wel zonder de overheid?

Prof. mr. M.W. Scheltema

Zoals mijn kantoorgenoten natuurlijk altijd doen, heeft Marije Batting een zeer relevante vraag gesteld. De figuur die zij aan de orde stelt, is bijna een vorm van private geschilbeslechting.

Batting: Het gaat om gedragsregels.

Scheltema: Maar zit er ook niet een soort klachtenmechanisme in, waarbij mensen kunnen signaleren dat andere mensen het niet goed doen? Ook de Orde van Advocaten heeft zo'n soort systeem, dat niet echt een privaat systeem vormt en dat meer op de wet gebaseerd is. In het geval van het bankentuchtrecht hebben we, als ik het goed begrijp, met een volledig privaat systeem te maken. Het lijkt mij een mooi voorbeeld als het erom gaat op een goede manier geschilbeslechting en klachtenmechanismen te organiseren, met alle problemen die zich daarbij kunnen voordoen. Bij de private systemen die ik wat beter ken, wordt veel gediscussieerd over de vraag hoe men op een goede manier geschillenbeslechting kan inrichten. Dat is een van de elementen – naast misschien de legitimiteit – waarnaar je bij de werking van zo'n privaat systeem kunt kijken. Mij valt op dat men bij veel private systemen de *governance* met multistakeholdervertegenwoordiging al redelijk heeft geregeld, maar dat er veel minder goed is nagedacht over geschilbeslechting. In contacten met mensen van UTZ is mij gebleken dat zij een geschilbeslechtingsmechanisme hebben, maar er valt op dit punt nog heel veel te verbeteren. Dat geldt ook voor een groot aantal andere entiteiten die met private geschilbeslechting bezig zijn.

Voorzitter: En hoe moet het nu met die privacygevoelige gegevens?

Scheltema: Daarop kom ik nog. Ik wil eerst nog op een punt wijzen dat ik in mijn preadvies niet expliciet aan de orde heb gesteld, maar waarvoor mijn vader in ander verband aandacht heeft gevraagd. De private systemen die in deze vergadering aan de orde zijn, zouden in onze optiek van het bestuursrecht kunnen leren. Hoofdstuk 9 van de Awb zou als voorbeeld kunnen dienen voor het verbeteren van private klachtenmechanismen.

Bij dit soort private systemen vormt de uitwisseling van gegevens inderdaad een groot probleem. In mijn inleidende casus heb ik niet voor niets de uitwisseling van gegevens van de gemeenten naar Airbnb en vice versa opgenomen. Er rijzen allerlei vragen, ook in het kader van het EVRM, zeker als een koppeling met sancties wordt

gemaakt. In het geval van het bankentuchtrecht is de AP kennelijk akkoord gegaan, maar in veel gevallen zal een rechterlijke beoordeling van een boetebesluit in een vernietiging kunnen uitmonden. In mijn Rotterdamse voorbeeld werd op grond van informatie, verkregen van Airbnb, een boete opgelegd, hetgeen een grond voor vernietiging kan zijn omdat een dergelijke gegevensuitwisseling niet toegelaten is.

Privacy vormt derhalve zeker een van de problemen. Bij de beoordeling van de acceptatie van dit soort systemen en de samenwerking van private en publieke toezichthouders moet daarom goed over gegevensuitwisseling worden nagedacht.

Voorzitter: Bedoel je dat bij het maken van privaatrechtelijke afspraken de regels voor de bescherming van persoonsgegevens in acht moeten worden genomen?

Scheltema: Sowieso, maar in verband met de eventuele uitwisseling met publieke toezichthouders moet bij de inrichting van een systeem worden nagedacht over de borging van het voorkómen van EVRM-problemen door ontoelaatbare gegevensuitwisseling.

Prof. mr. dr. M.A. Heldeweg

Uiteraard sluit ik mij allereerst graag aan bij de reeds uitgesproken lovende woorden voor onze preadviseurs. Verder vermeld ik maar even dat de voorzitter mij zojuist influisterde dat het niet erg is als er een zekere overlap is in de thematiek van de vragen. Ik hoop dat de vergadering die mening zal delen. In elk geval geeft dit mij de kans om de helderheid die net in de gedachtewisseling leek te ontstaan toch weer te verstoren!

De achtergrond van mijn vraag is de opkomst van zelfregulering, samenhangend met de verschuiving van *government* naar *governance*. Die ontwikkeling is eigenlijk onvermijdelijk en voor een deel gewenst – spreiding van regelgevingslasten, bevordering van innovatie –, maar voor een deel ook ongewenst, met het oog op rechtsonzekerheid en legitimiteitskwesaties. We zitten nu midden in het debat daarover. Inmiddels is *regulatory governance*, zoals het wel wordt genoemd, uitgegroeid tot een mondiale staat van *regulatory capitalism*. Uit alle hoeken van de zogenoemde *governance*-driehoek komen normen – vanuit de staten, vanuit markten, vanuit maatschappelijke netwerken – en daartussen is dan sprake van wisselwerking, van rangschikking of concurrentie tussen normen, en soms ook van coproductie. In het appel op navolging wordt dan een beroep op allerlei verschillende soorten grondslagen gedaan. Soms is het deskundigheid, soms is het zoiets als *supply chain management*, fundamentele rechten, ethische overtuigingen of consensus in eigen kring.

In de context van dit verschijnsel vind ik de grondtoon van de preadviezen heel positief. Er is dan misschien geen scheidslijn tussen publiek en privaat, maar zonder meer publiekrechtelijk adopteren van oordelen en handelingen van private herkomst is geen goed idee. Private motieven en relaties kunnen immers zeer verschillen van wat publiekrechtelijk moet worden behartigd en afgewogen; dit stond ook centraal in de interventie van Van Ommeren. Inspiratie door vruchten van zelfregulering is natuurlijk zonder meer mogelijk, maar dat verlangt dan een oordeel over de geschiktheid daarvan in de context van specifieke publiekrechtelijke bevoegdheden; ik zou zeggen: van geval tot geval door regelgevers, toezichthouders en rechters.

De stellingen 1 en 2 bij het preadvies van Scheltema²¹ leiden naar een procedure voor erkenning van TPR als een voorportaal voor publiekrechtelijke legitimatie. Bij mij ontstaat het beeld: zonder erkenning is geen doorwerking in het publiekrecht mogelijk. Maar de poging om grip te krijgen – we komen die terminologie een paar keer tegen – op TPR heeft ook wel iets weg van een soort poging tot een metapubliekrechtelijke ordening van TPR. Is dat nu niet iets te veel een poging om voorbij bijvoorbeeld de regels van het mededingingsrecht het zelfregulerende te willen reguleren? Onder *regulatory capitalism* dreigt in elk geval dat nationale erkenningsbesluiten nog niet genomen zijn, of dat ze links- of rechtsom worden ingehaald door nieuwe transnationale zelfregulering. Alras is, naar ik vrees, het veld niet meer te overzien. Aansluitend bij eerdere opmerkingen over deregulering: voor mij is de dereguleringsreflex die uit deze procedure naar voren komt een centraal punt. Die reflex leidt volgens mij de aandacht af van wat echt zou moeten gebeuren, namelijk dat wetgevers, toezichthouders en rechters bij de uitoefening van hun bevoegdheid een weloverwogen invullende blik op publiekrechtelijke rechtsvorming en rechtsvinding zouden moeten ontwikkelen en toepassen, in plaats van dat we een reflex hebben waarbij we misschien gaan terugnemen wat we al deregulerend en privatiserend hebben uitbesteed of hebben overgelaten, tot op het transnationale niveau.

De stellingen 3 en 4 van Neerhof²² over distantie en nabijheid van de overheid ontlokken mij de volgende opmerkingen. Enerzijds zien we de ruimte voor een soort variabele uitkomst op voet van de concreet te behartigen specifiek publiekrechtelijke belangen, maar ook hier wordt het idee van een algemene metapubliekrechtelijke norm geventileerd en gepropageerd. Om bestuursrechtelijk *proof* te zijn moeten normalisatienormen en conformiteitsbeoordelingen eigenlijk steeds rusten op maximale stakeholdersinvloed, en misschien zelfs -consensus. Logisch, zou ik zeggen, voor zowel zelfsturing als zelfbinding, maar zelfs als ook negatieve externe effecten worden geïnternaliseerd, is daarmee nog niet gezegd dat de afweging een publiekrechtelijk gewenste norm genereert. Het voorzorgsbeginsel bijvoorbeeld kan een scherpere norm verlangen dan waartoe de actuele kring van privaatrechtelijke belanghebbenden bereid is. Het gaat om meer dan procedurele zorgvuldigheid, meer dan procedurele legitimatie. Ik heb mijn twijfels bij het 'primaat van de keukentafel'. De overheid doet meer dan codificeren. En daarbij opnieuw: hoe verhoudt zo'n algemeen draagvlakvereiste zich tot de dubbele ontkenning die ik lees in stelling 2 in het preadvies van Neerhof, die in samenhang met stelling 3 beoogt juist de eigen dynamiek van private zelfsturing in het discours naar eigen keuze open te houden?

Laat duidelijk zijn: als het gaat om dynamische verwijzingen naar normalisatienormen of de erkenningsvariant van certificering, zou ik ervoor pleiten voor het een of voor het ander te kiezen. Kies voor coproductie van normen, maar laat daarbuiten zo veel mogelijk die zelfregulerende mechanismen hun eigen werk doen.

Graag verneem ik de reacties van de preadviseurs. Bij voorbaat dank daarvoor.

21 Zie p. 177 van de preadviezen.

22 Zie p. 304 van de preadviezen.

Prof. mr. M.W. Scheltema

Allereerst ook dank voor de vriendelijke woorden over het preadvies. De vragen van Heldeweg zijn zeer *to the point* en bovendien zeer prikkelend; ze raken de kernvraag: waarom moeten we dit nu eigenlijk willen? In Rotterdam houden we ons, in verband met de fraaie begrippen *regulatory governance* en *regulatory capitalism*, bezig met de vraag hoe je tot een *smart mix* van publieke en private regulering kunt komen. Heldeweg wijst terecht op de grote casusafhankelijkheid. Veel hangt af van de context en er komt telkens weer iets nieuws bij. Hoe houden we de ontwikkelingen in de hand?

Eén misvatting moet ik uit de weg ruimen. Mijn gedachte is niet dat er zonder een erkenningsbesluit geen doorwerking zou kunnen zijn. Sterker nog: ik vrees dat TPR er gewoon *is*, of de overheid nu laag of hoog springt. Zodra de overheid echter actief wordt, hetzij door TPR in het kader van het toezicht te gaan gebruiken, hetzij door subsidiëring van de goede inrichting en effectiviteit van TPR afhankelijk te maken, hetzij door bij aanbestedingen specifieke TPR van leveranciers te eisen, moet zij kunnen laten zien waarom zij dit doet en of TPR doet wat zij wil. Bij aanbestedingen zal zij objectief moeten kunnen uitleggen waarom de TPR in kwestie beter is dan andere systemen. De overheid en meer specifiek de toezichthouder moeten dan weten hoe het systeem functioneert.

Over dit onderwerp heb ik verscheidene gesprekken met toezichthouders gevoerd, waarbij mij opviel dat men op heel uiteenlopende manieren bezig is. Van iedereen hoor je min of meer dat men eigenlijk niet precies weet hoe een duidelijk beeld te krijgen, met name over de effectiviteit van TPR. Nog sterker: als men aan Europese regels gebonden is, durft men überhaupt niets te doen. Op zichzelf staat de Commissie wel toe dat men TPR als implementatie van richtlijnen gebruikt, maar men moet dan de effectiviteit in termen van het realiseren van het doel van deze EU-regelgeving kunnen aantonen. Over goede criteria, waarmee ook de Europese Commissie het eens is, voor het vaststellen van effectiviteit en legitimiteit beschikt men niet.

Mijn voorstel met betrekking tot een erkenningsbesluit is er nu op gericht meer overleg en uniformiteit tot stand te brengen. Het is zaak tot een gemeenschappelijke doelomschrijving te komen, die bijvoorbeeld ook in de contacten met de Commissie een rol kan spelen. De Commissie neemt een welwillende houding aan en heeft, zoals ik in mijn preadvies heb beschreven, ook een soort kader voor het gebruik van TPR vastgesteld.

Voorzitter: Ik begrijp dat je nu over de Europese Commissie spreekt.

Scheltema: Ja, neem me niet kwalijk.

Het gaat er uiteindelijk om de randvoorwaarden op een meer uniforme manier vast te stellen. Het voordeel van een erkenningsbesluit zou dan nog zijn dat daar een rechter achter zit. Dat heeft soms de interessante consequentie dat men, met het oog op eventuele rechterlijke toetsing, iets meer geneigd is te motiveren hoe men tot een conclusie is gekomen en waaróm. Een interessante vraag is verder of een erkenningsbesluit al dan niet op landelijke schaal zou moeten worden genomen. Als het gaat om TPR die door veel bestuursorganen wordt gebruikt, zou een landelijke aanpak nuttig kunnen zijn. De Fair Trade-, UTZ- of Rainforest Alliance-standaarden worden bijvoorbeeld door heel veel gemeenten bij aanbestedingen voorgeschreven,

zodat erkenning op landelijk niveau voor de hand ligt. Bij heel specifieke TPR voor een heel specifieke toezichthouder zou misschien met erkenning door die toezichthouder kunnen worden volstaan. Kern van de zaak is dat de gedachtevorming over legitimiteit en effectiviteit van dit soort systemen tot grotere helderheid, bruikbaarheid en effectiviteit moet leiden. Misschien moeten we echter eerst beginnen met een handreiking, zoals men tegenwoordig op vele terreinen doet.

Er is nog een opmerking van Heldeweg die ik heel treffend vond. Eigenlijk ging die over het preadvies van Neerhof, maar ik wil het belang ervan van mijn kant onderstrepen. Als TPR niet ver genoeg gaat, aldus Heldeweg, als met andere woorden de markt niet bereid is te doen wat wij willen, moeten we niet van zo'n systeem uitgaan. Dat lijkt me helemaal waar, maar de vraag is hoe we kunnen weten of een systeem goed is. Daarop moeten we meer grip krijgen.

Heldeweg: Dat zou vanuit de eigen verantwoordelijkheid juist van het bestuur duidelijk moeten worden. Volgens mij is dan de vraag of je volledig voor coproductie moet kiezen.

Scheltema: Je hebt interactie nodig om dat goed te kunnen vaststellen.

Voorzitter: Ik stel voor dat Neerhof zijn reactie bewaart tot na de theepauze. Dan komt zijn preadvies aan bod.

Heldeweg: En ik heb al bij voorbaat bedankt!

Mr. A.H.A. Mohammad²³

Een vraag naar aanleiding van stelling 1 van Scheltema, die het stimuleren van TPR door overheden wenselijk noemt. Ik vraag aandacht voor bedrijven die bang zijn voor schendingen van het kartelrecht. Drie jaar geleden is bijvoorbeeld geprobeerd de plofkip uit de markt te halen, wat van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) niet mocht. In het voorbeeld van Scheltema gaat het over Airbnb. Ik kan mij voorstellen dat verscheidene bedrijven samen TPR opstellen, waarbij ze bepaalde diensten, zoals de verhuur van sociale huurwoningen, uit de markt prijzen. Hoe neem je de angst voor schending van het kartelrecht weg? In het voorbeeld van de plofkip was de vrijstelling niet van toepassing. Mijn vraag betreft het mededingingsrecht en is praktisch van aard.

Prof. mr. M.W. Scheltema

Die casus heb ik in mijn preadvies besproken. Er moet voor worden gewaakt dat TPR marktversturende consequenties heeft. De economische gevolgen van TPR zullen in de beschouwing moeten worden betrokken. In de ACM-casus moest, in economische zin, worden getoetst aan het criterium of consumenten erop vooruitgingen.

²³ Afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

Daarbij komen ‘algemeen belang’-achtige vraagstukken – mensenrechten, milieu, de onwenselijkheid van plofkippen – minder in beeld. Gaat de consument erop vooruit als hij alleen een iets duurder niet-plofkip kan kopen? Je kunt, zoals ook de ACM deed, zeggen dat de consument het zelf mag weten. Het is prima als iemand een kip met een mooie sticker ‘dit is geen plofkip’ wil kopen, maar iemand die een plofkip voor minder geld wil aanschaffen, moet dat nog kunnen doen. Het is niet aan de supermarkten om voor de consumenten te bepalen wat ze wel en niet kunnen kopen. De ACM was van mening dat de consument er onvoldoende op vooruitging en signaleerde een mededingingverstorende afspraak. Begrijpelijkerwijs is daar veel kritiek op gekomen, maar het standpunt van de ACM is voorstelbaar. In Europees en in Nederlands verband wordt nagedacht over de vraag of het mededingingsrecht niet ook meer algemene belangen zou moeten meewegen. Er zal naar een goede aanpak moeten worden gezocht. De mededingingsregelgeving is voor dit soort initiatieven nog niet goed toegerust.

In het geval van Airbnb is dit alles minder relevant. Voor zover het om een puur Amerikaanse website gaat, denk ik dat de ACM geen bevoegdheid heeft.

Stemmingen over de stellingen van Scheltema

Stelling 1

Overheden zouden TPR (zoals in het gegeven Airbnb-voorbeeld) meer moeten stimuleren.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 45% zich vóór de stelling uitgesproken en 41% daartegen, terwijl 14% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 58 stemmen uitgebracht.

Voorzitter: Ik geef het woord aan een voorstemmer.

Prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt: Ik heb voorgestemd omdat ik denk dat een bepaalde normering als het om ongewenste ontwikkelingen gaat in beginsel uit de markt zou moeten komen. Als voorwaarde geldt dat er overeenstemming bestaat en draagvlak aanwezig is. Het is dan de vraag wat er verder met zo'n norm moet gebeuren. Met name als het om de inhoud van de norm gaat, moet de overheid naar mijn mening goed meekijken.

Voorzitter: Dus inhoudelijke controle op wat er wordt afgesproken.

Mr. C. Raat: Ik heb tegengestemd, want ik vind niet dat de overheid TPR zou moeten stimuleren. TPR is een gegeven, en als overheid moet je erover nadenken hoe je daarmee moet omgaan, maar stimuleren gaat toch wel een stuk vóórder.

Mr. G.J.M. Cartigny: Ik ben het hiermee helemaal eens. Je moet het niet stimuleren.

Voorzitter: Maar je hoeft het ook niet af te remmen?

Cartigny: Nee.

Stelling 2

Effectiviteit van TPR wordt door overheden onvoldoende en op te uiteenlopende wijze beoordeeld.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 46% zich vóór de stelling uitgesproken en 5% daartegen, terwijl 48% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 56 stemmen uitgebracht.

Mr. A.C. Terwiel-Kuneman: Ik wist er echt helemaal niets van, en ik vind dat de preadviseur met een overtuigend betoog is gekomen. Waarom zouden we als overheid niet proberen om iets wat nieuw is en potentie heeft verder uit te dragen en te ontwikkelen, zodat er meer gebruik van kan worden gemaakt?

Scheltema: Vooral deze laatste uitkomst vind ik heel mooi. Er wordt precies door geïllustreerd hoe de situatie is. Het gros van de overheden heeft van TPR eigenlijk nog helemaal geen idee, iets wat naar mijn mening zou moeten veranderen. De mensen die er misschien al eens iets mee doen, zijn het waarschijnlijk eens met de gedachte dat we er méér mee moeten doen.

Voorzitter: Je ziet de uitslag dus eigenlijk wel als ondersteuning!

Scheltema: De eerste stelling zegt dat overheden TPR meer zouden moeten stimuleren. Eigenlijk zou eerst op stelling 2 moeten worden gereageerd. Stimuleren van TPR ligt pas in de lijn als die TPR legitiem en effectief is.

Gedachtewisseling over de preadviezen Scheltema en Neerhof

Deel 2 – hoofdaccent op het preadvies Neerhof

Dr. A.R. Neerhof

Tot het eind van de vergadering gaan we het hebben over normalisatie en certificering. Bij de normalisatie noem ik de NEN-normen. Deze worden in Delft opgesteld door commissies en ze worden door NEN – een stichting – uitgegeven. Normen zijn standaarden, niet in de zin dat er moreel iets moet, maar om bijvoorbeeld te bepalen of een leidingwaterinstallatie veilig is. Daarnaast is er certificering. Zo kun je een leidingwaterinstallatie ook certificeren, naar analogie van wat er met speeltoestellen gebeurt. Een instantie die in veel gevallen kan certificeren, is Kiwa, een belangrijke certificeerder. Deze instantie kan certificaten afgeven omdat partijen daar behoefte aan hebben. Het is eigenlijk een privaat verschijnsel: je sluit een contract met Kiwa en je wilt dat het certificaat wordt verleend conform de beoordelingsrichtlijnen die Kiwa toepast.

Nu is het wel aardig als je weet dat een certificeerder, een private instelling, betrouwbaar is. Al heel lang hebben we een Raad voor Accreditatie, die aan meta-certificering doet. Deze raad certificeert certificeerders – dat heet dan accrediteren – aan de hand van een beoordeling van de technische bekwaamheid om bepaalde testen uit te voeren, alsmede van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Certificeerders moeten op objectieve wijze dingen vaststellen. Sinds 2008 is Europees bepaald dat iedere lidstaat van de Europese Unie één nationale accreditatie instantie moet hebben. Zo'n instantie kan op de gehele Europese markt opereren, maar er is er in ieder land maar één die met exclusiviteit op basis van de Verordening voor accreditatie en markttoezicht beoordeelt of een certificeerder bekwaam is.

Ik toon u een plaatje met de logo's van de drie tot nu toe genoemde instanties (NEN, Kiwa en de Raad voor Accreditatie). De vierde die u ziet, is KOMO, ook bekend van de vuilniszakken. Sommige certificeerders kunnen certificaten verlenen met een KOMO-keurmerk erbij op basis van toetsing door KOMO.

Normalisering en certificering spelen zich op zeer vele terreinen af. Als eerste voorbeeld neem ik de certificering van uitzendbureaus:

Scherf 1

Uitzendbureaus met een 'SNA-keurmerk' zijn periodiek gecontroleerd op naleving van hun verplichtingen uit arbeid (fiscaal, arbeidsrechtelijk, vreemdelingrechtelijk).

- Wie geeft zo'n keurmerk af?
- Wat heeft een inlener van een uitzendbureau eraan om te weten of een uitzendbureau dit keurmerk heeft?

Sinds 1998 hebben uitzendbureaus geen vergunning meer nodig om op de markt te mogen opereren. Wél is een certificeringssysteem ontwikkeld. Het is namelijk voor een werkgever heel riskant een uitzendbureau in te schakelen als hij niet weet of het betrouwbaar is. Als het bureau namelijk illegale vreemdelingen in dienst neemt, belastingen niet afdraagt of zich niet aan het minimumloon houdt, moet de opdrachtgever zelf gaan betalen. Dat is aansprakelijkheidsrechtelijk, fiscaal en in de Wet arbeid vreemdelingen geregeld. Overigens betekent certificering niet dat de inlener zeker weet dat hij niet de kans loopt dat de fiscus alsnog bij hem langskomt. De sector wil dat graag, maar het is niet zo. Je hebt dus wel wat aan de certificering, maar hoeveel weten we niet. Wél heeft de Belastingdienst inmiddels afspraken gemaakt, die erop neerkomen dat in het geval van een keurmerk voor een uitzendbureau de inlener van dat bureau erop kan rekenen dat hij de fiscus niet achter zich aan krijgt als hij 25% van de factuursom (inclusief btw) stort op een speciaal geblokkeerde bankrekening van het uitzendbureau. Deze rekening mag het uitzendbureau alleen gebruiken om de verschuldigde loonheffingen en de btw aan de Belastingdienst te betalen.

Een ander voorbeeld, nu van normalisatie:

Scherf 2

In 2013 is door NEN (het Nederlandse normalisatie-instituut in Delft) een nieuwe norm uitgegeven voor de juiste en gepaste viering van het sinterklaasfeest.

En in 2015 is de NEN-norm voor leidingwaterinstallaties herzien.

- Wat zijn NEN-normen?
- Wie maakt ze?
- Waarom zou ik zo'n norm toepassen?

Er is écht een NEN-norm voor het sinterklaasfeest, daterend van 6 december 2013. Er staat – buitengewoon van belang, ook met het oog op de discussie van vanochtend – onder meer het volgende in: “Zwarte Pieten zijn geschminkt in diepzwart, bruin of een andere kleur of kleuren. Elke Piet moet zorgvuldig zijn gekleed en alle zichtbare huid moet volledig zijn geschminkt.” Kunnen we hier wat mee? Jawel, hè? Wat moet er gebeuren als sinterklaas per ongeluk zijn baard verliest? Dat wordt helemaal uitgelegd: dan moet hij een hoestbui simuleren, met instructies over de manier waarop. U begrijpt het wel: NEN is een heel serieus instituut, maar dit is een grapje. Dit heeft een medewerker van NEN opgesteld. Het mooie van het document is echter dat het precies laat zien hoe zo'n product van NEN in elkaar zit. Met betrekking tot een bepaald productieproces of een bepaalde activiteit wordt met alle aspecten rekening gehouden. In dit geval gaat het om instructies, maar ook als de constructieve veiligheid van een bouwwerk wordt bepaald, is helemaal uitgemillimeterd hoe je die moet vaststellen.

De NEN-normen worden opgesteld door commissies. In het geval van de NEN-norm voor de sinterklaasviering weten we dat we te maken hadden met een meneer en niet met een echte commissie en dat het ministerie van Feestelijkheid, dat een bijdrage zou hebben geleverd, niet bestaat. Bij serieuze NEN-normen kunnen we ons afvragen wie ze nu eigenlijk precies opstelt en waarom mensen zo'n norm zouden toepassen. Soms verwijst de overheid ernaar, maar soms ook niet, en wat is dan het belang van de inachtneming? Misschien moet de overheid nog maar eens over

verwijzing naar de sinterklaasnorm nadenken, maar ik verwacht zo'n verwijzing niet!

De wetgever maakt gebruik van zowel certificering als normalisatie. Op het gebied van de bouw, het milieurecht en het arbeidsomstandighedenrecht zie je verwijzingen naar certificaten. Soms worden ze zelfs verplicht gesteld, soms vormen ze een bewijsmiddel. Ook zien we dat wordt verwezen naar NEN-normen. Een windturbine moet volgens het Activiteitenbesluit, berustend op de Wet milieubeheer, voldoen aan een bepaalde NEN-norm. Dat is echt verplicht.

Waarom doet de overheid dit? Ik toon u een volgend scherm:

Scherf 3

De overheid weet vaak veel minder goed dan private partijen wat nodig is om een bepaald doel te bereiken: goede woningen, veilige liften, bekwame tankinstallateurs.

Wetgever en bestuur maken daarom gebruik van normalisatie en certificering.

Certificering en normalisering zijn fenomenen die uit de markt komen, heel aantrekkelijk op zich en toch ook met allerlei mitsen en maren. Kennis die in de markt beschikbaar is, wordt gemobiliseerd; als dat op een effectieve manier gebeurt, is het veel handiger dan wanneer de overheid het moet doen, die de benodigde expertise vaak helemaal niet in huis heeft. De overheid heeft belang bij een goed milieu en bij veiligheid, zodat zij in voorkomende gevallen van certificering en normalisering gebruik maakt. Dat kan door stimulering, maar ook soms door verwijzing, of door een oogje in het zeil te houden: ik laat dit gebeuren, ik kijk wat er gebeurt – als het een beetje goed gaat, zeg ik dat het goed is, en als het niet goed gaat, zeg ik: nu moeten jullie wel iets gaan doen, want anders ga ik het zelf doen.

De overheid gaat, zoals gezegd, op verschillende manieren te werk:

Scherf 4

De overheid maakt op verschillende manieren gebruik van normalisatie en certificering:

- *Door verwijzing in wetgeving (verplichte of vrijwillige toepassing)*
- *Bij prioritering in de handhaving*
- *Op andere manieren*

Verwijzing gebeurt verschillend. Soms moet je je aan een NEN-norm houden; die weg wordt niet zoveel gevolgd, want de overheid heeft inmiddels besloten dat zij dan ook de kosten van het inzien van de NEN-norm voor haar rekening neemt. Soms staat er: met deze NEN-norm kun je aantonen dat je aan een eis, bijvoorbeeld van het Bouwbesluit, voldoet.

Van Gestel en Eijlander c.s. hebben voor certificering in relatie tot het bestuursrecht een mooi schema gemaakt. Ook daarin komt tot uiting dat er soms, al dan niet dwingend, wordt verwezen. Ook blijkt dat certificaten een belangrijke indicatie kunnen zijn dat iets aan bepaalde wettelijke regels voldoet. In haar toezichtsbeleid kan de overheid daarmee in de risicoanalyse en de prioriteitenstelling rekening houden. Bij bedrijven met een bepaald certificaat kan zij dan terughoudender zijn in haar controles.

Er zijn dus verschillende manieren waarop de overheid zich tot deze private verschijnselen verhoudt. Hier doet zich een vraag voor die ook voor transnationale private regulering (TPR) is gesteld. Voor de specifieke instrumenten normalisering en certificering, die zowel Europees als nationaal worden ingezet, stel ik haar opnieuw. Er is ook een Europese markt van normen en certificaten, mede door de Europese Commissie gestimuleerd of zelfs afgedwongen. Steeds geldt: kunnen we wel op deze instrumenten vertrouwen? Het gaat om private producten die door private partijen worden afgegeven en afgenomen, en waarvoor moet worden betaald. Ik laat u mijn belangrijkste vraag zien:

Scherf 5

Kunnen wij aannemen dat normen en certificaten die private partijen voor producten, diensten of personen ontwikkelen, garanderen 'dat het wel goed zit' met de legitimiteit en de effectiviteit?

Het kan gaan om een goed, veilig product, maar bijvoorbeeld ook om energiezuinigheid. Zijn alle relevante belangen meegenomen, aan de keukentafel of op een andere manier?

Ik kom tot een aantal stellingen, die meteen de spanningen laten zien die het gebruik van deze fenomenen voor publieke belangen oproept.

Stelling 1

Voor het realiseren van publieke belangen kunnen normalisatie en certificatie niet worden gemist.

Het is een idee-fixe te menen dat de overheid zelf al die technische expertise in huis heeft, terwijl die expertise wel degelijk nodig is om dingen te beoordelen.

Stelling 2

Als wetgever en/of bestuur op normalisatie en certificering leunen, moeten zij waken over effectiviteit en draagvlak.

Bij het gebruik van normalisatie en certificering door de overheid hoort het nemen van verantwoordelijkheid. Dit kan zich manifesteren in nagaan, voorafgaande aan een verwijzing, wie er hebben meegepraat, of diegenen ook echt iets konden zéggén en of er naar argumenten is geluisterd. Als je naar een certificaat verwijst, moet je misschien wettelijk regelen dat een capabele certificateur moet worden aangewezen. Verder is het wenselijk dat de overheid bij de normcommissies en colleges van deskundigen in ieder geval als waarnemer aanwezig is om te zien wat er gebeurt. Meedoen is misschien niet nodig, maar het is goed te monitoren of het proces een beetje lóópt.

Een andere kwestie is: wie betaalt uiteindelijk? Daarover gaat de derde stelling.

Stelling 3

Het is niet erg dat burgers of bedrijven moeten betalen voor het inzien van NEN-normen waarnaar de wetgever verwijst, als deze normen voor hen vooral het maatschappelijk of economisch verkeer faciliteren.

Op dit punt verwacht ik discussie en ook weerstand, maar ik ga het vandaag toch proberen! Het is helemaal niet erg dat je soms voor NEN-normen moet betalen, terwijl de wetgever ernaar verwijst. Er is veel discussie over, maar ik zou het volgende willen bepleiten. Mijn uitgangspunt is dat de markt er juist voordeel van heeft. In de bouw is dat het geval: men blijkt zelf te hebben gewild dat de normen uit de markt komen en dat de wetgever ernaar verwijst. Dat heeft men veel liever dan dat de wetgever ze zelf maakt. De nieuwe werkwijze heeft enorme kostenbesparingen opgeleverd. Is het zo raar dat degenen die profijt van de normen hebben, de sector, de professionals die in het proces zitten, betalen? Als het profijtbeginsel het rechtvaardigt, is het niet erg dat je voor NEN-normen moet betalen, ook al verwijst de wetgever ernaar.

Prof. mr. A.J.C. de Moor-van Vugt²⁴

Bij een lange rij van sprekers sluit ik mij aan: de preadviseurs worden terecht gecompimenteerd.

Ook ik ga het hebben over legitimiteit, en ik heb daar een goede reden voor, want ik kom van de Universiteit van Amsterdam. Zoals men weet, is democratische legitimatie erg belangrijk geworden. Democratische legitimatie in de klassieke zin, want wij willen dat allen gelijkelijk bij het besluitvormingsproces worden betrokken en dat de meerderheid bepaalt. Dat gaat zó ver, dat als er belangrijke onderzoekscommissies moeten worden benoemd, eerst precommissies aan bod komen om de legitimiteit en de representativiteit van de samenstelling van zo'n commissie te beoordelen. Voor die precommissies gelden dan ook weer eisen op het punt van de samenstelling. Er komen heel wat Droste-blikjes aan te pas om er chocola van te maken, al dan niet UTZ gecertificeerd!

Mijn vraag betreft participatie, representativiteit en draagvlak bij de totstandkoming van normen voor normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Neerhof merkt in zijn preadvies op dat zich problemen voordoen als er grote marktspelers zijn die een machtsconcentratie opleveren.

De *counter balance* moet komen van participatie door consumenten, ngo's en alle andere tegenkrachten én van een toezienend oog van de overheid. Daar zijn procedures voor; normcommissies worden samengesteld. Een en ander is een beetje vergelijkbaar met de Amsterdamse toestand. Alle stakeholders zijn vertegenwoordigd: de markt, consumenten en andere partijen. Nu las ik laatst in een eerbiedwaardige krant een definitie van het begrip *stakeholder*. Een stakeholder, stond er, is een sukkel die er voor spek en bonen bij zit. Ik ben bang dat dit als het om minder sterke partijen gaat – de consumenten, de ngo's – ook inderdaad het geval is. Uit onderzoek, resulterend in twee Amsterdamse proefschriften,²⁵ is gebleken dat niet-marktpartijen als stakeholders slagkracht en kennis missen. Ze hebben een informatieachterstand,

²⁴ Hoogleraar staats- en bestuursrecht, in het bijzonder het bestuursrecht, aan de Universiteit van Amsterdam.

²⁵ M. Beijerman, *NGO participation in international lawmaking and democratic legitimacy: the debate and its future*, proefschrift Universiteit van Amsterdam, 2016; S. Pernuš, *Participation in European agencies: keeping promises in institutional practice*, proefschrift Universiteit van Amsterdam, 2016.

ze hebben geen achterban waarop ze qua expertise voldoende kunnen leunen en ze hebben vaak ook geen geld om naar de vergaderingen te komen reizen waar de knopen worden doorgehakt. Het probleem komt erop neer dat de *counter balance* in de normcommissies niet bestaat, althans in mijn ogen heel kwetsbaar is.

Dit betekent dat de *counter balance* op een andere manier zal moeten worden georganiseerd. Procedurele legitimiteit, waarover Van Ommeren al sprak, is volgens mij het antwoord niet. Legitimiteit moet op een andere manier worden gezocht, omdat het uiteindelijk niet gaat om het proces, maar om de uitkomst. Heldeweg heeft zojuist terecht gezegd dat de norm dient te voldoen aan bepaalde publieke belangen. Het voorzorgsbeginsel is er daar een van. Als het om technische standaarden gaat, hebben we daarnaast ook vaak te maken met intellectuele eigendomsrechten en kunnen grote bedrijven kleine bedrijfjes als het ware de das omdoen door de standaard zo te maken, dat hun intellectuele eigendomsrecht daarin terecht komt, waardoor andere partijen erbuiten vallen en veel te veel geld zullen moeten betalen om van de standaard gebruik te kunnen maken. Hier komt het zogenoemde FRAND-principe ten tonele: de marktpartijen zouden faire, redelijke en non-discriminatoire voorwaarden moeten stellen.

Mijn vraag komt hierop neer: hoe kan de overheid met de vinger aan de pols, waarover Neerhof in zijn inleiding heeft gesproken, garanderen dat zowel wat het proces als wat de uitkomst daarvan betreft een rechtvaardige, eerlijke en duidelijke norm tot stand komt? Ik zie zelf een oplossing in democratische legitimatie, want we hebben natuurlijk altijd het referendum nog!

Dr. A.R. Neerhof

Dank voor de lovende woorden en voor de uitdagende vraag. Bij normalisatie en certificering is de legitimiteitsvraag altijd prangend, vooral als de overheid er ook nog iets mee wil. Bij de bespreking van de vraag van Van Ommeren is al naar voren gekomen dat het er niet alleen maar om gaat of alle betrokkenen aan tafel zitten. Vandaag is één woord nog niet gevallen, namelijk het woord *macht*. Partijen moeten niet alleen iets kunnen inbrengen, maar er moet ook iets mee gebeuren. Ik kan dat makkelijk zeggen, maar als de overheid van normalisatie en certificering gebruik maakt, is het wel degelijk zaak dat er een check plaatsvindt. Misschien is dat ook in het algemeen belangrijk. Op basis van het huishoudelijk reglement, de statuten en de checklist van NEN is men daar werkelijk altijd bezig serieus na te gaan hoe alle stakeholders kunnen meedoen zonder dat bijvoorbeeld een van de partijen voortdurend te horen krijgt dat haar inbreng niet ter zake doet. Ik heb bij NEN een paar gesprekken gevoerd om wat gevoel te krijgen bij de manier waarop men daar in de praktijk werkt, en mij is duidelijk geworden dat deze benadering veel aandacht krijgt.

Volgens mij is niet de oplossing dat alles wat in de commissies wordt besproken meteen op straat ligt. Zonder mij op het geheim van de raadkamer te beroepen, denk ik dat soms enige beslotenheid van de beraadslagingen nodig is. Wél moet er iets van een check zijn om na te gaan of inderdaad naar alle argumenten is geluisterd. De overheid kan er veel meer dan nu bovenop zitten, door te kijken wat er gebeurt en druk uit te oefenen met de mededeling dat er naar normen die op een bepaalde manier tot stand zijn gekomen niet zal worden verwezen. Met praktijken in deze

richting ben ik in de huidige situatie niet bekend. Heldeweg heeft in dit verband terecht op het gevaar gewezen dat een norm wordt gegeneerd die niet de publiekrechtelijk gewenste norm is. Ik kan het dilemma niet oplossen, maar ik onderschrijf dat het niet alleen maar gaat om 'aan tafel zitten'.

Bij NEN blijkt men er overigens soms voor te kiezen bepaalde partijen gratis te laten deelnemen. Als ik het wel heb – er zitten mensen van NEN in de zaal – gebeurt dat vooral in de zogenoemde beleidscommissies, die het beleid bepalen dat de normcommissies gaan uitvoeren, en niet in de normcommissies zelf.

Inderdaad gaat het uiteindelijk om het resultaat. Als de overheid van normalisering en certificering gebruik wil maken, bestaat de neiging vooral na te gaan of de procedure goed is gevolgd. Men kan echter ook nagaan of op ingebrachte argumenten een weerwoord is gekomen en wat er met die argumenten is gedaan.

Een referendum over NEN-normen lijkt mij overigens niet aantrekkelijk!

Voorzitter: Bedoel je nu ook dat per geval moet worden bestudeerd hoe de beraadslaging is verlopen?

De Moor-van Vugt: Dit betekent dat ook de overheid bij de normdiscussies aan tafel moet zitten.

Neerhof: In ieder geval als waarnemer.

De Moor-van Vugt: De opmerking over een referendum is natuurlijk een grapje, maar laten we ook eens aan internetconsultaties denken. Je zou de uitkomst van het proces langs die weg aan een externe toets kunnen onderwerpen.

Neerhof: Het is goed dat daarop wordt gewezen. Alleen empirisch onderzoek kan uitwijzen hoe dit werkt. Bij NEN zelf is men enthousiast over gebruik van internet. Ik verwijs naar www.normontwerpen.nen.nl/. Iedere norm die in ontwerp is, wordt onderworpen aan internetconsultatie, waarbij iedereen zijn inbreng kan hebben. Ook dan is natuurlijk weer van belang wat er met die inbreng gebeurt. Hoe dit werkt, zou een mooi onderwerp voor onderzoek kunnen zijn.

Voorzitter: Kennelijk zijn er mensen van NEN in de zaal. Willen zij misschien reageren op wat ze hier allemaal horen?

Mr. M.P.C. Huige²⁶

Ik dacht: ik kom alleen even luisteren! Maar inderdaad: aan de publicatie van elke norm is een publieke consultatieronde voorafgegaan. Het commentaar wordt teruggekoppeld aan de commentaargevers, en als men niet tevreden is over wat er met het commentaar is gedaan, kan men bezwaar aantekenen bij de beleidscommissies. Al met al zit het best goed in elkaar.

²⁶ Manager materialen en bouwproducten NEN.

Voorzitter: Is er procedureel een zekere waarborg dat er iets gebeurt met wat partijen aan tafel hebben ingebracht?

Huige: U doelt nu, denk ik, meer op hoe het in de commissies zelf gaat. Voor de secretarissen die de commissies begeleiden, geldt de instructie dat zij moeten ingrijpen als zij het gevoel hebben dat er bijvoorbeeld sprake is van beperkende praktijken in mededingingsrechtelijke zin. We zijn waakzaam om te voorkomen dat een machtigere partij probeert punten erdoor te drukken. Ook bij de overkoepelende organisaties, het Centre Européen de Normalisation (CEN) en de mondiale ISO, bestaan op dat punt regels. Je kunt niet zeggen dat je daarmee alles afvangt, maar er wordt wel op gelet.

Prof. mr. B.M.J. van der Meulen²⁷

Dank aan de preadviseurs voor hun prachtige teksten. Voor mij was eerder vandaag een opmerking van Van Ommeren een eyeopener. Hij zei dat hij het onderwerp van deze vergadering niet onmiddellijk zou verwachten bij een vereniging voor bestuursrecht, omdat de te bespreken rechtsfiguren allemaal tot het privaatrecht behoren. Ik zou het leuk vinden mee te maken hoe privatisten hierover van gedachten wisselen, maar ik weet niet of ze dat eigenlijk wel doen. Wellicht gaan ze ervan uit dat alles wat met normering en algemeen belang te maken heeft bij ons thuishoort.

Neerhof schrijft op bijna iedere pagina dat er een onderwerp aan de orde is waarop hij niet verder kan ingaan. Desondanks vind ik het preadvies een prachtig dekkend, compleet verhaal geworden. Ik heb me laten inspireren door zijn intrigerende titel 'Alternatief bestuursrecht'. Hij spitst dat toe op normalisatie als alternatief voor wetgeving en conformiteitsbeoordeling als alternatief voor beschikking. Mijn opmerkingen hebben betrekking op normalisatie.

Op de beperking in het preadvies tot een Nederlandse context heb ik geen kritiek. Je moet ergens een grens trekken, en bovendien is de transnationale problematiek op prachtige wijze besproken door Scheltema. Toch wil ik Neerhof even uit de nationale comfortzone halen om te bekijken wat *alternatief bestuursrecht* nu echt kan betekenen.

Deze titel bracht mij de reclamecampagne in herinnering die de rijksoverheid een aantal jaren geleden heeft gevoerd om aspirant-ambtenaren te werven: 'Werken bij het Rijk. Als je verder denkt'.²⁸ Een van die reclame-uitingen gaat over kinderarbeid in de derde wereld. We zien een dame die de aanschaf van een spijkerbroek overweegt en een kind in een naaiatelier dat voor de productie zorgt. De reclamemakers wekken onverholo de indruk dat je iets aan kinderarbeid kunt doen door te gaan werken bij de overheid. Het stellen van publiekrechtelijke importbeperkingen zal nog niet meevallen in het licht van alle internationale vrijhandelsakkoorden. En verder zie ik geen Nederlands bestuursrecht dat handvatten biedt om iets te doen.

²⁷ Hoogleraar recht en bestuur aan de Wageningen Universiteit.

²⁸ Zie www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2010/01/13/bijlagen-voorbeelden-van-advertenties-uit-de-campagne/bindert.pdf.

Het alternatief is dan normalisatie: het stellen van normen op private basis betreffende de wijze waarop producten worden geproduceerd die bestemd zijn voor de Nederlandse markt. Deze normen kunnen vervolgens worden gehandhaafd door conformiteitsbeoordelingen.

We zien de Nederlandse overheid bij het formuleren van zulke ‘private’ normen ook werkelijk aan boord stappen. Of de belofte is waargemaakt om iets te doen aan arbeidsomstandigheden in de textielindustrie in de derde wereld, kan ik niet beoordelen. Maar vertegenwoordigers van de Nederlandse overheid hebben wel meegepraat aan de ronde tafels waaraan normen zijn geformuleerd voor de duurzame productie van palmolie in Indonesië en duurzame soja in Brazilië.²⁹ Op deze wijze functioneert normalisatie als instrument tot export van uit Nederlands beleid voortvloeiende normen naar buitenlandse productiesectoren. De vragen die Neerhof en Scheltema stellen, onder meer over legitimiteit en representatie, komen in die context des te scherper in het licht.

Maar dat nu even daargelaten. De reclamecampagne van het Rijk gaat niet alleen over kinderarbeid, maar ook over gezonde voeding, het beschermen van jongeren tegen al te slanke schoonheidsidealen, visvangst onder duurzaamheidskenmerken en dergelijke. Het bereiken van zulke idealen vergt het formuleren van normen over kinderarbeid, over de samenstelling van voedingsproducten, over het figuur van modellen die worden gebruikt in reclamecampagnes, en over het met rust laten van bedreigde vissoorten of visgebieden. Maar het vergt ook het collectief adopteren en naleven van deze normen. Het is precies hier dat het alternatieve bestuursrecht op zijn grenzen stuit.

In zijn preadvies gaat Neerhof in op de rol van het mededingingsrecht; ook Mohammad sprak daar zojuist over. Het preadvies concentreert zich met name op concurrentie op de markt voor normen en op de positie van de normstellende autoriteit. Als ik het goed zie, gaat het preadvies minder over de markt waar de normen worden toegepast. Collectieve naleving van normen betekent echter uitschakeling van concurrentie op die markt tussen producten die aan de norm voldoen en producten die niet aan de norm voldoen. We willen immers geen nichemarkt voor kinderarbeidvrij textiel, voor verbeterd junkfood, voor reclamecampagnes met realistisch geproportioneerde modellen en voor duurzaam gevangen vis. We willen een verbeterde inrichting van de samenleving als geheel.

En daar houdt het op. Binnen Nederland en binnen de Europese Unie is een collectieve afspraak tussen ondernemingen over het naleven van private normen mededingingsrechtelijk suspect. Anderhalve maand geleden heeft Anna Gerbrandy hier in Utrecht haar oratie gewijd aan juist deze problematiek. De kwestie is niet hypothetisch. Mohammad noemde het voorbeeld van de plofkip. De Autoriteit Consument & Markt (ACM) heeft bijvoorbeeld een afspraak op dat gebied beoordeeld in de

29 Zie O. Hospes, ‘Regulating biofuels in the name of sustainability or the right to food? The case of an emerging policy field in the Netherlands’, in: O. Hospes en B. van der Meulen (red.), *Fed up with the right to food? The Netherlands’ policies and practices regarding the human right to adequate food*, Wageningen: Wageningen Academic Publishers 2009; en O. Hospes, ‘Private law making at the round table on sustainable palm oil’, in: B. van der Meulen (red.), *Private food law*, Wageningen: Wageningen Academic Publishers 2011.

context van dierenwelzijn. Onder de noemer 'de kip van morgen' was een collectieve afspraak gemaakt om geen vlees meer te verkopen van kippen die niet een bepaald minimumniveau van dierenwelzijn hadden genoten. Mag dat, ja of nee? De ACM hanteert als criterium de vraag: wat heeft de consument ervoor over? Het antwoord was: minder dan het kost. De conclusie was: er is strijd met het mededingingsrecht. Het alternatieve bestuursrecht is niet bij machte een einde te maken aan de plofkip, en dus ook niet aan kinderarbeid, obesitas, anorexia en overbevissing.

Het streven naar een verduurzaming van de samenleving door middel van alternatief bestuursrecht raakt op deze wijze in een duivels dilemma. Voor zover maatregelen nodig zijn die de Nederlandse jurisdictie te buiten gaan, kan het publieke bestuursrecht niets. Voor zover collectieve gevolgen nodig zijn binnen de Nederlandse jurisdictie, mag het alternatieve bestuursrecht niet ingrijpen. Mocht Neerhof van mening zijn dat in situaties waarin het alternatieve bestuursrecht de enige weg is, die weg ook begaanbaar moet zijn, kan hij dan de maatregelen aanwijzen waarmee normalisatie zich daadwerkelijk tot een alternatief bestuursrecht kan ontwikkelen?

Dr. A.R. Neerhof

Dank aan Van der Meulen voor de mooie woorden en de uitdaging. Ik denk dat we begripsmatig zuiver te werk moeten gaan. De voorbeelden die Van der Meulen schetst, betreffen volgens mij geen echte normalisatienormen, maar wel private standaarden op het gebied van kinderarbeid, duurzame soja en dergelijke. Het is verder nodig een goed onderscheid te maken tussen enerzijds het proces van totstandkoming van NEN-normen of standaarden, waaraan iedereen kan meedoen, en anderzijds wat er vervolgens wordt gedaan door private partijen om af te dwingen dat iets conform een norm gebeurt of dat een bepaalde standaard in acht wordt genomen. Het voorbeeld waartegen de ACM bezwaar heeft, maakt op mij, zonder dat ik overigens de concrete casuïstiek ken, de indruk dat er door marktpartijen iets wordt afgedwongen. Er is een kolom, en een aanbieder zegt tegen de supermarkten: je mag niet iets aannemen dat op een plofkip lijkt. Dan hebben we met een heel andere configuratie te maken, in de sfeer van de toepassing van een standaard. Deze wordt door marktpartijen gebruikt, in privaatrechtelijke verhoudingen, om af te dwingen dat een bepaald product niet wordt afgenomen. Dit kan inderdaad mededingingsrechtelijk problemen opleveren.

De vrees van Van der Meulen is dan overigens nog steeds gewettigd. Er kan zich een probleem voordoen als er weliswaar een mooie norm of standaard is, maar de manier waarop de naleving daarvan wordt afgedwongen mededingingsrechtelijk niet in orde is. In dit verband moeten we goed naar het mededingingsrecht kijken. In het proefschrift van Schepel van een jaar of tien geleden wordt heel mooi geschetst dat mededinging eigenlijk alleen door de overheid mag worden beperkt.³⁰ Moeten we misschien, als het gaat om het behartigen van algemene belangen door anderen dan de overheid, niet gaan nadenken over de vraag hoe we dat mededingingsrechtelijk

³⁰ H. Schepel, *The constitution of private governance. Product standards in the regulation of integrating markets*, Oxford/Portland (OR): Hart Publishing 2005.

moeten duiden? Ik vind dit moeilijk, maar het lijkt me goed gedachten te vormen over wenselijke verdere ontwikkelingen in het mededingingsrecht. Moeten er wellicht mogelijkheden zijn om op de markt dingen te regelen waardoor bepaalde producten die aan bepaalde duurzaamheidseisen voldoen, worden gepromoot? Ik ben daar niet uit, maar het kan zijn dat we wat vernieuwing moeten doormaken en tot het inzicht moeten komen dat ook anderen dan de overheid de mededinging mogen beperken. Daarvoor moeten we dan wél bij het Europese loket zijn; dat is geen makkelijk debat.

Nogmaals: ik denk dat het door Van der Meulen geschetste niet sec aan de normen kleeft, maar aan de manier waarop er op de markt mee wordt gewerkt. Tussen de regels door hoop ik enigszins een toekomstperspectief te hebben geschetst.

Prof. mr. B.M.J. van der Meulen

Neerhof maakt de opmerking: hierover moeten we nog eens nadenken. Ik hoop daartoe te hebben opgeroepen. Hij zegt terecht dat de toepassing van normen op de grenzen van het mededingingsrecht stuit. Als wij de ambitie hebben om normalisatie en alles wat daaromheen zit te ontwikkelen tot alternatief bestuursrecht, gaat het ook om de inbedding van het systeem.

Prof. mr. H.E. Bröring³¹

De normen waarover we hier spreken, zijn ook uiterst relevant voor het privaatrecht en geven ook in kringen van privatisten veel stof tot discussie, bijvoorbeeld in de sfeer van aansprakelijkheid. Ik benader de mooie preadviezen meer vanuit het bestuursrecht. De preadviezen verdienen lof. Zo heeft Neerhof een uitgebalanceerd, juridisch scherpzinnig verhaal geschreven, maar mijn nadere complimenten volgen bij de borrel, die hopelijk berust op voortreffelijke conformiteitsbeoordelingen.

Normalisatienormen zijn kort gezegd afspraken over onderlinge afstemming van productkenmerken en dergelijke. Mijn eerste vraagpunt heeft betrekking op het draagvlak voor de gemaakte afspraak. De deelname van zwakke marktpartijen moet worden zekergesteld, schrijft Neerhof meermalen, maar hoever gaat dat? Ik denk dat op de meeste terreinen afspraken over de onderlinge afstemming van productkenmerken niet door de gehele branche expliciet worden onderschreven. Wanneer is er sprake van een normalisatienorm? Moet meer dan de helft van de brancheleden partij bij het maken van de afspraak zijn dan wel aangesloten zijn bij de betrokken brancheorganisatie, of minstens 90%? Wat vindt de preadviseur van het beleid van sommige regulators, inhoudende dat pas tot handhaving wegens schending van een normalisatienorm wordt overgegaan wanneer alle brancheleden een normalisatienorm hebben onderschreven? Mij lijkt het onzin; wat vindt de preadviseur ervan?

Mijn tweede vraagpunt betreft Aanwijzing 92, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Volgens deze aanwijzing moet naar een normdocument

³¹ Hoogleraar integrale rechtsbeoefening aan de Rijksuniversiteit Groningen.

worden verwezen op statische wijze. Dat betekent dat bij elke wijziging van een normdocument een nieuw besluit nodig is. Ik vraag mij af of dat handig en nodig is. Steeds wordt gewerkt met private veldnormen in het kader van open publiekrechtelijke normen, en waarom wordt niet ook bij normdocumenten dan het model gehanteerd dat bij wijzigingen in de invulling van zo'n open norm door middel van zelfregulering in beginsel de overheid die private normstelling volgt? De overheid kan zich beperken tot een uitdrukkelijk besluit, eventueel in de vorm van een beleidsregel, wanneer zij het met de wijziging van de private norm niet eens is. Mijn pleidooi is: *comply* als overheid, gegeven de primaire verantwoordelijkheid van de markt, en kies alleen voor een expliciet besluit in geval van afwijzing. Laat men niet na elke wijziging wetgeving gaan vaststellen, ook niet via delegatie. Mijn vraag luidt: is de preadviseur voorstander van statische of van dynamische verwijzing, of hangt het ervan af, en zo ja, zou dan in ieder geval de dynamische verwijzing niet het uitgangspunt moeten zijn?

Dan mijn derde vraagpunt. Normalisatienormen zijn kort gezegd afspraken over de onderlinge afstemming van productkenmerken en dergelijke. Maar wat is daaraan nu zo bijzonder vergeleken met deskundigenrichtlijnen, zoals milieuriichtlijnen? Je kunt ook aan de BREF-documenten over de best beschikbare technieken denken. Het begrip normalisatie doet denken aan standaardisatie. Bij normalisatie gaat het er primair om dát er een norm is, los van de inhoud daarvan. Het is bijvoorbeeld van belang dat we in het verkeer allemaal links rijden of allemaal rechts. Of we links of rechts rijden, is niet van belang, als we allemaal maar hetzelfde doen. Evenzo is het heel handig als stekkers van verschillende producenten in contactdozen van verschillende producenten passen. Ik vraag me echter af of de inhoud van een norm niet ook bij normalisatie nog veel belangrijker is dan de keuze van een bepaalde standaard. Het gaat toch vooral om de inhoud van die normen. Wordt mijn vraag bevestigend beantwoord, dan lijken mij de delen van Neerhofs preadvies over normalisatie in wezen een betoog over deskundigenrichtlijnen te zijn. Een prachtig, ragfijn betoog, maar niet speciaal over normalisatie. Mijn laatste vraag aan deze preadviseur is dan ook: wat is het verschil tussen normalisatienormen en deskundigenrichtlijnen, en is hij het eigenlijk niet met mij eens dat het begrip *normalisatie* misleidend is? Hebben de delen van het preadvies over normalisatie eigenlijk niet een veel ruimere strekking dan alleen normalisatie? Waarover heeft Neerhof eigenlijk geschreven?

Voorzitter: Misschien wil de preadviseur in zijn beantwoording met die laatste vraag beginnen.

Dr. A.R. Neerhof

Veel dank voor de lovende woorden! Bröring nam mij vroeger wel eens kwalijk dat ik hem door bepaalde opmerkingen in opperste vertwijfeling achterliet, maar hij staat nu 1-0 vóór.

Deze interventie brengt ons weer op het draagvlak voor de normen. Ik ga nu even 'positiefrechtelijk' antwoorden. Als je naar de statuten en het huishoudelijk reglement van NEN kijkt, zie je dat het uitgangspunt 'bij voorkeur consensus' is, maar dat consensus niet verplicht wordt gesteld. In voorkomende gevallen komt men er niet

uit en moet er wel een norm komen, en dan is het natuurlijk niet altijd erg dat lang niet iedereen het ermee eens is, maar een meerderheid is misschien toch wel aardig. Alleen ingrijpen bij normoverschrijding als alle partijen die norm onderschrijven, lijkt mij inderdaad een beetje erg veel van het goede, of van het kwade!

Ook de tweede vraag van Bröring, over de Aanwijzingen voor de regelgeving, vind ik erg prikkelend. Mij gaat het om het volgende. Als de wetgever naar normen verwijst, moet een check plaatsvinden. Het maakt mij eigenlijk niet zoveel uit hoe, als het maar gebeurt. Wanneer het efficiënter is dynamisch te verwijzen, dan is dat misschien ook een aanvaardbare constructie, mits de overheid de norm heeft bekeken en eventueel kan zeggen: ho, dit ga ik niet doen! Dynamische verwijzing zou ook het uitgangspunt kunnen zijn. Een soort basisregel is dan dat bij zwaardere belangen en risico's, bijvoorbeeld op het gebied van de veiligheid, ook een zwaardere toets aangewezen is. Ik denk aan een automatische rem op zomaar door kunnen hollen, waarbij dan toch statische verwijzing in de rede ligt. Bij veel normen van bijvoorbeeld het Bouwbesluit daarentegen kan ik mij het door Bröring aangeduide systeem voorstellen. Lang niet al die normen raken meteen aan de veiligheid.

Voorzitter: Wat wordt bedoeld met “het door Bröring aangeduide systeem”?

Neerhof: Niet statisch verwijzen, maar dynamisch.

Voorzitter: En wanneer vind je dynamisch verwijzen niet aanvaardbaar?

Neerhof: Wanneer er zware risico's zijn voor de veiligheid. Als het om activiteiten gaat waarbij dat het geval is, moet je een techniek van statische verwijzing hanteren. Dit is wat ik op dit moment kan bedenken. Ik pleit dus voor differentiatie.

Vervolgens de vraag of de passages in mijn preadvies over normalisatie niet eigenlijk over deskundigenrichtlijnen gaan. De ene NEN-norm is de andere niet, zoals ik, misschien wat gechargeerd, al enigszins heb laten zien. Ik meen wél te kunnen zeggen dat heel veel NEN-normen inderdaad testen standaardiseren. Hoe bepaal ik, om maar iets te noemen, wat de warmteweerstand van een baksteen is? Je hebt ook NEN-normen die iets zeggen over hoe je iets moet doen, bijvoorbeeld over schuldhulpverlening. Als NEN-normen vooral van belang zijn om te standaardiseren, geldt een ander verhaal dan wanneer het ook gaat om het bepalen van gewenst gedrag of van wat het beste kan. Bröring vraagt naar de consequenties van dit verschil, maar ik ben even de context van zijn vraag kwijt. Wat zou het betekenen als ik bepaalde NEN-normen meer behandel als deskundigenrichtlijnen?

Bröring: Bij normalisatie kan het om het even zijn welke standaard je kiest, als je maar een standaard hebt. We kennen allemaal de problemen met de verschillende soorten oplaadstekertjes voor mobieltjes, maar kiest men gewoon voor één stekertje, dan is het allemaal prachtig. Gaat het echter om normen waar echt belangenafwegingen achter zitten, met risicokeuzes over bijvoorbeeld ontploffingsgevaar, dan is het de vraag welke risico's de samenleving wil accepteren. Dan is politieke betrokkenheid veel belangrijker. Je zult dan een andere benadering moeten hebben, ook uit een oogpunt van legitimatie.

Neerhof: Daarmee ben ik het eens, en dan weet ik geloof ik toch weer waar mijn preadvies over gaat. Ik zat er gisteravond nog eens bij een glaasje wijn over na te denken. De certificering en normalisatie waar het hier vooral over gaat, betreffen producten op de markt en hoe je bepaalt of ze hun prestaties leveren. De context wordt een andere als allerlei maatschappelijke belangen meewegen. Daarbij komen we op het terrein van het preadvies van Scheltema. Ik ga inderdaad wat kort door de bocht, want die belangenafweging kan om de hoek komen kijken, maar vaak overweegt het standaardisatieaspect. En als dat overweegt, dan is de rol van de overheid vooral er belang aan hechten dát normen tot stand komen, waarbij zij meer afstand kan houden. Dat is anders dan bij de deskundigenrichtlijnen: daar moet je wat dichterbovenop zitten. PGS-richtlijnen vormen een goed voorbeeld, waarin je trouwens wél weer verwijzingen naar NEN-normen ziet, maar dan in een wat bredere context aan de hand van de vraag wat gewenst gedrag is.

Voorzitter: Michiels maakt zich er zorgen over of de aanwezigen zonder verdere toelichting wel goed gaan stemmen over stelling 3.

Prof. mr. F.C.M.A. Michiels

Ik vraag mij af hoe we stelling 3,³² waarover ik zelf in ieder geval nog niet heb gestemd, moeten lezen. Afgezien van het feit dat ik niet weet wanneer iets ‘erg’ is of niet, vraag ik aandacht voor het woordje ‘als’ in de stelling. Het impliceert wellicht dat er ook normen zijn die voor burgers of bedrijven niet het maatschappelijk of economisch verkeer faciliteren. Wanneer dit zo is, wordt met ‘als’ dus bedoeld: voor zover. In dat geval heb ik niet zoveel moeite met de stelling.

Neerhof: U kunt het lezen als ‘voor zover’.

Michiels: In mijn directe omgeving in deze zaal is gespeeld met de gedachte dat het woordje ‘als’ als ‘omdat’ zou kunnen worden gelezen. Als het zo zou moeten worden geïnterpreteerd, zou ik het ‘erg’ vinden dat burgers of bedrijven moeten betalen voor het inzien van NEN-normen waarnaar de wetgever verwijst.

Neerhof: Ik ook!

Michiels: Dan zou ik namelijk voor die normen moeten betalen als ze voor mij helemaal niet het maatschappelijk of economisch verkeer faciliteren. Ik stel nu vast dat ‘voor zover’ is bedoeld, maar dan is er nog één klein dingetje. Betekent dit dan niet iets voor de uitvoerbaarheid? Men moet nu namelijk gaan zitten kijken of Jan wel moet betalen en Piet niet.

³² Zie stelling 3 aan het eind van de inleiding van Neerhof in dit verslag [red.].

Het woordje ‘als’ moet inderdaad worden gelezen als ‘voor zover’. Een voorbeeld waarbij het profijt volgens mij overtuigend aanwezig is, wordt gevormd door de zojuist door mij behandelde NEN-normen in de bouw. Men heeft per saldo een kostenbesparing. Als er op een dergelijke manier profijt is, is naar mijn mening een betalingsverplichting niet zo erg, omdat de wetgever goede argumenten heeft. Een moeilijk punt is inderdaad dat wellicht de een er wel baat bij heeft en de ander niet. In de bouwsector functioneren de NEN-normen overigens op de markt, terwijl ze niet zozeer door de consument worden ingezien. Het zijn adviseurs en installateurs – mensen die technisch bezig zijn – die de normen inzien en daarmee in het productieproces worden gefaciliteerd. Zij hebben baat bij het raadplegen van de normen, en ze kunnen de kosten geheel of gedeeltelijk doorberekenen aan de consument. Dat laatste vind ik dan ook niet zo erg, want de consument heeft er baat bij dat die normen er überhaupt zijn. Hij hoeft ze zelf niet te kunnen inzien, want hij snapt er toch niets van.

Voorzitter: Maar dat geldt ook voor allerlei andere regels in het land die we gratis moeten kunnen inzien. Wat is dan het verschil?

Neerhof: Dat ze de normen niet snappen, is niet het doorslaggevende argument. Deze normen faciliteren vooral de marktpartijen en leveren kostenbesparing op. Voor zover dat zo is – het geldt niet voor alle NEN-normen –, lijkt het mij op grond van het profijtbeginsel verdedigbaar dat men moet betalen. Dit is de beperkte strekking van mijn stelling.

Prof. mr. W. Konijnenbelt³³

Eén ding weet men in ieder geval van me: dat ik me kan vergissen. Men is dus gewaarschuwd!

Aan het eind van deze dag wil ik drie beschouwelijke punten naar voren brengen die bij het lezen van de preadviezen en het horen van de beraadslagingen bij mij zijn opgekomen. Het uitspreken van lof voor de preadviseurs sla ik over, want ik vind dat niet nodig. Wie de preadviezen goed heeft gelezen en erover heeft nagedacht, en dan nóg niet door lof voor de preadviseurs is bevangen, heeft er gewoon niets van begrepen!

Min of meer een gemeenschappelijk thema van de drie preadviezen is: de ene norm is de andere niet. Voor het preadvies van Gerards moet daaraan worden toegevoegd: en ook de ene uitspraak is de andere niet. Dat is heel mooi, maar nu heb ik een wens. Ik zou denken dat we dit ook moeten toepassen op rechtsnormen, met name op wettelijke normen, algemeen verbindende voorschriften (AVV's). Het ene AVV is het andere niet. Dat is relevant wanneer we het, zoals Hirsch Ballin verleden jaar deed, over toetsing van AVV's door de rechter hebben, hetzij rechtstreeks, hetzij 'over de

³³ Onder andere emeritus hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam en oud-lid van de Raad van State.

band' naar aanleiding van een uitvoeringsbeschikking. Het maakt nogal wat uit of een bepaalde regel is voorgeschreven door de wet in formele zin, of – het andere uiterste – het zo'n regeltje is als we kunnen aantreffen in een ministeriële regeling of in nadere regels van burgemeester en wethouders. In hun toetsingsformule geven het College van Beroep voor het bedrijfsleven en andere rechters aan dat zij, omdat het om een AVV gaat, bij de toetsing op grote afstand moeten blijven. Ik vind dit een veel te botte benadering en ik zou ook hier voor een gedifferentieerd optreden willen pleiten. Er is bijvoorbeeld op het terrein van de rijksvoorschriften een wereld van verschil tussen enerzijds de algemene maatregelen van bestuur, waarover interdepartementaal wordt overlegd, die door de beste afdelingen van de departementen worden opgesteld en waarover ook de Raad van State nog adviseert, en anderzijds de ministeriële regelingen, die soms – het is echt waar – op zondagavond door een ambtenaar thuis worden opgesteld, waarna de minister er op maandagochtend zijn handtekening onder zet. Die twee uitersten zijn in kwaliteit volstrekt onvergelijkbaar. Bij raadsverordeningen en burgemeester en wethouders-regelingen ligt het niet helemaal hetzelfde, maar is toch wel iets soortgelijks aan de hand. Ik dring er bij rechters op aan te differentiëren in het toetsen. Ook hier geldt: de ene norm is de andere niet.

Mijn tweede punt. Er is gesproken, met name vanmiddag, over de legitimiteit van diverse vormen van *soft law*. Als ik het wel heb, wordt dat debat vooral gevoed door de *soft law* die afkomstig is uit landen met een wat ander rechtssysteem dan het onze, waarin sprake is van *regulation* – ook Scheltema wist daarvoor geen vertaling – door allerlei *agencies*. Dat is een vorm van normeren, verplichtingen opleggen, door instituties waarvan de democratische legitimatie buitengewoon zwak is, hetgeen voor een deel verklaart waarom er zoveel aandacht aan wordt besteed. In het Noord-Amerikaanse bestuursrecht gaat het eigenlijk vooral over dit soort dingen. Ik zou denken dat voor Nederland geldt dat hetgeen je van dat debat kunt leren, ook relevant is wanneer we het hebben over de activiteit van zelfstandige bestuursorganen (zbo's). De gedachteswisseling daarover is weer een beetje weggeëbd, maar in principe is de vraag hoe het handelen van zbo's te legitimeren – hoe moeten ze bijvoorbeeld verantwoording afleggen? – nog steeds actueel.

Mijn derde gedachte is nóg globaler dan het voorafgaande. Het ging vandaag voor een belangrijk deel over wat wel *soft law* wordt genoemd. Wat moet je doen wanneer je daarover een oordeel moet geven? Daarop werd iets van toepassing verklaard wat we als juristen eigenlijk allemaal geleerd hebben te doen. Als ons een vraag wordt gesteld, zeggen we niet ja of nee, of zus of zo, maar: het hangt ervan af. In de preadviezen wordt voortdurend naar voren gebracht dat men niet moet proberen algemene antwoorden op vragen te verzinnen, maar moet nagaan wat de relevante factoren zijn waarop je moet letten om uiteindelijk een verstandig oordeel te kunnen vormen. Als juristen vergeten we dat vaak, terwijl we toch allemaal zijn opgevoed met 'het hangt ervan af' als allereerste reactie. Ik leg de nadruk op deze aanpak, waarvoor alle drie de preadviezen heel veel reclame maken. Als benaming stel ik voor: de Haviltex-aanpak. Men kent het Haviltex-arrest uit de jaren tachtig. De Hoge Raad gaf daarin een formule voor de interpretatie van privaatrechtelijke contracten, en het is voor die materie nog steeds een basisarrest. In de loop van de tijd zijn er wat verfijningen op aangebracht, maar de basisformule is nog steeds dat moet worden

gelet op een aantal – drie à vier – factoren. Deze methode beveel ik ook voor veel bestuursrechtelijke vraagstukken aan.

Tot slot een postscriptum. Bij de eerste stemming van deze dag was er naast 'eens' en 'oneens' de mogelijkheid: 'dit is voor mij hogere wiskunde'. De juristen die daarop hebben gestemd: vreselijk! Een jurist die een beetje wiskunde niet aankan, kan niet deugen. Dames en heren die zo hebben gestemd: foei! Daarmee heb ik gezegd.

Stemmingen over de stellingen van Neerhof

Stelling 1

Voor het realiseren van publieke belangen kunnen normalisatie en certificatie niet worden gemist.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 90% zich vóór de stelling uitgesproken en 10% daartegen, terwijl 0% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 62 stemmen uitgebracht.

Voorzitter: Graag een toelichting van iemand die het met deze stelling oneens was.

Mr. C. Raat: Ik ben het kennelijk altijd graag oneens met stellingen! Het is maar weer net hoe je de stelling leest. Je wilt certificering en normalisering misschien niet missen, maar je kúnt ze wel degelijk missen. Dat betekent dan wel dat de wetgever weer aan de bak moet, en het is de vraag of dat wenselijk is.

Voorzitter: U zegt eigenlijk: het is misschien best handig om te hebben, maar je kunt ook zonder.

Neerhof: Als de wetgever het gaat doen, is dat buitengewoon kostbaar en ingewikkeld.

Stelling 2

Als wetgever en/of bestuur op normalisatie en certificering leunen, moeten zij waken over effectiviteit en draagvlak.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 98% zich vóór de stelling uitgesproken en 0% daartegen, terwijl 2% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 62 stemmen uitgebracht.

Voorzitter: Dit is natuurlijk een topscore.

Neerhof: Straks komt stelling 3!

Voorzitter: Je kunt het er bijna niet mee oneens zijn. Het is goed dat de bestuursrechtelijke beroepsgroep op dit punt over de taak van de overheid zo eensgezind is.

Stelling 3

Het is niet erg dat burgers of bedrijven moeten betalen voor het inzien van NEN-normen waarnaar de wetgever verwijst, als deze normen voor hen vooral het maatschappelijk of economisch verkeer faciliteren.

Mr. M.L.M. van der Loop: Sinds 1 januari 2016 zijn de NEN-normen waarnaar in wetgeving wordt verwezen gratis op de website toegankelijk. Het Rijk heeft dit afgekocht.

Neerhof: Nee, er is maar een heel klein deel waar dwingend naar verwezen wordt.

Van der Loop: Dat ernaar verwezen wordt, geeft aan dat de overheid er belang aan hecht, zodat ze gratis toegankelijk zouden moeten zijn, en dat in de praktijk ook zijn.

Neerhof: Voor veel normen waarnaar wordt verwezen, waaronder ook veel dwingende, geldt dat nog steeds niet. Daarover gaat de stelling.

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft 38% zich vóór de stelling uitgesproken en 57% daartegen, terwijl 5% zich van een oordeel heeft onthouden. Er zijn 61 stemmen uitgebracht.

Voorzitter: Ik heb begrepen dat in deze stelling ‘als’ moet worden vervangen door ‘voor zover’.

Michiels: ‘Voor zover’ betekent dat alleen degenen betalen voor wie het geldt.

Voorzitter: Een vraag voor Neerhof. Moet ik ook betalen als ik van de norm geen profijt heb?

Neerhof: Nee, dan niet. Het hangt ervan af hoe je ‘profijt’ definieert. Als je geen profijt hebt, hoef je niet te betalen.

Voorzitter: Maar je hebt wel gezegd dat een ieder wordt geacht profijt te hebben van het feit dat die regels er zijn. Of niet?

Neerhof: Ik vind dit een ingewikkeld debat. Als het over de bouw gaat, zeg ik dat zelfs de afnemers van bouwwerken er uiteindelijk profijt van hebben en dat het dan niet erg is dat de kosten van het inzien van de NEN-normen aan hen worden doorberekend door degenen die de normen raadplegen.

Voorzitter: Dat is toch een vrij ruime groep.

Neerhof: Dan vind ik het geen probleem.

Voorzitter: Graag een toelichting van iemand die zich tegen de stelling heeft uitgesproken.

Mr. dr. A. Tollenaar: Als de overheid naar regels verwijst, moeten die per definitie publiek toegankelijk zijn. Het maakt mij niet zoveel uit of ze NEN-normen of algemeen verbindende voorschriften heten.

Voorzitter: Waarom moeten zulke regels publiek toegankelijk zijn?

Tollenaar: Dit is een normatief oordeel. Regels die de overheid ons oplegt en waaraan wij ons moeten houden, dienen naar mijn mening publiek toegankelijk te zijn.

Voorzitter: Daaraan valt gewoon niet te tornen. Het is een soort natuurrecht. Oké.

Mr. L. von Meijenfeldt: Als je een norm eenzijdig dwingend oplegt, moet die norm toegankelijk en kenbaar zijn. Dat is een elementaire eis van de rechtsstaat. Hoe kun je geacht worden een norm na te leven als je die niet kent?

Neerhof: Het gaat er nu alleen om dat moet worden betaald. Ik vind het een beetje raar om te zeggen dat een norm niet kenbaar is als men moet betalen. Als de vergoeding veel te hoog is, is het natuurlijk mis, maar als je iets moet betalen, betekent dat niet zonder meer dat je de norm niet kunt raadplegen.

Voorzitter: Neerhof heeft mij tevoren verteld dat hij expres een nogal stoutmoedige stelling zou plegen. Dat is dus wel gelukt. Je kunt er verschillend tegenaan kijken; daar komen we nu niet uit. Ik hoop dat u allemaal wat geld spaart voor het geval dat u eens een keer een NEN-norm nodig hebt!

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. B.J. Schueler (voorzitter)
Mr. M.L.M. van der Loop (secretaris)
Mw. mr. M.L. Batting (adjunct-secretaris)
Mr. dr. R.J. Koopman (penningmeester)
Prof. mr. dr. Ch.W. Backes
Prof. mr. T. Barkhuysen
Mw. mr. N.H. van den Biggelaar
Mr. H. Bolt
Mw. mr. S.A. van der Does
Mr. dr. K.J. de Graaf
Mw. mr. dr. J.E. Hoitink
Mw. mr. dr. M.J. Jacobs
Mr. dr. H.G. Lubberdink
Mr. R.C. Stam
Mr. W. Wensink

Ereleden

Mr. J.M. Polak †
Mw. mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema