Hybride bestuursrecht

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

Preadviezen

prof. mr. J.H. Gerards, prof. mr. M.W. Scheltema,

dr. A.R. Neerhof

156

Boomjuridisch

VAR 156

ISBN 978-94-6290-220-6

Boomjuridisch

Hybride bestuursrecht

VAR-reeks
156

Hybride bestuursrecht

Preadviezen uitgebracht door

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

Voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
op 20 mei 2016

Boom juridisch
Den Haag
2016

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 156

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

© 2016 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 978-94-6290-220-6
ISBN 978-94-6274-529-2
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van de grondrechten 11
Prof. mr. J.H. Gerards

Transnationale private normen in het bestuursrecht 87
Prof. mr. M.W. Scheltema

Alternatief bestuursrecht: normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke belang 185
Dr. A.R. Neerhof

Bestuur en ereleden 313

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR 315

Inleiding

Het bestuursrecht heeft van oudsher betrekking op beslissingen die gevolgen hebben voor rechten of plichten van burgers en die genomen worden door bestuursorganen, al dan niet rechtstreeks gebaseerd op wetgeving. In het bestuursrecht hebben wij echter ook steeds meer te maken met 'hybride' vormen van recht: beslissingen die niet afkomstig zijn van overheidsorganen, uitspraken, rapporten en 'views' van internationale hoven of comités, internationale afspraken die private organisaties al dan niet samen met staten samen maken, internationale, Europese of nationale normen en certificaten en andere vormen van normen, besluiten of oordelen die een 'minder harde' juridische of formele status hebben. Een gevolg lijkt te zijn dat de betekenis van het hybride recht in de toekomst alleen maar zal toenemen. Dit hybride recht kan op allerlei manieren doorwerken in de verhouding tussen overheid en burgers, maar er rijzen veel vragen naar de precieze juridische betekenis, de legitimiteit en de effectiviteit van deze vormen van recht. In de preadviezen voor de VAR Vereniging voor Bestuursrecht van dit jaar worden drie van deze hybride vormen van recht belicht.

Het preadvies van Gerards gaat over *niet-bindende oordelen van verdragscomités en semirechterlijke instanties* op het terrein van de grondrechten. Deze oordelen kunnen maatschappelijk, maar ook juridisch veel impact hebben. Voorbeelden zijn het inmiddels befaamde 'bed, bad en brood'-oordeel van het Europees Comité voor de Sociale Rechten, over de minimale voorzieningen voor vreemdelingen zonder verblijfstatus in Nederland, en het rapport van het VN-Antirassendiscriminatiecomité, waarin kritische kanttekeningen werden geplaatst bij de Nederlandse traditie van Sinterklaas en zijn Pieten.

In het preadvies van Scheltema komen de regels, beginselen en gedragscodes aan de orde die op internationaal niveau worden vastgesteld door niet-statelijke organisaties en waarin in ieder geval private partijen zijn vertegenwoordigd, in het bijzonder non-gouvernementele organisaties en bedrijven. Dit wordt *transnational private regulation* (TPR) genoemd. Een al heel lang bestaand voorbeeld hiervan zijn de private regelingen over de inhoud van reclame-uitingen die door de Internationale Kamer van Koophandel in Parijs worden opgesteld en waarbij bedrijven afkomstig uit meer dan 130 landen zijn aangesloten. Een recenter voorbeeld is TPR op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen (dat onder meer betrekking heeft op mensenrechten, milieu, arbeidsomstandigheden en duurzaamheid). Door het transnationale karakter van TPR past deze, anders dan voor nationale private normering geldt, niet zonder meer in de Nederlandse rechtsorde.

In het preadvies van Neerhof worden *normalisatie en conformiteitsbeoordeling* belicht als belangrijke verschijningsvormen van regulering door private instellingen op Europees en nationaal niveau. Zij kunnen in het belang zijn van gezondheid, veiligheid of andere maatschappelijke belangen. Voorbeelden zijn certificering van liften door onafhankelijke private instanties of de vaststelling van technische normen voor het bouwen door een normalisatie-instelling op initiatief van private partijen of de overheid. De wetgever kan naar normen of certificaten verwijzen, maar overheden kunnen er ook op andere wijze gebruik van maken.

Niet-bindende oordelen van verdragscomités en semirechterlijke instanties, verschillende vormen van TPR en normalisatie en conformiteitsbeoordeling als specifieke vormen van private regulering hebben, als 'hybride' vormen van recht, met elkaar gemeen dat geen strikt statelijk gezag wordt uitgeoefend, maar er wel in meer of mindere mate juridische betekenis kan bestaan voor publieke regulering, besluitvorming door overheidsorganen of in rechtspraak. De preadviezen laten zien dat bij verschillende verschijningsvormen van hybride recht twee belangrijke vragen steeds terugkeren.

Ten eerste is er de vraag of gradaties kunnen worden onderscheiden in de 'rechtskracht' of juridische betekenis die aan uitspraken of normen van de hiervoor genoemde instanties toekomt en, zo ja, welke. Daarbij kan het gaan om erkenning van de uitspraken of normen door de overheid, feitelijke acceptatie van normen door betrokkenen en de mate waarin vooraf gestelde doelen (van zowel de private actoren zelf als van derden, zoals de overheid) ermee worden bereikt, zoals vooral relevant is voor de preadviezen van Neerhof en Scheltema. Ook kan het gaan om de vraag in hoeverre nationale en Europese rechters rechtswerking toekennen aan bepaalde normen, besluiten of interpretaties, zoals centraal staat in het preadvies van Gerards.

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

Deze twee hoofdvragen vormen de rode draad door alle drie de preadviezen, die daarmee beogen meer inzicht te bieden in het rechtskarakter van allerlei vormen van hybride recht en in de legitimiteit daarvan. In de preadviezen worden

sommige van de hiervoor genoemde vragen beantwoord, maar er worden ook nieuwe vragen opgeworpen en stellingen naar voren gebracht. Daarmee verschaffen de preadviezen allicht een goede basis voor verdere discussie over dit nieuwe en belangrijke onderwerp.

Janneke Gerards
Richard Neerhof
Martijn Scheltema

De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van de grondrechten

*Prof. mr. J.H. Gerards**

1	**Inleiding**	**13**
2	**De bevoegdheden van verdragscomités en internationale gerechtshoven op het punt van de grondrechten**	**17**
2.1	Internationale grondrechtenverdragen, verdragscomités en (semi) rechterlijke instanties	17
2.1.1	Grondrechtenverdragen	17
2.1.2	Toezichtmechanismen	18
2.2	Taakstelling en bevoegdheden van verdragscomités en internationale hoven – een korte typologie	20
2.3	Uitspraakbevoegdheden van verdragscomités en internationale hoven	27
3	**Gradaties van rechtswerking en het verschil tussen uitspraak en interpretatie**	**36**
3.1	Gradaties van rechtswerking	36
3.2	Het verschil tussen bindende en niet-bindende oordelen en interpretaties; *res interpretata*	38
4	**De juridisch-normatieve legitimatie van het toekennen van rechtswerking**	**42**
4.1	Inleiding	42
4.2	'Pacta sunt servanda' en verdragstoepassing te goeder trouw	42
4.3	*Communis opinio* en overlappende consensus	45
4.4	Het Weens Verdragenverdrag	46
4.5	Legitimiteit en het 'best placed'-argument	47
4.6	Constitutionele en rechtsstatelijke inbedding	48
4.7	Taak van de rechter bij het beslechten van grondrechtenkwesties	50

* Prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards is hoogleraar fundamentele rechten bij de Universiteit Utrecht. Ten tijde van schrijven van dit preadvies was zij als hoogleraar Europees recht verbonden aan de Radboud Universiteit. Het onderzoek van rechtspraak, wetgeving, beleidsstukken en literatuur ten behoeve van dit preadvies is afgerond per 1 december 2015.

5 Rechtswerking van uitspraken van verdragscomités: de praktijk 52
5.1 Inleiding 52
5.2 Rechtswerking in de rechtspraak van het EHRM 53
5.3 Rechtswerking in de Nederlandse rechtspraak 56
5.4 Conclusie 68

6 Conclusie 70

7 Discussiepunten 75

1 Inleiding

In november 2014 werd het inmiddels befaamde 'bed, bad en brood'-oordeel van het Europees Comité voor de Sociale Rechten (ECSR) openbaar. Het ECSR had tien jaar eerder al aangegeven dat minderjarige vreemdelingen recht hebben op toegang tot minimale voorzieningen, zoals voedsel en een dak boven hun hoofd.[1] Met dit nieuwe oordeel werd duidelijk dat dergelijke voorzieningen op grond van het Europees Sociaal Handvest aan iedereen moeten worden vergund.[2] Ook uitgeprocedeerde asielzoekers die niet meewerken aan hun terugkeer, hebben er volgens het ECSR recht op dat hun menselijke waardigheid en hun basisrechten op onderdak en voedsel worden beschermd. Dit oordeel leidde in het najaar van 2014 tot breed maatschappelijk en politiek debat. In deze discussie speelde ook een rol dat men niet zeker wist wat nu precies de status was van het ECSR-oordeel. Het kabinet concludeerde dat de verdragsuitleg van het ECSR niet in overeenstemming is met de tekst van het Europees Sociaal Handvest, zonder heel duidelijk te maken welke consequenties aan die conclusie moeten worden verbonden.[3] Met een behendige politieke zet gaf het aan in ieder geval pas maatregelen te willen treffen als het Comité van Ministers van de Raad van Europa zich over het ECSR-oordeel had gebogen en zijn oordeel daarover had uitgesproken – een mogelijkheid waarvan menigeen van tevoren nauwelijks wist dat die bestond.[4] Niettemin hadden talrijke gemeenten intussen voorzieningen getroffen

1 ECSR 8 september 2004, 14/2003 (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)/Frankrijk*), *JV* 2005/339; ECSR 20 oktober 2009, 47/2008 (*Defence for Children International (DCI)/Nederland*).

2 ECSR 1 juli 2014, 86/2012 (*European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA)/Nederland*); nr. 90/2013 (*Conference of European Churches (CEC)/Nederland*), *AB* 2014/64, m.nt. I. Sewandono, *EHRC* 2015/24, m.nt. M. den Heijer & Y. Donders, *JV* 2015/24, m.nt. Slingenberg. Eerder had het ECSR al voorlopige maatregelen aan Nederland opgelegd met de strekking dat moest worden gewaarborgd dat niemand van een menswaardige situatie verstoken zou blijven; zie ECSR 25 oktober 2013 (immediate measures), nr. 90/2013 (*Conference of European Churches (CEC)/Nederland*), *EHRC* 2014/9. Zie uitgebreid hierover ook Donders 2014.

3 Zie beantwoording van Kamervragen gesteld door de Tweede Kamerleden Pechtold, Van Haersma Buma, Slob, Van Ojik, Van der Staaij en Roemer, 30 april 2015, *Aanhangsel Handelingen* TK 2014/15, 2134.

4 Brief van de staatssecretarissen van VenJ en VWS van 11 november 2014, *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, 1915; Brief van de staatssecretaris van VenJ van 18 december 2014, *Kamerstukken II* 2014/15, 1940; vanuit de Eerste Kamer zijn kritische vragen gesteld over deze stap, maar de staatssecretaris zag daarin geen aanleiding om op dit voornemen terug te komen; zie verslag schriftelijk overleg 13 januari 2015, *Kamerstukken I* 2014/15, 34000 VI, L. Zie voor de uiteindelijke resolutie: Resolution CM/ResChS(2015)5, *Conference of European Churches (CEC) v. the Netherlands, Complaint No. 90/2013*, 15 april 2015.

om aan het oordeel tegemoet te kunnen komen.[5] Ook werden er allerlei procedures gestart door asielzoekers die voor enige vorm van opvang en ondersteuning in aanmerking wilden komen. Daarbij kenden verschillende rechters een zekere betekenis toe aan het oordeel, ook al erkenden zij dat het niet als zodanig bindend is voor Nederland.[6] De verwarring over de precieze juridische status van het oordeel is er daarmee niet minder op geworden.

Spraakmakend was ook een ander recent rapport van een verdragscomité, namelijk de 'concluding observations' die het VN-Antirassendiscriminatiecomité in augustus 2015 presenteerde.[7] Naast bevindingen op tal van maatschappelijke terreinen presenteerde dit comité enkele kritische kanttekeningen bij de traditie van Sinterklaas en zijn Pieten, waarbij de laatsten regelmatig worden afgeschilderd als zwarte knechtjes met kroeshaar, dikke lippen en ringen door de oren. Net als eerder een aantal andere VN-werkgroepen en speciale rapporteurs[8] concludeerde nu ook het VN-Rassendiscriminatiecomité dat de traditie al te stereotyperend is en bovendien beledigend en stigmatiserend voor mensen van Afrikaanse afkomst.[9] Het Comité beval dan ook aan om te komen tot een representatie van Zwarte Piet die meer recht zou doen aan de menselijke waardigheid en de mensenrechten van alle inwoners van Nederland.[10] Na de de presentatie van deze conclusies stonden de kranten bol van discussies over de waarde van deze bevindingen.[11] De juridische follow-up van de conclusies kreeg daarbij eveneens aandacht, onder meer doordat vanuit het kabinet werd aangegeven dat het vinden van een oplossing en het treffen van maatregelen bij dit onderwerp geen 'staatsaangelegenheid' zouden zijn.[12] Hierover is tot nu toe niet geprocedeerd, maar als dat wel gebeurt – bijvoorbeeld omdat wordt geklaagd over de vorm van een Sinterklaasintocht – is de kans groot dat de rechter de vraag moet

---

5 Een al wat ouder overzicht van de initiatieven van gemeenten is te vinden in de Initiatiefnota van de Tweede Kamerleden Gesthuizen, Van Ojik en Voordewind over de opvang en terugkeer van vluchtelingen, *Kamerstukken II* 2013/14, 34006, nr. 2.

6 Zie nader hoofdstuk 5, vooral par. 5.3; voor handzame (zij het ook, als gevolg van de actualiteit van de problematiek, alweer wat gedateerde) overzichten van de jurisprudentie, zie Donders 2014 en Mohammadi 2015.

7 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on the nineteenth to twenty-first periodic reports of the Netherlands*, Advanced Unedited Version, 28 augustus 2015, CERD/C/NLD/CO/19-21.

8 Brief van 17 januari 2013 aan de Nederlandse regering van de Chair-Rapporteur of the Working Group on people of African descent, the Special Rapporteur in the field of cultural rights, the Independent Expert on minority issues, and the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, AL Af. Descent 2012 Cultural rights (2009) Minorities (2005-4) G/SO 214 (78-15) NLD 1/2013. Zie hierover ook Lawson 2015, p. 327.

9 CERD concluding observations, *supra* n. 7, par. 17.

10 CERD concluding observations, *supra* n. 7, par. 18.

11 Zo rapporteerde *Elsevier* kritisch over de kwaliteit van de leden van het VN-Antirassendiscriminatiecomité: T. Borst, 'Deze omstreden VN-leden oordelen over racisme in Nederland', 28 augustus 2015, via www.elsevier.nl.

12 Zie persconferentie minister-president Rutte van 28 augustus 2015, http://nos.nl/artikel/2054617-rutte-zwarte-piet-geen-staatsaangelegenheid.html en zie 'Asscher: verander Zwarte Piet, maar niet vanuit de overheid', *NRC Handelsblad* 29 augustus 2015.

beantwoorden welke betekenis toekomt aan de door het Comité gegeven verdragsuitleg.[13]

De discussies rondom de 'bed, bad en brood'-uitspraak en de zwartepietenconclusies laten zien dat niet-bindende oordelen van verdragscomités tot de nodige controverse kunnen leiden. Die controverse betreft niet in het minst de precieze juridische betekenis die aan de oordelen en de gegeven uitleg toekomt. Enerzijds is er het besef dat het niet-bindend karakter van deze oordelen maakt dat ze een minder dwingende, juridische of formele status hebben.[14] Anderzijds blijkt wel degelijk te worden aangenomen dat er een zekere waarde aan toekomt, in die zin dat rechters er in hun oordelen rekening mee mogen of zelfs moeten houden.[15]

Deze ogenschijnlijk tegenstrijdige situatie roept twee vragen op die in dit preadvies centraal staan. De eerste vraag is een juridisch-normatieve: in hoeverre en hoe kan worden gelegitimeerd dat een zekere juridische betekenis of rechtskracht wordt toegekend aan (niet-bindende) internationale oordelen en interpretaties, en om welk soort 'rechtskracht' gaat het dan eigenlijk? De tweede vraag is meer analytisch van aard: op welke manier wordt in rechterlijke uitspraken rechtswerking toegekend aan de oordelen en uitleg van internationale verdragscomités en internationale hoven, en sluit die werkwijze aan bij de geformuleerde uitgangspunten van legitimiteit?

Bij de beantwoording van deze hoofdvragen beperkt dit preadvies zich tot het onderzoeken van internationale en Europese verdragsinstrumenten die specifiek zijn toegesneden op grondrechten, zoals het Europees Sociaal Handvest, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Andere verdragsinstrumenten blijven buiten beschouwing, ook al kennen ook zij vaak internationale organen die bevoegd zijn tot het geven van oordelen en interpretaties. Evenmin zal uitgebreid worden ingegaan op instrumenten en systemen waarbinnen weliswaar ook grondrechten een rol spelen, maar die veel breder zijn dan dit onderwerp alleen – zoals de Europese Unie. Het voordeel van deze focus is dat de thematiek van de grondrechten relatief duidelijk en samenhangend is, terwijl er op dit terrein wel veel voorbeelden zijn te vinden van internationale organisaties die niet-bindende interpretatieve verklaringen en oordelen afgeven. Bovendien bestaat hierbij een grote diversiteit in uitspraakbevoegdheden, inrichting van toezichtmechanismen enzovoort. Dit betekent dat het juist op het terrein van de grondrechten mogelijk is om de verschillen in rechtswerking goed te onderzoeken, zonder

13 Eerder vond er al een procedure plaats over een Sinterklaasintocht, maar daarbij kwam de Afdeling Bestuursrechtspraak niet toe aan de inhoudelijke vraag naar een eventuele discriminatie of aantasting van de menselijke waardigheid; daardoor kwam de vraag naar de eventuele verenigbaarheid met de internationale uitleg van het VN-Rassendiscriminatie ook niet op. Datzelfde gold overigens voor de uitspraak in eerste aanleg, waarin de rechtbank Amsterdam alleen toetste aan het EVRM. Zie ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, JB 2014/245, m.nt. R.J.B. Schutgens, AB 2015/55, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder en zie eerder Rb. Amsterdam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3888, JB 2014/182, m.nt. Brouwer, AB 2014/283, m.nt. G. Boogaard & F.M.J. den Houdijker. Zie voor speculaties over de mogelijke uitkomst van een procedure in Straatsburg verder Lawson 2015, p. 330 e.v.

14 Vgl. Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 773.

15 Vgl. Van Alebeek & Nollkaemper 2012, p. 357.

dat de lezer in verwarring wordt gebracht door het noemen van een veelheid van verschillende organisaties en casustypen. Natuurlijk brengt zo'n afbakening wel beperkingen mee, in die zin dat ook de conclusies zich alleen richten op de rechtswerking van niet-bindende oordelen van verdragscomités en internationale hoven op het terrein van de grondrechten. Gelet op de aard van de bevindingen valt tegelijkertijd te verwachten dat deze ook relevant zullen zijn voor oordelen van, bijvoorbeeld, een panel van de Wereldhandelsorganisatie of een gespecialiseerd VN-agentschap.

Voor een goed begrip van de materie, en om het mogelijk te maken de centrale vragen te onderzoeken, is het van belang om na te gaan welke verdragscomités en internationale (semi)rechterlijke instanties voor het Nederlandse recht relevante interpretaties, aanbevelingen en oordelen kunnen geven op het terrein van de grondrechten. Minstens zo relevant is het om te onderzoeken welke typen uitspraken zij kunnen doen, welke uitspraakbevoegdheden ze hebben, en, samenhangend daarmee, welke rechtskracht formeel gezien toekomt aan de verschillende uitspraken. Hoofdstuk 2 opent dan ook met een overzicht van deze preliminaire punten. Hoofdstuk 3 gaat vervolgens in op de vraag wat nu precies wordt bedoeld als wordt gezegd dat een oordeel of uitleg bindend of niet-bindend is, en hoe 'rechtskracht' en legitimiteit in de zin van dit preadvies kunnen worden gedefinieerd. Als dat eenmaal duidelijk is, kan hoofdstuk 4 een meer theoretisch inzicht geven in de mogelijke rechtvaardigingen en argumenten die zijn te geven voor het toekennen van een zekere rechtswerking aan oordelen en interpretaties van verdragscomités; dit hoofdstuk geeft dan ook een antwoord op de eerste onderzoeksvraag, doordat het zich concentreert op vragen van legitimiteit.[16] Op basis van de geformuleerde argumenten presenteert hoofdstuk 5 de bevindingen van het onderzoek naar de vraag welke rechtskracht *de facto* aan dit soort oordelen toekomt. Daarbij staat centraal hoe het EHRM en Nederlandse rechters de 'informele' internationale uitspraken op het terrein van de grondrechten in de praktijk hebben 'geformaliseerd'.[17] Ook zet dit hoofdstuk uiteen in hoeverre de gegeven toepassing verenigbaar is met de genoemde argumenten ter legitimering van een dergelijke rechtskracht. Hoofdstuk 6 sluit af met een aantal bevindingen ten aanzien van de vraag hoe rechters op een legitieme manier om kunnen gaan met niet-bindende oordelen van verdragscomités op het terrein van de grondrechten, dit aan de hand van de 'bed, bad en brood'-kwestie en de zwartepietendiscussie.

16 Vgl. ook Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 773.

17 Het begrip 'informeel internationaal recht' is ontleend aan Pauwelyn 2012.

2 De bevoegdheden van verdragscomités en internationale gerechtshoven op het punt van de grondrechten

2.1 Internationale grondrechtenverdragen, verdragscomités en (semi) rechterlijke instanties

2.1.1 *Grondrechtenverdragen*

Nederland heeft zich verbonden aan een groot aantal internationale en regionale verdragen waarin grondrechten zijn vastgelegd.[1] Sommige van deze verdragen omvatten een brede waaier van burger- en politieke rechten, variërend van de vrijheid van meningsuiting, de verenigingsvrijheid en de godsdienstvrijheid tot het eigendomsrecht en het kiesrecht. De voor Nederland belangrijkste voorbeelden van dergelijke 'klassieke' grondrechtenverdragen zijn het IVBPR en het EVRM. Van beide verdragen wordt aangenomen dat vrijwel alle erin opgenomen grondrechtenbepalingen een ieder verbindend zijn in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet.

Naast deze brede, klassieke grondrechtenverdragen zijn er verschillende verdragen waarin sociale, economische en culturele grondrechten zijn vastgelegd. Te denken is aan het Internationaal Verdrag voor de Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) in de VN-context en aan het Europees Sociaal Handvest (ESH) in de context van de Raad van Europa. Deze verdragen hebben een minder dwingend karakter dan de klassieke grondrechtenverdragen.[2] Voor de meeste van hun bepalingen wordt aangenomen dat zij geen rechtstreekse werking hebben, maar vooral inspanningsverplichtingen voor de staat omvatten.[3]

Tot slot is er een categorie van verdragen waarin specifieke grondrechten zijn vastgelegd, of waarin grondrechten worden gegarandeerd voor een specifieke groep.[4] Voorbeelden van het eerste zijn de verdragen tegen foltering (de VN-

1 Regionale verdragen waarbij Nederland geen partij is, zoals de Inter-Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens, blijven in dit preadvies buiten beschouwing.

2 Voor een nadere analyse van deze verschillen en hun achtergronden, zie onder meer Sepúlveda 2003, p. 118.

3 Er zijn aanwijzingen dat er afdwingbare minimumverplichtingen in het IVESCR kunnen worden ingelezen (erkend door het CESCR in allerlei General Comments, te beginnen met General Comment No. 3 van het Comité voor de Sociale, Culturele en Economische Rechten (CESCR), *The nature of States parties obligations*, 14 december 1990, E/1991/23), maar meestal wordt aangenomen dat de bepalingen niet een ieder verbindend zijn in de zin van art. 93 en 94 Grondwet; vgl. Dekker 2014, p. 440.

4 Zie nader Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2013.

Conventie tegen Foltering (CAT) en het Europees Verdrag tot voorkoming van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling en bestraffing (CPT)), de verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO) waarin voor het arbeidsrecht relevante grondrechten zijn neergelegd,[5] het VN-Verdrag tot uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, en diverse Raad van Europa-verdragen op specifieke terreinen als die van biomedische zorg en mensenhandel. Voorbeelden van verdragen die zich op bijzondere groepen richten zijn het VN-Kinderrechtenverdrag (IVRK), het (door Nederland nog niet geratificeerde) VN-Gehandicaptenverdrag, en het Kaderverdrag inzake de bescherming van nationale minderheden van de Raad van Europa. Deze laatste categorie verdragen bevat vaak een mengeling van klassieke en sociale grondrechten die aan de specifiek beschermde groep toekomen, waarbij de juridische afdwingbaarheid samenhangt met het rechtskarakter van de verschillende rechten.[6]

2.1.2 *Toezichtmechanismen*

Ratificatie van grondrechtenverdragen betekent dat de verdragsluitende staten de daarin vastgelegde verplichtingen moeten nakomen. Omdat dit niet steeds vanzelfsprekend blijkt te zijn, is in alle genoemde verdragen een zeker toezichtmechanisme opgenomen.

Voor de diverse VN-mensenrechtenverdragen zijn daarbij internationaal samengestelde comités in het leven geroepen, die bestaan uit zo'n achttien experts op het terrein van het betreffende verdrag.[7] Zo ziet het VN-Mensenrechtencomité toe op de naleving van het IVBPR en houdt het VN-Comité voor de Economische, Sociale en Culturele Rechten (CESCR) zich bezig met het IVESCR.[8] Daarnaast zijn er gespecialiseerde comités voor bijvoorbeeld het VN-Antifolterverdrag, het VN-Antirassendiscriminatieverdrag, het VN-Vrouwenverdrag en het VN-Kinderrechtenverdrag.[9] Binnen de VN bestaat daarnaast nog de VN-Mensenrechtenraad, niet te verwarren met het hiervoor genoemde VN-Mensenrechtencomité. Deze heeft tot taak om – ongeacht het verdrag waarover het gaat – het respect voor alle mensenrechten te monitoren voor alle staten die zijn aangesloten bij de VN.[10]

---

5 Zie voor een overzicht van deze ILO-verdragen Swepston 2012, p. 355.

6 Op dit punt kan het voorbeeld worden genoemd van art. 7 van het VN-Vrouwenverdrag, over de rechtstreekse werking waarvan in Nederland veel is gediscussieerd in het kader van de procedure over het uitsluiten van vrouwen van het passief kiesrecht door de SGP. Zie hierover nader o.m. Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2013.

7 Zie ook OHCHR 2011, par. 5 e.v.

8 Zie art. 28 IVBPR; voor het IVESCR geldt dat aanvankelijk niet was voorzien in een toezichthoudend comité, maar dat dit later is toegevoegd – zie nader Dekker 2014, p. 437.

9 Zie voor bondige uiteenzettingen van de werkzaamheden en bevoegdheden van al deze comités bijvoorbeeld de diverse bijdragen aan Krause & Scheinin 2012. In par. 2.2 en 2.3 wordt hierop op hoofdlijnen verder ingegaan.

10 De VN-Mensenrechtenraad (UN Human Rights Council) is op 15 maart 2006 ingesteld door de Algemene Vergadering van de VN als vervanger van de eerdere VN-Commissie voor de Mensenrechten (UN Commission on Human Rights) (zie resolutie 60/251). Zie uitgebreider hierover Kretzmer & Klein 2010, p. 41 en Clapham 2012, p. 88 e.v. Waar het VN-Mensenrechtencomité zijn

Ook op Europees niveau bestaat dit soort toezichthoudende comités. Bekend is vooral het in de inleiding genoemde Europees Comité voor de Sociale Rechten, dat toezicht houdt op de tenuitvoerlegging van het Europees Sociaal Handvest. Daarnaast zijn er meer gespecialiseerde comités, zoals het Comité ter Preventie van Foltering (meestal: CPT) is, dat kan onderzoeken of de normen van het Europese Anti-Folterverdrag voldoende worden nageleefd.[11]

Naast deze verdragscomités bestaat er een aantal regionale gerechtshoven die (ook) belast zijn met het toezicht op de tenuitvoerlegging van grondrechtenverdragen. Voor Nederland het meest relevant zijn daarbij uiteraard het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), dat kan onderzoeken of op nationaal niveau het EVRM voldoende in acht is genomen,[12] en het Hof van Justitie van de EU (HvJ), dat een belangrijke taak heeft waar het gaat om het toezicht op de naleving en de uitleg van het EU-Handvest voor de Grondrechten.[13]

Ten slotte is er nog een categorie 'overige'. Daartoe behoren organen of commissarissen die specifieke belast zijn met een bepaalde taak of met een bepaald onderwerp. Voorbeelden zijn de speciale VN- of Raad van Europa-rapporteurs met bevoegdheden op het terrein van, bijvoorbeeld, honger, armoede of de rechten van Roma. Daarnaast kan worden gedacht aan de Hoge Commissaris voor de Mensenrechten van de VN en de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, die tot bijzondere taak hebben om (onder meer) een dialoog te onderhouden met de nationale autoriteiten over het respecteren van mensenrechten.[14] Voor Europa relevant zijn ook organen als het EU-Grondrechtenagentschap (meestal afgekort als FRA),[15] dat aanbevelingen kan doen op het terrein van de grondrechten in de Europese Unie; de Venetiëcommissie, die adviseert over rechtsstatelijke kwesties;[16] of de Europese Commissie met betrekking tot Racisme en Tolerantie[17]. Hoewel deze organen en instituten een belangrijke functie

---

mandaat dus beperkt ziet tot het IVBPR, kan de VN-Mensenrechtenraad zich ook uitspreken over, bijvoorbeeld, sociaaleconomische rechten.

11 Voor een handzaam overzicht van het bijzondere mandaat, zie http://www.cpt.coe.int/en/about.htm.

12 Zie art. 19 en 32 EVRM.

13 Zie voor een nadere uiteenzetting van deze taakstelling door het Hof van Justitie zelf Advies 2/13 over de toetreding van de EU tot het EVRM, HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, *EHRC* 2015/65, m.nt. (1) J. Krommendijk & M. Beijer en (2) J.-W. van Rossem. Als in de inleiding is aangegeven, zal het EU-recht maar sporadisch een rol spelen in dit preadvies, gelet op het specifieke en sterk van andere internationale verdragsinstrumenten afwijkende karakter van de EU-verdragen.

14 De VN-Hoge Commissaris voor de Mensenrechten is ingesteld in 1993; zie de resolutie van de Algemene Vergadering van de VN van 20 december 1993, 48/141; zie voor een nadere beschrijving van de werkzaamheden bijv. Hannum 2012, p. 76 e.v. De RvE-Commissaris voor de Mensenrechten is ingesteld in 1999; zie daarvoor de resolutie van het Comité van Ministers van 7 mei 1999, (99)50.

15 Zie Verordening (EG) nr. 168/2007 tot oprichting van een Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, *Pb EG* 2007, L 53/1.

16 Zie nader Resolution Res(2002)3 adopting the revised Statute of the European Commission for Democracy through Law, Adopted by the Committee of Ministers on 21 February 2002 at the 784th meeting of the Ministers' Deputies, CDL(2002)27.

17 Zie nader Resolution Res(2002)8 on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance, adopted by the Committee of Ministers on 13 June 2002 at the 799th meeting of the

hebben bij het vormen van 'informeel' recht en bij de interpretatie van verdragsverplichtingen, blijven zij vanwege de grote variëteit in bevoegdheden en 'output' in dit preadvies verder onbesproken.

2.2 Taakstelling en bevoegdheden van verdragscomités en internationale hoven – een korte typologie

Hierboven, in paragraaf 2.1, is duidelijk geworden dat er voor Nederland veel verschillende internationale en regionale mensenrechtenverdragen zijn, waaraan evenzoveel toezichthoudende organen zijn verbonden. De precieze taakstelling en de bevoegdheden die aan de toezichthouders zijn toegekend, hangen sterk samen met de aard van de materie die in een bepaald verdrag wordt geregeld en met de mate van consensus die de verdragsluitende partijen hebben kunnen bewerkstelligen. Om enig inzicht te verschaffen in de verschillende mogelijkheden, volgt hierna een korte typologie van het soort taken en bevoegdheden dat aan internationale verdragsorganisaties is toevertrouwd. Een volledig overzicht is daarbij zeker niet beoogd.

Landenrapportages

Vrijwel alle internationale en regionale verdragen voorzien in een systematiek van landenrapportages.[18] Soms is dat zelfs het enige toezicht dat in een verdrag is neergelegd of dat aan een bepaald orgaan is toevertrouwd.[19] Deze systematiek behelst de verplichting voor alle verdragsluitende staten om periodiek – bijvoorbeeld eens per vijf jaar – te rapporteren over de manier waarop en de mate waarin zij tegemoet zijn gekomen aan hun verdragsverplichtingen.[20] In de rapportages geven staten weer hoe ze het verdrag in de afgelopen periode hebben uitgevoerd

---

Ministers' Deputies, amended by Resolutions CM/Res(2013)12 and CM/Res(2014)2 adopted, respectively, on 9 October 2013 and 19 February 2014 at their 1180th and 1192nd meetings.

18 Voor de VN-comités op het terrein van mensenrechten is een goed overzicht hiervan te vinden in OHCHR 2011. Zie voor de achtergrond hiervan Kretzmer & Klein 2010, p. 17 en Kälin 2012, p. 17.

19 Dit geldt voor de VN-Mensenrechtenraad, die alleen een bevoegdheid heeft tot het uitvoeren van de zogenoemde 'Universal Periodic Reviews'; zie nader Clapham 2012, p. 96 e.v. Ook voor de VN-verdragscomités is dit echter een zeer belangrijk instrument; zie O'Flaherty 2006.

20 Zie bijv. Boerefijn 1999; Krommendijk 2014. Meestal is de termijn voor het rapporteren vastgelegd in het verdrag, in andere gevallen bepaalt een verdragscomité zelf wanneer een nieuwe rapportage moet worden aangeleverd; dat laatste is bijvoorbeeld het geval bij het VN-Mensenrechtencomité; zie OHCHR 2011, par. 27 en Rodley 2012, p. 123. Andere comités, zoals het VN-Antirassendiscriminatiecomité, wijken in de praktijk af van de in het verdrag gestelde termijn van twee jaar, omdat deze frequentie voor staten te hoog is gebleken; zie OHCHR 2011, par. 31 en Kjærum 2012, p. 191. Een gegeven is daarbij dat lang niet alle staten tijdig en correct hun rapportages indienen, wat het werk van de verdragscomités ernstig bemoeilijkt. Sommige verdragscomités, zoals het VN-Antirassendiscriminatiecomité en het VN-Mensenrechtencomité, hebben zelfs een speciale procedure in het leven geroepen om staten aan te moedigen hun rapportages in te dienen; zie hierover Kjærum 2012, p. 191 en Kälin 2012, p. 46. In het VN-Gehandicaptenverdrag is deze procedure expliciet vastgelegd – zie art. 34 lid 7.

en welke factoren en moeilijkheden daarbij van invloed zijn geweest.[21] Het bevoegde verdragscomité bestudeert deze rapporten, vooral om vast te kunnen stellen of de staat het verdrag naar behoren heeft geïmplementeerd.[22] Het uitgangspunt is daarbij dat van een 'constructieve dialoog'.[23] Dat betekent dat er ruimte is voor een inhoudelijke gedachtewisseling over het rapport met een regeringsdelegatie en vaak ook met non-gouvernementele organisaties.[24] In deze dialoog is er aandacht voor zowel negatieve als positieve ontwikkelingen in de staat, zonder dat het toezichthoudend comité al te zeer (ver)oordelende uitspraken doet.[25]

Afleggen van (al dan niet aangekondigde) bezoeken; onderzoek uit eigen beweging

Sommige verdragscomités, in het bijzonder de comités die bevoegd zijn met betrekking tot de antifolterverdragen (CAT, CPT), hebben niet alleen tot taak om rapportages te bekijken, maar kunnen ook bezoeken afleggen aan verdragstaten om daar de omstandigheden te onderzoeken en te beoordelen. Voor het Europese CPT kan het daarbij gaan om aangekondigde bezoeken, maar ook om onverwachte inspecties, bijvoorbeeld van gevangenissen of detentiecentra.[26] Het Optioneel Protocol bij het VN-Verdrag tegen Foltering (OPCAT) voorziet in een andere variant. Het VN-Antifoltercomité kan uit eigen beweging een onderzoek starten, bijvoorbeeld op grond van bij het comité binnengekomen informatie,[27] maar 'fact finding missions' zijn onder het OPCAT alleen mogelijk met expliciete goedkeuring van de staat.[28] Daarnaast voorziet OPCAT in de oprichting in iedere aangesloten staat van een 'nationaal preventiemechanisme', dat de bevoegdheid moet hebben om onaangekondigde bezoeken af te leggen bij plaatsen waar mensen worden vastgehouden.[29] Samen met een VN-Subcomité ter preventie van foltering en onmenselijke behandeling ziet het nationaal preventiemechanisme toe op de naleving van het VN-Antifolterverdrag.[30]

---

21 Zie bijv. art. 40 lid 2 IVBPR.

22 Vgl. voor het IVBPR bijv. Buergenthal 2001, p. 349.

23 Vgl. OHCHR 2011, par. 17 en 59-62; zie eerder al Buergenthal 2001, p. 349 en Kretzmer & Klein 2010, p. 19.

24 Zie O'Flaherty 2006, p. 32; Kälin 2012, p. 24 e.v. De betrokkenheid van non-gouvernementele organisaties is vooral goed zichtbaar bij de socialegrondrechtenverdragen, zoals het IVESCR en het ESH; zie over dat laatste De Schutter 2012b, p. 468. Ook bij het VN-Mensenrechtencomité is hiervoor ruimte; zie Buergenthal 2001, p. 353. Zie over de waarde en risico's van deze betrokkenheid nader Kretzmer & Klein 2010, p. 48-51.

25 Mechlem 2009, p. 923. Niettemin blijkt dat een comité als het VN-Mensenrechtencomité zich in de praktijk wel degelijk bezighoudt met de vraag of een staat zijn verdragsverplichtingen voldoende is nagekomen, zodat zeker niet alleen sprake is van een 'vriendelijke dialoog'; dit is geleidelijk aan zo gegroeid; zie O'Flaherty 2006, p. 29; Kretzmer & Klein 2010, p. 36 e.v. Over de vraag hoe effectief dit toezichtmechanisme in de praktijk is, is heel wat geschreven; bijv. Buergenthal 2001, p. 346-347; Kälin 2012, p. 45 e.v.; Krommendijk 2014.

26 Zie art. 7 e.v. van het CPT.

27 Art. 20 OPCAT.

28 Art. 28 OPCAT; zie ook Nowak 2012, p. 181.

29 Art. 3, 4 en 17-23 OPCAT; zie ook Nowak 2012, p. 182.

30 Voor de oprichting van het Subcomité, zie UN Doc. CAT/OP/SP/SR.1 en nader Nowak 2012, p. 183.

In verband met verschillende VN-verdragen zijn verder enkele bijzondere procedures ingericht die zijn gericht op het vroegtijdig signaleren van ernstige problemen, zoals rassenhaat, raciaal gemotiveerde geweldpleging en ernstige schendingen van de rechten van vrouwen, kinderen of gehandicapten.[31] De VN-comités voor de respectieve verdragen kunnen daarbij onder meer bezoeken afleggen aan een staat, de aandacht van andere VN-organen vestigen op wat er gebeurt, en resoluties aannemen.[32]

(Uniforme) uitleg van het verdrag

Het EU-Werkingsverdrag (VWEU) is uniek in het toekennen van een specifiek interpreterende taak aan het HvJ EU met het oog op de uniforme en effectieve werking van het EU-recht, waartoe ook het EU-Handvest voor de Grondrechten behoort. Zoals bekend voorziet artikel 267 VWEU zelfs in een speciale procedure – de prejudiciële procedure – die het mogelijk maakt voor nationale rechters, en hen daar soms toe verplicht, om bij twijfel over de juiste uitleg van het EU-recht, de nationale procedure te schorsen en een uitlegvraag voor te leggen aan het HvJ. Dit stelt het HvJ in staat om in laatste instantie een eenvormige, voor alle lidstaten bindende uitleg te geven en de EU-verdragsverplichtingen verder te verfijnen en te verduidelijken.[33] Het HvJ kan deze taak alleen uitoefenen op verzoek van de nationale rechter.[34]

Hoewel minder vergaand uitgewerkt dan in het EU-recht, bevat ook het EVRM een interpretatietaak voor het EHRM. Op grond van artikel 32 EVRM strekt de rechtsmacht van het EHRM zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het EVRM en de daarbij behorende protocollen.[35] Treedt het nieuwe Protocol 16 in werking, dan wordt deze taak nog verder versterkt.[36] Protocol 16 – dat ook wel 'advies-' of 'dialoogprotocol' wordt genoemd – voorziet namelijk in een mogelijkheid voor nationale rechters om bij

31 Deze procedures zijn gestoeld op een initiatief dat is genomen door het VN-Antirassendiscriminatiecomité naar aanleiding van de genocides in de jaren negentig; zie 'Prevention of racial discrimination, including early warning and urgent procedures: working paper adopted by the Committee on the Elimination of Racial Discrimination', aangenomen tijdens de 63ste zitting van het VN-Antirassendiscriminatiecomité in 1993, A/48/18, Annex III; zie ook OHCHR 2011, par. 95 en Kjærum 2012, p. 193-194. In nieuwere verdragen is de procedure in de verdragstekst zelf opgenomen: zie art. 8-10 facultatief protocol VN-Vrouwenverdrag (en zie Cusack & Cook 2012, p. 232); art. 13 facultatief klachtenprotocol VN-Kinderrechtenverdrag (door Nederland nog niet ondertekend); art. 6 VN-Gehandicaptenverdrag (door Nederland nog niet geratificeerd).

32 Zie voor het VN-Antirassendiscriminatieverdrag nader Kjærum 2012, p. 193-194; voor het VN-Vrouwenverdrag, zie nader Cusack & Cook 2012, p. 233.

33 Zie bijv. Komarek 2007, p. 470.

34 Zie art. 267(3) VWEU; zie ook het klassieke arrest *CILFIT*, HvJ EG 29 februari 1984, zaak C-283/81, ECLI:EU:C:1984:91, par. 7 en meer recent en specifiek met betrekking tot grondrechten, HvJ EU 7 mei 2013, zaak C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), *EHRC* 2013/112, m.nt. J. Morijn, JB 2013/58, m.nt. J.M. Veenbrink & H.C.J.A. De Waele, *AB* 2013/131, m.nt. R. Widdershoven.

35 Zie nader Gerards 2014c.

36 Zie ETS-nr. 214, via http://conventions.coe.int. Het Protocol is voor ondertekening opengesteld op 2 oktober 2013 en treedt in werking als tien staten het hebben geratificeerd (art. 8 van het Protocol).

twijfel over de uitleg van het EVRM, het EHRM te verzoeken om een interpretatieadvies.[37]

Andere verdragen, zoals het ESH en de VN-verdragen, kennen niet een dergelijke expliciete uitlegbevoegdheid.[38] Toch hebben vrijwel alle VN-comités aangenomen dat voor hen een taak is weggelegd om te verduidelijken wat de verdragsverplichtingen inhouden.[39] Met dat doel geven zij zogenoemde 'General Comments' uit.[40] Het opstellen van deze General Comments is een duidelijk niet-rechterlijk proces, dat onder meer een uitgebreide consultatie behelst van non-gouvernementele organisaties en wetenschappers, met behulp van debatsessies en themadagen.[41] Oorspronkelijk gaat het bij de General Comments letterlijk om algemene opmerkingen die de comités konden maken naar aanleiding van de behandeling van verdragsrapportages.[42] Tegenwoordig hebben ze vooral tot functie dat ze de betekenis van specifieke verdragsbepalingen toelichten, bijna zoals dat gebeurt in een artikelsgewijs commentaar.[43] De gegeven uitleg kan vervolgens een rol spelen in de beoordeling van rapportages en van individuele klachten, zodat er een zekere precedentwerking van uitgaat.[44] Sommige comités, zoals het VN-Mensenrechtencomité en het CESCR, hebben via General Comments bovendien in algemene termen uitgelegd wat zij van de verdragsstaten verwachten waar het gaat om het respecteren, waarborgen en garanderen van de verdragsrechten, en wat zij verlangen van de staten in het kader van het toezichtmechanisme.[45]

Naast deze vorm van uitleg in de vorm van General Comments geven sommige verdragscomités via hun individuele oordelen uitleg aan de verdragsbepalingen. Het Mensenrechtencomité heeft zelfs expliciet aangegeven dat het zich in laatste instantie bevoegd acht om het IVBPR uit te leggen, al is dit controversieel.[46] Ook het ESCR, dat toeziet op de tenuitvoerlegging van het ESH, heeft in zijn oordelen

37 Zie nader hierover Gerards 2013b.

38 Vgl. Mechlem 2009, p. 919.

39 Zie voor het VN-Mensenrechtencomité bijv. HRC General Comment No. 33, *The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 5 november 2008, CCPR/C/GC/33, par. 13. Zie over het CESCR Riedel 2012, p. 145-146. Vgl. ook Mechlem 2009, p. 919 en p. 926.

40 Nader hierover Keller & Grover 2012, p. 117.

41 Zie nader Mechlem 2009, p. 928 en uitgebreid Keller & Grover 2015, p. 168 e.v.

42 Zoals bijvoorbeeld staat vermeld in art. 40 lid 3 IVBPR, vgl. Buergenthal 2001, p. 386; Keller & Grover 2012, p. 121; soortgelijke bevoegdheden zijn er voor de andere comités, zie nader OHCHR 2011, par. 130.

43 Mechlem 2009, p. 927. Voor het VN-Mensenrechtencomité, zie bijv. Buergenthal 2001, p. 386 en 388 en Rodley 2012, p. 125-126; voor het CESCR, zie Dekker 2014, p. 441. Een variant hierop zijn de 'General Recommendations' van het VN-Vrouwenverdragcomité en het VN-Antirassendiscriminatiecomité, die eveneens een verdragsinterpretatie kunnen behelzen; vgl. OHCHR 2011, par. 130, Cusack & Cook 2012, p. 222-223 en Kjærum 2012, p. 194.

44 Buergenthal 2001, p. 386; Mechlem 2009, p. 927.

45 Zie voor het VN-Mensenrechtencomité in het bijzonder het eerder genoemde General Comment No. 33 (zie noot 56). Het CESCR heeft aan de verplichtingen van de staten aandacht besteed in zijn General Comment No. 1, *Reporting by States parties*, 27 juli 1989, E/1989/22 en in General Comment No. 3, *The Nature of States Parties' Obligations*, 14 december 1990, E/1991/23 (vgl. ook Mechlem 2009, p. 932 e.v.).

46 Zie nader Harrington 2015.

aangenomen dat het bevoegd is de betekenis van de bepalingen van het ESH te verduidelijken, al is het maar omdat het ESH een belangrijk complement vormt voor het EVRM en daarom in parallellie daarmee moet worden gelezen.[47]

Statenklachten

Verschillende internationale grondrechtenverdragen, zoals het EVRM en de facultatieve protocollen bij het IVBPR en het IVESCR, voorzien in de mogelijkheid voor staten om te klagen over het niet-verdragsconform handelen van een andere staat.[48] Een staat kan dat willen doen om objectieve redenen, vooral als hij van mening is dat elders grondrechten worden geschonden en het belangrijk is dat dit wordt gecorrigeerd.[49] Daarnaast kan een staat dit doen vanuit een meer subjectief beschermingsperspectief, bijvoorbeeld wanneer de grondrechten zijn geschonden van eigen onderdanen die in een andere staat verblijven.[50] Een internationale rechter of een verdragscomité kan dan een onafhankelijk oordeel geven over dergelijke aantijgingen, waardoor de internationale orde uiteindelijk kan worden hersteld en/of bescherming kan worden geboden aan burgers. In de praktijk worden deze procedures hoogst zelden gebruikt. Onder het IVBPR en het VN-Antirassendiscriminatieverdrag is dit bijvoorbeeld nog nooit gebeurd.[51] Ook bij het EHRM is het aantal statenklachten in vergelijking tot de individuele klachten bijzonder klein.[52]

Individuele en collectieve klachten

Aanvankelijk was het ongebruikelijk dat individuen bij een verdragscomité konden klagen over niet-naleving van de verdragsverplichtingen door de staat. Verdragen binden immers alleen de staten, en de erkenning van de rechtssubjectiviteit van individuen is in het internationale publiekrecht lange tijd beperkt gebleven.[53] Het EVRM was dan ook revolutionair met het erkennen van een individueel klachtrecht, dat het voor mensen die zichzelf slachtoffer voelden van een EVRM-schending door de staat, mogelijk maakte om 'naar Straatsburg' te stappen. Daarbij moet wel worden bedacht dat het EVRM-systeem aanvankelijk

47 Vgl. ECSR 8 september 2004, 14/2003 (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)/Frankrijk*), JV 2005/339, par. 27. Zie nader De Schutter 2012a, p. 475.

48 Zie art. 33 EVRM; art. 41 IVBPR; art. 10 Facultatief Protocol IVESCR.

49 Vgl. Kretzmer & Klein 2010, p. 7-8; Merrigan 2014. De voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens benadrukte deze functie in *Oostenrijk/Italië*, EComRM 11 juni 1961, 788/60.

50 Zo heeft Georgië bij het EHRM een statenklacht ingediend tegen Rusland vanwege een aantal arrestaties door de Russische autoriteiten op Georgisch grondgebied en vanwege vermeende mishandeling van Georgiërs in Rusland; zie *Georgië/Rusland (I)*, EHRM 30 juni 2009 (ontv. besl.), nr. 13255/07.

51 Buergenthal 2001, p. 364; Rodley 2012, p. 126; Kjærum 2012, p. 191.

52 Tot nu toe zijn er tien statenklachten behandeld of nog in behandeling, waarbij verschillende klachten bovendien betrekking hebben op vergelijkbare feitencomplexen; zie hiervoor de databank HUDOC (http://hudoc.echr.coe.int). Zie voor verklaringen hiervoor Kretzmer & Klein 2010, p. 7 e.v.

53 Zie bijv. Kretzmer & Klein 2010, p. 5.

niet voorzag in een direct beroep bij een permanent zetelend, internationaal hof.[54] De huidige systematiek, met een rechtstreeks en individueel klachtrecht bij een permanent Hof, bestaat feitelijk pas sinds 1998.[55] Dit systeem heeft een grote aantrekkingskracht: jaarlijks wordt het EHRM benaderd met zo'n 60.000 individuele klachten.[56]

Ook onder de VN-verdragen bestaat een individueel klachtrecht, maar dat is steeds neergelegd in een afzonderlijk, facultatief protocol bij het betreffende verdrag.[57] Daardoor kunnen staten zich binden aan het eigenlijke grondrechtenverdrag, zonder te erkennen dat het toezichthoudend comité individuele klachten kan ontvangen en beoordelen. In sommige gevallen bestaat zo'n 'klachtenprotocol' bovendien nog maar net, zoals bij het IVESCR en het VN-Kinderrechtenverdrag.[58] Nederland heeft vrijwel al deze klachtenprotocollen geratificeerd, met uitzondering van de (nog erg recente) protocollen bij het IVESCR en het VN-Kinderrechtenverdrag en het individueel klachtrecht bij het VN-Gehandicaptenverdrag.[59] Voor zover het individueel klachtrecht door een staat is erkend, bestaat ook bij de VN-verdragen een mogelijkheid voor de bevoegde verdragsorganisatie om te onderzoeken of de verdragsstaat in het individuele geval zijn verplichtingen is nagekomen. Het gaat hierbij om een quasirechterlijke procedure van geschilbeslechting.[60] De VN-procedures voor individuele klachten worden redelijk vaak benut, maar de volumes zijn aanzienlijk minder groot in vergelijking tot het EVRM.[61]

---

54 In de oorspronkelijke procedure moesten individuen hun klacht indienen bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM), dat diende als een soort filter. Alleen als de ECieRM de klacht voldoende belangrijk achtte, kon zij besluiten die voor te leggen aan het EHRM (zie het oude art. 43 EVRM); tot het Negende Protocol in 1990 in werking trad, konden individuen dat niet zelf doen (en ook daarna alleen in beperkte mate; zie art. 5 van Protocol 9 bij het EVRM). Besloot de ECieRM daartoe niet, dan was het aan het Comité van Ministers – een politiek vertegenwoordigend orgaan dus – om de klacht verder af te handelen en te beoordelen of er in het concrete geval sprake was van een schending van verdragsverplichtingen.

55 Dit is het resultaat van de inwerkingtreding van Protocol 11 bij het EVRM. Het individueel klachtrecht ligt vast in art. 34 EVRM.

56 In 2014 werden er bijvoorbeeld 56.250 klachten geregistreerd, in 2013 waren dat er 65.800; zie http://echr.coe.int > statistics. Overigens behandelt het EHRM maar een klein percentage daarvan ten gronde; ongeveer 92% wordt afgedaan via een ontvankelijkheidsbeslissing (zie http://appform.echr.coe.int).

57 Vgl. Ulfstein 2012, p. 73.

58 Het klachtenprotocol bij het IVESCR is op 10 december 2008 aangenomen door de Algemene Vergadering van de VN en het is op 5 mei 2013 in werking getreden, nadat het door het vereiste minimum van tien staten was goedgekeurd. Het klachtenprotocol bij het VN-Kinderrechtenverdrag is van nog recenter datum: het is op 19 december 2011 aangenomen door de algemene vergadering en is op 14 april 2014 in werking getreden, nadat het door tien staten was geratificeerd. Zie hiervoor de VN-Verdragsdatabase: http://treaties.un.org.

59 Voor het Facultatief Protocol bij het IVESCR geldt dat eerst nog de gevolgen van ratificatie worden onderzocht; zie in dit verband nader Dibbets, Buyse & Timmer 2014 en Dekker 2014. Het VN-Gehandicaptenverdrag is door Nederland wel ondertekend, maar nog niet geratificeerd (zie voor de stand van zaken *Kamerstukken* 33990); datzelfde geldt daarmee voor het bijbehorende klachtenprotocol.

60 Buergenthal 2001, p. 367.

61 Voor statistische informatie over de verschillende individuele-klachtprocedures onder de VN-mensenrechtenverdragen, zie http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/StatisticalInformation.htm.

Een variatie op het thema van de individuele klacht is de collectieve klachtprocedure zoals die bestaat bij het Europees Sociaal Handvest.[62] Bij de herziening van het ESH in de jaren negentig werd overwogen om een individueel klachtrecht toe te voegen, maar dat bleek politiek onhaalbaar.[63] In plaats daarvan is ervoor gekozen om belanghebbende collectieven de mogelijkheid te geven een klacht in te dienen bij het ECSR.[64] Het gaat dan om internationale organisaties van werkgevers en werknemers, representatieve nationale vakbonden en werkgeversverenigingen, en andere niet-gouvernementele organisaties die een raadgevende status hebben bij de Raad van Europa.[65] Het ECSR heeft naar aanleiding van zo'n klacht tot taak te onderzoeken of de verdragsstaat het ESH 'al dan niet in toereikende mate heeft toegepast'.[66]

De procedure rondom de behandeling van individuele en collectieve klachten verschilt per verdrag. Soms mogen alleen individuen klachten indienen, maar soms ook groepen van individuen; in een aantal gevallen is het mogelijk dat non-gouvernementele organisaties klachten namens bepaalde groepen indienen,[67] en in andere gevallen kunnen klachten ook door vertegenwoordigers worden ingediend.[68] Een gemeenschappelijk kenmerk van alle procedures is dat een comité of internationale rechter de ontvangen klacht 'communiceert' aan de verwerende staat met de vraag om opmerkingen daarover in te dienen. In sommige gevallen mogen ook derde partijen, zoals non-gouvernementele organisaties, hun observaties kenbaar maken. Ook wordt een klacht steeds beoordeeld op zijn ontvankelijkheid, waarbij in de meeste gevallen onder meer bekeken wordt of nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput[69] en of er geen andere internationale instantie is geweest die de klacht al heeft onderzocht.[70]

---

62 Onder de ILO-Constitutie bestaat eveneens een collectieve klachtmogelijkheid, maar de procedure is daarbij een heel andere: daar wordt een klacht onderzocht door een ad hoc ingesteld tripartite comité; zie Swepston 2012, p. 361.

63 Churchill & Khaliq 2004, p. 424.

64 De procedure is in 1998 in werking getreden; in dat jaar is ook de eerste klacht ingediend en behandeld. Zie daarover nader Churcill & Khaliq 2004, p. 418. De procedure is gemodelleerd naar de ILO-procedure van collectief klachtrecht; zie Churchill & Khaliq 2004, p. 422 en Brillat 2005, p. 58.

65 Zie art. 1 collectief klachtenprotocol ESH; zie nader o.m. Churchill & Khaliq 2004, p. 424 e.v.; De Schutter 2012b, p. 472.

66 Art. 8 lid 1 collectief klachtenprotocol ESH.

67 Bijv. art. 2 facultatief protocol VN-Vrouwenverdrag.

68 Zoals voor de hand ligt is dit het geval bij het facultatief klachtenprotocol bij het VN-Kinderrechtenverdrag; zie art. 5 lid 2.

69 Een uitzondering hierop is het collectief klachtenprotocol bij het ESH, waarin deze eis niet wordt gesteld; zie nader De Schutter 2012a, p. 472.

70 Bij de meeste verdragen vindt eerst het ontvankelijkheidsonderzoek plaats en daarna afzonderlijk de beoordeling ten gronde; vgl. bijv. het facultatieve klachtenprotocol bij het IVESCR (zie nader Dibbets, Buyse & Timmer 2014, p. 8) en het collectieve klachtenprotocol bij het ESH (zie nader Churchill & Khaliq 2004, p. 434). Bij het EHRM vindt, na een eerste vooronderzoek, meteen communicatie plaats; meestal worden daarna de klachten tegelijkertijd onderzocht op ontvankelijkheid en gegrondheid. Zie daarvoor art. 29 lid 2 EVRM en nader Gerards 2014b, par. C.1.4. Ook het VN-Mensenrechtencomité is in de loop der tijd, om redenen van efficiëntie, de ontvankelijkheid en de gegrondheid tegelijkertijd gaan onderzoeken; zie Buergenthal 2001, p. 369.

In het kader van een ingediende klacht is het voor verdragscomités en internationale hoven vrijwel steeds mogelijk om een voorlopige maatregel of interimmaatregel aan de staat op te leggen. Voor een aantal VN-verdragen (waaronder het IVBPR) en voor het EVRM en het ESH is deze bevoegdheid niet expliciet in de verdragstekst terug te vinden.[71] De betreffende verdragscomités en het EHRM hebben niettemin aangenomen dat een dergelijke bevoegdheid inherent is aan het klachtrecht.[72] In recentere VN-klachtenprotocollen is een expliciete bevoegdheid opgenomen om voorlopige maatregelen te treffen.[73] Doel van dit soort maatregelen is om ervoor te zorgen dat de procedure voor het verdragsorgaan effectief kan verlopen.[74] Dat is bijvoorbeeld wenselijk in gevallen waarin de klacht betrekking heeft op een voorgenomen uitzetting naar een staat waar iemands leven wordt bedreigd – in dat geval zou de procedure door de uitzetting ernstig kunnen worden gefrustreerd. Ook wanneer iemand zich in zeer slechte omstandigheden in detentie bevindt, kan dat onherstelbare schade opleveren die het onmogelijk maakt om de naleving van de verdragsverplichtingen effectief te onderzoeken.[75]

Als de formele ontvankelijkheid eenmaal vaststaat, onderzoekt het bevoegde comité of hof de zaak ten gronde. De procedures zijn daarbij steeds net iets verschillend per verdrag, net als de bevoegdheden tot het doen van eigen feitenonderzoek en de inbreng van de partijen. Op basis van dit onderzoek formuleert het verdragscomité of hof conclusies ten aanzien van de vraag of de verdragsverplichtingen voldoende zijn nagekomen. Ook op dat punt lopen de procedures uiteen, net als de aard en de vorm waarin de bevindingen worden gepresenteerd. Paragraaf 2.3 gaat daarop nader in.

2.3 Uitspraakbevoegdheden van verdragscomités en internationale hoven

Uit de in paragraaf 2.2 gegeven typologie van taken en bevoegdheden van internationale comités en hoven zal duidelijk zijn geworden dat er een rijk palet aan internationale adviezen, rapporten, uitspraken, aanbevelingen en oordelen bestaat. Dit palet resulteert bovendien in een 'output' van sterk uiteenlopende aard,

71 Ulfstein 2012, p. 101. Aanvankelijk werd dan ook aangenomen dat deze bevoegdheid voor een comité als het ESCR niet bestaat; vgl. Churchill & Khaliq 2004, p. 437-438.

72 Ulfstein 2012, p. 101. Het EHRM heeft de mogelijkheid van het opleggen van interimmaatregelen en de klachtprocedure daarbij neergelegd in Regel 39 van het Reglement van het Hof. Zie voor het ECSR nader Rule 36 van de Rules of Procedure en zie Donders 2014, p. 258 en Voorlichting Raad van State inzake 'Immediate Measures' van het ECSR van 13 december 2013, *Kamerstukken II* 2013/14, 29279.

73 Zie art. 5 facultatief protocol IVESCR; art. 6 facultatief klachtenprotocol VN-Kinderrechtenverdrag (door Nederland niet ondertekend); art. 4 lid 1 facultatief protocol VN-Gehandicaptenverdrag (door Nederland nog niet geratificeerd).

74 Deze functie heeft het EHRM nader toegelicht in *Mamatkulov & Askarov/Turkije*, EHRM (GK) 4 februari 2005, nrs. 46827/99 en 46951/99, *EHRC* 2005/32, m.nt. E. Rieter, *JV* 2005/89, m.nt. B.P. Vermeulen & K. de Vries, *NJ* 2005/321, m.nt. E.A. Alkema, *AB* 2005/274, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 108. Zie uitgebreid over dit soort maatregelen Rieter 2010; zie korter t.a.v. het IVBPR bijv. Rodley 2012, p. 128; t.a.v. het EVRM, zie Burbano Herrera 2014.

75 Ulfstein 2012, p. 102.

wat het niet altijd gemakkelijk maakt om de rechtskracht en betekenis ervan voor het nationale recht te bepalen. Voordat daarop in wordt gegaan is het dan ook nuttig om eerst een – wederom grove – typologie te maken van verschillende soorten uitspraakbevoegdheden en 'producten' van het werk van internationale verdragscomités en van hun formele rechtswerking.

Concluding observations en rapporten

Een eerste 'product' zijn de bevindingen die verdragscomités in de regel presenteren na de bestudering van de periodieke rapportages die de verdragsstaten hebben ingediend.[76] Daarin vermelden zij niet alleen wat er naar hun mening goed en niet goed gaat in de betrokken staat, maar kunnen zij ook meer of minder concrete aanbevelingen voor verbetering doen.[77] Deze bevindingen kunnen verschillende vormen hebben – soms gaat het om rapporten, soms heten ze 'concluding observations' –, maar de opzet is in grote lijnen vergelijkbaar.[78] De VN-comités sturen hun concluding observations toe aan de betrokken staat, die er eventueel opmerkingen over kan maken.[79] De observations worden gepubliceerd (waarbij een aspect van 'naming en shaming' een rol kan spelen)[80] en er wordt melding van gemaakt in de jaarverslagen van het betreffende comité.[81] De andere staten kunnen op de gepubliceerde concluding observations reageren, waarna ook die reacties openbaar worden gemaakt.[82]

De concluding observations van de verdragscomités zijn niet bindend voor de betrokken staten, in de zin dat er geen rechtstreeks afdwingbare verplichtingen uit voortvloeien.[83] Het gaat om (gezaghebbende) adviezen en aanbevelingen aan de staten om te komen tot verbetering.[84] In het geval van de VN-Mensenrechtenraad kunnen de gedane aanbevelingen zelfs door de rapporterende staat worden verworpen.[85] Tegelijkertijd is er veel aandacht voor de follow-up van de concluding observations. Zo vragen alle VN-comités de staten om aandacht aan de implementatie te besteden in hun volgende verdragsrapportage.[86] Het VN-Mensenrechtencomité vraagt bovendien aan de staten om binnen een jaar te

76 De opzet van deze concluding observations is voor de verschillende comités min of meer hetzelfde; zie hiervoor (en voor de achtergronden) O'Flaherty 2006, p. 31.

77 O'Flaherty 2006, p. 31; OHCHR 2011, par. 74. In sommige gevallen geeft een verdragscomité ook een verdragsuitleg in zijn concluding observations, maar als 'standard setting'-instrument blijkt de waarde van deze vorm van 'output' beperkt; zie Kretzmer & Klein 2010, p. 53-54.

78 OHCHR 2011, par. 77. Zie over de naamgeving Rodley 2012, p. 125 resp. Riedel 2012, p. 144; vgl. ook Buergenthal 2001, p. 350.

79 Dat gebeurt veelvulding; zie Kretzmer & Klein 2010, p. 42.

80 Kretzmer & Klein 2010, p. 42-46; zij geven wel aan dat dit een lastig punt is omdat al te openlijke kritiek soms juist contraproductief kan werken in de complexe internationale relaties waar het hier om gaat.

81 OHCHR 2011, par. 77 en 78.

82 OHCHR 2011, par. 79.

83 O'Flaherty 2006, p. 33; Kälin 2012, p. 31.

84 O'Flaherty 2006, p. 33; Kälin 2012, p. 31.

85 Zie over de VN-Mensenrechtenraad Clapham 2012, p. 98. Zie kritisch over de aanbevelingen door het VN-Mensenrechtencomité Kretzmer & Klein 2010, p. 56.

86 OHCHR 2011, par. 80.

rapporteren over wat zij hebben ondernomen om recht te doen aan de bevindingen en aanbevelingen.[87] Ook het CESCR probeert soms extra druk uit te oefenen, namelijk door zijn terminologie aan te passen – als staten zich niet bereid tonen om aanbevelingen op te volgen, schroeft het de eisen op van 'the Committee is concerned', via 'the Committee suggests' of 'recommends' naar 'the Committee is of the opinion that the Covenant provisions have been violated and urges the state party to take immediate steps and to report back to the Committee in the next periodic report'.[88] Andere mogelijkheden om staten aan te zetten tot concrete follow-up zijn er ook. Het VN-Antirassendiscriminatiecomité heeft bijvoorbeeld een 'follow-up coordinator' benoemd, die een dialoog kan aangaan met de staat over de opvolging, gebaseerd op nadere rapporten over specifieke onderwerpen.[89] Innovatief is verder het VN-Gehandicaptenverdrag – door Nederland nog niet geratificeerd –, dat voorziet in een 'Conferentie van Verdragsluitende Staten' die regelmatig bijeen zal komen om de implementatie van het verdrag in de staten te bespreken.[90] Bijzonder in dit verdrag is bovendien de verplichting voor de aangesloten staten om nationale 'focuspunten' in te stellen die belast zijn met het houden van toezicht op de implementatie in de betreffende staat, en die naast de gebruikelijke mensenrechteninstituten moeten komen te staan.[91] Al deze methoden bewerkstelligen enige druk op de staten om gevolg te geven aan de bevindingen en de gedane aanbevelingen, maar het zal duidelijk zijn dat het hierbij primair gaat om politieke druk en 'peer pressure'.[92]

Oordelen in individuele en collectieve klachtprocedures en interstatelijke procedures

Bij oordelen die worden gegeven in het kader van individuele of collectieve klachtprocedures of in het kader van een interstatelijke procedure, zijn de uitspraakbevoegdheden verschillend per procedure.

Vergaand zijn de uitspraken van het EHRM over individuele klachten en statenklachten: zij zijn op grond van artikel 46 EVRM verbindend voor de partijen.[93] Uit het EVRM blijkt niettemin dat de bevoegdheid alleen het vaststellen van de ontvankelijkheid en de gegrondheid van de klacht betreft.[94] Het EHRM kan dus niet, bijvoorbeeld, nationale wetgeving nietig verklaren of besluiten vernietigen: de uitspraken zijn declaratoir van aard. Wel is er op grond van artikel 41 EVRM een bevoegdheid om een billijke genoegdoening toe te kennen als is vastgesteld dat er een schending heeft plaatsgevonden. Daarnaast heeft het Hof in zijn rechtspraak verduidelijkt welke concrete rechtsgevolgen en verplichtingen

87 Rodley 2012, p. 125.
88 Riedel 2012, p. 145.
89 OHCHR 2011, par. 83; Kjærum 2012, p. 193.
90 Art. 40 VN-Gehandicaptenverdrag. Bij deze bijeenkomsten kunnen ook non-gouvernementele organisaties aanwezig zijn, hetgeen wellicht nog extra druk oplevert; zie Quinn & O'Mahoney 2012, p. 297.
91 Art. 33 VN-Gehandicaptenverdrag; zie nader Quinn & O'Mahoney 2012, p. 297.
92 Vgl. Riedel 2012, p. 144.
93 Zie nader Glas 2014, p. 349 e.v.
94 Vgl. art. 29 EVRM.

voortvloeien uit de constatering van een schending.[95] Volgens het Hof betekent dit dat op nationaal niveau wordt voorzien in *restititio in integrum*, dat wil zeggen een herstel van de situatie zoals die geweest zou zijn als geen sprake was geweest van de schending van het EVRM. Het is daarbij aan de staat zelf om te kiezen hoe dit rechtsherstel wordt geboden: in natura – bijvoorbeeld door een procedure te heropenen, door een wet in te trekken, of door een ten onrechte onteigend stuk eigendom te restitueren – of via een schadevergoeding.[96] Vrij recent is het EHRM, op verzoek van de verdragsstaten, in sommige zaken bovendien overgegaan tot het geven van aanwijzingen aan de staten omtrent het te bieden rechtsherstel.[97] Voor zover dergelijke aanwijzingen worden opgenomen in het dictum van de uitspraak (hetgeen lang niet altijd gebeurt), vallen zij binnen het bereik van artikel 46 EVRM en zijn ze bindend voor de partijen. Zou in een dergelijk geval de staat weigeren de aanwijzingen op te volgen, dan handelt hij in strijd met het EVRM. Het Comité van Ministers van de Raad van Europa ziet vervolgens toe op de tenuitvoerlegging van de uitspraken.[98] Dat is een betrekkelijk politiek getint en op 'peer pressure' gebaseerd systeem, waarbij wordt nagegaan of een staat vorderingen heeft gemaakt.[99] Is de gewenste uitvoering aan de uitspraak gegeven, dan stelt het Comité dat vast in een eindresolutie. Is er nog werk te doen, dan constateert het Comité dit in een interimresolutie en houdt het de zaak op de agenda voor periodieke herbeoordeling.[100]

Dit alles is anders voor de beoordeling van individuele en collectieve klachten door internationale en Europese verdragscomités. Weliswaar kunnen deze comités conclusies bereiken rondom de naleving van de verdragsverplichtingen in een concreet geval, maar deze conclusies hebben gemeenschappelijk dat zij niet verbindend zijn voor de verdragstaten.[101] Ook kunnen de verdragscomités geen schadevergoedingsverplichting opleggen. Daarnaast verschilt de aard van de vaststellingen die een verdragscomité kan doen van die van het EHRM. Het VN-Mensenrechtencomité heeft bijvoorbeeld in algemene zin de bevoegdheid om zijn 'inzichten' of 'views' aan de staat bekend te maken omtrent een individuele klacht over een beweerde schending van het IVBPR.[102] Wat de inhoud is van die views, en of mag worden geadviseerd over de gevolgen die hieraan moeten worden gegeven, blijft in het facultatieve protocol bij het IVBPR onbenoemd. Het VN-Mensenrechtencomité heeft aangenomen dat het de bevoegdheid heeft om aan te geven welke maatregelen een staat zou moeten nemen om de schending te

95 Zie nader Glas 2014, p. 351 e.v.
96 Idem.
97 Nader Glas 2014, p. 360 e.v.
98 Glas 2014.
99 De voorfase van de beoordeling door het Comité van Ministers, die wordt voorbereid door het Secretariaat en het 'Execution Department' van het Comité, is overigens aanzienlijk meer juridisch en ondersteunend; zie daarover nader Glas 2016.
100 Zie uitgebreid over het functioneren van dit systeem Glas 2016.
101 Ulfstein 2012, p. 74. Dergelijke bindende internationale uitspraken zouden ook moeilijk te verenigen zijn met het beginsel van non-interventie in de nationale aangelegenheden van de staten; vgl. De Schutter 2012a, p. 57.
102 Art. 5 lid 4 facultatief protocol IVBPR.

repareren.[103] Hoewel deze aanwijzingen in de praktijk beperkt kunnen blijven tot de mededeling dat de staat 'toereikende compensatie' moet bieden, is het VN-Mensenrechtencomité, net als het EHRM, in veel gevallen preciezer.[104] Het heeft bijvoorbeeld in concrete gevallen aangeven dat het wenselijk is om een nationale procedure te heropenen of om de daders van misdaden tegen de menselijkheid te vervolgen.[105] Een gegeven blijft niettemin dat deze aanwijzingen voor staten niet bindend zijn en dat zij vaak alleen na lange interne procedures worden opgevolgd.[106]

Ook het ECSR heeft specifieke uitspraakbevoegdheden meegekregen. Volgens het aanvullend protocol bij het ESH kan dit Comité alleen vaststellen of een lidstaat het ESH 'in toereikende mate heeft toegepast'.[107] Mogelijk is deze formulering ingegeven door de wens tot terughoudendheid bij het geven van oordelen over de gevoelige materie van de sociaaleconomische grondrechten.[108] Het ECSR lijkt zich in ieder geval niet veel gelegen te laten liggen aan dit subtiele punt: in zijn uitspraken stelt het, net als andere comités, gewoon vast of in zijn visie sprake is van een verdragsschending of niet.[109]

De follow-up van de internationale en Europese oordelen is, net als bij de 'concluding observations', sterk afhankelijk van politieke druk en van 'peer pressure' op internationaal niveau. De wijze waarop die druk is georganiseerd verschilt opnieuw per verdrag, zoals hiervoor al aangegeven. Bijzonder is daarbij de constructie bij het collectief klachtenprotocol bij het ESH. Daaruit blijkt dat het ECSR zich met zijn bevindingen niet rechtstreeks tot de verwerende staat kan richten, maar rapporteert aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa.[110] Het Comité van Ministers behandelt de uitspraak van het ECSR als een advies, al gaat het af op de daarin gepleegde feitenvaststelling. Uiteindelijk zal het wel zelf zijn conclusies trekken ten aanzien van de vraag welke maatregelen een staat moet nemen om hieraan gevolg te geven.[111] Alleen als het ECSR heeft vastgesteld dat de staat zijn verplichtingen niet in toereikende mate is nagekomen, kan het Comité van Ministers besluiten om aanbevelingen aan de staat te doen. Het formuleren van aanbevelingen is een discretionaire bevoegdheid, waarbij het Comité van Ministers ook beleidsoverwegingen kan betrekken.[112] Het is niet helemaal duidelijk of het Comité van Ministers daarbij kan afwijken van de conclusies van het ECSR.[113] In de praktijk blijkt het in ieder geval maar

103 Diezelfde quasirechterlijke status komt naar voren in het gegeven dat individuele leden van het VN-Mensenrechtencomité individuele opinies ('dissenting' of 'concurring') kunnen toevoegen; zie Buergenthal 2001, p. 371.
104 Rodley 2012, p. 129.
105 Rodley 2012, p. 129; Van Alebeek & Nollkaemper 2012, p. 383.
106 Rodley 2012, p. 129; Ulfstein 2012, p. 75.
107 Churchill & Khaliq 2004, p. 429; Donders 2014, p. 256.
108 Churchill & Khaliq 2004, p. 430.
109 Churchill & Khaliq 2004, p. 429.
110 Nader ook Donders 2014, p. 256-257.
111 Art. 9 aanvullend protocol ESH.
112 Explanatory Report bij het ESH, par. 46; zie ook Churchill & Khaliq 2004, p. 438 en De Schutter 2012b, p. 473.
113 Zie nader de bespreking van de voor- en tegenargumenten bij Churchill & Khaliq 2004, p. 438-439.

zelden concrete aanbevelingen tot de staat te richten.[114] De aanbevelingen zijn bovendien niet-bindend, al is er een verplichting om in het kader van de algemene rapportageverplichting over de implementatie van het verdrag melding te maken van de maatregelen die zijn getroffen naar aanleiding van de aanbevelingen.[115]

Ook in het geval van de VN-verdragscomités bestaan er mechanismes waarmee enige druk op de verwerende staat kan worden gelegd om gevolg te geven aan de aanbevelingen die het heeft gedaan of de conclusies die het heeft bereikt in een individuele zaak. Het VN-Vrouwenverdragcomité kan bijvoorbeeld een rapporteur of werkgroep instellen om de follow-up in de gaten te houden, of kan de staat vragen om in een volgende periodieke rapportage aandacht te besteden aan de consequenties die de staat aan een oordeel heeft verbonden.[116] In meer algemene zin bestaat er soms een verplichting voor het toezichthoudende comité om de Algemene Vergadering van de VN te voorzien van een samenvatting van zijn activiteiten, waarbij het comité ook de aandacht kan vestigen op bepaalde 'views' of op de niet-nakoming daarvan door de verwerende staat.[117] Ook het geven van publiciteit aan het ontbreken van een goede follow-up is gekozen als methode om ervoor te zorgen dat staten de niet-bindende 'views' toch ten uitvoer leggen.[118] Het VN-Mensenrechtencomité heeft bovendien uitdrukkelijk aandacht besteed aan de tenuitvoerlegging in een General Comment.[119] Daarin heeft het duidelijk gemaakt dat het verwacht dat de staten zijn uitspraken serieus nemen, onder meer omdat zij 'in judicial spirit' tot stand zijn gekomen.

Interimmaatregelen

Bijzondere vragen kunnen worden gesteld ten aanzien van het karakter van interimmaatregelen of voorlopige voorzieningen. Het EHRM heeft geoordeeld dat de opgelegde interimmaatregelen voor de verwerende staat bindend zijn.[120] Reden daarvoor is dat het individuele klachtrecht, neergelegd in artikel 34 EVRM, bij niet-naleving van de interimmaatregel niet effectief kan worden uitgeoefend, waardoor de mogelijkheid van het doen van een (bindende) uitspraak zou worden gefrustreerd. Staten mogen volgens vaste rechtspraak van het EHRM dan ook niet eenzijdig besluiten om een interimmaatregel niet na te leven, tenzij sprake is van

114 De Schutter 2012b, p. 473.

115 Art. 10 aanvullend protocol ESH; zie nader Churchill & Khaliq 2004, p. 440; Donders 2014, p. 256; De Schutter 2012b, p. 474.

116 Voor het VN-Vrouwenverdrag is deze bevoegdheid terug te vinden in art. 7 lid 5 van het facultatief protocol. Cusack & Cooke 2012, p. 230.

117 Zie voor het IVBPR bijv. Buergenthal 2001, p. 373.

118 Buergenthal 2001, p. 373-374.

119 HRC General Comment No. 33, *The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 5 november 2008, CCPR/C/GC/33, par. 11. Zie ook Kanetake & Nollkaemper 2014, p. 767; Rodley 2012, p. 129.

120 EHRM (GK) 4 februari 2005, nrs. 46827/99 en 46951/99 (*Mamatkulov & Askarov/Turkije*), *EHRC* 2005/32, m.nt. E. Rieter, *JV* 2005/89, m.nt. B.P. Vermeulen & K. de Vries, *NJ* 2005/321, m.nt. E.A. Alkema, *AB* 2005/274, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

aantoonbare overmacht.[121] Ook de staten zelf hebben inmiddels erkend dat zij de opgelegde interimmaatregelen moeten respecteren met het oog op een goed procesverloop.[122]

Verdragscomités, zoals het VN-Mensenrechtencomité, gaan er eveneens van uit dat de opgelegde maatregelen door de staten worden opgevolgd en dat het niet in acht nemen van deze maatregelen strijdig is met de verplichtingen onder de betreffende verdragen.[123] Dit is te verklaren doordat deze comités de rechtskracht van hun maatregelen in het verlengde zien van de verplichting tot getrouwe navolging van de verdragen. Interimmaatregelen hebben immers primair tot doel om (verdere) frustratie en schending van grondrechten te voorkomen met het oog op een goed verloop van de procedure. Dat betekent dat het opvolgen ervan nodig zal zijn om te voldoen aan de (procedurele) verplichtingen onder het relevante verdrag en om het individuele klachtrecht te waarborgen.[124] Een schending van een interimmaatregel heeft in die redenering tot gevolg dat de verplichtingen onder verdrag rechtstreeks worden geschonden. Van het bindend karakter van interimmaatregelen, ook voor die comités die uiteindelijk geen bindende uitspraken kunnen doen, kan vanuit die redenering worden uitgegaan.[125]

Voor het ECSR, ten slotte, ligt de kwestie ingewikkelder.[126] Het ECSR is pas recent voor het eerst gevraagd om een voorlopige maatregel te formuleren, namelijk in de in de inleiding besproken 'bed, bad en brood'-zaak. In reactie op het verzoek van de klagende instantie richtte het ECSR een vrij algemeen geformuleerde 'uitnodiging' aan Nederland. Die uitnodiging betrof het treffen van maatregelen om ernstige en irreparabele schade aan de integriteit te voorkomen, in het bijzonder door de implementatie van een gecoördineerd systeem waarbij in basisbehoeften wordt voorzien.[127] Deze formulering liet toe dat de maatregel niet werd gezien als een bindende verplichting, maar eerder als een dringend verzoek, dat bovendien de nodige ruimte bood om naar eigen inzicht invulling te geven aan de gevraagde maatregelen.[128] Tegelijkertijd hanteerde het ECSR in zijn oordeel hetzelfde soort redenering dat bij de VN-comités en bij het

121 EHRM (GK) 10 maart 2009, nr. 39806/05 (*Paladi/Moldovië*), *EHRC* 2009/67, m.nt. A. Woltjer, par. 92; zie ook Burbano Herrera 2014, p. 508.

122 High-level Conference on the 'Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility', Brussels Declaration, 27 maart 2015.

123 VN-Mensenrechtencomité 19 oktober 2000, 869/1999 (*Piandong e.a./de Filippijnen*), UN doc. A/56/40 par. 5.1-5.4; zie ook Rodley 2012, p. 128; Ulfstein 2012, p. 100; Rieter 2010, p. 899 e.v. Voor het ECSR zie Rule 36 van de Rules of Procedure en zie Donders 2014, p. 258.

124 Van Alebeek & Nollkaemper 2012, p. 390-392; Rieter 2010, p. 899.

125 Van Alebeek & Nollkaemper 2012, p. 387 e.v.

126 Zie nader Mohammadi 2015, p. 757 en Voorlichting Raad van State inzake 'Immediate Measures' van het ECSR van 13 december 2013, *Kamerstukken II* 2013/14, 29279.

127 ECSR 25 oktober 2013 (immediate measures), 90/2013 (*Conference of European Churches (CEC)/Nederland*), *EHRC* 2014/9: 'Invites the respondent government to take the immediate measures indicated below: Adopt all possible measures with a view to avoiding serious, irreparable injury to the integrity of persons at immediate risk of destitution, through the implementation of a co-ordinated approach at national and municipal levels with a view to ensuring that their basic needs (shelter, clothes and food) are met; and Ensure that all the relevant public authorities are made aware of this decision'.

128 Vgl. Mohammadi 2015, p. 757. De vicevoorzitter van de Raad van State kwam in dit verband dan ook tot de conclusie dat er geen bindende werking aan de voorlopige maatregel toekwam; zie

EHRM maakt dat er bindende werking van uitgaat, namelijk dat naleving van een interimmaatregel noodzakelijk zou zijn 'with a view to avoiding the risk of a serious and irreparable injury and to ensuring the effective respect for the rights recognized in the European Social Charter'.[129] Dit zou erop kunnen wijzen dat ook hier het karakter van de interimmaatregel dat van het verdrag volgt, en dus een internationale verplichting oplevert die de staat niet mag negeren. Op dit punt heerst echter nog enige onduidelijkheid, niet in het minst nu dit tot dusver de enige zaak is waarin het ECSR interimmaatregelen heeft opgelegd.

Verdragsuitleg

Ten slotte is er een bijzondere categorie van uitspraakbevoegdheden, namelijk het geven van uitleg aan verdragsbepalingen en -verplichtingen. De vorm waarin die uitleg wordt gegeven en de aard van de gegeven uitleg, verschilt per internationaal verdragsysteem. Voor de uitleg die het HvJ geeft aan het EU-Grondrechtenhandvest, op basis van prejudiciële vragen in de zin van artikel 267 VWEU, geldt bijvoorbeeld dat zij *erga omnes*-werking heeft.[130] Nu het HvJ volgens deze bepaling uitdrukkelijk de bevoegdheid heeft om in laatste instantie een uniforme uitleg van het EU-recht te waarborgen, is de uitleg die het geeft in zijn uitspraken voor alle lidstaten evenzeer bindend. Zouden lidstaten hiervan eenzijdig afwijken, dan kan dat (theoretisch gezien) zelfs aanleiding vormen voor de Europese Commissie om een inbreukprocedure te starten.[131]

De verdragsuitleg die het EHRM in de toekomst kan geven op basis van het eerder besproken 'Adviesprotocol' 16, zal worden gegeven in de vorm van niet-bindende adviezen.[132] De rechter in de verdragstaat kan vervolgens zelf beoordelen in hoeverre hij het advies in zijn nationale uitspraak wil overnemen.[133] Besluit hij dat niet te doen, dan schendt hij daarmee niet zijn verplichtingen onder het EVRM. Tegelijkertijd is de vraag gerechtvaardigd of de in deze adviezen gegeven verdragsuitleg niet toch een zekere rechtskracht toekomt, vooral nu het EHRM uitdrukkelijk bevoegd is om het EVRM in laatste instantie uit te leggen.[134] Hetzelfde geldt voor de uitspraken die het EHRM doet over individuele klachten tegen andere staten dan de verwerende staat in een specifiek geschil. Ook daarbij geldt dat deze uitspraken de andere staten op grond van artikel 46 EVRM strikt genomen niet binden. Tegelijkertijd is van belang dat het EHRM op grond van artikel 32 EVRM de expliciete bevoegdheid heeft gekregen om uitleg te geven aan de in het EVRM vastgelegde grondrechtenbepalingen. Algemeen wordt

---

Voorlichting Raad van State inzake 'Immediate Measures' van het ECSR van 13 december 2013, *Kamerstukken II* 2013/14, 29279.

129 ECSR 25 oktober 2013 (immediate measures), 90/2013 (*Conference of European Churches (CEC)/Nederland*), EHRC 2014/9, par. 1.

130 Komárek 2007, p. 9-10; Bobek 2014, par. 2.3.

131 Bobek 2014, par. 2.3; Timmermans 2015, p. 115.

132 Zie art. 5 van Protocol 16; zie ook Gerards 2013b.

133 Zie hierover nader Gerards 2013b.

134 Vgl. Gerards 2013b en in meer detail Gerards 2014d.

aangenomen dat daarmee toch een zeker interpretatief gezag aan deze uitspraken toekomt ('*res interpretata*'), al is van formele *erga omnes*-werking geen sprake.[135]

Voor de General Comments en de views van de VN-verdragscomités geldt dat zij formeel gezien geen verbindende kracht hebben en dat staten strikt genomen hun verdragsverplichtingen niet schenden als zij niet handelen in overeenstemming met de gegeven uitleg.[136] Niettemin gaan de VN-comités er wel degelijk van uit dat hun interpretaties het nodige gezag toekomt en dat staten ze in acht moeten nemen in hun nationale regelgeving en besluitvorming.[137] Daarnaast baseren deze organen hun beoordeling in individuele gevallen regelmatig op de algemene verdragsuitleg die zij zelf hebben gegeven in de vorm van General Comments, views of zelfs concluding observations.[138] Daarmee zou ook hier een zeker interpretatief gezag kunnen worden aangenomen op basis van vaste rechtspraak. Hetzelfde geldt voor het ECSR, dat volgens het aanvullend klachtenprotocol bij het ESH geen expliciete uitlegbevoegdheid heeft, maar dat heeft overwogen dat, omdat het ESH een complement vormt voor het EVRM, het dit Handvest aan de hand van dezelfde methoden moet uitleggen als gebruikelijk zijn voor het EHRM.[139] Ook het ECSR baseert zijn oordelen bovendien regelmatig op de uitleg die het zelf in eerdere zaken heeft gegeven, en waaraan het een zekere 'zwaartekrachtwerking' lijkt toe te kennen.[140]

135 De Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa erkende dit in 2000 (PACE Resolution 1226/2000, *Execution of judgments of the European Court of Human Rights*, 28 September 2000 (30th Sitting), par. 3), de regeringsleiders deden dat in de top te Interlaken op 19 februari 2010 (Verklaring van Interlaken – Action plan, par. B.4.c.); zie verder bijv. Gerards 2014a; Bodnar 2014. Zie nader hierover hoofdstuk 3.

136 Vgl. ILA 2004, par. 16-18; Keller & Grover 2012, p. 129.

137 Zie met name het hiervoor al genoemde General Comment No. 33 van het VN-Mensenrechtencomité (noot 136). Ook in de literatuur is dit wel betoogd; vgl. bijv. Dibbets, Buyse & Timmer 2014, p. 9 en 16-17. Zie ten aanzien van het CESCR ook Dekker 2014, p. 443.

138 Buergenthal 2001, p. 386; Mechlem 2009, p. 919 en p. 922 e.v.

139 Zie ECSR 8 september 2004, 14/2003 (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)/Frankrijk*), *JV* 2005/339, par. 27. Zie nader De Schutter 2012b, p. 475-476.

140 Voor dit begrip, zie Adams 2006.

3 Gradaties van rechtswerking en het verschil tussen uitspraak en interpretatie

3.1 Gradaties van rechtswerking

Natuurlijk kan worden gezegd dat het stellen van de vraag naar de juridische betekenis of de rechtskracht van uitspraken, rapporten en General Comments van internationale verdragsorganen niet relevant is. Gesteld kan immers worden dat hun praktische waarde uiteindelijk volledig afhankelijk is van de bereidheid van staten en hun organen om de uitspraken na te leven. Al is een bepaalde uitleg neergelegd in een bindende uitspraak van een overigens gezaghebbend internationaal hof: als staten de uitleg massaal in de wind slaan en weigeren er gevolg aan te geven, is het gezag ervan uiterst beperkt. Dat gegeven houdt nauw verband met de *feitelijke* of *sociologische* legitimiteit van internationale uitspraken.[1] Bij die vorm van legitimiteit gaat het over de vraag in hoeverre actoren daadwerkelijk vinden dat uitspraken of rechtsregels moeten worden nageleefd, en in hoeverre zij dat ook echt doen. Bepalend daarbij zijn feitelijke gegevens als de overtuigingskracht van uitspraken en de ervaren morele plicht tot naleving van internationale normen, maar belangrijk zijn ook de aanwezigheid van factoren die input- en outputlegitimiteit bepalen (bijvoorbeeld transparantie en participatie) en politicologische mechanismen van vertrouwen, beïnvloeding en acceptatie.[2]

Voor juristen is deze feitelijke legitimiteit niet de enige die ertoe doet. Zij zullen ook benieuwd zijn of er een zekere *juridisch-normatieve* legitimiteit verbonden kan zijn aan de uitspraken en interpretaties. Het gaat er dan om of er juridisch relevante argumenten zijn die het redelijk maken dat een zekere rechtskracht wordt toegekend aan oordelen van verdragsorganisaties en internationale rechters.[3] Daarbij kan betekenis worden toegekend aan het bestaan van de juridische bevoegdheid om beslissingen te nemen en interpretaties te geven, aan het zorgvuldig doorlopen van van tevoren gecreëerde procedures, aan het in acht nemen van rechtsstatelijke waarborgen, enzovoort.[4] In het debat over de vraag of een uitspraak moet worden

1 Zie o.m. Fallon 2005, p. 1794 en p. 1827 e.v.

2 Vgl. Cali, p. 145, scenario 1 en p. 148; zie ook Kretzmer & Klein 2010, p. 3; d'Aspremont 2012, p. 190-191; Keller & Grover 2012, p. 138-139.

3 Zie voor juridische legitimiteit als een specifieke vorm van legitimiteit nader Fallon 2005, p. 1813-1814; Buchanan & Keohane 2008, p. 405; zie over normatieve legitimiteit o.m. Føllesdal 2013, par. II.

4 Vgl. Fallon 2005, p. 1819; Buchanan & Keohane 2008, p. 407; Ruiter & Wessel 2012, p. 164. Zie voor een nadere analyse ook uitgebreid Lasser 2004, die beargumenteert dat legitimiteit van

opgevolgd, of deze redelijkerwijze rechtsgevolgen kan sorteren, en of deze subjectieve en afdwingbare rechten kan genereren, zal een bindende uitspraak bijvoorbeeld moeilijker kunnen worden gepasseerd dan een niet-bindende uitspraak, een aanbeveling of een advies. Ook zal een uitspraak grotere juridisch-normatieve legitimiteit toekomen wanneer deze volgens zorgvuldige procedures tot stand is gekomen, en wanneer is voldaan aan waarborgen als die van onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak. Het is deze specifiek juridisch-normatieve visie op legitimiteit van internationale oordelen en interpretaties waarbij dit preadvies aanknoopt, eerder dan de meer feitelijke of sociologische.

In de legitimiteitsdiscussie bestaat soms de neiging om in binaire termen te denken – oordelen zijn bindend of niet-bindend, ze zijn juridische legitiem of niet legitiem, ze hebben rechtskracht of niet, *tertium non datur*.[5] Er bestaat echter een grijs gebied tussen te aanvaarden dat iedere internationale uitspraak dwingend en formeel verbindend is, en aan te nemen dat zo'n uitspraak een louter adviserende functie heeft en hoogstens relevant kan zijn in een politieke discussie.[6] Natuurlijk: bestaat er een harde en duidelijke internationale verdragsverplichting, of is er een bindende rechterlijke uitspraak gedaan, dan moeten de nationale autoriteiten ervoor zorgen dat het nationale recht in overeenstemming met die verplichtingen wordt gebracht. Maar als de verdragsverplichtingen minder duidelijk zijn, of als er 'slechts' aanbevelingen worden gedaan, dan betekent dit nog niet dat hieraan helemaal geen juridische betekenis kan toekomen.[7] Integendeel: vanuit een perspectief van juridisch-normatieve legitimiteit zijn verschillende gradaties van rechtswerking denkbaar, waarbij sprake is van een glijdende schaal.[8] Om enig houvast te bieden op deze schaal, kan worden aangenomen dat daarop in ieder geval zes punten zijn te onderscheiden:

1. volledige verbindendheid; verplichte *erga omnes*-werking;
2. *res interpretata*: de gegeven uitleg moet worden gevolgd wanneer die vastligt in een vaste rechtspraaklijn;
3. het toekennen van 'persuasive authority' aan de gegeven uitleg, waarbij afwijking alleen mogelijk is als hiervoor goede redenen zijn te geven;
4. het in aanmerking nemen van de uitleg als waardevol interpretatieinstrument; bij twijfel kan dit de doorslag kan geven;
5. het zijn van een bron van inspiratie temidden van andere bronnen, zonder ooit doorslaggevend te zijn;
6. het ontbreken van iedere juridische betekenis.[9]

---

rechtspraak sterk samenhangt met de mate waarin het rechterlijk optreden inpasbaar is in het rechtssysteem en de rechtscultuur waarbinnen de rechter opereert. Op zijn beurt wordt die inpasbaarheid voor Nederland mede bepaald door factoren zoals die hierna in hoofdstuk 4 worden beschreven.

5 Vgl. Wheatley 2011, p. 530; Schabas 2011, p. 97; Pauwelyn 2012, p. 127-128. Zie over dit begrip ook Sieburgh 2004.

6 Schabas 2011, p. 98; Pauwelyn 2012, p. 128; d'Aspremont 2012, p. 194.

7 Schabas 2011, p. 100; Van Alebeek & Nollkaemper 2012, p. 385.

8 Vgl. Pauwelyn 2012, p. 130; Ruiter & Wessel 2012, p. 163.

9 Vgl. ook Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 787.

Bij het denken over de rechtskracht van de verschillende soorten uitspraken van verdragscomités en internationale gerechtshoven, zoals hiervoor in paragraaf 2.3 besproken, is het goed deze beschikbaarheid van 'grijstinten' in het achterhoofd te houden.[10] Het is ook hierbij dat de uiteenzetting in paragraaf 4 aanknoopt; daar wordt ingegaan op de verschillende factoren die de juridisch-normatieve legitimiteit van internationale oordelen kunnen bepalen, en die daarmee invloed hebben op de plaats die een oordeel op de genoemde glijdende schaal kan innemen.

3.2 Het verschil tussen bindende en niet-bindende oordelen en interpretaties; *res interpretata*

Voordat kan worden ingegaan op de verschillende factoren die de legitimiteit van het toekennen van rechtswerking aan internationale oordelen bepalen, is het van belang om het verschil te benoemen tussen de (niet-)bindendheid van een *concreet oordeel* dat een verdragscomité of internationaal gerechtshof geeft over de verenigbaarheid van een nationaal handelen met een verdrag, en de (niet-)bindendheid van de *uitleg* die zo'n comité of hof aan een verdragstekst kan geven. Het verschil tussen bindende en niet-bindende concrete uitspraken is in zoverre evident, dat voor bindende uitspraken geldt dat staten ze niet opzij kunnen zetten of niet kunnen naleven zonder hun vrijwillig en uitdrukkelijk aangegane verdragsverplichtingen te schenden.[11] Bij niet-bindende uitspraken geldt die juridisch afdwingbare verplichting uiteraard niet.

Belangrijker en moeilijker wordt de discussie waar het niet zozeer gaat om de verbindendheid van de eigenlijke einduitspraak, maar om de overwegingen en argumenten die daaraan ten grondslag liggen. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het voorbeeld van het EVRM, waar in artikel 46 lid 1 uitdrukkelijk staat vermeld dat de uitspraken van het EHRM alleen bindend zijn *voor de partijen*. Dit betekent dat een staat die geen partij is bij het geschil, geen verplichting heeft om de uitspraak na te leven.[12] Inmiddels wordt echter vrij algemeen aangenomen dat de beperking van artikel 46 EVRM alleen geldt voor het 'operatieve gedeelte' van de uitspraak (het dictum), waarin het Hof declaratoir vaststelt of het EVRM in de voorliggende zaak is geschonden, waarin het bepaalt of een schadevergoeding moet worden betaald en waarin het individuele en algemene maatregelen kan opleggen.[13] Ten aanzien van de inhoudelijke argumentatie en uitleg die aan dat eindoordeel ten grondslag ligt, wordt een zogenoemd *res interpretata* of interpretatieve rechtskracht aanvaard.[14] Dit betekent dat aan de gegeven uitleg, als het EHRM die zelf als vaststaand aanvaardt, een betekenis toekomt die verder strekt dan de enkele uitspraak alleen.[15] Dit *res interpretata* houdt ermee verband dat het

10 Schabas 2011, p. 105.
11 Vgl. ook Cali 2014, p. 148.
12 Klein 2000, p. 706; Ress 2005, p. 374; Gerards 2014a, p. 22.
13 Glas 2014, p. 349; Gerards 2014a, p. 22.
14 Drzemczewski 2011, p. 246; Garlicki 2011, p. 280; Gerards 2014a, p. 23.
15 Bodnar 2014, p. 228; Glas 2014, p. 358.

Hof in zijn rechtspraak constitutief betekenis toekent aan de verdragsverplichtingen.[16] De bepalingen van het EVRM zijn daardoor verbindend *zoals zij worden uitgelegd* door het EHRM.[17] Het interpretatief gezag van het EHRM is daarbij gebaseerd op de tekst van het EVRM zelf, die, zoals besproken in paragraaf 2.3, een uitdrukkelijke uitlegbevoegdheid bij het EHRM heeft neergelegd. Door het EVRM te aanvaarden hebben staten ook aanvaard dat het EHRM de begrippen, termen en noties van de diverse bepalingen inkleurt. Waar het gaat om gevestigde interpretaties, zoals die bijvoorbeeld tot uitdrukking komen in de 'general principles' die het EHRM in veel uitspraken definieert, kan op die manier worden beredeneerd dat zij net zo bindend zijn voor de verdragsstaten als de EVRM-bepalingen zelf.[18] Redelijkerwijs kan daarbij worden aangenomen dat individuen voor de rechter een beroep kunnen doen op die uitleg, ook als die is gegeven in een uitspraak tegen een andere staat.[19]

De vraag is uiteraard of een dergelijk *res interpretata* ook kan toekomen aan de uitspraken van andere verdragsorganisaties die werken op het terrein van de mensenrechten. In dit verband is het voorbeeld van het EVRM niet helemaal representatief, omdat dit verdrag in twee belangrijke opzichten afwijkt van de meeste andere mensenrechtenverdragen. In de eerste plaats is er de verbindendheid van de uitspraken als zodanig, die duidelijk maakt dat de staten expliciet en welbewust hebben ingestemd met een internationaal hof dat het laatste woord heeft in grondrechtenkwesties. Minstens zo belangrijk is een tweede bijzonderheid, namelijk dat het EVRM in artikel 32 expliciet een uitlegbevoegdheid bevat voor het EHRM. Juist die bevoegdheid maakt dat het EHRM gelegitimeerd is om in laatste instantie de betekenis van de EVRM-bepalingen vast te stellen, zoals een hoogste of constitutionele rechter dat op nationaal niveau kan doen. Bij verdragscomités ontbreekt deze combinatie van factoren. Zoals in paragraaf 2.3 besproken is in veel gevallen de uitspraakbevoegdheid beperkt tot het vaststellen van een handelen dat al of niet in overeenstemming is met de verdragsverplichtingen. Een uitdrukkelijke interpretatiebevoegdheid ontbreekt dan, net als een verdragsrechtelijke erkenning van de verbindendheid van de uiteindelijke conclusies.[20] In die gevallen kan internationaalrechtelijk gezien als uitgangspunt gelden dat alleen de partijen die de macht hebben om een verdragstekst aan te passen, een gezaghebbende interpretatie van dat verdrag mogen geven.[21] In het licht daarvan is de vraag gerechtvaardigd of verdragscomités bevoegd zijn om een constitutieve uitleg te geven aan grondrechtenbepalingen in internationale verdragen, zodat die, net als bij het EVRM, dezelfde verbindende werking heeft als de bepalingen zelf.

In paragraaf 2.3 kwam al aan de orde dat veel verdragscomités impliciet wel uit lijken te gaan van het bestaan van een dergelijke uitlegbevoegdheid. Het ECSR

16 Fleuren 2014.
17 Fleuren 2014; Gerards 2014a, p. 22.
18 Gerards 2014a, p. 23.
19 De staten zelf hebben dit ook aanvaard; zie de zogenoemde *Verklaring van Interlaken* (High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken, 19 februari 2010), Action Plan, par. B.4.c. Zie nader hierover Bodnar 2014, p. 225 e.v.
20 Vgl. ILA 2004, par. 18.
21 Harrington 2015.

heeft zijn rapporten bijvoorbeeld op dezelfde manier ingericht als de uitspraken van het EHRM, met een onderdeel waarin het een algemene verdragsuitleg geeft waarin het gevestigde uitlegprincipes herhaalt, en een onderdeel waarin het vaststellingen doet over het concrete handelen van de verdragsstaat. Daarmee lijkt ook het ECSR erop te vertrouwen dat er een zeker *res interpretata* toekomt aan het uitleggedeelte in zijn rapporten.[22] Andere verdragscomités geven een algemene uitleg aan de verdragsbepalingen door middel van hun General Comments, en gaan er daarbij van uit dat die uitleg constitutief is.[23] Ook zij baseren hun 'views' in individuele zaken bovendien op hun eigen, gevestigde interpretaties, waarvan zij aannemen dat die een inherent onderdeel vormen van de verdragsteksten die zij toepassen.[24] Hoewel de verdragscomités dat niet verder hebben toegelicht, is die aanname vermoedelijk gebaseerd op het gegeven dat zij nu eenmaal in het leven zijn geroepen om op internationaal niveau toe te zien op de tenuitvoerlegging van het verdrag, waarbij zij een semirechterlijke functie hebben.[25] Een verdere veronderstelling lijkt te zijn dat dit toezicht alleen kan worden gehouden als de comités iets kunnen zeggen over de betekenis van de verdragsverplichtingen, en als die uitspraken vervolgens een ruimere betekenis toekomt. Uit de systematiek van de verdragen en de functie van de verdragsorganen zou dan een inherente uitlegbevoegdheid kunnen worden afgeleid.[26] Meegaan in deze logica betekent dat *res interpretata* ook toekomt aan de uitleg van verdragscomités als het ECSR en het VN-Mensenrechtencomité. Nationale rechters zouden dan dus af moeten gaan op de door de internationale instanties aan de verdragsbepalingen gegeven betekenis, waardoor de door hen gegeven uitleg alsnog constitutief wordt en daarmee *de facto* als bindend kan worden aangemerkt. Het niet-bindende karakter betreft dan uitsluitend nog het concreet gegeven oordeel over de verenigbaarheid van een nationale toepassing of uitvoering daarmee.

Als gezegd wordt deze impliciete aanspraak van verdragscomités op *res interpretata* niet ondersteund door een uitdrukkelijke interpretatiebevoegdheid in de verdragen.[27] Velen zullen bovendien niet bereid zijn (helemaal) mee te gaan in de hiervoor weergegeven redenering, in die zin dat zij niet zullen willen concluderen dat de verdragscomités de verdragsbepalingen bindend kunnen interpreteren.[28] In het hiervoor beschreven 'zwart-wit'-denken, dus het denken in termen van dwingend en niet-dwingend, en in bindend en niet-bindend, is het toekennen van *res interpretata* aan *alle* gevestigde uitleg door internationale verdragsorganisaties allicht te 'wit'. Er lijkt behoefte te bestaan aan de erkenning van een zekere pluraliteit van interpretatiebevoegdheid, waarbij zowel een verdragsinstantie als de nationale rechter kan claimen dat zij een verdrag mogen uitleggen.[29] De vraag is ook of het nodig is om zo zwart-wit te beredeneren dat alle door internationale comités gegeven verdragsuitleg dezelfde, bindende betekenis moet toekomen, of

22 Zie ook Donders 2014, p. 258.
23 Zie hierboven, par. 2.3.
24 Idem; zie ook Keller & Grover 2012, p. 129.
25 Vgl. O'Flaherty 2009, p. 34; Ulfstein 2012, p. 93.
26 Nader hierover Ulfstein 2012, p. 92-93.
27 ILA 2004, par. 18; Harrington 2015.
28 Vgl. O'Flayerty 2009, p. 35; zie kritisch hierover ook Ulfstein, p. 94 e.v.
29 Vgl. Citroni 2015.

juist helemaal niet. Net als bij het toekennen van rechtskracht aan de uitspraken als zodanig, zijn ook hier de eerdergenoemde tussenvarianten denkbaar.[30] De vraag blijft dan echter welke factoren en argumenten kunnen helpen te bepalen waar een internationale uitleg zich bevindt op het continuum van het geven van een volledig constitutieve betekenis aan een verdragsbepaling, tot het bieden van enkel wat (politiek getinte) inspiratie.

30 Vgl. ILA 2004, par. 19; Schabas 2011, p. 105.

4 De juridisch-normatieve legitimatie van het toekennen van rechtswerking

4.1 Inleiding

In paragraaf 3.1 is aangegeven dat een aantal grijstinten denkbaar is bij het toekennen van rechtswerking aan internationale oordelen en interpretaties. Zoals daar uiteengezet kunnen uitspraken zich overal bevinden op een glijdende schaal, waarop in ieder geval zes punten kunnen worden onderscheiden. Gelet op deze glijdende schaal is de vraag niet zozeer *of* rechtswerking kan worden toegekend, maar vooral *in welke mate* dit mag gebeuren.[1] Vanuit de rechtstheorie is een aantal argumenten en factoren aangereikt die kunnen helpen om een onderbouwde uitspraak te doen over de vraag hoeveel juridische betekenis aan een internationaal oordeel of aan een internationale interpretatie mag worden toegekend, dus waar een oordeel op de in paragraaf 3.1 besproken schaal moet worden geplaatst.[2] Gelet op het tweeledige doel van dit preadvies, namelijk te begrijpen welke rechtskracht in de praktijk wordt toegekend aan de internationale oordelen en te bepalen in hoeverre dat te billijken is, is het zinvol om deze argumenten in een afzonderlijk hoofdstuk te presenteren. Zoals eerder opgemerkt gaat dit preadvies daarbij niet verder in op de discussies over vertrouwen, feitelijke acceptatie en sociologische legitimiteit die ten grondslag liggen aan de manier waarop in de praktijk met de internationale interpretaties wordt omgegaan, maar richt het zich alleen op juridische argumenten. Ook legitimiteitscriteria die vooral relevant zijn voor regelgeving en beleid, zoals transparantie, participatie en verantwoording, komen niet als zodanig aan bod – al liggen zij soms wel in de hierna besproken argumenten besloten.

4.2 'Pacta sunt servanda' en verdragstoepassing te goeder trouw

Het toekennen van meer of minder gezag aan internationale uitspraken in het nationale rechterlijk oordeel kan allereerst afhankelijk worden gesteld van de mate van autonomie van de gegeven verdragsuitleg.[3] Daarmee wordt bedoeld dat er een verschil kan bestaan tussen uitspraken die dicht bij de tekst blijven en uitspraken die meer autonoom van aard zijn, en waarin een ruime uitleg wordt

1 Zie hierover ook ILA 2004.
2 Vgl. Buchanan & Keohane 2008, p. 424.
3 Zie voor het nationale constitutionele recht ook Fallon 2005, p. 1824.

gegeven aan bepalingen uit grondrechtenverdragen.[4] Bij strikt taalkundige en systematische interpretatie kan een belangrijke legitimatie worden gevonden in het klassieke principe van *pacta sunt servanda* of 'state consent'.[5] De idee is dat staten vrijwillig bepaalde verplichtingen zijn aangegaan die zij hebben vastgelegd in de verdragstekst. Als een verdragscomité dicht bij de tekst van de bepalingen blijft, doet het niet meer dan de al gemaakte, bindende afspraken toe te passen. De rechtskracht die verbonden kan worden aan de gegeven uitleg ligt dan in een directe lijn met de rechtskracht van de verdragstekst, en daarmee met de verplichting van de staat om het verdrag ten uitvoer te leggen.[6] In dezelfde lijn kan worden aangenomen dat een uitspraak die expliciet en duidelijk recht doet aan de onderliggende bedoelingen van een bepaald verdrag, een groot gezag toekomt.[7] Ook zo'n uitspraak volgt immers nauwgezet de (bedoelingen van de) afspraken tussen de staten.[8] Bovendien wordt daarmee aangesloten bij een andere klassieke notie van het internationale recht, namelijk die dat verdragsverplichtingen te goeder trouw ('in good faith') ten uitvoer moeten worden gelegd.[9] Daarmee wordt bedoeld dat zo goed mogelijk recht wordt gedaan aan de tekst en doelstellingen van het verdrag, dus dat een uitleg wordt gegeven die de verdragsverplichtingen effectief laat zijn.[10] Een interpretatie die nauw aansluit bij deze doelstellingen, ontleent haar legitimiteit mede aan deze algemene en breed aanvaarde verplichting.

In deze lijn doorredenerend zal de juridische legitimiteit minder sterk zijn wanneer een verdragsorgaan een heel ruime en autonome uitleg geeft aan verdragsbepalingen, die niet direct in het verlengde ligt van de tekst of van de bedoelingen van de opstellers van het verdrag.[11] Hetzelfde geldt wanneer een bepaalde verdragsuitleg of aanbeveling niet duidelijk wordt gekoppeld aan een van de verdragsbepalingen, zoals niet ongebruikelijk is bij de concluding observations van de VN-verdragscomités.[12] Het afnemen van legitimiteit in verband met het geven van al te sterk autonome interpretaties gaat zelfs op voor het EVRM, ook al heeft het EHRM een sterkere bevoegdheid tot interpretatie dan de meeste andere internationale verdragscomités.[13] Op zichzelf geldt dat het EVRM

4 Vgl. Wheatley 2014, p. 100.

5 Vgl. bijv. Dibbets, Buyse & Timmer 2014, p. 8, al koppelen zij dit niet rechtstreeks aan de tekstgebondenheid van de uitleg. Er is overigens wel discussie over deze variant; zie bijv. de bespreking bij Schaffer 2014, p. 232 e.v. Daarnaast kan een zekere legitimiteit voor deze benadering worden gevonden in de interpretatiebeginselen die in het Weens Verdragenverdrag zijn neergelegd; zie art. 31 lid 1 WVV en vgl. Mechlem 2009, p. 911. Zie verder Buchanan & Keohane 2006 p. 412-413.

6 Vgl. ook O'Flaherty 2006, p. 36; Kälin 2012, p. 32.

7 Zie over dit begrip en de functie ervan vooral Lasser 2004, p. 206 e.v.; Gerards 2014a.

8 Vgl. Schaffer 2014, p. 237. Zie ook Gerards 2014a, p. 40-41. Een argument voor rechtskracht van nauw met het doel van een verdrag(sbepaling) verbonden interpretaties kan ook worden gevonden in het Weens Verdragenverdrag, dat aansluiting bij 'object and purpose' van het verdrag ziet als een belangrijk richtsnoer voor verdragsinterpretatie (zie art. 31 lid 1 WVV); zie hierover nader Mechlem 2009, p. 912 en Senden 2011, p. 92 e.v.

9 Zie bijv. Schlütter 2012, p. 286.

10 Schlütter 2012, p. 286.

11 Vgl. Mechlem 2009, p. 926.

12 Hierover nader Kälin 2012, p. 49 e.v.

13 Vgl. ook Bodnar 2014, p. 235.

een verdrag is met een heel specifiek, van het normale patroon afwijkende karakter, dat een bijzondere en meer autonome vorm van interpretatie rechtvaardigt.[14] Het EVRM kan door zijn bijzondere aard als 'living instrument' worden gezien dat in het licht van hedendaagse opvattingen moet worden geïnterpreteerd, en waarbij een van het nationale recht losstaande uitleg moet worden gegeven aan de erin opgenomen termen en begrippen.[15] Ook voor het EHRM geldt echter dat interpretaties die ver afdwalen van de letterlijke tekst en van de kern van het EVRM, in het algemeen controversieel zijn.[16] Aan dergelijke interpretaties kan op nationaal niveau dan ook minder dwingend gezag worden toegekend, zeker als zij nog niet stevig zijn verankerd in een langere lijn van rechtspraak.[17]

Een ander, duidelijk voorbeeld van sterk autonome interpretatie is te vinden in de oordelen van het ESCR over de aanspraak op basisvoorzieningen als toegang tot voedsel en onderdak. In de verschillende uitspraken die het ECSR daarover heeft gedaan, heeft het erkend dat de tekst van het ESH de toepassing van de daarin opgenomen grondrechten op onrechtmatig in de staten verblijvende personen uitdrukkelijk uitsluit en dat de wil van de verdragsluitende partijen erop was gericht om de ESH-verplichtingen niet tot deze groep mensen te laten uitstrekken.[18] Met een beroep op het algemene beginsel van menselijke waardigheid heeft het ECSR echter beredeneerd dat ook deze mensen een beroep toe zou moeten komen op ESH-bepalingen over toegang tot minimale voorzieningen, zodat zij niet op straat hoeven slapen en voldoende voedsel ter beschikking hebben.[19] Hoe wenselijk vanuit het perspectief van mensenrechtenbescherming ook, het is duidelijk dat dit geen grond vindt in de tekst van het ESH als zodanig.[20] Dit betekent dat in dit soort gevallen het *pacta sunt servanda*-argument een minder sterke grondslag vormt voor het toekennen van gezag aan deze interpretaties, al kan in dit soort gevallen wel weer steun worden gevonden in een teleologische of op effectiviteit van rechtsbescherming gebaseerde redenering. Het ESCR volgt op dit punt het voorbeeld van het EHRM.[21]

Het voorgaande laat zien dat het gegeven van een sterk tekst- of doelgebonden aanpak tegenover een erg autonome benadering, relevant kan zijn bij het toekennen van de mate van rechtskracht van een internationale uitleg. Dit argument is echter niet allesbepalend. Ook andere argumenten en factoren kunnen van betekenis zijn bij het uiteindelijke positioneren van een uitspraak op de hiervoor genoemde glijdende schaal.

---

14 Zie nader Gerards 2011, p. 18; Ganshof van der Meersch 1988; Matscher 1993. Zie voor de eigen visie van het EHRM vooral EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88 (*Soering/het Verenigd Koninkrijk*), NJ 1990/158, m.nt. E.A. Alkema, *NJCM-Bull.* 1989, p. 846, m.nt. B.P. Vermeulen.

15 Nader hierover onder meer Gerards 2011, p. 19 e.v. en Gerards 2014a, p. 36 e.v., met verdere bronverwijzingen.

16 Zie Gerards 2014a, p. 42; zie voor kritiek op de ruime interpretatie o.m. Bossuyt 2007.

17 Bodnar 2012, p. 235.

18 Zie daarvoor par. 1 van de Appendix bij het Europees Sociaal Handvest.

19 Zie reeds ECSR 8 september 2004, 14/2003 (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)/Frankrijk*), JV 2005/339, par. 27. Zie voor een uitgebreidere analyse van de oordelen hierover Mohammadi 2015, p. 756.

20 Zie uitgebreider De Schutter 2012b, p. 475; Donders 2014, p. 259-260.

21 Donders 2014, p. 259.

4.3 *Communis opinio* en overlappende consensus

Vergaande, autonome verdragsinterpretaties kunnen een groot gezag hebben, vergelijkbaar met dat van gewoonterecht, als zij kunnen bogen op een brede internationale ondersteuning.[22] Er kan immers een *communis opinio* zijn ontstaan rondom de juistheid en aanvaardbaarheid van de gegeven uitleg, zelfs als die voorbijgaat aan de letterlijke tekst van het verdrag en de bedoelingen van de verdragsluitende organisatie. De legitimiteit van internationale uitspraken en oordelen neemt dus toe wanneer duidelijk is dat zij op een 'overlapping consensus' zijn gebaseerd.[23] De staten zijn het in die gevallen over een bepaalde uitleg grotendeels eens, hetgeen kan rechtvaardigen dat een internationale (en vervolgens een nationale) rechter of een verdragscomité deze overneemt.[24] Een nog sterkere variant op dit argument is dat een vaste interpretatie op zeker moment onderdeel van het gewoonterecht gaat vormen.[25] In dat geval gaat de bindende werking in feite echter uit van het gewoonterecht, waardoor het vraagstuk naar de rechtskracht van niet-bindende oordelen zich niet langer voordoet.[26] Anders gezegd: naarmate meer nationale organen het gezag van bepaalde uitspraken ondersteunen, of naarmate een uitspraak op grotere internationale of Europese consensus kan bogen, is de legitimiteit ervan groter, en is er meer grond om deze uitspraken op nationaal niveau rechtskracht toe te kennen of in ieder geval te beschouwen als gezaghebbende interpretatie.[27]

Niet verrassend is dan ook dat internationale hoven en verdragscomités vaak expliciet wijzen op het bestaan van 'overlapping consensus', en dat zij hun interpretatie daarin vervolgens inbedden.[28] Vaak is juist dit de kracht van General Comments, nu deze zijn gebaseerd op basis van brede en uitgebreide consultatie van deskundigen en betrokkenen, en de verdragscomités daarin proberen zo goed mogelijk recht te doen aan de over een verdragsbepaling bestaande opvattingen.[29] Ook internationale rechters hanteren vaak een op consensus gebaseerde benadering, zoals het EHRM en het HvJ.[30] Zij wijzen er dan bijvoorbeeld op, op basis van rechtsvergelijkend onderzoek, dat een bepaalde verdragsinterpretatie op een 'common ground' is gebaseerd, of toch in ieder geval op een groeiende trend.[31] Hoewel de vraag kan rijzen of het enkele feit dat ook anderen een bepaalde uitleg omarmen voldoende legitimeert dat een uitleg wordt gegeven die voor een bepaalde staat onaanvaardbaar is, kan het bestaan van een duidelijke consensus wel op een groeiende *opinio juris* wijzen. In zoverre kan daarvan een legitimerende

22 Vgl. Schlütter 2012, p. 271.
23 Zie over dit begrip nader An-Na'im 1991, p. 19 e.v. Hetzelfde kan gelden voor de erkenning van wat als afdwingbare kern van mensenrechten heeft te gelden; vgl. Young 2010, p. 144-145.
24 Vgl. Wheatley 2014, p. 101-107.
25 Keller & Grover 2012, p. 129.
26 Vgl. Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 779; zie ook Heringa 1989, p. 262.
27 Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 797 e.v.
28 Schlütter 2012, p. 271.
29 Mechlem 2009, p. 930; vgl. ook Keller & Grover 2012, p. 124.
30 Zie nader bijv. Kakouris 1994; Lenaerts 2003; Lenaerts & Corthout 2006; Senden 2011; Gerards 2011; Van de Heyning 2011.
31 Zie uitgebreid hierover Senden 2011; zie ook Gerards 2011, p. 74 e.v.; Gerards 2014a.

werking uitgaan en kan het redelijk zijn om een op consensus gebaseerde interpretatie gezag toe te kennen in de nationale rechtspraak. Het ECSR kan eveneens enige steun vinden in dit argument voor zijn vergaande interpretaties van het toepassingsbereik van het ESH, nu uit de reacties van de regeringen in het Comité van Ministers geen expliciete afwijzing blijkt van die benadering.[32] Dit zou kunnen wijzen op een geleidelijke aanvaarding van een – ogenschijnlijk met de verdragstekst strijdige – internationale uitleg. Het ontbreken van een uitdrukkelijke afwijzing of een voornemen tot verdragswijziging is in het geval van het ESH echter nog iets anders dan het volledig omarmen van de nieuwe uitleg. Ook hier geldt dan ook dat in dit argument meestal onvoldoende legitimatie kan worden gevonden voor het toekennen van een vergaande rechtswerking aan een internationale verdragsuitleg, en dat veel zal afhangen van de andere voor rechtswerking bestaande argumenten.

4.4 Het Weens Verdragenverdrag

Een derde legitimatie voor het aanvaarden van een zeker gezag voor een internationale verdragsuitleg kan worden gevonden in de interpretatieregels die in het Weens Verdragenverdrag zijn neergelegd. Dit verdrag geeft in artikel 30-32 een aantal basisprincipes die bij die uitleg in ogenschouw moeten worden genomen. Interessant is dat het Weens Verdragenverdrag het mogelijk maakt om een zeker gezag toe te kennen aan de uitspraken van internationale verdragscomités.[33] Hiervoor is al ingegaan op een van deze uitlegprincipes,[34] namelijk dat bij de interpretatie van verdragen rekening moet worden gehouden met de tekst, de context en de doelstelling van verdagsbepalingen.[35] Als verdragscomités op die basis hun uitleg vormgeven, sluit dat niet alleen aan bij de verbindende kracht die uitgaat van het betreffende verdrag, maar ook bij de afspraken die staten hierover hebben gemaakt in het Weens Verdragenverdrag.

Minstens zo belangrijk in dit verband is artikel 31 lid 3 (b) WVV. Daarin is bepaald dat bij de uitleg van een verdrag rekening moet worden gehouden met 'ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan'. Hoewel hierover in de literatuur de nodige discussie bestaat, nemen velen aan dat oordelen van internationale verdragsorganisaties als een bevestiging kunnen worden gezien van een dergelijke later gegroeide overeenstemming over de uitleg van het verdrag.[36] Of *iedere* uitleg door een verdragsorgaan kan worden gezien als zo'n 'later gegroeide overeenstemming' valt te betwijfelen, zeker als het gaat om een sterk autonome uitleg.[37] Wel kan worden aangenomen dat het Weens Verdragenverdrag juridisch houvast biedt voor het toekennen van interpretatief gezag

32 Zie voor voorbeelden De Schutter 2012b, p. 476; Donders 2014, p. 258.
33 Vgl. Wheatley 2014, p. 99.
34 Zie par. 4.1.
35 Vgl. Schlütter 2012, p. 274 e.v.
36 ILA 2004, par. 20; O'Flaherty 2006, p. 35; Mechlem 2009, p. 920; Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 782. Zie kritisch hierover echter Ulfstein 2012, p. 97.
37 Keller & Grover 2012, p. 131; Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 783.

aan een internationale verdragsuitleg als duidelijk is dat de opvattingen in de staten en die van een verdragscomité overeenkomen, of als de staten door middel van hun reacties op een 'General Comment' de gegeven uitleg uitdrukkelijk hebben aanvaard.[38] Dit kan in een aantal gevallen een versterking of ondersteuning opleveren van het hiervoor besproken argument van consensus, waarbij de basis voor het aannemen van die consensus kan worden gevonden in een oordeel van een verdragscomité. Nu bijvoorbeeld zowel het ECSR de toepasbaarheid van het ESH op onrechtmatig in het land verblijvende personen heeft aangenomen, en het Comité van Ministers, een politiek orgaan, deze interpretatie niet expliciet heeft afgewezen, kan hierin een versterking van het gezag van de uitspraak worden gezien. Zoals bedoeld in artikel 31 lid 3 (b) WVV kan immers worden gesproken van een 'gebruik in de toepassing van het verdrag waarover overeenstemming van de partijen is ontstaan'. Andersom geldt uiteraard dat er minder gezag zal zijn als sprake is van een kennelijke discrepantie tussen de opvattingen van de staten en die van een verdragscomité.[39] Bovendien geldt ook hier, net als bij het consensusargument als zodanig, dat het niet afwijzen van een interpretatie nog iets anders is dan het volledig omarmen ervan.

Het Weens Verdragenverdrag kan ook verder enige ondersteuning bieden in discussies over interpretatie. Zo laat artikel 32 WVV bij onduidelijkheid van verdragsbepalingen ruimte voor het meenemen van 'aanvullende middelen van uitlegging' in de interpretatie. Tot die aanvullende middelen zouden voor de nationale rechter ook interpretaties door internationale organisaties kunnen worden gerekend.[40] Deze bepaling zegt echter niets over de precieze juridische betekenis die daarbij aan een internationale interpretatie kan worden toegekend. De bepaling rechtvaardigt weliswaar dat de nationale rechter een internationale uitspraak benut als inspiratiebron en hulpmiddel bij de zelf te geven interpretatie van het verdrag, maar schrijft niet voor dat hieraan, bijvoorbeeld, 'persuasive authority' moet worden toegekend. Andere factoren en argumenten zullen hierbij bepalend zijn.

4.5 Legitimiteit en het 'best placed'-argument

Het toekennen van gezag aan (zelfs vergaand autonome) internationale uitspraken en interpretaties kan worden gerechtvaardigd vanuit de overtuiging dat internationale organen in een betere positie verkeren om uitleg te geven aan deze normen dan de staten.[41] De toegevoegde waarde van een internationale verdragsorganisatie is dat deze iets kan verwezenlijken dat een staat zelf – alleen of collectief – niet kan bewerkstelligen.[42] Oordelen van een internationale

38 Mechlem 2009, p. 921; Ulfstein 2012, p. 99; Keller & Grover 2012, p. 127.

39 Mechlem 2009, p. 921.

40 Vgl. Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 785, die het als volgt formuleren: 'In states with monist traditions, in which the Vienna Convention has domestic validity, Article 32 can serve as a formal legal basis that authorizes the reference to nonbinding instruments for the purpose of treaty interpretation (which can ultimately inform domestic law)'. Zie ook ILA 2004, par. 20.

41 Wheatley 2014, p. 102; Citroni 2015.

42 Buchanan & Keohane 2008, p. 422; Cali 2014, p. 147.

verdragsorganisatie, ook als zij niet-bindend zijn, kunnen helpen de verplichtingen van staten op een concrete manier te definiëren, al is het maar bij gebrek aan beter.[43] Het bestaan van een onafhankelijke en onpartijdige derde die oplossingen kan bieden bij interpretatieconflicten voorkomt bovendien dat staten rechter in eigen zaak kunnen zijn. Ook zorgt het ervoor dat er een correctie mogelijk is als statelijke regelgeving of besluiten zijn gekleurd door lokale vooroordelen, oogkleppen of al te welbegrepen eigenbelang.[44] Die correctie kan natuurlijk worden gegeven in de vorm van een concrete uitspraak, maar ook in de vorm van een verdragsuitleg waaraan binnen de staat niet direct zou zijn gedacht.[45] Die verdragsuitleg komt dan juist door het 'outsider-'perspectief bijzondere waarde toe.

4.6 Constitutionele en rechtsstatelijke inbedding

Een andere categorie van argumenten voor het toekennen van rechtswerking hangt samen met klassieke constitutionele en rechtsstatelijke noties. De gedachte is dat naarmate een verdragscomité of internationaal hof een sterkere rechtsstatelijke en constitutionele inbedding kent en voldoet aan hoge eisen van onpartijdigheid, onafhankelijkheid en zorgvuldigheid van de procedure, er meer 'inputlegitimiteit' bestaat ten aanzien van de oordelen die zo'n verdragsorgaan velt.[46] Hoewel de oordelen niet bindend zijn, kan een verdragscomité daardoor het aanzien en gezag hebben dat toekomt aan een daadwerkelijk rechterlijke instantie.[47] In zichzelf kan dat een argument vormen om bijzondere betekenis toe te kennen aan de uitleg die een dergelijk comité geeft. De procedurele en rechtsstatelijke waarborgen die worden geboden staan dan garant voor betrouwbaarheid van de beoordeling, terwijl de aanwezigheid van juridische expertise de kwaliteit van de oordelen kan bevorderen.[48]

---

43 Vgl. Mechlem 2009, p. 919.

44 Buchanan 2004, p. 297-298; Galligan & Sandler 2004, p. 43; Çalı 2008, p. 302. Zie voor een meer genuanceerde bespreking van dit argument echter Bellamy 2014, p. 256.

45 Vgl. ook Føllesdal 2014, p. 282.

46 Naudé Fourie 2009, p. 35 e.v.; Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 795. Vgl. ook Buchanan & Keohane 2008, p. 417, hoewel zij een meer op democratische legitimatie gerichte invalshoek kiezen.

47 Dat is in ieder geval het betoog van het VN-Mensenrechtencomité; zie HRC General Comment No. 33, *The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 5 november 2008, CCPR/C/GC/33, par. 11. Vgl. ook Føllesdal 2013, par. IV.A, waar hij stelt dat internationale comités zelfs onafhankelijker zullen zijn dan nationale rechters, omdat zij meestal weinig tot niets te maken hebben met de nationale autoriteiten.

48 Of alle comités echt aan dit soort vereisten voldoen, is discutabel. Voor het VN-Mensenrechtencomité is de zelfperceptie in ieder geval dat het gelijk is aan een rechterlijk orgaan (zie hiervoor, noot 47), maar sommige commentatoren hebben zich hierover kritisch getoond en hebben bijvoorbeeld gewezen op de 'wheeling and dealing' die speelt bij de benoeming van nieuwe leden (zie Kretzmer & Klein 2010, p. 16) en op het gegeven dat er soms leden worden benoemd die een relatie hebben met een nationale regering (Ulfstein 2012, p. 80) en dat de benoemingsduur en mogelijkheid tot herbenoeming vanuit een perspectief van onafhankelijkheid problematisch zijn (idem, p. 81). Ook zijn er tekortkomingen in de procedure zelf, bijvoorbeeld wanneer het gaat om openbaarheid en het horen van partijen (Mechler 2009, p. 925; Ulfstein 2012, p. 91). Voor deze en

Andersom kan dit punt verklaren dat er geen rechtvaardiging bestaat voor het toekennen van meer dan inspirerend gezag aan interpretaties die afkomstig zijn van een internationaal orgaan dat niet alleen geen bindende uitspraken kan doen, maar waarbij de procedure bovendien niet voldoet aan elementaire rechtsstatelijke vereisten.[49] Zo zal niet veel juridische betekenis toekomen aan de uitleg gegeven door internationale organen die vooral een sterk politieke rol hebben, zoals de VN-Mensenrechtenraad.[50]

Relevant in de rechtskrachtdiscussie is verder dat bij de oordelen op internationaal niveau nooit sprake zal zijn van 'strong judicial review', waarbij het internationale comité of de internationale rechter een zeer sterke uitspraakbevoegdheid heeft waartegen nationale organen geen verweer hebben en die zij verplicht moeten opvolgen.[51] Eerder is sprake van allerlei 'weak judicial review'-varianten, die het gemakkelijk maken voor nationale autoriteiten om een dialoog aan te gaan en het internationale hof of comité ervan te overtuigen dat het in een volgend geval tot een ander oordeel of een andere uitleg zou moeten komen.[52] Ook dit kan het vanuit juridisch en constitutioneel perspectief aanvaardbaar maken dat een zeker gezag aan internationale uitspraken wordt toegekend.[53]

Dit aspect van 'checks and balances' in het systeem zelf krijgt op internationaal niveau soms zelfs expliciet vorm. In een aantal gevallen kunnen vertegenwoordigers van de staten op meer politieke gronden bijvoorbeeld beoordelen welke consequenties uit een uitspraak van een verdragscomité voortvloeien.[54] Een voorbeeld is zichtbaar ten aanzien van het ESH, waarbij het ECSR zijn bevindingen niet rechtstreeks aan de staat rapporteert, maar aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa. Het is dit Comité van Ministers dat vaststelt welke consequenties moeten worden verbonden aan de conclusies van het ECSR.[55] Het legt die vervolgens neer in een aanbeveling aan de staat, waarbij de conclusies kunnen worden afgezwakt of juist toegespitst of aangescherpt.[56] Vanuit het perspectief van legitimiteit van internationale interventies zijn aan een dergelijke benadering voordelen verbonden. Het maakt immers dat er duidelijke 'teugels en tegenwichten'[57] in het systeem zijn ingebouwd en dat er al op internationaal niveau wordt gezocht naar draagvlak voor de beslissing.[58] Dat maakt op zijn beurt dat er op nationaal niveau redelijkerwijs meer gewicht aan de gegeven uitleg kan worden toegekend.

---

andere comités is daarnaast wel gewezen op het feit dat lang niet alle leden jurist zijn, al wordt dat niet per definitie gezien als een nadeel (vgl. Mechler 2009, p. 917-918).

49 Vgl. O'Flaherty 2006, p. 37; Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 797; Føllesdal 2014, p. 287.

50 Zie over het politieke karakter van de VN-Mensenrechtenraad Kretzmer & Klein 2010, p. 41.

51 Het argument van het ingaan tegen de democratische wens van de meerderheid van de bevolking gaat daardoor minder gemakkelijk op; zie nader Ulfstein 2012, p. 112.

52 Cali 2014, p. 155.

53 Ulfstein 2012, p. 113.

54 Bellamy 2014, p. 264.

55 Zie uitgebreider hierover par. 2.3.

56 Idem.

57 Deze mooie vertaling is van Erik Jurgens.

58 Bellamy 2014, p. 264.

4.7 Taak van de rechter bij het beslechten van grondrechtenkwesties

Een laatste punt dat in de literatuur over legitimiteit van rechtswerking naar voren is gebracht hangt samen met de taakstelling van de rechter (in het bijzonder internationale rechters en verdragscomités) bij het beslechten van kwesties over mensenrechten. Dit is een klassieke problematiek, waarop nauwelijks een eenduidig antwoord is te bieden.[59] Duidelijk is wel dat bij sterk inhoudelijk gemotiveerde oordelen of interpretaties die de morele inhoud van grondrechten betreffen, de legitimiteit lastig kan liggen. Deels hangt dit samen met het hiervoor in paragraaf 4.2 genoemde bezwaar dat in deze gevallen veelal sprake is van autonome oordelen, die minder rechtstreeks voortvloeien uit de in de verdragen gemaakte afspraken. Voor een ander deel heeft dit ermee te maken dat er veel verschil van mening kan bestaan over de precieze invulling van grondrechten, en dat er vaak niet zoiets is als een 'juiste' uitkomst.[60] Daardoor kan niet snel worden aangenomen dat een rechter – laat staan een internationaal comité – meer gezag of mogelijkheden heeft om over deze uitleg uitspraken te doen dan een democratisch gelegitimeerde nationale wetgever.[61] Rechterlijke uitspraken die diepgaand zijn gemotiveerd met verwijzing naar zeer fundamentele en principiële argumenten, of die het bereik van een concrete kwestie ver te buiten gaan, stuiten daardoor nogal eens op bezwaren van rechterlijk activisme en overschrijding van de rechterlijke taak.[62] Tegelijkertijd is dit argument niet oncontroversieel. Verschillende auteurs hebben betoogd dat legitimiteit juist kan uitgaan van een inhoudelijke uitleg.[63] De argumentatie is dan dat mensenrechten universele gelding en betekenis hebben en dat dit betekent dat zij ook op boven- of internationaal niveau kunnen en moeten worden uitgelegd, los van de concrete wensen van de staten.[64] De legitimiteit hangt in die visie dus samen met de bijzondere aard van de grondrechten.[65] Bovendien, zo is soms de redenering, zijn rechters bij uitstek in staat om morele oordelen te vellen.[66] Deze lezing impliceert dat alle internationale oordelen per definitie rechtswerking toekomt zodra zij de uitleg van grondrechten betreffen. Dit wordt echter niet breed ondersteund. Tegenstanders benadrukken dat grondrechten weliswaar universele betekenis hebben, maar dat hun toepassing en concrete invulling sterk samenhangt met nationale (culturele) opvattingen en omstandigheden.[67] Dat maakt dat bij de concrete uitleg de claim van internationale verdragsorganisaties op legitimiteit

59 Hierover is in de loop van de tijd zeer veel geschreven. Belangrijke bijdragen zijn die van Bickel (1962), Dworkin (1978, 1986, 1996), Tushnet (1999) en Waldron (o.m. 2006); een recent en helder overzicht van alle discussiepunten – met uitgebreide literatuurverwijzingen – is te vinden bij Langford 2015.

60 Zucca 2007; Langford 2015, p. 47.

61 Vgl. Langford 2015, p. 53 en 57; Waldron 2006.

62 Vgl. ook het pleidooi van Sunstein voor 'shallow reasoning' in principiële kwesties (1996, p. 4-5, 32, 65-68). Zie voor een handzaam overzicht van dit debat verder bijv. Roosevelt 2006.

63 Zie nader Langford 2015.

64 Vgl. ook Buchanan & Keohane 2008, p. 419-420, die de gedeelde waarden van mensenrechten op hun beurt juist weer zien als een legitimatie voor optreden op internationaal niveau.

65 Vgl. Cali 2014, p. 149 en 154.

66 M.n. Dworkin (1978, 1986, 1996); zie bovendien Letsas 2007.

67 Weiler 1999, p. 102.

niet vanzelf groter is dan die van de staten en hun autoriteiten. Ook het argument dat rechters bijzonder goede morele beslissers zijn, is betwist en wordt vaak gepareerd met het argument van het belang van democratische legitimatie.

Deze controverse maakt het moeilijk om een eenduidig antwoord te geven op de vraag hoeveel rechtswerking aan een internationaal rechterlijk oordeel kan worden toegekend als dat sterk moreel en inhoudelijk van aard is. Argumenten en overwegingen zoals die in de voorafgaande paragrafen zijn besproken, zijn praktisch gezien beter bruikbaar. Wel kan misschien verschil worden gemaakt tussen inhoudelijke oordelen die morele of ethisch gevoelige interpretaties omvatten, en oordelen die vooral zijn gericht op toetsing of verbetering van nationale besluitvorming of de nationale procedure.[68] Deze tweede categorie omvat bijvoorbeeld oordelen waarin wordt aangegeven dat in de nationale wetgevingsprocedure die heeft geleid tot een beperking van grondrechten, geen uitgebreide beraadslagingen hebben plaatsgevonden, of waarin wordt bekritiseerd dat in een besluitvormingsprocedure door een bestuursorgaan niet alle belangen zijn meegewogen.[69] In dat soort gevallen wordt nauwelijks een inhoudelijke uitleg gegeven aan een grondrecht, maar worden vooral aanwijzingen gegeven aan de nationale autoriteiten om de besluitvormingsprocedure te verbeteren, of wordt primair getoetst op de procedurele zorgvuldigheid van de besluitvorming. Gelet op het belang van zorgvuldige, transparante en democratisch gelegitimeerde besluitvorming en regelgeving, en gelet op de specifieke taak van rechters bij het bewaken van de kwaliteit van besluitvorming,[70] zal dit soort oordelen op minder grote controverse stuiten dan de meer inhoudelijke oordelen. In vergelijking met morele, ethisch gevoelige interpretaties – waarbij de legitimiteit betwist is – kan de rechtskracht van dit soort meer procedurele oordelen wellicht sneller worden aanvaard.

68 Zie voor nadere onderbouwing hiervan vooral Ely 1980.

69 Voor nadere overzichten, zie o.m. Gerards 2011, p. 169 e.v.; Popelier 2012; Popelier & Van de Heyning 2013; Gerards 2016 (nog niet gepubliceerd).

70 Vgl. Von Bogdandy & Venzke 2012.

5 Rechtswerking van uitspraken van verdragscomités: de praktijk

5.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 zijn theoretische argumenten gegeven om meer of minder rechtswerking toe te kennen aan uitspraken van verdragscomités en internationale hoven, zelfs waar zij niet direct bindend zijn. Daarbij is bijzondere aandacht besteed aan de mogelijke legitimaties voor het toekennen van die rechtswerking. Tegen de achtergrond van deze theoretische beschouwingen is het interessant om voor de rechtspraktijk na te gaan welk gezag daarin aan internationale oordelen en interpretaties wordt gegeven en op welke manier dat gebeurt. Daarbij blijft buiten beschouwing welke politieke en feitelijke 'follow-up' aan de oordelen wordt gegeven. In de literatuur is uitgebreid aandacht besteed aan de dynamiek die in werking treedt wanneer een staat een internationaal verdrag ondertekent en wanneer een internationale organisatie bepaalde uitspraken doet.[1] De rol die belangenbehartigingsorganisaties en de media spelen bij de feitelijke opvolging van internationale verplichtingen en oordelen is uitvoerig belicht, net als factoren als de politieke bereidheid om gehoor te geven aan internationale oproepen, culturele openheid jegens de internationale sfeer, maatschappelijke opvattingen, en de responsiviteit van het nationale (constitutionele) recht.[2] Dergelijke, uiterst relevante en interessante, factoren staan in dit preadvies echter niet centraal. Hier gaat het primair om de vragen die opkomen rondom de toekenning van rechtswerking aan internationale uitspraken in rechtspraak. Relevant is dan vooral hoe en in hoeverre rechters, als sterk op juridische vraagstukken gerichte instituties, bereid zijn om een zeker gezag aan te nemen voor niet-bindende internationale oordelen en commentaren. Daarnaast is interessant te bezien hoe deze werkwijze valt in te passen in de hiervoor besproken, theoretische argumenten.

Op deze beide punten gaat dit hoofdstuk in. Daarbij besteedt het allereerst aandacht aan een bijzondere variant van de juridische werking van internationale verdragsuitleg, namelijk de reflexwerking van niet-bindende uitleg via bindende oordelen van het EHRM (paragraaf 5.2).[3] Vervolgens gaat paragraaf 5.3 nader in op de manier waarop nationale rechters omgaan met de oordelen en uitleg van

1 Zie onder meer Risse, Rop & Sikkink 1999; Halliday & Schmidt 2004; Simmons 2009; Krommendijk 2014; Popelier & Lambrechts 2016 (te verschijnen).

2 Idem.

3 Zie voor de notie van reflexwerking Heringa 1989, p. 260 e.v.

verdragscomités en internationale hoven, op basis van een analyse van de rechtspraak van zowel hogere als lagere rechters.

5.2 Rechtswerking in de rechtspraak van het EHRM

Een eerste manier waarmee in de praktijk een belangrijke normatieve betekenis aan niet-bindende interpretaties en uitspraken wordt toegekend, is via internationale rechtspraak. In de hoofdstukken 2 en 3 is duidelijk geworden dat de oordelen en General Comments van VN-Verdragscomités of van het ECSR weliswaar niet verbindend zijn, maar dat dit anders is voor de uitspraken van het EHRM en het Hof van Justitie van de EU. De interpretaties van het HvJ EU hebben zelfs *erga omnes*-werking, waardoor de rechters in alle lidstaten gehouden zijn deze uitleg in hun eigen uitspraken te respecteren.[4] In het geval van het EHRM zijn de eigenlijke uitspraken alleen bindend voor de partijen, maar komt een breed aanvaard *res interpretata* toe aan een gevestigde uitleg van de verdragsbepalingen.[5] In beide gevallen kan dan ook worden gezegd dat wanneer een nationale rechter of wetgever de gegeven uitleg onvoldoende respecteert, hij in strijd handelt met bindende verdragsverplichtingen.

Interessant is nu dat vooral het EHRM zich met enige regelmaat in zijn uitleg laat inspireren door niet-bindende oordelen, aanbevelingen of uitleg gegeven door andere internationale en Europese verdragscomités. Een recent voorbeeld hiervan is te zien in de zaak *V.M. t. België*, een kwestie die enige verwantschap toont met de Nederlandse 'bed, bad en brood'-discussie.[6] Een Romagezin was vanuit Servië via Frankrijk naar België gereisd en had daar asiel aangevraagd. Met het oog op de Dublinverordening, die voorschrijft dat een asielverzoek wordt behandeld in het land waar een asielzoeker de Schengenzone is binnengekomen, had België de behandeling van het asielverzoek doorgeschoven naar Frankrijk. In verband daarmee weigerde België het gezin de toegang tot het grondgebied en boden de autoriteiten het gezin geen opvang aan. Het gezin, waarvan een dochtertje onderdeel uitmaakte dat leed aan een ernstige vorm van epilepsie, was niet bereid om terug te reizen naar Frankrijk en bracht enkele weken in transit door in België. Het gezin verbleef aanvankelijk in de open lucht, samen met een aantal andere Romafamilies, en bivakkeerde later op station Brussel Noord. Uiteindelijk keerden de gezinsleden terug naar Servië. Voor het EHRM klaagde het gezin over de slechte leefomstandigheden en de ontbrekende opvang in België. Het EHRM wijdde een aantal overwegingen aan de verplichtingen van België in verband met de zorg voor asielzoekers, die deels waren gebaseerd op het toepasselijke EU-recht. Vervolgens analyseerde het de ernst van de situatie waarin

4 Zie nader de uiteenzetting in hoofdstuk 3.
5 Idem.
6 EHRM 11 juli 2015, nr. 60125/11, *EHRC* 2015/197, m.nt. M. den Heijer, *JV* 2015/281, m.nt. L. Slingenberg.

de klagers zich hadden bevonden. Interessant in het licht van dit preadvies is daarbij de volgende overweging van het EHRM:

> 'La Cour observe que ce constat de gravité est également celui du Comité européen des droits sociaux, organe de contrôle du respect des droits de l'homme garantis par la Charte sociale européenne, qui a conclu, par une décision du 23 octobre 2012, qu'une situation de ce type ne respectait pas le droit des enfants à la protection énoncé par l'article 17 § 1 de la Charte révisée (affaire *Défense des Enfants International (DEI) c. Belgique*, réclamation no 69/2011, paragraphes 108-109 ...).'[7]

Het Hof verwees dus expliciet naar een oordeel van het ECSR uit 2012, waarin het ECSR had vastgesteld dat in België de zorg voor minderjarige vreemdelingen tekortschoot en dat België daardoor de vereisten van het Europees Sociaal Handvest onvoldoende respecteerde. Uiteindelijk, ook gebaseerd op zijn eigen vaste rechtspraak over de rechten van (illegale) vreemdelingen, concludeerde het Hof dat de situatie waarin klagers zich hadden bevonden in strijd was met het verbod op onmenselijke en vernederende behandeling van artikel 3 EVRM.

In deze uitspraak geeft het Hof niet direct toepassing aan een niet-bindend oordeel van het ECSR. Het Hof noemt de ECSR-uitleg immers alleen temidden van een groot aantal andere overwegingen voor het uitleggen van artikel 3 EVRM, variërend van verwijzingen naar de eigen rechtspraak tot overwegingen gebaseerd op de verbindendheid van de toepasselijke EU-richtlijnen. Het ECSR-oordeel speelt daarmee slechts de beperkte rol van inspiratiebron. Een effect van een verwijzing als deze kan niettemin zijn dat een niet-bindende verdragsinterpretatie uiteindelijk, indirect, een zekere rechtswerking krijgt. Langzaamaan, door deze en andere uitspraken, raakt in de rechtspraak van het EHRM immers de uitleg gevestigd dat bepaalde minimumwaarborgen aan asielzoekers moeten worden geboden.[8] Sommige staten zijn misschien liever niet gebonden aan de ECSR-oordelen, en zijn geneigd ze naast zich neer te leggen of ze in ieder geval zo terughoudend mogelijk toe te passen, met een beroep op de niet-bindende werking ervan. Bij de uitspraken van het EHRM is zo'n houding aanzienlijk moeilijker, gelet op de aanvaarding van *res interpretata*. Dat deze uitspraken sterk beïnvloed zijn door juist die niet-bindende oordelen, doet voor het gezag van de gegeven interpretaties niet meer ter zake. De uitspraken van het Hof moeten niettemin voldoende worden ondersteund door argumenten als besproken in hoofdstuk 4. Misschien is het juist daarom dat het Hof niet alleen verwijst naar de ECSR-uitleg, maar ook naar een groot aantal andere argumenten die erop wijzen dat een zekere consensus is ontstaan ten aanzien van de gegeven uitleg en die laten zien dat die uitleg nauw aansluit bij doel en strekking van het verdrag en bij de eigen, eerder gegeven interpretatie.

Dat de indirecte rechtswerking van internationale oordelen via de EHRM-rechtspraak sterk kan zijn, en dat dit vergaande consequenties kan hebben voor

---

7 Par. 159.

8 EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S./Griekenland & België*), *JV* 2011/68, m.nt. H. Battjes, *EHRC* 2011/42, m.nt. A. Woltjer, *RV* 2011/2, m.nt. K. Zwaan; EHRM (GK) 4 november 2014, nr. 29217/12 (*Tarakhel/Zwitserland*), *JV* 2014/384, m.nt. H. Battjes, *EHRC* 2015/33, m.nt. J.R. Groen.

staten, blijkt nog beter uit een andere uitspraak van het EHRM, namelijk die in de zaak *Demir & Baykara t. Turkije*.[9] In deze zaak was geklaagd over de welbewuste keuze van Turkije om ambtenaren het recht te onthouden om lid te worden van een vakbond. Volgens Turkije zou zo'n lidmaatschap niet passen bij de loyaliteit die ambtenaren jegens de staat moeten tonen. Een dergelijke uitsluiting is niet goed verenigbaar met de eisen van het Europees Sociaal Handvest en met verschillende andere internationale instrumenten. Juist vanwege het grote belang dat Turkije aan de uitsluiting van ambtenaren toekent, had het deze verdragen niet ondertekend of geratificeerd. Het Hof vond dat voor het geven van een uitleg aan de in artikel 11 EVRM neergelegde vakbondsvrijheid echter niet relevant:

> 'The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.
> In this context, it is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned. It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies (...).'[10]

Vervolgens gaf het Hof een uitgebreid overzicht van verschillende internationale en Europese verdragsinstrumenten waaruit bleek dat ambtenaren niet van de vakbondsvrijheid kunnen worden uitgesloten. Het stelde vast dat daaruit een zeer brede Europese overeenstemming kan worden afgeleid over de aan artikel 11 EVRM te geven uitleg. Door het recht op vakbondsvrijheid voor ambtenaren niet te erkennen, had Turkije dan ook gehandeld in strijd met het EVRM. Turkije werd hierdoor indirect gebonden aan de internationale verdragsinstrumenten die het welbewust niet had ondertekend om die binding te voorkomen. De 'reflexwerking' van internationaal, voor de staat niet bindend recht is daarmee in deze zaak een belangrijke en vergaande.[11]

De vraag kan uiteraard opkomen hoe deze reflexwerking en het daarmee verband houdende feitelijke verbindend worden van niet-bindende oordelen (en verdragsbepalingen) kan worden gelegitimeerd. Opvallend is in *Demir & Baykara*

9 EHRM (GK) 12 november 2008, nr. 34503/97 (*Demir & Baykara/Turkije*), *EHRC* 2009/4, m.nt. F. Dorssemont & J.H. Gerards, *NJCM-Bull.* 2009, p. 407, m.nt. H.C.K. Senden, *AB* 2009/297, m.nt. F. Vlemminx.

10 Par. 85 en 86.

11 Zie kritisch hierover o.m. de annotaties van Senden en van Gerards bij deze zaak, in resp. *NJCM-Bull.* 2009, p. 422 en *EHRC* 2009/4.

immers de sterke rechtskracht die het Hof blijkt toe te kennen aan de internationale, voor Turkije niet-bindende verdragsverplichtingen. Zoals hiervoor in hoofdstuk 4 is aangegeven, moeten daarvoor voldoende stevige argumenten te geven zijn. Het EHRM spreekt zichzelf hierover in de zaak *Demir & Baykara* expliciet uit. In de hiervoor geciteerde overwegingen doet het immers een uitdrukkelijk beroep op het argument van consensus en meer impliciet op het argument van een groeiende statenpraktijk. Een grondslag voor de interpretatie vindt het bovendien in de gedachte dat het EVRM een levend instrument is dat in het licht van hedendaagse opvattingen moet worden uitgelegd. Die hedendaagse opvattingen kunnen worden bepaald door naar de statenpraktijk te kijken, dus naar de wijze waarop in de verschillende Europese staten een bepaald recht wordt bekeken. Die statenpraktijk kan op zijn beurt blijken uit een brede ratificatie van een groot aantal verdragsinstrumenten waarin een bepaald recht wordt erkend.

Met deze statenpraktijk kan het EHRM bij de verdragsuitleg inderdaad rekening houden.[12] In een groeiende consensus kan een argument worden gevonden voor de legitimiteit van de door het EHRM gegeven verdragsuitleg, net als in het bestaan van internationale verdragen.[13] In dit geval bleek daaruit een duidelijke en vrijwel oncontroversiële steun voor de door het Hof gegeven interpretatie. Daardoor kon de redenering van het Hof de conclusie wel dragen.[14] Toch is de vraag of deze werkwijze van het EHRM uiteindelijk kan overtuigen. De op zichzelf goed bruikbare methode van consensusinterpretatie kan immers gemakkelijk een eigen leven gaan leiden, waarbij internationale instrumenten, ongeacht hun inhoud en draagvlak, automatisch worden beschouwd als bewijs van convergentie.[15] Bovendien is het risico aanwezig dat het Hof selectief op zoek gaat naar internationaal recht dat kan dienen ter ondersteuning van een gewenst geachte uitkomst.[16] Per geval zal daarmee moeten worden beoordeeld of het Hof op voldoende overtuigende gronden rechtskracht toekent aan een niet-bindend verdragsinstrument. Op zijn beurt is dat vervolgens bepalend voor de legitimiteit van de door het EHRM zelf gegeven uitleg.[17]

5.3 Rechtswerking in de Nederlandse rechtspraak

In paragraaf 3.1 van dit preadvies is aangegeven dat de nationale rechter verschillende gradaties van juridische betekenis kan toekennen aan niet-bindende interpretaties en oordelen van internationale verdragscomités en internationale hoven. Daarbij is aangegeven dat sprake is van een glijdende schaal, waarop in ieder geval de volgende zes punten te herkennen zijn:

1. volledige verbindendheid; verplichte *erga omnes*-werking;
2. *res interpretata*: de gegeven uitleg moet worden gevolgd wanneer die vastligt in een vaste rechtspraaklijn;

12 Zie par. 4.3 en 4.4.
13 Zie voor dit laatste art. 31 lid 3 (c) EVRM en vgl. Van Drooghenbroeck 2009, p. 823.
14 Zie voor andere argumenten Lörcher 2013, p. 11.
15 Zie de annotaties van Senden en van Gerards bij deze zaak, resp. *NJCM-Bull.* 2009, p. 424-425 en *EHRC* 2009/4; Van Drooghenbroeck 2009, p. 831.
16 Idem, met enkele voorbeelden.
17 Vgl. ook Bodnar 2014.

3. toekennen van 'persuasive authority' aan de gegeven uitleg, waarbij afwijking alleen mogelijk is als hiervoor goede redenen zijn te geven;
4. in aanmerking nemen van de uitleg als waardevol interpretatie-instrument; bij twijfel kan dit de doorslag geven;
5. het zijn van een bron van inspiratie temidden van andere bronnen, zonder ooit doorslaggevend te zijn;
6. het ontbreken van iedere juridische betekenis.

De vraag is nu of en in hoeverre deze verschillende varianten terugkomen in de nationale rechtspraak, of een verklaring wordt gegeven voor de gemaakte keuze, en of en in hoeverre die verklaring aansluit bij de in hoofdstuk 4 besproken legitimerende factoren.

Uit eerder onderzoek is gebleken dat in de praktijk vooral de rechtspraak van het EHRM een toonaangevende rol speelt in het werk van de Nederlandse rechter.[18] Nederlandse rechters blijken tot op grote hoogte de claim van *res interpretata* van het EHRM te accepteren. In vrijwel alle gevallen waarin een rechter aan het EVRM toetst, of het nu gaat om toetsing van bestuursbesluiten, om beoordeling van wetgeving of om de uitleg van een contract, past hij de EVRM-bepalingen toe zoals die zijn uitgelegd in de Straatsburgse rechtspraak. In veel gevallen verwijst de rechter ter ondersteuning van de gegeven uitleg ook rechtstreeks naar een EHRM-uitspraak waarin die uitleg tot uitdrukking komt, of naar eigen eerdere rechtspraak waarin naar zo'n EHRM-rechtspraak wordt verwezen. Wel laat dit eerdere onderzoek zien dat de Nederlandse rechter een zekere flexibiliteit verkiest, en bovendien dat hij een kritische benadering hanteert. Soms stelt een rechter de EHRM-uitleg bijvoorbeeld iets bij om die beter te laten passen in Nederlandse rechtspraaklijnen, soms legt hij een EHRM-precedent beperkt uit, en zeer sporadisch komt het zelfs voor dat de Nederlandse rechter ingaat tegen het EHRM.[19] Niettemin is het algemene beeld dat de Nederlandse rechter de EHRM-uitleg aanvaardt als constitutief voor de betekenis van de EVRM-bepalingen, ook al is die uitleg gegeven in uitspraken die strikt genomen voor Nederland niet bindend zijn.

Het beeld is complexer als wordt gekeken naar de omgang met oordelen en interpretaties van het ECSR en de andere Europese en VN-Verdragscomités. Om te achterhalen hoe daarmee in de rechtspraak wordt omgegaan, zijn ten behoeve van dit preadvies zo'n tachtig rechterlijke uitspraken bestudeerd, gedaan door zowel hogere als lagere rechters over een periode van tien jaar, in zaken waarin door partijen uitdrukkelijk een beroep is gedaan op een van deze oordelen.[20] Uit dat onderzoek kan een aantal bevindingen worden afgeleid.

---

18 Gerards 2012; Gerards & Sieburgh 2013.

19 Daarover ook Fleuren & Gerards 2014.

20 In de databank rechtspraak.nl is in december 2015 een zoekactie uitgevoerd voor de periode 1 januari 2006 tot en met 1 december 2015, met als trefwoorden 'verdragscomité', 'VN-comité', 'ECSR', 'Europees Comité', 'view', 'concluding observations' en 'General Comment'. Binnen de gevonden uitspraken is gecontroleerd of daarin daadwerkelijk beroep was gedaan op een oordeel of uitleg van een internationaal verdragscomité. Het kan zijn dat verschillende uitspraken over dezelfde zaak zijn bekeken (bijvoorbeeld een uitspraak in eerste aanleg en in hoger beroep), maar dat is niet problematisch omdat het in dit onderzoek vooral gaat om de aard van de redenering die een rechter hanteert. Conclusies van advocaten-generaal zijn niet bestudeerd; hoewel die

In de eerste plaats blijkt hieruit dat er niet altijd een even grote neiging bestaat om daadwerkelijk naar de Europese en internationale oordelen te verwijzen. Ook al heeft een van de partijen uitdrukkelijk naar een oordeel van een verdragscomité verwezen, dit komt lang niet altijd terug in de uitspraak. In veel gevallen heeft dit ermee te maken dat in dezelfde procedure ook beroep is gedaan op het EVRM. In lijn met wat hierboven is aangegeven over de voorkeur van Nederlandse rechters voor dat verdragsinstrument, grijpen zij dan meestal naar de toepasselijke EVRM-bepalingen en EHRM-uitspraken.[21] Evenmin is er een reden om expliciet naar een oordeel van een verdragscomité te verwijzen als er bruikbare nationale precedenten liggen, bijvoorbeeld uitspraken van een hogere of de eigen rechterlijke instantie waarin al een uitleg is gegeven die ook voor de nieuw voorgelegde zaak relevant is.[22]

Toch zijn er de nodige uitspraken waarin oordelen van verdragscomités expliciet worden benoemd. Daarbij valt op dat de oordelen van het ECSR veruit het vaakst worden aangehaald,[23] al komen ook de 'views' van het VN-

---

zonder meer interessant zijn, kunnen ze immers niet als rechterlijke oordelen worden beschouwd. De verschillende uitspraken zijn vervolgens geanalyseerd op de vraag of de nationale rechter naar het ingeroepen oordeel verwees en zo ja, hoe hij met dat oordeel is omgegaan. De volledige lijst van onderzochte uitspraken en de daaruit weggefilterde, niet-relevante uitspraken, net als het analysebestand, zijn desgewenst opvraagbaar bij de auteur. Om al te lange voetnoten te voorkomen wordt hierna alleen verkort verwezen naar instantie, uitspraakdatum en ECLI; vindplaatsen in de Nederlandse jurisprudentietijdschriften en annotaties zijn achterwege gelaten, maar zijn uiteraard via www.rechtspraak.nl te achterhalen.

21 CRvB 19 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM0956; CRvB 26 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ5559; CRvB 22 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:141; CRvB 29 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:338; Hof Den Haag 11 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BO9924; Rb. Zutphen 29 april 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM2856; Rb. Amsterdam 22 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP7642; Rb. Assen 24 maart 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BP9010; Rb. Den Haag 12 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13847; Rb. Den Haag 12 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16618.

22 CRvB 26 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ5559; CRvB 29 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:338; CRvB 31 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:270 en 280; CRvB 4 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1995; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4093; ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2213; Rb. Amsterdam 22 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP7642; Rb. Assen 24 maart 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BP9010; Rb. Den Haag 12 december2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16618; Rb. Amsterdam 4 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5866; Rb. Amsterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7127 en 7128.

23 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9968; CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8776; CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; CRvB 5 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:983; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847; CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803, 3834 en 4093; ABRvS 24 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3754; ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415; Hof Amsterdam 31 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1121; Rb. Utrecht 8 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2766; Rb. Utrecht 6 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM0846; Rb. Zutphen 29 april 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM2856; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902; Rb. Den Haag 20 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2236; Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Noord-Nederland 20 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:777; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9756; Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656; Rb. Rotterdam 10 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2495; Rb. Amsterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4877; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660; Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106;

Mensenrechtencomité nog wel eens aan de orde[24]. Verwijzingen naar het VN-Vrouwencomité,[25] het VN-Rassendiscriminatiecomité,[26] het VN-Kinderrechtencomité[27] of het CPT[28] zijn zeldzaam, net als expliciete verwijzingen naar General Comments[29] en Concluding Observations[30], of verwijzingen naar andere 'output', zoals resoluties van de Algemene Vergadering van de VN[31].

Deze verwijzingen worden in belangrijke mate verklaard door bepaalde trends in het procederen of door het feit dat ze eenzelfde kwestie betreffen. Zo zijn drie van de elf gevonden verwijzingen naar het VN-Mensenrechtencomité terug te vinden in uitspraken over de KBLux-zaak, waarin de vraag aan de orde was of het moeten verschaffen van bepaalde informatie in een belastingkwestie in strijd zou komen met het zwijgrecht en het verbod op zelfincriminatie.[32] Deze vraag werd in alle drie de uitspraken beantwoord op basis van eenzelfde korte overweging – namelijk dat er geen reden is om aan te nemen dat het IVBPR aan boeteoplegging in deze situatie in de weg zou staan.

Voor de beroepen op de ECSR-oordelen geldt dat duidelijk sprake is van een trend, in die zin dat er veel wordt geprocedeerd over dit onderwerp sinds het ECSR in 2004 zijn eerste uitspraak deed over minimumvoorzieningen voor onrechtmatige vreemdelingen[33].[34] Nu de verschillende oordelen van het ECSR juist op die materie betrekking hebben en potentieel de basis vormen voor het

---

Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930; Rb. Amsterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7127 en 7128.

24 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560; CRvB 31 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:270 en 280; CRvB 21 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3850; ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5070; ABRvS 8 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0847; ABRvS 7 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6363; Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619; Hof Amsterdam 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1692; Hof Amsterdam 27 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3284; Hof Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP4434; Hof Den Haag 19 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV3538.

25 Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619.

26 Rb. Den Haag 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2066.

27 ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:92.

28 Rb. Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7977.

29 ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:923; Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619.

30 CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; ABRvS 8 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0847; ABRvS 7 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6363 (inhoudelijk identiek aan ABRvS 8 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0847); Rb. Utrecht 8 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2766; Rb. Den Haag 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2066.

31 ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:923; Rb. Den Haag 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2066; Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

32 Hof Amsterdam 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1692; Hof Amsterdam 27 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP328; Hof Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP4434.

33 ECSR 8 september 2004, 14/2003 (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)/Frankrijk*), *JV* 2005/339.

34 Van de hiervoor in noot 23 genoemde zaken waarin rechtstreeks naar een oordeel van het ECSR wordt verwezen, heeft slechts een handjevol betrekking op andere onderwerpen, zoals het stakingsrecht (Rb. Utrecht 8 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2766) of de vraag of een verplicht re-integratietraject voor mensen in de bijstand een vorm van gedwongen arbeid is of leidt tot disproportionele consequenties; ook daarbij is dan bovendien weer een trend zichtbaar, in die zin dat, zodra een zaak over dat onderwerp gaat, dezelfde benadering wordt gekozen (zie

erkennen van rechtsbescherming, is het niet gek dat advocaten er steeds weer beroep op doen. Daarbij zijn er bovendien enkele patronen te zien, die sterk samenhangen met de activiteiten van het ECSR. In de periode waarin de al genoemde 'bed, bad en brood'-zaak nog bij het ECSR aanhangig was, verzochten advocaten bijvoorbeeld regelmatig om bij de beoordeling rekening te houden met de onzekerheid over de uitkomst van die procedure, en om in afwachting daarvan toch in ieder geval enige voorziening toe te kennen – een beroep dat overigens stelselmatig is genegeerd of is afgewezen omdat niet op zo'n uitspraak vooruit kan worden gelopen.[35] Toen het ECSR in oktober 2013 de Nederlandse staat had uitgenodigd om er onmiddellijk voor te zorgen dat blijvende schade aan de integriteit zou worden voorkomen door te voorzien in ieders basisbehoeften,[36] werd in een serie van zaken een beroep gedaan op de rechtswerking van deze voorlopige voorziening.[37] Nadat het ECSR-oordeel in de 'bed, bad en brood'-zaak bekend werd,[38] werd de nieuwe trend om beroep te doen op dat oordeel.[39] Ook het gegeven dat het Comité van Ministers zich heeft uitgesproken over dit oordeel, is terug te vinden in zowel de beroepen als in een aantal rechterlijke uitspraken over dit onderwerp.[40] De mate waarin rechters verwijzen naar oordelen van bepaalde verdragscomités is daarmee vooral verklaarbaar vanuit de strategieën die procespartijen en hun advocaten kiezen op basis van de internationale ontwikkelingen.

CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847).

35 CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; Rb. Den Haag 11 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19057; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644; Rb. Den Haag 12 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13847; Rb. Den Haag 12 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16618.

36 ECSR 25 oktober 2013 (immediate measures), 90/2013 (*Conference of European Churches/Nederland*), *EHRC* 2014/9.

37 CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; ABRvS 03 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:896; ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3867; Rb. Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19687; Rb. Amsterdam 8 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2604; Rb. Gelderland 3 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4026; Rb. Amsterdam 25 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4495; Rb. Den Haag 28 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13155; Rb. Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16951.

38 ECSR 1 juli 2014, 86/2012 (*European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA)/Nederland*); 90/2013 (*Conference of European Churches (CEC)/Nederland*), *AB* 2014/64, m.nt. I. Sewandono, *EHRC* 2015/24, m.nt. M. den Heijer & Y. Donders, *JV* 2015/24, m.nt. L. Slingenberg.

39 CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803, 3834 en 4093; ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415; Hof Amsterdam 31 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1121; Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Noord-Nederland 20 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:777; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9756; Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656; Rb. Rotterdam 10 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2495; Rb. Amsterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4877; Rb. Amsterdam 4 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5866; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660; Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.

40 CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660.

Voor het onderwerp van dit preadvies interessant is vervolgens de vraag hoe rechters met deze beroepen op oordelen en interpretaties van verdragscomités omgaan. Daarbij bestaat een aanzienlijke variëteit, zoals een overzicht van de verschillende rechterlijke reacties kan illustreren.

Geen rechtswerking: de ingeroepen internationale bepaling is niet een ieder verbindend

In een vrij groot aantal gevallen komt de rechter tot de conclusie dat de ingeroepen internationale verdragsbepaling (meestal een bepaling over sociale grondrechten) niet een ieder verbindend is en dat daaruit dus ook geen direct afdwingbare aanspraken kunnen worden afgeleid.[41] Rechters zoeken daarbij soms wel naar wegen om alsnog recht te kunnen doen aan het beroep dat is gedaan op een grondrecht. Zij verwijzen dan bijvoorbeeld alsnog naar het EVRM,[42] naar 'internationale verdragsverplichtingen' of naar algemene noties als de menselijke waardigheid of de zorgplichten van de staat[43]. In andere gevallen wijzen zij erop dat de niet-rechtstreeks werkende internationale normen als instructienormen moeten worden beschouwd, waaraan een zodanig gevolg moet worden gegeven dat de erin neergelegde grondrechten voldoende worden gewaarborgd en beschermd.[44]

Partijen hebben zelf geprocedeerd voor een verdragscomité

Een bijzondere categorie wordt gevormd door zaken waarin de procespartijen zelf een klacht hebben ingediend bij een verdragscomité, zoals het VN-Mensenrechtencomité.[45] Als een dergelijke klacht nog aanhangig is, zal de nationale rechter niet vooruit willen lopen op het internationale oordeel.[46] Is wel een oordeel

41 CRvB 14 maart 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6843; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847; CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:923; ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2213; Hof Den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN2164; Rb. Leeuwarden 5 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN0391; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902; Rb. Den Haag 11 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19057; Rb. Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19687; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644; Rb. Gelderland 3 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4026; Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.

42 ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415; Rb. Leeuwarden 5 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN0391; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902.

43 Rb. Zutphen 29 april 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM2856; Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

44 CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; Hof Den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN2164; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.

45 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560; CRvB 31 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:270 en 280; CRvB 21 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3850; ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5070.

46 CRvB 31 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:270 en 280; CRvB 21 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3850.

gegeven, dan blijkt in ieder geval de Centrale Raad van Beroep bereid om daaraan grote betekenis toe te kennen. Zo ging de Centrale Raad in een uitspraak uit 2006 uitgebreid in op de inhoud van een door het VN-Mensenrechtencomité gegeven view en op de kabinetsreactie die daarop volgde.[47] Daarbij toonde de Centrale Raad zich bereid om het oordeel van het VN-Mensenrechtencomité te volgen, tegen de wens van de regering in. Impliciet kende de Centrale Raad het niet-bindende oordeel daarmee een belangrijke rechtskracht toe. Belangrijk is wel dat die benadering tot nu toe maar een enkele keer is gekozen. Bovendien ging het hier daadwerkelijk om de rechtsgevolgen van een individueel oordeel voor de partij die dat oordeel had uitgelokt. Wordt door iemand anders gevraagd om de view ook in zijn geval toe te passen, of is de feitelijke context een andere dan die in de aan het internationale comité voorgelegde kwestie, dan blijken rechters daarin een stuk terughoudender.[48]

Kwestie is nog aanhangig bij een verdragscomité

Gaat het om internationale oordelen die zijn gegeven in andere zaken dan de voorliggende, dan bestaat er de nodige duidelijkheid in de situatie waarin zo'n zaak nog aanhangig is. Rechters geven stelselmatig aan dat gegeven niet bij hun oordeel te kunnen betrekken.[49] Ook het feit dat een verdragscomité een interimmaatregel heeft afgegeven, heeft in geen enkel geval geleid tot een geslaagd beroep.[50] De Afdeling Bestuursrechtspraak heeft hierbij in één geval toegelicht dat zij zich niet over de verbindendheid van de interimmaatregelen hoefde uit te spreken, omdat het beroep op de toekenning van voorzieningen ook op andere gronden kon worden afgewezen; bovendien wees zij erop dat de opgelegde maatregel erg algemeen van aard was en niet in de weg stond aan specifieke vereisten in nationale maatregelen.[51] In een andere zaak, die betrekking had op de voorlopige maatregel die het ECSR in de 'bed, bad en brood'-zaak had opgelegd, overwoog de Afdeling dat zo'n voorlopige maatregel niet verbindend is.[52] Een voorlopige maatregel richt zich bovendien tot de staat, zo overwoog de Afdeling, en als de verantwoordelijke staatssecretaris aanneemt dat deze niet in individuele gevallen verplicht tot het toekennen van bepaalde voorzieningen, is er geen reden voor de rechter om van die zienswijze af te

47 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560.

48 ABRvS 25 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5070.

49 CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; Rb. Den Haag 11 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19057; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644; Rb. Den Haag 12 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13847; Rb. Den Haag 12 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16618.

50 CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; ABRvS 3 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:896; ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3867; Rb. Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19687; Rb. Amsterdam 08 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2604; Rb. Gelderland 3 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4026; Rb. Amsterdam 25 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4495; Rb. Den Haag 28 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13155; Rb. Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16951.

51 ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3867.

52 ABRvS 3 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:896.

wijken.[53] Lagere rechters hebben deze beoordeling in het algemeen gevolgd,[54] of hebben in meer algemene zin geconcludeerd dat de voorlopige maatregelen van het ECSR geen afdwingbare aanspraak op bepaalde voorzieningen geven.[55] Daarbij is soms ook benadrukt dat het hier gaat om een landelijk probleem dat op rijksniveau moet worden opgelost, en niet via de rechter.[56]

Beroep op uitleg door verdragscomité; geen aandacht van rechter voor rechtswerking

In een groot aantal gevallen waarin beroep is gedaan op een uitleg gegeven door een verdragscomité, blijkt de nationale rechter daarnaar te verwijzen of verwerkt hij deze uitleg in zijn eigen overwegingen, zonder in te gaan op de precieze rechtskracht of betekenis van deze oordelen.[57] In bepaalde gevallen concludeert de rechter daarbij dat hij niet zoveel kan doen met de verwijzing, omdat de uitleg waarop een procespartij zich beroept, is gegeven in een heel andere feitelijke context,[58] of omdat de vaststellingen waarop 'concluding observations' zijn gebaseerd niet relevant zijn voor het voorliggende geval.[59] De vraag welke betekenis het oordeel van het verdragscomité precies heeft, hoeft dan alleen al om die reden niet aan de orde te komen. In andere gevallen vormt het oordeel wel degelijk een relevant gegeven bij de uitleg van een verdragsbepaling, of biedt het oordeel voor de eigen uitleg een versterking, bevestiging of ondersteuning.[60]

---

53 ABRvS 3 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:896.

54 Rb. Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19687; Rb. Amsterdam 25 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4495; Rb. Den Haag 28 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13155.

55 Rb. Amsterdam 8 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2604; Rb. Gelderland 3 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4026.

56 Rb. Amsterdam 8 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2604.

57 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9968; CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; CRvB 5 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:983; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; ABRvS 8 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0847; ABRvS 7 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6363; ABRvS 24 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3754; Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619; Hof Amsterdam 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1692; Hof Amsterdam 27 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3284; Hof Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP4434; Hof Den Haag 19 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV3538; Rb. Utrecht 8 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2766; Rb. Groningen 14 juli 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BN2935; Rb. Den Haag 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2066; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902; Rb. Den Haag 20 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2236; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644; Rb. Noord-Nederland 20 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:777; Rb. Amsterdam 4 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5866; Rb. Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7977.

58 ABRvS 24 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3754; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; Hof Den Haag 19 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV3538; Rb. Groningen 14 juli 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BN2935.

59 ABRvS 08 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0847; ABRvS 7 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6363.

60 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9968; CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619; Rb. Den Haag 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2066; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902. Overigens kan het hierbij ook gaan om de uitleg van het EVRM, ook al

Soms wordt de gegeven interpretatie zelfs volledig overgenomen, zonder nadere motivering en ogenschijnlijk zonder enige aandacht voor de rechtswerking ervan.[61] In andere gevallen zijn rechters kritischer. Zo vergelijken rechters met enige regelmaat de door een verdragscomité gegeven uitleg met een vaststaande uitleg van het EHRM of van een hogere rechter. Als de comité-uitleg afwijkt van de EHRM-uitleg, wordt de comité-uitspraak terzijde gelegd, want de uitleg van het EHRM is bepalender en gezaghebbender.[62] Stemt de uitleg daarentegen overeen, dan wordt in samenhang waarde toegekend aan het comité-oordeel en dat van het EHRM.[63] Aan interpretaties van de Hoge Raad of de Centrale Raad van Beroep kan volgens lagere rechters geen afbreuk worden gedaan.[64]

Beroep op uitleg verdragscomité; expliciete aandacht van rechter voor rechtswerking

Ten slotte is er een vrij kleine categorie van uitspraken waarin rechters expliciet ingaan op de rechtswerking van de oordelen van verdragscomités die niet zijn gedaan tussen de partijen in het voorliggende geschil.[65] In de onderzochte uitspraken is daarbij één zaak te vinden waarin expliciet is overwogen dat een General Comment niet relevant is voor het nationale oordeel omdat het 'slechts niet-bindende aanbevelingen bevat'.[66] Uitzonderlijk zijn ook twee vonnissen van de rechtbank Den Haag uit 2015, waarin zij overwoog dat het ECSR-oordeel in de 'bed, bad en brood'-zaak geen betekenis kon toekomen omdat de reikwijdte van

heeft de comité-uitleg daarop geen betrekking; zie CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8776; CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902.

61 HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9968; Hof Den Haag 20 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC0619; Rb. Utrecht 8 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD2766; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902; Rb. Den Haag 20 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2236; Rb. Noord-Nederland 20 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:777.

62 CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8776; CRvB 8 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1093; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415; Hof Amsterdam 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1692; Hof Amsterdam 27 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3284; Hof Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP4434.

63 Rb. Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7977.

64 Hof Amsterdam 14 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1692; Hof Amsterdam 27 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3284; Hof Amsterdam 3 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP4434; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644.

65 CRvB 14 maart 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6843; CRvB 17 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2847; CRvB 15 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:120 en 287; CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179; CRvB 28 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2492; ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:923; ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2213; Hof Den Haag 27 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN2164; Rb. Leeuwarden 5 juli 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BN0391; Rb. Assen 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU1902; Rb. Den Haag 11 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19057; Rb. Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19687; Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18644; Rb. Gelderland 03 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4026; Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.

66 ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:923.

het Europees Sociaal Handvest zich niet uitstrekt tot onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen.[67]

In veruit de meeste uitspraken waarin op de rechtswerking wordt ingegaan, wordt enerzijds verwezen naar het formeel niet-bindend karakter van de oordelen, maar wordt, in verschillende bewoordingen, vervolgens wel enige relevantie aan de gegeven uitleg toegekend. In de Urgenda-uitspraak, over de vraag of de staat voldoende heeft gedaan om de CO_2-uitstoot te beperken, overwoog de rechtbank Den Haag bijvoorbeeld dat het belangrijk is om nationale (open) normen uit te leggen in het licht van internationale verplichtingen ('reflexwerking').[68] Vervolgens kleurde zij de bekende, klassieke 'Kelderluikcriteria' in op basis van in zichzelf niet verbindende internationale normen.

De Centrale Raad van Beroep ging uitgebreid in op de rechtswerking van internationale oordelen in een uitspraak van 21 juli 2006.[69] De Centrale Raad overwoog daarin dat de oordelen van verdragscomités weliswaar niet bindend zijn, maar dat de inzichten die erin tot uitdrukking komen in het algemeen wel gezaghebbend zijn, zodat daaraan bijzondere betekenis toekomt. Afwijking van zo'n oordeel is dan ook alleen mogelijk als daarvoor een zwaarwegende rechtvaardiging bestaat. In 2014 preciseerde de Centrale Raad dit oordeel ten aanzien van de bijzondere situatie bij het ECSR, waarbij immers ook een vervolgoordeel en aanbevelingen kunnen worden geven door het Comité van Ministers.[70] Die aanbevelingen laten enige ruimte aan de regering, zo overwoog de Centrale Raad, waarmee de rechter rekening heeft te houden. De Centrale Raad toetste in de beide zaken uitdrukkelijk en vrij precies of de staat zwaarwegende gronden had aangevoerd om in het concrete geval af te wijken van de door het ECSR gegeven verdragsuitleg. In beide gevallen kwam de Centrale Raad daarbij tot de conclusie dat het Nederlandse recht in overeenstemming met het ECSR-oordeel moest worden uitgelegd.

Lagere rechters die aandacht besteden aan de rechtswerking hebben in het algemeen de benadering gevolgd van de Centrale Raad uit 2014. Rechtbanken wijzen daarbij vooral op het gezaghebbend karakter van de oordelen van het ECSR-comité, waaraan om die reden waarde moest toekomen en waarvan zij alleen met een gedegen motivering kan worden afgeweken.[71] In de eerdere rechtspraak zijn daarbij wel de nodige variaties te herkennen. Sommige rechters vroegen zich bijvoorbeeld expliciet af wat te doen met de overwegingen van het ECSR in afwachting van het oordeel van het Comité van Ministers, en kwamen daarbij in meerderheid tot de conclusie dat dit oordeel niet aan de betekenis van de gegeven verdragsuitleg kon afdoen.[72] De rechtbank Rotterdam daarentegen

67 Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656.

68 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

69 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560.

70 CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en 4179.

71 Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9756; Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.

72 Hof Amsterdam 31 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1121; Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9756; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660.

overwoog dat een uitspraak in een bodemzaak pas kon worden gedaan als het Comité van Ministers zich over de kwestie had uitgesproken.[73] Ook werd een enkele maal verwezen naar het advies van de Raad van State waarin is ingegaan op de rechtswerking van ECSR-oordelen,[74] of werd aangegeven dat het gezag van de ECSR-oordelen bevestigd werd door het gegeven dat ook het EHRM zich erop baseerde.[75] Ten slotte wees de rechtbank Den Haag er in september 2015 op dat, ondanks het gezaghebbende karakter van de oordelen, hieraan geen betekenis kon toekomen voor de toepassing en uitleg in het voorliggende geval.[76]

De nieuwste loten aan de stam zijn twee uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak en van de Centrale Raad van Beroep over deze materie, beide daterend van 26 november 2015. De Afdeling Bestuursrechtspraak overweegt in haar uitspraak dat de door het ECSR gegeven uitleg gezaghebbend is.[77] De Afdeling wijkt daarbij iets af van de eerder, in 2006 en 2014, door de Centrale Raad gekozen benadering door uitdrukkelijk rekening te houden met de waarde die het EHRM aan deze uitleg toekent. Het is juist daarom, zo overweegt de Afdeling, dat de beslissingen van het ECSR een rol kunnen spelen bij de uitleg van bindende verdragsbepalingen, zoals artikel 3 en 8 EVRM. Anders dan de Centrale Raad plaatst de Afdeling het EVRM daarmee sterk op de voorgrond: zij overweegt dat ook als er een ECSR-uitleg is, 'uiteindelijk de interpretatie die het EHRM aan laatstgenoemde verdragsbepalingen geeft, bepalend is'.[78] Daarbij speelt een doorslaggevende rol dat het EHRM de bevoegdheid heeft om bindende verdragsinterpretaties te geven, zoals hiervoor in paragraaf 3.2 is besproken. De eerdere overweging van de Centrale Raad dat vanwege het gezaghebbende karakter van de ECSR-uitleg zwaarwegende argumenten moeten worden aangevoerd om een afwijking daarvan te rechtvaardigen, heeft geen plaats gekregen in de uitspraak van de Afdeling. In plaats daarvan beredeneert zij dat uit het ECSR geen verdergaande verplichtingen voor de staat kunnen worden afgeleid dan toch al op de staat rusten op basis van artikel 3 en 8 EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM.[79] De daarmee uit het oordeel afgeleide verplichtingen zijn minder vergaand dan die de Centrale Raad in 2014 afleidde uit het ECSR-oordeel. Het EHRM neemt immers slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan dat van een schending van artikel 3 en 8 EVRM sprake is waar het gaat om de rechten van asielzoekers en onrechtmatig in een staat verblijvende vreemdelingen.

De Centrale Raad kiest in zijn uitspraak uitdrukkelijk voor eenzelfde uitkomst als zichtbaar is in de Afdelingsuitspraak.[80] Daarbij besteedt ook de Centrale Raad aandacht aan de wisselwerking tussen de ECSR-interpretatie en die van het EVRM.[81] De eerdere verwijzing naar de noodzaak 'zwaarwegende redenen' aan

73 Rb. Rotterdam 10 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2495.
74 Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9756.
75 Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660.
76 Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106.
77 ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415.
78 R.o. 3.1.
79 Zie vooral r.o. 3.2-3.4.
80 CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803.
81 R.o. 5.5.

te voeren voor afwijking komt in deze uitspraak niet meer terug, waardoor de uitspraak van de Centrale Raad in lijn lijkt met die van de Afdeling. De manier van omgaan met het ECSR-oordeel is niettemin een iets andere, in die zin dat de Centrale Raad veel uitgebreider ingaat op de status van dit oordeel in relatie tot de aanbevelingen van het Comité van Ministers en de reactie van het kabinet daarop, en op de verplichtingen die volgens het ECSR uit het ESH voortvloeien. De vergaande en exclusieve koppeling die de Afdeling legt met de EVRM-uitleg, is bij de Centrale Raad niet terug te vinden. In plaats daarvan wijst de Centrale Raad er expliciet op dat het ECSR tot het oordeel is gekomen dat 'de spoedeisende hulp in uiterst precaire situaties, niet afhankelijk mag worden gesteld van de bereidheid van de betrokken personen om mee te werken aan de organisatie van hun uitzetting'.[82] Vervolgens onderzoekt hij of de oplossing om opvang te bieden via de verplichting voor de vreemdeling om zich naar een vrijheidsbeperkende locatie (VBL) te begeven, voldoende recht doet aan 'de door appellanten ingeroepen verdragsbepalingen van het EVRM en het ESH, alsmede aan de door het ECSR aan de bepalingen van het ESH gegeven uitleg'.[83] Daaruit blijkt dat voor de Centrale Raad niet zozeer het EVRM en de EHRM-uitleg bepalend zijn,[84] als wel de uitleg van het ESCR. Hoewel dit tot eenzelfde uitkomst leidt (via opvang in een VBL wordt voldoende recht gedaan aan de belangen van niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen), is, bezien vanuit het perspectief van dit preadvies, het verschil in benadering van de status van de ECSR-uitspraak opmerkelijk. Voor dit verschil bieden Afdeling noch Centrale Raad een verklaring.

Na deze uitspraken van de hoogste bestuursrechters van 26 november zullen lagere rechters ongetwijfeld hun benadering bijstellen om de nieuwe lijn te volgen en opvang in een VBL te erkennen als een toereikende manier om aan de ECSR-uitspraak te voldoen.[85] Voor de lagere rechters is daarbij wel nog de keuze of zij de Afdeling of de Centrale Raad zullen volgen in hun redenering rondom het toekennen van rechtswerking aan het ECSR-oordeel. Of de uitspraken leiden tot een eenduidige benadering van dit soort oordelen in de rechtspraak, valt daardoor te betwijfelen.

Consequenties toekennen rechtskracht internationale oordelen

De consequenties van het toekennen van enig gezag aan internationale oordelen lopen uiteen. In sommige gevallen leidt dit ertoe dat de open normen van het nationale recht in het licht van de internationale verdragsuitleg worden ingevuld, zoals de rechtbank Den Haag deed in de Urgenda-zaak.[86] Ook komt het sporadisch voor dat een nationale rechter uiteindelijk niets doet met de gegeven uitleg, omdat die betrekking heeft op een andere feitenconstellatie dan aan de

82 R.o. 5.10.
83 R.o. 5.11.
84 Althans niet in gevallen waarin geen sprake is van zeer bijzondere omstandigheden, zoals bijzondere kwetsbaarheid door ziekte; in die omstandigheden kan de interpretatie via art. 3 en 8 EVRM uitkomst bieden; zie r.o. 5.6.
85 In dit preadvies zijn slechts uitspraken onderzocht die tot 1 december 2015 zijn gedaan.
86 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

orde is in het voorliggende geval.[87] In andere gevallen passen rechters het (duidelijk wel bindende) EVRM toe, en lezen zij de door het verdragscomité gegeven uitleg in daarin neerlegde bepalingen in.[88] Zoals hierboven aangeven heeft ook de Afdeling Bestuursrechtspraak in haar uitspraak over de 'bed, bad en brood'-kwestie van 26 november 2015 uitdrukkelijk deze benadering gekozen, waarbij zij heeft benadrukt dat bovendien de door het EHRM aan de ECSR-uitleg gegeven uitleg leidend is.[89] De Centrale Raad heeft daarentegen eerder de benadering gekozen dat de ECSR-uitleg rechtstreeks bepalend is en heeft daaraan de consequentie verbonden dat een zekere opvang inderdaad moet worden geboden, al heeft dat niet tot gevolg dat vergaande positieve verplichtingen voor de staat ontstaan.[90] Sommige rechtbanken zijn in eerdere uitspraken aanzienlijk verder gegaan door aan te nemen dat de universele betekenis van mensenrechten betekent dat een verdragsuitleg (gegeven door een internationaal verdragscomité) met terugwerkende kracht moet worden toegepast, dus al voordat de nationale rechters uitspraken hebben gedaan over een bepaald onderwerp.[91] Op dit punt loopt de Nederlandse rechtspraak dus nogal uiteen.

5.4 Conclusie

Het in dit hoofdstuk gegeven overzicht van de Nederlandse en de EHRM-rechtspraak laat een grote diversiteit aan benaderingen zien in de omgang met oordelen van verdragscomités en internationale hoven. Het EHRM gaat soms ver in zijn verwijzingen naar internationale verdragsbepalingen en de daaraan gegeven uitleg. Zelfs wanneer dit soort verplichtingen voor een staat niet bindend zijn omdat de staat een bepaald verdrag bewust niet heeft ondertekend, heeft het EHRM ze via interpretatie van de EVRM-bepalingen soms – dwingend – aan de staten opgelegd. Deze rechtspraak van het EHRM wordt vooral ondersteund door een consensusredenering en door een inbedding in de algemene uitgangspunten die aan het EVRM ten grondslag liggen. De andere overwegingen die vanuit meer theoretisch perspectief de rechtswerking zouden kunnen ondersteunen en die zijn besproken in hoofdstuk 4, komen niet of nauwelijks aan bod. Ook verder besteedt het EHRM niet zoveel aandacht aan de precieze rechtswerking van oordelen van verdragscomités, net zomin als aan de legitimatie daarvoor. Dat is misschien ook minder nodig, gelet op de argumentatietrant van het EHRM.

87 Hof Amsterdam 31 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1121; Rb. Noord-Holland 23 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7930.

88 Rb. Utrecht 6 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM0846; Rb.Zutphen 29 april 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM2856; Rb. Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15958; Rb. Den Haag 8 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9756; Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656; Rb. Den Haag 8 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10660.

89 ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415.

90 CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803.

91 Rb. Amsterdam 08 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2649, 2654 en 2656; Rb. Amsterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4877; Rb. Amsterdam 16.10.2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7127 en 7128.

Daarbij is meestal niet maar één argument doorslaggevend, maar wordt een beslissing door een veelheid van verschillende overwegingen ondersteund. De al dan niet bindende werking van internationale verdragscomités is daardoor voor de uiteindelijke interpretatie nooit volledig bepalend.

De meeste Nederlandse rechters blijken bereid om oordelen van verdragscomités te aanvaarden als gezaghebbende interpretaties van het internationale recht. Vervolgens is die uitleg vaak leidend bij de eigen uitleg van nationale regelgeving en vooral ook bij de uitleg van het EVRM. De 'reflexwerking' van de internationaal gegeven uitleg is daarmee aanzienlijk: bindende normen van nationaal en internationaal recht worden vrijwel steeds ingevuld op basis van de (erkend niet-bindende) oordelen van verdragscomités. De staat zal van goeden huize moeten komen om uit te leggen dat in een concreet geval moet worden afweken. Van volledig autonome werking is tegelijkertijd nauwelijks sprake. In de onderzochte uitspraken gaat het meestal om een extra, aanvullend argument in de redenering, dat andere argumenten ondersteunt en dat maakt dat de Nederlandse regelgeving in harmonie met bindende internationale verdragsverplichtingen wordt uitgelegd.[92] Bovendien wordt in een vrij groot aantal gevallen, en zeker ook in de recente uitspraak van de Afdeling over de voorzieningen voor uitgeprocedeerde asielzoekers, vooral betekenis toegekend aan de internationale uitleg via een interpretatie van de – evident bindende – bepalingen van het EVRM. Opmerkelijk is verder dat de 'zachte' vormen van rechtswerking, zoals het 'in aanmerking nemen van' een oordeel bij twijfel over de juiste uitleg of het beschouwen van een internationale uitleg als inspiratiebron, maar sporadisch voorkomen. Er is weinig aandacht voor de grijstinten tussen het beschouwen van een oordeel als gezaghebbend (en het dan lezen van andere verdragsverplichtingen in het licht ervan) en het niet toekennen van enige betekenis aan een oordeel. Ten slotte is opvallend dat rechters weliswaar soms aandacht besteden aan de rechtswerking van de oordelen, maar dat ze feitelijk nooit ingaan op de inhoudelijke redenen daarvoor – verwijzingen naar argumenten zoals die zijn besproken in hoofdstuk 4 zijn in de bestudeerde uitspraken niet of nauwelijks te vinden.

92 Vgl. Kanateke & Nollkaemper 2014, p. 769, 774 en 776.

6 Conclusie

Er bestaat de nodige verwarring over de rechtswerking van niet-bindende oordelen van internationale verdragsorganen, zoals het 'bed, bad en brood'-oordeel van het Europees Comité voor de Sociale Rechten. Wat betekent het nu precies om te zeggen dat deze oordelen 'niet-bindend' zijn? Te zeggen dat er geen enkele juridische waarde aan kan worden toegekend zou in ieder geval strijdig zijn met de Nederlandse rechtspraktijk, waarin nationale rechters met enige regelmaat gezag toekennen aan dergelijke uitspraken. Kennelijk komt er dus wel degelijk enige rechtswerking aan toe. Maar als dat zo is, bestaat daarvoor dan wel voldoende legitimatie, of, in hoeverre is het juridisch gezien eigenlijk te billijken dat waarde wordt toegekend aan dit soort oordelen? Dit zijn de vragen die in dit preadvies centraal hebben gestaan. Daarbij is tot uitgangspunt gekozen dat de kwestie van de rechtswerking niet zwart-wit moet worden gezien, maar dat kan worden gesproken van een glijdende schaal van juridische betekenis. In hoofdstuk 3 is aangegeven dat op deze glijdende schaal in ieder geval de volgende punten kunnen worden onderscheiden:

1. volledige verbindendheid; verplichte *erga omnes*-werking;
2. *res interpretata*: de gegeven uitleg moet worden gevolgd wanneer die vastligt in een vaste rechtspraaklijn;
3. toekennen van 'persuasive authority' aan de gegeven uitleg, waarbij afwijking alleen mogelijk is als hiervoor goede redenen zijn te geven;
4. in aanmerking nemen van de uitleg als waardevol interpretatieinstrument; bij twijfel kan dit de doorslag geven;
5. het zijn van een bron van inspiratie temidden van andere bronnen, zonder ooit doorslaggevend te zijn;
6. het ontbreken van iedere juridische betekenis.

Daarbij is betoogd dat de mate waarin op een legitieme manier rechtskracht aan de oordelen en uitleg kan worden toegekend, samenhangt met de mate waarin een aantal theoretische voorwaarden is vervuld.[1] Het begrip legitimiteit is hierbij juridisch-normatief ingevuld. Gekeken is dus niet zozeer naar elementen van verantwoording, transparantie en participatie – die voor regelgeving en beleid heel belangrijk zijn en die een centrale rol spelen in sociologische onderzoeken naar legitimiteit – maar vooral naar kwesties van bevoegdheid en procedure, en naar de aansluiting bij de specifieke rol van de rechter in een rechtsstatelijk systeem. Voor juridisch-normatieve legitimiteit van oordelen van verdragscomités is bijvoorbeeld relevant of nauw is aangesloten bij de tekst van het verdrag en de doelstellingen daarvan, of de inrichting van de internationale procedure voldoet

1 Vgl. ook Buchanan & Keohane 2008, p. 424.

aan basale vereisten van rechtsstatelijkheid, en of er al dan niet een zekere internationale consensus bestaat over de aanvaardbaarheid van de gekozen uitleg.

In dit preadvies is ook uiteengezet dat de mate van juridisch-normatieve legitimiteit vervolgens de plaats bepaalt die een internationaal oordeel op de 'rechtskrachtschaal' kan innemen. Een door het EHRM gegeven verdragsuitleg zal bijvoorbeeld grote legitimiteit toekomen wanneer die goed aansluit bij de tekst en doelstellingen van het Verdrag, niet in het minst vanwege de sterke rechtsstatelijke waarborgen die in het EVRM-systeem besloten liggen. Andersom zal een uitleg van de VN-Mensenrechtenraad minder rechtswaarde toekomen, gelet op het overwegend politieke karakter van deze raad. Zeker wanneer de gegeven uitleg sterk autonoom is en niet direct aansluit bij een verdragstekst, kan er nauwelijks meer dan inspiratie in worden gevonden.

Dit betekent dat voor alle uitspraken en interpretaties van verdragscomités steeds moet worden nagegaan welke plaats zij op de rechtskrachtschaal kunnen innemen. Alleen dan kan immers rekening worden gehouden met elementen als die van autonomie van de interpretatie en het aansluiten bij een 'communis opinio', en alleen dan kan worden verzekerd dat op een legitieme manier juridische betekenis aan zo'n oordeel wordt toegekend.

Wat opvalt in de toepassingspraktijk, is dat deze nuances daarin lang niet allemaal tot uitdrukking komen. Vooral nationale rechters blijken maar een beperkt aantal tinten op het spectrum te herkennen. Ofwel nemen zij aan dat bepalingen en uitspraken daarover direct bepalend zijn voor de eigen uitleg, zoals bij de EHRM-uitspraken, zij het met enige nuances in de toepassing (variant 1 en 2 samengenomen); ofwel concluderen zij dat oordelen gezaghebbend zijn (waarna ze vaak als ondersteuning voor een EVRM-interpretatie worden gebruikt) (variant 3); ofwel overwegen zij dat aan internationale oordelen of bepalingen helemaal geen betekenis toekomt (variant 6). Het EHRM erkent daarnaast nog het belang van internationale oordelen als hulpmiddel bij de interpretatie (variant 4) of als bron van inspiratie (variant 5). Die varianten zijn in Nederlandse rechtspraak maar sporadisch terug te vinden.

Opmerkelijk is verder dat het EHRM noch de nationale rechter expliciet aandacht geeft aan de verschillende factoren die van invloed kunnen zijn op de legitimiteit van internationale oordelen. Het gegeven dat het ECSR een wel zeer ruime verdragsuitleg heeft gekozen in zijn uitspraken over onrechtmatig in het land verblijvende vreemdelingen, die in feite ingaat tegen de uitdrukkelijke bedoelingen van de verdragspartijen, blijft in veruit de meeste uitspraken bijvoorbeeld onbesproken, en lijkt van geen invloed op het gezag dat aan de gegeven uitleg wordt toegekend.[2] Ook in de zeldzame gevallen waarin wordt verwezen naar VN-verdragscomités, is geen woord te vinden over het karakter van deze comités of over de redenen waarom al dan niet waarde aan hun 'views' kan worden toegekend.

Al met al wordt in de praktijk dus stelselmatig een zekere rechtswerking aan internationale oordelen toegekend, zonder dat aandacht wordt gegeven aan de fijnere nuances die in de meer theoretische legitimiteitsdiscussies zijn onderscheiden. Misschien kan dat ook niet anders. Het is heel begrijpelijk dat rechters er weinig voor voelen om gedetailleerde onderscheidingen te maken

2 Een zeldzame uitzondering is Rb. Den Haag 10 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11106.

tussen verschillende mogelijke varianten van rechtswerking en tussen de verschillende rechtvaardigingen die daarvoor kunnen bestaan. In de Nederlandse argumentatiecultuur, die zich kenmerkt door kortheid en door gerichtheid op de voorliggende feiten en rechtsvragen, is er bovendien niet zoveel ruimte om uit te weiden over de legitimiteit van internationale oordelen. Tot grote problemen zal deze benadering zelden leiden, nu meestal wordt gekozen voor een 'veilige' constructie van conforme interpretatie of reflexwerking op basis van het EVRM.

Toch zou het waardevol kunnen zijn om meer te doen met de internationale oordelen en om een beter oog te hebben voor hun legitimiteit. Deze oordelen worden immers gegeven vanuit een bijzondere expertise op het terrein van grondrechten en verschaffen meer duidelijkheid over de internationale verplichtingen die Nederland op zich heeft genomen. Voor de beoordeling van de redelijkheid van nationaal wetgevend en bestuurlijk optreden kunnen de vele internationale normen en de daaraan gegeven internationale uitleg daardoor een belangrijk kader vormen. Bovendien komen verwijzingen naar internationale oordelen steeds meer voor, en stellen rechters voor steeds lastiger vragen. De Urgenda-zaak en de daarmee samenhangende problematiek, maar ook de 'bed, bad en brood'-kwestie, laten goed zien dat procespartijen internationale oordelen en interpretaties enthousiast omarmen, maar dat rechters tastend en zoekend aan het werk gaan om ze in het bestaande juridische stramien in te passen.[3]

Tegen die achtergrond is het des te noodzakelijker om precies te zijn en om nuance te herkennen en te onderscheiden. De rechter zal moeten onderkennen dat de ingeroepen oordelen eerst aan een kritische toets moeten worden onderworpen, voordat er een bepaalde betekenis aan wordt toegekend, en zal moeten aanvaarden dat die betekenis per geval kan verschillen. Het ingewikkelde schema met de verschillende varianten en de argumenten die kunnen helpen om een keuze tussen die varianten te maken, biedt de rechter daarbij enig houvast.

De vraag is ten slotte of een groter bewustzijn van de verschillende varianten van rechtswerking en de argumenten voor legitimiteit praktische gevolgen zou hebben voor de twee in de inleiding besproken thema's: de 'bed, bad en brood'-problematiek en de zwartepietendiscussie. Ten aanzien van de 'bed, bad en brood'-discussie zal er niet veel verschil zijn in uitkomst. In hoofdstuk 5 is gebleken dat Nederlandse rechters al groot gezag toekennen aan het ESCR-oordeel over dit onderwerp (variant 3), al doen zij dat op verschillende manieren. De keuze voor die variant lijkt ook wel gelegitimeerd als wordt gekeken naar de factoren en argumenten die in hoofdstuk 4 zijn besproken. Weliswaar is het 'bed, bad en brood'-oordeel van het ECSR erg autonoom van aard en sluit het niet goed aan bij de tekst van het ESH en de uitdrukkelijke bedoelingen van de opstellers,[4] maar op dit punt lijkt wel sprake te zijn van aansluiting bij een veranderde consensus. Het ECSR gaf al in 2004 een oordeel waarin het besloot dat bepaalde voorzieningen ook aan onrechtmatig in het land verblijvende vreemdelingen moesten worden toegekend met het oog op de bescherming van hun

3 Zie hierover uitgebreider De Werd 2015.
4 Zie kritisch daarover o.m. Donders 2014, p. 260.

waardigheid. Weliswaar heeft dit tot enige controverse en strubbelingen geleid, maar het Comité van Ministers toonde zich destijds niet heel afwijzend over deze conclusie en heeft hier zelfs enige steun aan gegeven.[5] Ook naar aanleiding van het recente 'bed, bad en brood'-oordeel is niet van een sterk afwijzende reactie vanuit de staten gebleken. In plaats daarvan heeft het Comité van Ministers in zijn resolutie in die zaak alleen maar zakelijk gewezen op de tekst van de Appendix waarin de beperking van reikwijdte vastligt.[6] Daaruit mag worden afgeleid dat de uitleg in ieder geval niet hard wordt afgewezen. Verdere versterking van het consensusargument kan worden gevonden in het feit dat ook het EHRM de uitleg van het ECSR heeft aanvaard, gelet op het feit dat het hiernaar heeft verwezen in zijn uitleg in de in paragraaf 5.2 besproken zaak *V.M. t. België*. Daarnaast kan gelden dat het ECSR zorgvuldig is ingericht; dat het ECSR probeert zo goed mogelijk te voldoen aan de eisen van een goed proces; dat de uitspraken uitvoerig zijn onderbouwd en nauw aansluiten bij algemeen erkende noties zoals die van menselijke waardigheid en effectieve grondrechtenbescherming; en dat er uiteindelijk de nodige ruimte bestaat om inhoudelijk invulling te geven aan de gestelde eisen. Gelet op dat alles is het niet onredelijk dat nationale rechters een grote zeggingskracht hebben toegekend aan dit oordeel, en dat ze het gebruiken als basis voor de uitleg van bestaande juridische verplichtingen zoals die bijvoorbeeld voortvloeien uit artikel 3 en 8 EVRM of uit nationale en EU-regelgeving.

Als in de toekomst zou worden geprocedeerd in het kader van de zwartepietendiscussie, kan op een soortgelijke manier de vraag opkomen hoe in zo'n procedure moet worden omgegaan met de conclusies van het VN-Rassendiscriminatiecomité over dit onderwerp. Deze conclusies zijn niet gegeven in een procedure op tegenspraak die voldoet aan de eisen van een eerlijk proces, maar eerder in het kader van een politiek en beleidsmatig ingestoken dialoog met de staat. Dat maakt dat de aanbevelingen een meer politieke dan duidelijk juridische betekenis hebben, en dat het advies op een aantal van de hiervoor genoemde factoren – vooral de meer constitutionele – niet bijzonder goed scoort. Tegelijkertijd sluit de gegeven uitleg nauw aan bij de tekst en de strekking van het VN-Antirassendiscriminatieverdrag. Dit betekent dat misschien niet zo'n vergaande en bijna doorslaggevende betekenis hieraan kan worden toegekend als bij het ECSR-oordeel, maar de conclusies wel degelijk kunnen worden gezien als een belangrijke interpretatie van de internationale verplichtingen die Nederland op zich heeft genomen. In een procedure voor de rechter kan dan ook zeker enig interpretatief gewicht aan deze bevindingen worden toegekend en kunnen zij bij de interpretatie van het nationale recht 'in aanmerking worden genomen' (variant 4). Dat betekent vooral dat zij ondersteunend kunnen zijn in de redenering: als op andere gronden ook al tot een bepaalde verdragsuitleg kan worden

5 Zie Resolution CM/ResChS(2010)6, *Defence for Children International (DCI)/Nederland*, Complaint No. 47/2008; zie ook Mohammadi 2015, p. 758.

6 Zie Resolution CM/ResChS(2015)5, *Conference of European Churches (CEC)/Nederland*, Complaint No. 90/2013.

geconcludeerd, maar er nog enige twijfel blijft bestaan, kunnen de conclusies van het VN-Comité net het bepalende duwtje geven.[7]

Als uit dit preadvies iets duidelijk wordt, is het wel dat het toekennen van rechtskracht aan niet-bindende oordelen van internationale verdragscomités altijd een complexe exercitie zal blijven.[8] Er is geen eenvoudig antwoord mogelijk op de vraag wanneer 'niet-bindend' ook echt betekent 'geen rechtswerking'. Te hopen is niettemin dat de varianten en factoren zoals ze in dit preadvies zijn geformuleerd, enig houvast kunnen bieden bij het formuleren van juridisch deugdelijke antwoorden op de vraag hoeveel betekenis aan een internationaal oordeel kan worden toegekend. Deze factoren in de discussie te betrekken maakt dat die in ieder geval op goede gronden kan worden gevoerd, en allicht ook dat er een betere onderbouwing wordt gegeven voor het toekennen van een bepaalde waarde aan internationale oordelen.

7 Bovendien kan in dit soort gevallen de rechtspraak van het EHRM mogelijk een extra steun vormen, zoals al zichtbaar was in de rechtbankuitspraak over dit onderwerp; zie Rb. Amsterdam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3888, JB 2014/182, m.nt. Brouwer, AB 2014/283, m.nt. G. Boogaard & F.M.J. den Houdijker en vgl. Lawson 2015, p. 332.

8 Vgl. ook Buchanan & Keohane 2008, p. 425.

7 Discussiepunten

1. Niet alle uitspraken en interpretaties van verdragscomités op het terrein van de grondrechten komt dezelfde rechtskracht toe. Sommige uitspraken zijn bijvoorbeeld zeer gezaghebbend, terwijl andere uitspraken hoogstens als inspiratiebron kunnen dienen. Het is zinvol om een 'rechtskrachtschaal' te definiëren waarop de verschillende soorten oordelen en interpretaties kunnen worden gepositioneerd.
2. Door acceptatie van de notie van 'res interpretata' kan *de facto* bindende betekenis toekomen aan verder niet-bindende oordelen van internationale verdragscomités.
3. De mate waarin juridisch gezag aan de grondrechtenoordelen en -interpretaties van internationale comités kan worden toegekend, wordt bepaald door een aantal factoren van juridisch-normatieve legitimiteit, zoals de nauwe aansluiting van internationale oordelen bij de verdragstekst en de bedoelingen van de verdragsluitende staten, de aansluiting bij een internationaal gegroeide consensus, en de rechtsstatelijke 'kwaliteit' van het betreffende verdragscomité.
4. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) speelt een belangrijke rol in de Nederlandse discussie over rechtswerking van niet-bindende oordelen van verdragscomités en andere niet-verbindende internationale instrumenten op het terrein van de grondrechten, doordat het deze oordelen en instrumenten vaak een plaats geeft in zijn eigen interpretaties. Voor zover die interpretaties voor Nederland als verbindend worden gezien, kan het EHRM daarmee indirect bindende werking creëren voor overigens niet-bindende internationale besluiten, oordelen of interpretaties.
5. De Nederlandse rechtspraak over het 'bed, bad en brood'-oordeel is niet helemaal consistent, in die zin dat sommige rechters rechtstreeks waarde toekennen aan het oordeel van het Europees Comité voor de Sociale Rechten (ECSR) hierover, terwijl andere rechters die waarde alleen aanvaarden op basis van interpretatie van het EVRM. Het zou verhelderend zijn als daarin een duidelijke keuze wordt gemaakt.
6. Nederlandse rechters nuanceren te weinig tussen de verschillende internationale instrumenten, doordat zij maar hoogst zelden (expliciet) oog tonen voor de juridisch-normatieve legitimiteit van internationale oordelen en deze bovendien vrijwel nooit welbewust en expliciet positioneren op de 'rechtskrachtschaal'. Het is wenselijk dat rechters – in ieder geval in hun

besluitvormingsproces, maar wellicht ook in hun motivering – explicieter aandacht besteden aan zowel de factoren die de mate van rechtskracht kunnen bepalen, als de uiteindelijk toegekende 'gradatie' van rechtskracht.

7. De bevindingen van dit preadvies over de rechtskracht van niet-bindende uitspraken en interpretaties van internationale verdragscomités op het terrein van de grondrechten, kunnen worden geëxtrapoleerd naar niet-bindende uitspraken en interpretaties van verdragscomités op andere terreinen, zoals handel, biogeneeskunde of milieu.

Geraadpleegde literatuur

Adams 2006
M. Adams, 'Heden en verleden in de rechtspleging. Rechtsvergelijkende en rechtstheoretische beschouwingen over de precedent- en zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken', *RM Themis* 2006 afl. 3, p. 106-120.

Van Alebeek & Nollkaemper 2012
R. Van Alebeek & A. Nollkaemper, 'The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law', in: H. Keller & G. Ulfstein, *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 356-413.

An-Na'im 1991
A.A. An-Na'im, 'Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights', in: A.A. An-Na'im (red.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspective: A Quest for Consensus*, University of Pennsylvania Press 1991, p. 19 e.v.

D'Aspremont 2012
J. d'Aspremont, 'From a Pluralization of International Law-making Processes to a Pluralization of the Concept of International Law', in: J. Pauwelyn, R.A. Wessel & J. Wouters (red.), *Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 185-199.

Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2013
T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, 'Rechten van bijzondere groepen en collectieve rechten', in: J.H. Gerards e.a. (eindred.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

Bellamy 2014
R. Bellamy, 'The democratic legitimacy of international human rights conventions: political constitutionalism and the Hirst case', in: A. Føllesdal, J. Karlsson Schaffer & G. Ulfstein (eds.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 243-271.

Bickel 1962
A.M. Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, tweede druk, New Haven/Londen: Yale University Press 1962.

Bobek 2014
M. Bobek, 'The Court of Justice, the national courts and the spirit of cooperation: between Dichtung und Wahrheit', in: A. Lazowski & S. Blockmans (red.), *Research Handbook on EU Institutional Law*, Londen: Edward Elgar 2014, ook via http://ssrn.com/abstract=2446547.

Bodnar 2014
A. Bodnar, '*Res Interpretata*: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for other States Than Those Which Were Party to the Proceedings', in: Y. Haeck & E. Brems (red.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Dordrecht: Springer 2014, p. 223-262.

Boerefijn 1999
I. Boerefijn, *The Reporting Procedure under the Covenant on Civil and Political Rights: Practice and Procedure of the Human Rights Committee*, Antwerpen: Intersentia 1999.

Von Bogdandy & Venzke 2012
A. von Bogdandy & I. Venzke, 'In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justifcation', *EJIL* 2012, afl. 23-1, p. 7-41.

Bossuyt 2007
M. Bossuyt, 'Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations', *HRLJ* 2007, afl. 28-9, p. 321-332.

Brillat 1996
R. Brillat, 'A New Protocol for the European Social Charter Providing for Collective Complaints', *EHRLR* 1996, p. 53-62.

Buchanan & Keohane 2008
A. Buchanan & R.O. Keohane, 'The Legitimacy of Global Governance Institutions', *Ethics and International Affairs* 2008, afl. 20-4, p. 405-437.

Buergenthal 2001
T. Buergenthal, 'The UN Human Rights Committee', *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2001, p. 341.

Burbano Herrera 2014
C. Burbano Herrera, 'Regel 39 Reglement van het Hof. Interimmaatregelen', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM – Deel II. Procedurebepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 486-513.

Çalı 2008
B. Çalı, 'The purposes of the European Human Rights System: one or many?', *EHRLR* 2008, p. 299-306.

Churchill & Khaliq 2004
R. Churchill & U. Khaliq, 'The Collective Complaints System of the European Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?', *EJIL* 2004, p. 417-456.

Citroni 2015
G. Citroni, 'The Human Rights Committee and its Role in Interpreting the International Covenant on Civil and Political Rights vis-à-vis States Parties', *EJIL: Talk!*, 28 augustus 2015, www.ejiltalk.org.

Clapham 2012
A. Clapham, 'United Nations Charter-Based Protection of Human Rights', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 79-103.

Cusack & Cook 2012
S. Cusack & R.J. Cook, 'Combating Discriminatio against Women', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 211-242.

Dekker 2014
M.J. Dekker, 'Het facultatief protocol bij het IVESCR, Katalysator voor toetsing aan economische, sociale en culturele rechten door de nationale rechter?', *NTM* 2014, afl. 39-4, p. 437-454.

De Schutter 2012a
O. De Schutter, 'The Status of Human Rights in International Law', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 39-58.

De Schutter 2012b
O. De Schutter, 'The European Social Charter', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 463-480.

Dibbets, Buyse & Timmer 2014
A. Dibbets, A.C. Buyse & A. Timmer, *De juridische gevolgen van ratificatie door Nederland van het Facultatief Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten*, SIM/Universiteit Utrecht 2014.

Donders 2014
Y. Donders, 'Europa's voorvechter van economische en sociale rechten – Het Europees Comité voor Sociale Rechten', *AA* 2014, afl. 4, p. 253-261.

Drzemczewski 2011
A. Drzemczewski, 'Quelques reflexions sur l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg', in: *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris: Dalloz 2011, p. 243-248.

Dworkin 1978
R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1978.

Dworkin 1985
R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1985.

Dworkin 1996
R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1996.

Ely 1980
J.H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1980.

Fallon 2005
R.H. Fallon, 'Legitimacy and the Constitution', 118 *Harvard Law Review* 2005, p. 1787-1853.

Fleuren 2005
J.W.A. Fleuren, 'Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter', in: P.A. Nollkaemper e.a., *De nationale rechter en het internationale recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2005, p. 89 e.v.

Fleuren 2010
J.W.A. Fleuren, 'The application of public international law by Dutch courts', *NILR* 2010, p. 245 e.v.

Fleuren 2015
J.W.A. Fleuren, 'Hoe komen juridische begrippen en regels aan hun betekenis? Het belang van de taalfilosofie van de latere Wittgenstein voor de rechtsgeleerdheid', *AA* 2015, p. 568-584.

Fleuren & Gerards 2014
J.W.A. Fleuren & J.H. Gerards, 'The Netherlands', in: J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren (red.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 217-260.

Føllesdal 2013
A. Føllesdal, 'The Legitimacy Deficits of the Human Rights Judiciary: Elements and Implications of a Normative Theory', *Theoretical Inquiries in Law* 2013, p. 339-360.

Føllesdal 2014
A. Føllesdal, 'Much ado about nothing? International judicial review of human rights in well-functioning democracies', in: A. Føllesdal, J. Karlsson Schaffer & G. Ulfstein (red.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 272-299.

Galligan & Sandler 2004
D. Galligan & D. Sandler, 'Implementing Human Rights', in: S. Halliday & P. Schmidt (red.), *Human Rights Brought Home. Socio-Legal Studies of Human Rights in the National Context*, Oxford: Hart Publishing 2004, p. 23-55.

Ganshof van der Meersch 1988
W.J. Ganshof van der Meersch, 'Le "caractère autonome" des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la CEDH', in: F. Matscher & H. Petzold (red.), *Protecting Human Rights: The European Dimension* (Festschrift Wiarda), Keulen: Heymanns 1988, p. 201-220.

Gerards 2011
J.H. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Gerards 2012
J.H. Gerards, 'Oordelen over grondrechten – rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland', in: H. den Tonkelaar & L. de Groot (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51.

Gerards 2013a
J.H. Gerards, 'De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht – inleiding', in: J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1-44.

Gerards 2013b
J.H. Gerards, 'Protocol 16 en advisering door het EHRM', *A&MR* 2013, afl. 10, p. 513-519.

Gerards 2014a
J.H. Gerards, 'The European Court of Human Rights and the national courts – giving shape to the notion of 'shared responsibility', in: J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren (red.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 13-94.

Gerards 2014b
J.H. Gerards, 'Artikel 29 EVRM. Bevoegdheden van en procedures voor een Kamer', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM – Deel II. Procedurebepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 69-81.

Gerards 2014c
J.H. Gerards, 'Artikel 32 EVRM. Rechtsmacht van het EHRM', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM – Deel II. Procedurebepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 91-111.

Gerards 2014d
J.H. Gerards, 'Advisory opinions, preliminary rulings and the new Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights - a comparative and critical appraisal', *MJ* 2014, afl. 21-4, p. 630-651.

Gerards & Sieburgh 2013
J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1-44.

Glas 2014
L.R. Glas, 'Artikel 46 EVRM. Bindende kracht en tenuitvoerlegging van uitspraken', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel II – Procedurebepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 347-396.

Glas 2016
L.R. Glas, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerpen: Intersentia 2016.

Halliday & Schmidt 2004
S. Halliday & P. Schmidt, *Human Rights Brought Home. Socio-Legal Studies of Human Rights in the National Context*, Oxford: Hart Publishing 2004.

Hannum 2012
H. Hannum, 'The United Nations and Human Rights', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 61-78.

Harrington 2015
J. Harrington, 'The Human Rights Committee, Treaty Interpretation, and the Last Word', *EJIL: Talk!*, 5 augustus 2015, www.ejiltalk.org.

Heringa 1989
A.W. Heringa, *Sociale grondrechten. Hun plaats in de gereedschapskost van de rechter*, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1989.

ILA 2004
International Law Association (ILA), *Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies*, Berlin Conference 2004.

Jaeger 1997
R. Jaeger, 'The Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints', *LJIL* 1997, p. 69-80.

Kakouris 1994
C.N. Kakouris, 'Use of the Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities', *Pace International Law Review* 1994, p. 267 e.v.

Kälin 2012
W. Kälin, 'Examination of state reports', in: H. Keller & G. Ulfstein (red.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 16-72.

Kanetake & Nollkaemper 2014
M. Kanetake & A. Nollkaemper, 'The application of informal international instruments before domestic courts', *George Washington International Law Review* 2014, p. 765-807.

Keller & Grover 2012
H. Keller & L. Grover, 'General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy', in: H. Keller & G. Ulfstein (red.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 116-194.

Kjærum 2012
M. Kjærum, 'Combating Racial and Related Discrimination', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 189-210.

Klein 2000
E. Klein, 'Should the binding effect of the judgments of the European Court of Human Rights be extended?', in: P. Mahoney (red.), *Protecting Human Rights: the European Perspective*, Keulen: Heymanns 2000, p. 705-713.

Komárek 2007
J. Komárek, 'In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure', *ELR* 2007, p. 467-491.

Kretzmer & Klein 2010
D. Kretzmer & E. Klein, 'The UN Human Rights Committee and International Human Rights Monitoring', New York University Law School: IILJ International Legal Theory Colloquium 2010, http://iilj.org/courses/documents/2010Colloquium.Kretzmer.pdf.

Krommendijk 2011
J. Krommendijk, 'The effectiveness of non-judicial mechanisms for the implementation of human rights', *Human Rights and International Legal Discourse* 2011, afl. 5-2, p. 264-293.

Krommendijk 2013
J. Krommendijk, 'De beperkte effectiviteit van de aanbevelingen van het VN-Mensenrechtencomité in Nederland nader bekeken en verklaard', *NTM* 2013, afl. 38-2, p. 212-228.

Krommendijk 2014
J. Krommendijk, *The Domestic Impact and Effectiveness of the Process of State Reporting under UN Human Rights Treaties in the Netherlands, New Zealand and Finland. Paper-pushing or policy-prompting?*, Antwerpen: Intersentia 2014.

McLachlan 2005
C.A. McLachlan, 'The Principle of Systematic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention', *ICLQ* 2005, p. 279-320.

Lasser 2004
M. Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Lawson 2015
R.A. Lawson, 'Two Steps Back, Three Steps Ahead: *Zwarte Piet* and the European Convention of Human Rights', in: *Essays in honour of Dean Spielmann*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2015, p. 323-334.

Lenaerts 2003
K. Lenaerts, 'Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law', *ICLQ* 2003, p. 873.

Lenaerts & Corthaut 2006
K. Lenaerts & T. Corthaut, 'Rechtsvinding door het Hof van Justitie', *AA* 2006, afl. 9, p. 581-588.

Letsas 2007
G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Lörcher 2013
K. Lörcher, 'The New Social Dimension in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR): The *Demir and Baykara* Judgment, its Methodology and Follow-up', in: F. Dorssemont, K. Lörcher & I. Schömann (red.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2013, p. 3-46.

Mechlem 2009
K. Mechlem, 'Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights', *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2009, p. 905-947.

Mohammadi 2015
D. Mohammadi, 'Opvang van uitgeprocedeerde vreemdelingen: waarom we het voorbeeld van de gemeenten moeten opvolgen', *AA* 2015 (10), p. 749-761.

Naudé Fourie 2009
A. Naudé Fourie, *The World Bank Inspection Panel and Quasi-Judicial Oversight. In Search of the 'Judicial Spirit' in Public International Law* (diss. Rotterdam 2009).

Niemi 2003
H. Niemi, 'National Implementation of Findings by United Nations Human Rights Treaty Bodies: A Comparative Study', *Research reports Åbo Akademi University*, 2003.

Nowak 2012
M. Nowak, 'Torture and Enforced Disappearance', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 153-187.

O'Flaherty 2006
M. O'Flaherty, 'The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies', *HRLR* 2006, afl. 6-1, p. 27-52.

OHCHR 2011
Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) (2011), *Report on the working methods of the human rights treaty bodies relating to the State party reporting process*, 23 mei 2011, HRI/ICM/2011/4.

Pauwelyn 2012
J. Pauwelyn, 'Is It International Law or Not, and Does It Even Matter?', in: J. Pauwelyn, R.A. Wessel & J. Wouters (red.), *Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 125-161.

Popelier 2012
P. Popelier, 'The Court as Regulatory Watchdog: the Procedural Approach in the Case Law of the European Court of Human Rights', in: P. Popelier, A. Mazmanyan & W. Vandenbruwaene (red.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 249-268.

Popelier & Van de Heyning 2013
P. Popelier & C. Van de Heyning, 'Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis', *EUConst* 2013, p. 230-262.

Popelier & Lambrechts 2016
P. Popelier & S. Lambrechts (red.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Antwerpen: Intersentia 2016 (te verschijnen).

Quinn & O'Mahoney 2012
G. Quinn & C. O'Mahoney (2012), 'Disability and Human Rights: A New Field in the United Nations', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 265-300.

Ress 2005
G. Ress, 'The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order', *Texas International Law Journal* 2005, p. 359 e.v.

Riedel 2012
E. Riedel, 'Economic, Social and Cultural Rights', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 131-152.

Rieter 2010
E. Rieter, *Preventing Irreparable Harm. Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Antwerpen: Intersentia 2010.

Risse, Rop & Sikkink 1999
Th. Risse, S.C. Rop & K. Sikkink (red.), *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change*, Cambridge: Cambridge University Press 1999.

Rodley 2012
Sir Nigel Rodley, 'Civil and Political Rights', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 105-129.

Roosevelt 2006
K. Roosevelt III, *The Myth of Judicial Activism*, New Haven/London: Yale University Press 2006.

Ruiter & Wessel 2012
D.W.P. Ruiter & R.A. Wessel, 'The Legal Nature of Informal International Law: A Legal Theoretical Exercise', in: J. Pauwelyn, R.A. Wessel & J. Wouters (red.), *Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 162-184.

Schabas 2011
W.A. Schabas, 'On the binding nature of the findings of the treaty bodies', in: M.C. Bassiouni & W.A. Schabas (red.), *New Challenges for the UN Human Rights Machinery. What Future for the UN Treaty Body System and the Human Rights Council Procedure?*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 97-106.

Schaffer 2014
J.K. Schaffer, 'Legitimacy, global governance and human rights institutions: inverting the puzzle', in: A. Føllesdal, J. Karlsson Schaffer & G. Ulfstein, *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 212-242.

Schlütter 2012
B. Schlütter, 'Aspects of human rights interpretation by UN Treaty Bodies', in: H. Keller & G. Ulfstein (red.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 261-319.

Senden 2011
H.C.K. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen: Intersentia 2011.

Sepúlveda 2003
M. Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen: Intersentia 2003.

Shelton 2012
D.L. Shelton, 'The Legal Status of Normative Pronouncements of Human Rights Treaty Bodies', in: H.P. Hestermeyer e.a. (red.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, Leiden: Martinus Nijhoff 2012, p. 553-575.

Sieburgh 2004
C.S. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2004.

Simmons 2009
B.A. Simmons, *Mobilizing for Human Rights. International Law in Domestic Policies*, Cambridge: Cambridge University Press 2009.

Slingenberg 2010
L. Slingenberg, 'Illegale kinderen en het Europees Sociaal Handvest', A&MR 2010, afl. 2, p. 81.

Sunstein 1996
C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York/Oxford: Oxford University Press 1996.

Swepston 2012
L. Swepston, 'The International Labour Organization and Human Rights', in: C. Krause & M. Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, tweede druk, Åbo: Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2012, p. 353-371.

Timmermans 2015
C.W.A. Timmermans, 'De Hoge Raad en het Hof van Justitie van de EU als partners in de prejudiciële procedure', TCR 2015, p. 114-118.

Waldron 1999
M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press 1999.

Ulfstein 2012
G. Ulfstein, 'Individual Complaints', in: H. Keller & G. Ulfstein (red.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 73-115.

Van de Heyning 2011
C. Van de Heyning, *Fundamental Rights lost in complexity. The protection of fundamental rights against violations by the rulemaker in converging national and European legal systems* (diss. Antwerpen 2011).

Van Drooghenbroeck 2009
S. Van Drooghenbroeck, 'Les frontières du droit et le temps juridique: la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites', *RTDH* 2009, p. 811 e.v.

Waldron 2006
J. Waldron, 'The Core of the Case Against Judicial Review', *Yale Law Journal* 2006, p. 1346 e.v.

Weiler 1999
J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 1999.

De Werd 2015
M. de Werd, *Der Lauf der Dinge – Problemen van rechtspraak in een Europese context*, Oratie Maastricht 2015, http://europeancourts.blogspot.nl/2015/12/der-lauf-der-dinge-problemen-van.html.

Wheatley 2011
S. Wheatley, 'A democratic rule of international law', *EJIL* 2011, p. 525 e.v.

Wheatley 2014
S. Wheatley, 'On the legitimate authority of international human rights bodies', in: A. Føllesdal, J. Karlsson Schaffer & G. Ulfstein (red.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 84-116.

De Wit 2012
J. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast. Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden 'vinden geen toepassing' in artikel 94 van de Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Wolfrum 2008
R. Wolfrum, 'Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations', in: R. Wolfrum & V. Röben (red.), *Legitimacy in International Law*, Berlijn/Heidelberg/New York: Springer 2008, p. 1-24.

Young 2008
K.G. Young, 'The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content', *Yale Journal of International Law* 2008, p. 113-175.

Zucca 2007
L. Zucca, *Constitutional Dilemma's. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Transnationale private normen in het bestuursrecht

*Prof. mr. M.W. Scheltema**

1	**Een eerste verkenning**	**89**
1.1	Inleiding	89
1.2	Transnational Private Regulation	91
1.3	Voor- en nadelen van TPR	96
1.4	De verhouding tussen TPR en publieke systemen	99
1.5	TPR in de EU, haar lidstaten en internationale organisaties	101
1.5.1	Europese Unie	101
1.5.2	De lidstaten van de Unie	103
1.5.3	Internationale organisaties	104
2	**De wetgever en TPR**	**106**
2.1	Inleiding	106
2.2	Wanneer is TPR een reële optie?	106
2.3	De wetgever en nationale zelf- en coregulering	107
2.4	Het perspectief van de Europese regelgever	109
2.5	De (Nederlandse) wetgever en TPR	114
2.5.1	Specifieke dimensie van TPR	114
2.5.2	Wettelijke (meta)regels voor de erkenning van TPR?	116
2.5.3	Noodzaak van een wettelijke erkenningsregeling	120
2.5.4	Criteria voor erkenning	122
2.5.5	Gevolg van erkenning	130
3	**Publieke toezichthouders en TPR**	**134**
3.1	Inleiding	134
3.2	(Nationale) private systemen en publiek toezicht	134
3.3	Toezichthouders en TPR	137
3.3.1	Specifieke dimensie TPR	137
3.3.2	(Meta)regels voor gebruik van TPR?	141
3.3.3	Driefasentoets	142
3.3.4	Wijze van erkenning door toezichthouders	153
3.3.5	Gevolgen van 'erkenning'	156

* Martijn Scheltema is partner bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn en deeltijdhoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotteram. De auteur dankt J. Schipper, H. Schoenmakers en M. de Hoon voor het delen van hun waardevolle inzichten vanuit het perspectief van de wetgever, M. de Bree (ESM) en zijn onderzoeksgroep aan de Erasmus Universiteit voor hun bereidheid mee te denken over het in hoofdstuk 3 besproken onderwerp en L. van Kalmthout, H. Lubberdink, G. Snijders en N. Verheij voor hun bereidheid van gedachten te wisselen over het in hoofdstuk 4 besproken onderwerp. De auteur dankt voorts I. Sluiter, A. Vegter en zijn vader voor hun waardevolle suggesties bij een eerdere versie van dit preadvies en hun bereidheid daarover van gedachten te wisselen.

4	**De bestuursrechter en TPR**	**161**
4.1	Inleiding	161
4.2	De burgerlijke rechter en private normering	161
4.3	De bestuursrechter en TPR	164
4.3.1	Op welke wijze en wanneer is TPR relevant?	164
4.3.2	Toetsing van legitimiteit en effectiviteit	165
4.3.3	De bestuursrechter en het erkenningsbesluit	167
4.3.4	Relevantie beslissingen private geschilbeslechters	168
5	**Conclusie**	**170**
5.1	Inleiding	170
5.2	Het perspectief van de wetgever	170
5.3	Het perspectief van de toezichthouder	173
5.4	Het perspectief van de bestuursrechter	174
6	**Punten voor de discussie**	**177**

1 Een eerste verkenning

1.1 Inleiding

De parlemetaire Fyra-enquête ligt nog vers in het geheugen. Een van de daarin aan de orde zijnde aspecten was het (gebrekkige publieke) toezicht door de ILT van het ministerie van I&M. Gelet op de aan de Fyra-treinstellen klevende gebreken was (achteraf bezien) evident dat die niet goedgekeurd hadden mogen worden. Toch is dat gebeurd. De ILT had de Fyra-treinstellen echter niet zelf gekeurd, maar had dit overgelaten aan een private keuringsinstelling die de Fyra-treinstellen had gecertificeerd op basis van (transnationale) private (technische) standaarden. Hier werd door de publieke toezichthouder dus vertrouwd op private technische standaarden waarvan de naleving door een private instelling werd gecertificeerd. Het Fyra-debacle roept de vraag op of het vertrouwen op transnationale private normen (en de private controle daarvan) door een publieke toezichthouder wel verantwoord is en, zo ja, onder welke omstandigheden.

Het fenomeen dat in dit preadvies aan de orde komt, private normen, is als zodanig niet nieuw. Private normering van het bedrijfsleven bestaat al sinds de middeleeuwen, waar bijvoorbeeld de gilden voor handwerklieden een bekend fenomeen waren.[1] Ten dele hadden deze verschijningsvormen een grensoverschrijdend karakter, zodat daaraan ook destijds al een transnationale component zat.

Ook in het huidige tijdsgewricht staat private normering al geruime tijd in de belangstelling, niet alleen als onderwerp op zich, maar vooral ook in verband met en als alternatief voor overheidsregulering en handhaving. Dat geldt ook op het internationale niveau. Op internationaal terrein bestaat de klassieke overheidsinterventie uit het overeenkomen van verdragen (of andersoortige overeenkomsten tussen overheden) die vervolgens in nationale regelgeving worden geïmplementeerd. Op een aanzienlijk aantal terreinen is dat klassieke model inmiddels (deels) achterhaald. Zo is bijvoorbeeld ten aanzien van technische normen, financiële regels, duurzaamheid, milieu en mensenrechten, voedselveiligheid, reclame, internet, particuliere beveiliging, marktonderzoeken en arbeidsomstandigheden transnationale private normering in het leven geroepen die deels ook door private partijen wordt gehandhaafd en in verband waarmee (deels) ook private geschilbeslechtingssystemen in het leven zijn geroepen. Uit onderzoek blijkt ook dat het

1 Bijvoorbeeld Braithwaite & Drahos 2000. Zie verder over het ontstaan van duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 7 en 21-25.

aantal verdragen sinds 2000 gestaag afneemt ten faveure van transnationale private normering.[2]

In dit preadvies wordt Transnational Private Regulation[3] (TPR) in verband gebracht met het bestuursrecht, nu dat onderwerp tot op heden enigszins stiefmoederlijk is bedeeld. Dat is een gemis nu TPR in het bestuursrecht, onder meer in verband met het houden van publiek toezicht, een steeds grotere rol speelt en door sommige toezichthouders ook als onmisbaar wordt gezien. Twee aspecten worden in het bijzonder belicht: legitimiteit en effectiviteit.[4] In dit verband moet worden bedacht dat legitimiteit hier niet bedoeld wordt in de klassieke zin van democratische legitimatie. Het gaat om een andere vorm van legitimiteit die vooral samenhangt met de governance van private systemen, zoals de wijze waarop zij belanghebbenden in die systemen betrekken.

Legitimiteit en effectiviteit worden besproken vanuit drie perspectieven: dat van de wetgever, dat van publieke toezichthouders en dat van de bestuursrechter. Gelet op de grote hoeveelheid TPR[5] op velerlei terrein is het binnen het bestek van dit preadvies niet mogelijk om al deze vormen en terreinen uitputtend te behandelen.[6] Ik zal daarom hierna ingaan op het fenomeen TPR en daarvan een aantal voorbeelden op uiteenlopende terreinen geven. Daarbij zal ik (bij het geven van voorbeelden) vooral ingaan op TPR op het gebied van duurzaamheid, milieu, mensenrechten en arbeidsomstandigheden (met soms enige uitstapjes naar voedselveiligheid).[7]

Voordat de hiervoor genoemde aspecten vanuit de drie perspectieven worden besproken, moet worden bedacht dat niet alle landen (de wenselijkheid van) TPR op dezelfde wijze benaderen. Het lijkt daarom goed om ook kort te belichten hoe daarmee in een aantal andere Europese landen en door de EU zelf wordt omgegaan.

---

2 Vgl. Pauwelyn, Wessel & Wouters 2012, p. 500-535, die een dergelijke ontwikkeling constateren in verband met de samenwerking tussen overheden (in een aantal gevallen samen met private actoren) op internationaal terrein. Zie bijvoorbeeld voor de grote ontwikkeling van Transnational Private Regulation op het gebied van duurzame koffie Sorsa & Kettunen 2015, p. 216.

3 Een goede Nederlandse vertaling hiervan bestaat niet, nu het woord 'regulation' niet heel gemakkelijk in het Nederlands valt te vertalen. Het begrip 'regulering' is breder en heeft ook een andere inhoud dan 'regulation'. Anderzijds is de term 'normering' te eng nu daaronder niet alle vormen van regulation vallen. Ik zal in dit preadvies derhalve verder van TPR spreken en hierna uiteenzetten wat ik daar onder versta.

4 Soms wordt legitimiteit overigens gezien als een onderdeel van effectiviteit, maar nu deze aspecten in de literatuur vaak worden onderscheiden, heb ik mij daarbij in dit preadvies aangesloten.

5 Alleen op het terrein van milieu en duurzaamheid bestaan al 458 (transnationale) private initiatieven. Zie www.ecolabelindex.com.

6 Zie voor een (verre van compleet) overzicht van in de EU gebruikte private regulering (niet alleen TPR) de EESC database, te raadplegen op http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.smo-database.

7 Vooral in het kader van TPR en toezichthouders (hoofdstuk 3) is dat noodzakelijk omdat op het terrein van mensenrechten (in andere landen) en duurzaamheid nog betrekkelijk weinig publiek toezicht wordt gehouden waarin TPR een functie vervult.

1.2 Transnational Private Regulation

TPR is een breed begrip dat allerlei soorten transnationale private normenstelsels omvat.[8] TPR kan worden gedefinieerd als een stelsel van private (dat wil zeggen: niet direct of indirect op de klassieke democratisch gelegitimeerde wijze tot stand gekomen) normen dat bedoeld is om meerdere malen te worden gebruikt en waarin de regels een algemene strekking hebben. Deze regels zijn opgesteld, in een aantal gevallen in samenwerking met anderen, door degenen die aan de regels zijn gebonden, door hun vertegenwoordigers of door een overkoepelende organisatie.[9] Er zijn bij deze stelsels dus altijd private partijen betrokken. Geen onderdeel van TPR vormen derhalve transnationale samenwerkingsvormen waarbij alleen overheden zijn betrokken. Verder worden deze regels gehandhaafd (mede) door private partijen en zijn deze niet door de daartoe bevoegde overheidsorganen (op de klassieke) wijze uitgevaardigd. TPR kan ook worden gedefinieerd als een stelsel waarbinnen private actoren tot op zekere hoogte verantwoordelijkheid aanvaarden voor het opstellen en/of toepassen en/of handhaven van private regels.[10] TPR is internationaal (of transnationaal) omdat het bereik ervan de landsgrenzen overschrijdt, zonder dat de regels zijn vervat in verdragen. TPR verschilt van nationale private normenstelsels omdat het een breder bereik heeft en vaak ook minder specifiek is toegespitst op de Nederlandse rechtsorde.[11]

De belangrijkste actoren in dergelijke TPR-stelsels zijn vaak non-gouvernementele organisaties (NGO's) en bedrijven.[12] Hoewel private regulering in eerste instantie zelfbinding kan meebrengen, heeft dit veelal ook (beoogde) effecten voor derden.[13] Ook derden kunnen derhalve aan dergelijke regels zijn gebonden.[14] Daarnaast is denkbaar dat TPR-systemen door brancheorganisaties of in samenwerking met overheden worden ontwikkeld. In dergelijke gevallen is geen sprake van (directe) zelfbinding van private actoren. Kenmerk is wel steeds dat (mede) private actoren zijn betrokken bij de ontwikkeling van TPR en deze is bedoeld om het handelen van private actoren te reguleren.[15]

TPR verschilt van het geheel afzien van het stellen van regels op een bepaald terrein doordat expliciete regels worden gecommuniceerd, terwijl de (private) normen die in een bepaalde markt gelden bij het ontbreken van expliciete regels veel diffuser zijn.[16] Veelal zijn op terreinen van non-regulering overigens wel

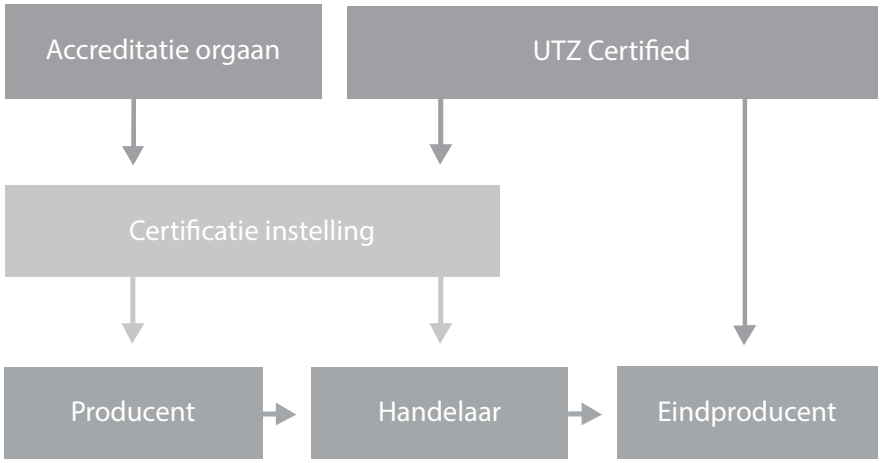
8 Bijvoorbeeld Cata Backer 2007, p. 1751-1760; Scheltema 2014, p. 265.
9 Vgl. Overmars 2011, p. 14 en 16; Senden e.a. 2015, p. 34.
10 Zie Giesen 2007, p. 74-78. Vgl. voorts voor de theorie achter TPR Paiement 2015, p. 195.
11 Vgl. Curtin & Senden 2011, p. 163 en 164.
12 Scott e.a. 2011, p. 3. Vgl. Paiement 2015, p. 8.
13 Vgl. Ogus & Carbonara 2011, p. 228-230. Zie specifiek voor internationale handelsketens Cafaggi 2013, p. 1557, 1582 en 1589; Vytopil 2014, p. 70 en 71.
14 Dat kan zelfs gelden voor overheden. Zie Scott 2002, p. 56-76.
15 Dit preadvies gaat daarmee niet over gevallen waarin geen private actoren zijn betrokken of de (niet klassiek democratisch gelegitimeerde) regels zijn bedoeld voor overheden. Dat neemt niet weg dat veel van de gesignaleerde problemen zich ook daarbij kunnen voordoen en de gesuggereerde oplossingen ook daarvoor van belang zouden kunnen zijn.
16 Vgl. voor nationale zelfregulering Witteveen 2007, p. 31.

netwerken in ontwikkeling.[17] Verder is een verschil met publieke regulering dat de private TPR-regelgever in staat is om zichzelf (en eventuele derden) de wet te stellen met de mogelijkheid die weer bij te stellen.[18]

Binnen TPR vallen verschillende soorten systemen te onderscheiden:[19]

1. Normen, gedragscodes, richtlijnen en best practices die gebruikt worden binnen een bepaalde branche of beroepsvereniging.[20] Het gaat hier om de meer klassieke vorm van zelfregulering. Een voorbeeld vormen de MVO-convenanten die tussen ondernemingen in dertien (door de Nederlandse overheid geïdentificeerde) MVO-risicosectoren moeten gaan worden afgesloten en waarin afspraken worden gemaakt over een duurzame aanpak van MVO-risico's in deze sectoren (met name buiten Nederland).[21]
2. Een contractueel model waarin TPR door middel van (een keten van) overeenkomsten wordt opgelegd, bijvoorbeeld tussen ondernemingen (in handelsketens) of in leningen dan wel investeringsovereenkomsten.[22] Op het terrein van duurzaamheid, milieu, mensenrechten en arbeidsomstandigheden is dit ook een veelgebruikt model.[23] In dit model spelen vaak ook derden een rol, bijvoorbeeld certificeerders[24] die controleren of de TPR wordt nageleefd en een organisatie die de private standaard heeft ontwikkeld. Een voorbeeld vormt UTZ dat milieu-, arbeidsomstandigheden-, duurzaamheid- en (deels) mensenrechtennormen heeft opgesteld op het terrein van de productie van en handel in koffie, cacao en thee.[25] Het door UTZ ontwikkelde TPR-stelsel voorziet in certificering. Schematisch ziet dit (contractuele) model er als volgt uit.[26] De handelsketen wordt gevormd door de contractuele relaties tussen de producent (van de koffie- of cacaobonen dan wel van de thee) en de tussenhandelaar en tussen de tussenhandelaar en de producent van het eindproduct, zoals chocoladehagelslag.[27] Uit het schema blijkt bovendien dat twee vormen van certificering plaatsvinden. Eerst bij de productie zelf (om te bezien of de

17 Vgl. voor nationale zelfregulering Witteveen 2007, p. 27.
18 Vgl. voor nationale zelfregulering Witteveen 2007, p. 32.
19 Scheltema 2014, p. 268 en 269. Zie specifiek voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 8, 9 en 41, die onderscheidt tussen door bedrijven, experts, NGO's of multi-stakeholder geïnitieerde initiatieven.
20 Dergelijke codes worden bijvoorbeeld gebruikt om kinderarbeid in de speelgoed- en kledingindustrie te voorkomen. Zie bijvoorbeeld Cafaggi 2011, p. 34; Kolk & Van Tulder 2005, p. 1.
21 Zie over deze convenanten bijvoorbeeld https://www.ser.nl/ffi/media/.../imvo-convenanten.ashx. In de kledingbranche is het convenant inmiddels gesloten. Zie daarvoor http://modint.nl/2015-09-03/wp-content/uploads/2016/03/convenant-duurzame-kleding-textiel.pdf.
22 Cafaggi 2011, p. 35-38; Cafaggi 2013; Vytopil 2014, p. 69-71.
23 Een voorbeeld is het Model Mining Agreement, dat dergelijke normen bevat in de art. 22-27. Dit model is te vinden op http://www.mmdaproject.org/presentations/MMDA1_0_110404Bookletv3.pdf. Zie ook de in de olie- en gasindustrie gebruikte VOLUNTARY PRINCIPLES ON SECURITY AND HUMAN RIGHTS, te raadplegen op http://www.voluntaryprinciples.org.
24 In het preadvies van Neerhof wordt de conformiteitsbeoordeling behandeld. Certificering is daarvan een onderdeel.
25 Zie https://www.utzcertified.org/.
26 De pijlen in het onderstaande schema geven de contractuele relaties weer.
27 Het schema is vereenvoudigd. In werkelijkheid is deze handelsketen vaak veel langer met meer tussenhandelaren.



koffie, cacao en thee volgens de standaarden van UTZ worden geproduceerd) en in de handelsketen om te voorkomen dat gecertificeerde koffie, cacao of thee wordt vermengd met niet gecertificeerde koffie, cacao en thee en vervolgens in het geheel als gecertificeerd product verder wordt verhandeld.[28] Tussen de certificeerder en de producent of de tussenhandelaar bestaat ook een contractuele relatie op grond waarvan de certificering plaatsvindt (de producent of de tussenhandelaar moet de certificeerder hier ook voor betalen). Verder bestaat er een contractuele relatie tussen UTZ en de certificeerder op grond waarvan deze gerechtigd is de UTZ-standaarden te certificeren en waarin ook is geregeld hoe certificering moet plaatsvinden. Het contract bepaalt verder wat de certificeerder dient te doen indien overtredingen van de door UTZ opgestelde normen worden vastgesteld.[29] Verder bestaat er in veel gevallen een contractuele relatie tussen de certificeerder en de accrediterende instelling die het de certificeerder mogelijk maakt om in een bepaald land te certificeren.[30] Ten slotte bestaat er een contractuele relatie tussen UTZ en de eindprocducent die een licentie bevat om het UTZ certified (eco)label[31] op eindproducten te voeren en ook de voorwaarden waaronder dat is toegestaan. UTZ bevat voor de producenten een zogenoemde 'continuous improvement' standaard waarin een producent die instapt aan bepaalde basisvereisten dient te voldoen waaraan daarna in de loop der tijd additionele eisen worden toegevoegd.[32] UTZ certified dient er onder meer toe om consumenten betrouwbare

28 Overigens wordt niet al de gecertificeerde koffie, cacao of thee ook als UTZ certified in de supermarkten verkocht. UTZ eist dat een bepaalde minimumhoeveelheid gecertificeerde koffie, cacao of thee in het eindproduct zit om hierop het UTZ certified label te mogen gebruiken. De eindproducten die hier niet aan voldoen bevatten dus wel (UTZ) gecertificeerde koffie, cacao of thee, maar mogen niet het UTZ certified label voeren.

29 In dat geval zal vaak een schorsing of uiteindelijk intrekking van het certificaat plaatsvinden.

30 Afhankelijk van het land waarom het gaat kan dit overigens ook een verhouding met een publiekrechtelijke basis zijn, zoals een vergunning, indien de accrediterende instelling onderdeel uitmaakt van de overheid.

31 Dit is een door het intellectuele-eigendomsrecht beschermd merkrecht.

32 Zie https://www.utzcertified.org/aboututzcertified/standardcertification.

informatie te verschaffen over de (duurzame) wijze waarop de koffie, cacao of thee die in het door hen gekochte product is verwerkt, is geproduceerd.[33]

3. Een initiatief van verschillende belanghebbenden met een overkoepelend orgaan waarin verschillende belanghebbenden zijn vertegenwoordigd, zoals een bedrijfstak, NGO's, consumentenorganisaties en in een aantal gevallen ook overheden.[34] In sommige systemen kunnen sommige belanghebbenden ook lid worden van de overkoepelende organisatie. Op het terrein van duurzaamheid, milieu, mensenrechten en arbeidsomstandigheden is dit een veelgebruikt model.[35] Dat daarbij in een aantal gevallen ook overheden betrokken zijn, ligt voor de hand gelet op de omstandigheid dat het gaat om van oudsher (mede) door publieke entiteiten behartigde belangen. Op het gebied van arbeidsveiligheid valt te wijzen op het Bangladesh Accord, een convenant tussen (internationaal opererende) kledingbedrijven en vakbonden waarin afspraken zijn gemaakt hoe westerse bedrijven bijdragen aan de verbetering van de arbeidsveiligheid in Bangladesh onder meer door betere inspecties bij de producenten van de kleding (zie de art. 1-3 en 8-11), een klachten- en arbitragemechanisme (zie art. 5 en 18), handhaving ten opzichte van deze producenten (art. 12-15, 20 en 21), training (art. 16 en 17), het financieel mogelijk maken voor de producten om de arbeidsveiligheid te verhogen en om het Accord uit te voeren door financiering van het overkoepelende orgaan (art. 22-24) en transparantie over de verbetering van de arbeidsveiligheid (art. 19).[36]
4. Een initiatief van verschillende belanghebbenden met een overkoepelend orgaan (als onder 3), waarbij het overkoepelende orgaan toegang verschaft tot schaarse middelen. Dit model doet zich op het terrein van de mensenrechten, het milieu, duurzaamheid, arbeidsomstandigheden en voedselveiligheid in beperkte mate voor. Een voorbeeld buiten deze terreinen is de ICANN, een private organisatie waarin het bedrijfsleven, overheden en ngo's deelnemen, die (van oorsprong technische) normen heeft opgesteld voor de wereldwijde

---

33 Zie over deze informatiefunctie uitgebreider IIED, *Building a roadmap to sustainability in agro-commodity production* (2013), <www.aidenvironment.org/media/uploads/documents/201310_IFC2013_Building_a_roadmap_to_sustainability_Phase_I_report.pdf>, p. 3.

34 Cafaggi 2011, p. 35. Vgl. Overmars 2011, p. 19 en 28.

35 Voorbeelden zijn de Forest Stewardship Council (FSC, duurzaam hout), Global Compact (Maatschappelijk verantwoord ondernemen) en de OECD-guidelines for multinational enterprises (Maatschappelijk verantwoord ondernemen). De organisatiestructuur van FSC bestaat uit drie kamers die verschillende belangen behartigen (vertegenwoordigers van (inheemse) bevolking, milieuorganisaties en economische organisaties). Boven deze drie kamers staat een overkoepelende vergadering en deze belangen worden op gelijkwaardige wijze vertegenwoordigd in het bestuur. The Global Compact beginselen zijn door de VN ontwikkeld in samenwerking met vele belanghebbenden waaronder overheden, vakbonden en maatschappelijke organisaties. Zie daarvoor http://www.unglobalcompact.org/ParticipantsAndStakeholders/index.html. Zie ook Cafaggi 2011, p. 37; Paiement 2015, p. 9 (die overigens constateert dat de macht binnen de organisatie niet gelijkelijk tussen de deelnemers hoeft te zijn verdeeld). Een ander voorbeeld is de International Swaps and Derivatives Association (ISDA). ISDA reguleert de handel in swaps en derivatieven. Haar regels zijn opgenomen in voorbeeldovereenkomsten, welke regels in nationale regelgeving zijn geïmplementeerd. Alleen op het internationale niveau gaat het dus om TPR.

36 Zie daarover http://bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/2013/10/the_accord.pdf. Blijkens art. 6 kent het Accord een multi-stakeholder advisory board waarin ook overheden en andere ngo's zitting hebben.

toedeling van (toplevel) domeinnamen op internet (de schaarse middelen).[37] Deze organisatie kent ook een eigen online geschilbeslechtingsmechanisme.

Er worden overigens in verband met TPR in het algemeen ook andere onderscheidingen gemaakt, waarbij bijvoorbeeld de vraag of de overheid het opstellen van private normen heeft opgedragen een rol speelt evenals de mate waarin zij zich daarmee bemoeit.[38]

De mate van bindendheid van TPR kan verschillend zijn. Zo zijn de hiervoor onder 1 geschetste systemen in het algemeen minder bindend (en worden deze in het algemeen ook minder stringent gehandhaafd) dan de onder 2-4 opgenomen stelsels, waarbij de onder 2 en 4 opgenomen systemen het meest bindend en handhaafbaar kunnen worden gemaakt, zonder dat dit overigens ook steeds gebeurt. Dat hangt mede af van de met TPR beoogde functie. Vranken en Menting onderscheiden daarom verschillende functies van gedragscodes (niet alleen TPR).[39] Voor TPR in de vorm van gedragscodes, en mijns inziens in meer algemene zin voor TPR, zijn daarvan de harmonisatiefunctie (de voor een onderneming toepasselijke regels die tussen landen kunnen verschillen worden nageleefd als de TPR in acht wordt genomen), de kaderfunctie (de overkoepelende TPR geeft een raamwerk voor nationale private normering),[40] de algemenevoorwaardenfunctie (in een contract wordt het onderschrijven en implementeren van TPR voorgeschreven), de compliancefunctie (in TPR wordt voorgeschreven dat nationale wet- en regelgeving moet worden nagekomen), de waarborgfunctie (waarbij bepaalde belangen (van derden) in acht moeten worden genomen) en de signaalfunctie (om derden te laten zien dat men zich bepaalde belangen aantrekt) de belangrijkste zijn. Duidelijk zal zijn dat indien TPR een signaalfunctie heeft daarmee minder binding zal zijn beoogd (en het TPR-stelsel daarop dan ook minder zal zijn gericht) dan wanneer het bijvoorbeeld gaat om een algemenevoorwaarden-, compliance- of waarborgfunctie.

Er zijn naast de hiervoor besproken voorbeelden nog vele andere voorbeelden van TPR te geven. Een al langer bestaand voorbeeld betreft de private regelingen over de inhoud van reclame-uitingen die onder meer door de Internationale Kamer van Koophandel in Parijs (ICC) worden opgesteld. Zij stellen grenzen aan beloftes in advertenties die op gespannen voet met de waarheid staan.[41] In het verlengde daarvan bestaat ook TPR op het terrein van marktonderzoeken waarin de wijze waarop dergelijke onderzoeken worden gedaan en de informatie die in dat verband moet worden verschaft door een private organisatie genaamd ESOMAR wordt gereguleerd.[42] Internationale keurmerken of andersoortige private regels, bijvoorbeeld met betrekking tot het milieu en mensenrechten,

37 Zie http://www.icann.org.

38 Zie bijvoorbeeld Senden e.a. 2015, p. 35 en 38; Vranken & Menting 2013, p. 43-47. Paiement onderscheidt in het kader van duurzaamheidsinitiatieven door een bedrijfstak, experts, ngo's of multistakeholder geïnitieerde initiatieven. Zie Paiement 2015, p. 8. Zie voor de door de Europese commissie onderscheiden vormen van private regulering Senden e.a. 2015, p. 76 e.v.

39 Vranken & Menting 2013, p. 25 e.v.

40 Dit systeem wordt bijvoorbeeld in de reclame gebruikt.

41 Zie over dergelijke private normen in de reclamewereld bijvoorbeeld Verbruggen 2014, p. 37-50. Het kan dan overigens mede gaan om door de wet verboden oneerlijke handelspraktijken.

42 Zie over die organisatie www.esomar.org.

vormen, zoals al aan de orde kwam, een ander voorbeeld.[43] Te denken valt naast het al besproken UTZ aan Fairtrade (allerhande voedingsmiddelen), Rainforest (met name koffie en thee), RSPO (palmolie) en FSC (hout), die alle op een vergelijkbare manier als UTZ functioneren.[44] Daarnaast valt te denken aan internationale standaarden op het gebied van voedselveiligheid.[45]

Soms kan men aarzelen over de karakterisering van internationale normen als TPR. Publieke autoriteiten stemmen steeds vaker hun beleid over de grenzen heen af omdat die grenzen voor de banken of andere bedrijven die onder toezicht staan ook steeds minder betekenis hebben. Omdat een internationaalrechtelijke basis vaak ontbreekt, wordt er zonder enige publiekrechtelijke grondslag tot afstemming overgegaan. Dat kan in de vorm van regulering gaan, zoals het geval is bij de regels die in Bazel opgesteld worden voor het toezicht op banken. De regels worden vastgesteld door het *Basel Committee on Banking Supervision*. De leden van deze commissie – veelal presidenten van centrale banken – handelen als experts, en treden niet namens hun instelling of hun land op.[46] Het zijn geen publiekrechtelijke regels omdat iedere grondslag ontbreekt, maar zij zijn ook moeilijk zuiver privaat te noemen. Ook heeft het gezelschap een gemengd karakter, doordat het in sommige landen publieke autoriteiten zijn, en in andere privaatrechtelijke instellingen.[47] Wel zijn de normen (mede) bedoeld voor private instellingen. Dit betreft derhalve (zoals bij alle jurisdische definities gebeurt) een grensgeval.

1.3 Voor- en nadelen van TPR

In verband met nationale zelf- en coregulering worden al geruime tijd verschillende voor- en nadelen besproken. Toch worden ook duidelijke voordelen onderkend. Bij het vorenstaande moet worden bedacht dat de situatie bij TPR niet geheel vergelijkbaar is met nationale zelf- en coregulering. TPR kan een interessant alternatief zijn voor bedrijven, brancheorganisaties en andere private actoren (zoals ngo's) in plaats van (het lobbyen voor) overheidsregulering. Dat geldt zeker op het internationale vlak waar overheden in de regel meer tijd nodig hebben om tot overeenstemming te komen, zo dit al lukt. TPR kan dan op terreinen waar overheidsregulering (nog) ontbreekt een voorloperfunctie vervullen voor bedrijven, branches of andere private actoren die daar prijs op stellen (en die zich daarmee in het algemeen ook willen profileren).[48] Dit kan bovendien het voordeel hebben dat private actoren meer gemotiveerd worden om (mede) door henzelf opgestelde regels na te leven dan door overheden opgelegde regels. In dat verband kan TPR beter aansluiten op het handelingsperspectief van de

43 Zie daarover bijvoorbeeld Gandara 2013; Caffaggi 2011, p. 34; Overmars 2011, p. 19. Zie in het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen in de grondstoffenindustrie bijvoorbeeld de Voluntary Principles for the Exctraction Industry en daarover Williams 2004, p. 477-484.

44 Zie over die laatste twee initiatieven uitvoeriger Paiement 2015, p. 69, 81-86 en 118-120.

45 Zie daarover bijvoorbeeld Fagotto 2015, p. 135-162; Verbruggen 2014, p. 175-184.

46 Zie voor verdere informatie en samenstelling van de commissie de website van de Bank of International Settlements (BIS): www.bis.org/bcbs. Zie daaromtrent ook Verdier 2012, p. 438 e.v.

47 Vgl. Cafaggi 2011, p. 25-29.

48 Vgl. Sorsa & Kettunen 2015, p. 211 en 215.

betrokkenen en daarmee een grotere bereidheid tot naleving opleveren. Ook kan een nauwere band bestaan tussen het nemen van de beslissingen en het dragen van de gevolgen daarvan.[49] Daarnaast kan de uitvoeringslast die samenhangt met het controleren van naleving voor de overheid afnemen.

Bovendien is duidelijk dat staten niet bij machte zijn om wereldwijde markten te reguleren. Zelfs als er internationale standaarden bestaan, worden deze door overheden veelal verschillend geïmplementeerd. Daarom ontstaan private initiatieven bijvoorbeeld op het terrein van duurzaam hout of het tegengaan van klimaatverandering.[50] Verder heeft de Europese Commissie opgeroepen tot het opstellen van TPR op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen.[51] In dat verband kan TPR een rol vervullen om een gelijk speelveld te creëren tussen bedrijven, bijvoorbeeld om bepaalde standaarden op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen te implementeren.[52]

Daarnaast worden ook andere voordelen van TPR genoemd die deels samenhangen met de hiervoor besproken functies van TPR:[53]

1. harmonisatie van uiteenlopende nationale standaarden en het reduceren van transactiekosten. TPR kan daar uiteenlopende standaarden harmoniseren en handelsbelemmeringen wegnemen;[54]
2. het (beter dan publieke regulering) inspelen op (snelle) technologische veranderingen;[55]
3. het opstellen en monitoren van wereldwijde (technische) standaarden;[56]
4. beter overzicht op een bepaald terrein of over bepaalde materie dat daarom beter kan kan worden geregeld in TPR;[57]
5. flexibiliteit.[58]

Naast de genoemde voordelen heeft TPR ook een aantal nadelen. Een eerste probleem is dat van regulatory capture. De private actoren en vooral ook overheden kunnen door de implementatie van TPR in de veronderstelling verkeren dat een bepaald probleem in toereikende mate is geadresseerd, terwijl dat in

---

49 Giesen 2007, p. 87.

50 Cafaggi 2011, p. 26; Sorsa & Kettunen 2015, p. 211.

51 Mededeling van de Europese Commissie over de EU strategie 2011-14 ten aanzien van maatschappelijk verantwoord ondernemen van 25 oktober 2011, COM(2011) 681, p. 5, 9, 10, te raadplegen op http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52011DC0681. Inmiddels is een nieuwe strategie in voorbereiding.

52 Zie bijvoorbeeld Kopell 2010, p. 52 en 63; Scott e.a. 2011, p. 7.

53 Cafaggi 2011, p. 25-30; Cafaggi & Renda 2012; p. 6; Scheltema 2014, p. 274-276. Zie ook Eberlein e.a. 2014, p. 9 en 10.

54 Cafaggi 2011, p. 25; Utting 2001, p. 84. Zie ook in verband met zogenaamde eco-labels (zoals UTZ en Fairtrade) Gandara 2013, p. 262 en 263.

55 Cafaggi 2011, p. 27-29. Vgl. Pauwelyn, Wessels & Wouter 2012, p. 500 en 505.

56 Vgl. Cafaggi 2011, p. 29. Zie omtrent het kostenaspect bijvoorbeeld Cafaggi & Renda 2012.

57 European Parliament, Council and the Commission, Interinstitutional Agreement on Better Lawmaking, *PbEU* C 321/01, punt 18; Scott e.a. 2011, p. 4; Overmars 2011, p. 17.

58 Balleisen & Eisner 2009, p. 127, 133 en 134; Cafaggi 2011, p. 47 en 48. Vgl. Ogus & Carbonara 2011, p. 234; Report of the Expert Panel for the Review of the European Standardization System, *Standardization for a Competitive and Innovative Europe: A Vision for 2020*, p. 21 (2010) te raadplegen op http://ec.europa.eu/enterprise/policies/european-standards/standardisation-policy/policy-review/express/index_en.htm.

werkelijkheid niet het geval is. TPR kan dan een daadwerkelijke oplossing voor het probleem verhinderen bijvoorbeeld omdat daaraan meer regulerend vermogen wordt toegekend dan zij in werkelijkheid heeft.[59] Dat kan veroorzaakt worden door de omstandigheid dat TPR minder goed aansluit bij Nederlandse publieke regulering.[60] Verder kan TPR worden opgesteld zonder de relevante belangen voldoende in kaart te brengen of belanghebbenden in toereikende mate bij het reguleringsproces te betrekken. Dat is met name een bezwaar als deze belanghebbenden niet voldoende voor hun belangen op kunnen komen of bijvoorbeeld het milieu in het geding is.[61] Dat is overigens niet per definitie het geval. Bijvoorbeeld bij initiatieven op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen en mensenrechten wordt getracht ook met deze belangen rekening te houden. Verder wordt als bezwaar gezien dat er vaak compromissen moeten worden gesloten indien de overheid steun wil verkrijgen van burgers/marktpartijen. Dat kan er toe leiden dat de overheid niet al haar publieke doelstellingen kan realiseren.[62] Een nadeel kan ook zijn dat macht toekomt aan bepaalde groepen die daarover geen verantwoording meer afleggen via gebruikelijke politieke kanalen en het daarmee doorbreken van de machtenscheiding.[63] Meer algemeen gezegd: een gebrek aan legitimiteit, representativiteit en inspraak van de betrokkenen.[64] Daarop zal ik verderop in dit preadvies nog terugkomen. Daarnaast zijn andere nadelen denkbaar zoals verstoring van markten door beperking van de mededinging en daardoor nadeel voor consumenten,[65] het niet-bindende karakter van veel TPR en free riders die profiteren van de implementatie van TPR door andere marktdeelnemers zonder deze zelf te implementeren. TPR kan bij bijvoorbeeld consumenten de gedachte doen postvatten dat de hele markt zich daaraan houdt zonder dat dit daadwerkelijk het geval is. Dit kan meebrengen dat consumenten aan bepaalde producten van free riders eigenschappen toekennen die deze niet hebben en wellicht ten onrechte ook bereid zijn daarvoor meer te betalen of deze producten aan te schaffen. Verder kan een probleem zijn dat TPR die ook in de eigen financiering moet voorzien, meer gewicht toekent aan het verdienmodel dan op grond van de doelstellingen die de overheid op een bepaald terrein heeft, verantwoord wordt geacht.[66] Ook wordt als nadeel gezien de toenemende macht van de sterkste of best georganiseerde marktpartij, een daling van het niveau van de regulering, een beperkte afdwingbaarheid van de zelfregulering, onnodige verschillen in private regelgeving en

59 Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 20.

60 Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven die volgens Paiement minder goed zijn ingebed dan bijvoorbeeld ISO-normen, Paiement 2015, p. 31-33.

61 Overmars 2011, p. 26.

62 Vgl. Griffiths 1996, p. 494. Witteveen 2007, p. 29.

63 Giesen 2007, p. 86.

64 Zie ook Asser/Vranken***, nr. 89 en 91. Dit is ten aanzien van zelfregulering in de vorm van algemene voorwaarden in die zin opgelost dat de totstandkoming (binnen een branche) vergaand is geïnstitutionaliseerd in de SER en dat de rechter toezicht houdt op basis van art. 6:231 e.v. BW. Zie Asser/Vranken***, nr. 89.

65 Kneepkens 2014, p. 28 e.v.; Mulder 2015, p. 1912 e.v.

66 Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 37 en 38, die constateert dat daarom sociale en duurzaamheidsdoelstellingen in het gedrang kunnen komen nu het implementeren van een standaard veel geld kost.

toenemende uitvoeringslasten voor burgers en maatschappelijke organisaties.[67] Ook zou TPR leiden tot een gevaar voor de rechtszekerheid omdat het minder voorspelbaar is.[68]

1.4 De verhouding tussen TPR en publieke systemen

Naar hierna nog verder zal worden besproken, staat TPR niet op zichzelf. Vaak is er een vorm van interactie met publieke regulering en/of handhaving. Er wordt zelfs wel gesteld dat sprake is van een 'smeltkroes' van systemen.[69] Staten blijven vaak ook betrokken bij het opstellen en handhaven van normen die voor de mondiale handel gelden, hoewel zij zeker niet de enige regelgever zijn.[70] Afhankelijk van de mate van bemoeienis die staten met deze regelgeving hebben en de mate waarin zij TPR wenselijk achten, schets ik drie vormen van interactie:[71]

1. *Wederzijdse beïnvloeding*

Wederzijdse beïnvloeding kan verschillende vormen aannemen. Zo kunnen bestuursrechtelijke beginselen worden toegepast op private actoren die TPR opstellen. Ook kunnen bestuursrechtelijke regels die van toepassing zijn op het betrekken van belanghebbenden bij het nemen van besluiten van nut zijn bij het opstellen van TPR.[72] Aan de andere kant kan TPR een rol spelen bij de inkleuring van nationale (publiekrechtelijke) open normen.[73] Op een dergelijke wijze kan publieke regulering TPR versterken en legitimeren.[74] Ook anderszins kan TPR van invloed zijn op publieke regulering, bijvoorbeeld als voorloper daarvan.

2. *Samenwerking of coregulering*

In het proces van coregulering trekken publieke en private actoren gezamenlijk op bij het opstellen van TPR.[75] Dit proces van coregulering kan zowel door publieke als private actoren worden geïnitieerd. Men ziet op internationaal niveau overigens vaak dat dergelijke coregulering wordt geïnitieerd door en plaatsvindt onder auspicien van internationale organisaties als de VN en de OECD. Dit kan

67 Giesen 2007, p. 87. Vgl. ook Asser/Vranken***, nr. 89 en 91.
68 Giesen 2007, p. 125.
69 Akkermans 2011, p. 512, 513 en 514. Zie verder bijvoorbeeld Cata Backer 2007, p. 1768-1781; Cata Backer 2008, p. 499 en 508-523; Cata Backer 2009, p. 30-38 ; Cata Backer 2011, p. 751.
70 Zumbansen 2011, p. 54.
71 Scheltema 2014, p. 270-273. Vgl. Cafaggi 2011, p. 44 en 45 (die vier vormen onderscheidt). Zie ook Eberlein e.a. 2014, p. 6-11.
72 Een voorbeeld naar nationaal recht vormt art. 25 Wbp, dat ik hierna uitvoeriger zal bespreken.
73 Cafaggi 2011, p. 44. Hierbij speelt wel het probleem van kenbaarheid van (de interpretatie van) TPR nu publiek toegankelijke informatie daarover kan ontbreken. Zie Giesen 2007, p. 121-127.
74 Cafaggi 2011, p. 47 en 48.
75 Cafaggi 2011, p. 44. Vgl. Senden e.a. 2015, p. 6.

gebeuren in multi-stakeholder initiatieven of door middel van overeenkomsten of convenanten.[76] De invloed van de overheden in dergelijke systemen kan variëren van sterk tot zwak. Anders dan op het nationale niveau het geval is, zullen de publieke actoren TPR in ieder geval niet op een vergelijkbare manier kunnen afdwingen als op het nationale niveau het geval is door te dreigen met publieke regelgeving. Voordat op international niveau verdragen of regelgeving met supranationale werking tot stand komt, is men vaak geruime tijd verder, als dit al lukt. Waar een nationale regelgever derhalve met publieke regelgeving een geloofwaardig dreigement kan hebben in de richting van de markt, ligt dat duidelijk genuanceerder bij TPR, zeker waar deze niet alleen Europees maar mondiaal moet worden geïmplementeerd. Ook is denkbaar dat TPR door private actoren wordt opgesteld en vervolgens wordt goedgekeurd door publieke actoren of in publieke regelgeving wordt opgenomen of dat er in publieke regelgeving naar wordt verwezen.[77] In al deze voorbeelden zal TPR (strakke) regels of standaarden bevatten.[78] Voorbeelden zijn (transnationale) private certificeringssystemen (bijvoorbeeld op het terrein van voedselveiligheid) die door een Nederlandse toezichthouder (NVWA) worden gebruikt in het kader van het publieke toezicht. De omstandigheid dat marktpartijen in de voedselketen zijn gecertificeerd brengt dan mee dat de toezichthouder minder of niet meer controleert. Een ander voorbeeld zijn de gedragsregels op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen die zijn vastgelegd in de OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development)-guidelines for Multinational Enterprises[79] en het door de Verenigde Naties geïnitieerde en ondersteunde Global Compact.[80]

Een voorbeeld van andere aard zijn de normen die gelden voor het opstellen en de inrichting van jaarrekeningen door (internationale) ondernemingen. Deze normen, de International Financial Reporting Standards (IFRS), worden door een wereldwijde private organisatie, de International Accounting Standardization Board (IASB), vastgesteld. In de Europese Unie zijn deze normen bindend nu deze zijn vastgelegd in artikel 3 Verordening (EG) nr. 1606/2002 (*PbEG* 2002, L 243).[81] Deze gelden daarmee ook in Nederland als dwingend recht in verband met de verslaglegging in jaarrekeningen.[82] Hoewel het op internationaal niveau dus TPR betreft, zijn deze normen op nationaal niveau opgenomen in bindende regelgeving. Hier leidt de samenwerking tussen de private organisatie en overheden dus tot TPR op internationaal niveau en bindende regelgeving op nationaal

76 Cafaggi 2011, p. 44.

77 Cafaggi 2011, p. 44. Een voorbeeld hiervan zijn de International Financial Reporting Standards (IFRS), die worden opgesteld door een mondiale private organisatie, de International Accounting Standardization Board (IASB). Deze regels zijn bindend in de EU krachtens art. 3 van Verordening (EG) nr. 1606/2002, *PbEG* 2002, L 243. Zie daarover ook HR 24 april 2009, NJ 2009, 345, m.nt. Van Schilfgaarde (*AFM/Spyker*).

78 Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 35 en 36.

79 Zie voor de tekst hiervan www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf en zie over de OECD www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36734103_1_1_1_1_1,00.html.

80 www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html.

81 Zie daarover ook HR 24 april 2009, NJ 2009, 345, m.nt. Van Schilfgaarde (*AFM/Spyker*).

82 Omdat deze regels mede betrekking hebben op de wijze waarop vorderingen en verplichtingen moeten worden berekend, hebben zij grote invloed op de berekening van de reserves van pensioenfondsen.

niveau. Een voorbeeld van samenloop tussen publieke en private systemen op een ander terrein is dat van de (aandelen en optie)beurzen die vaak deels publiek en deels privaat zijn gereguleerd.[83]

3. Competitie

Er kan ook competitie optreden tussen TPR en publieke (internationale) regulering. Dat kan het geval zijn waar TPR bepaalde hogere standaarden voorschrijft dan in een nationaal rechtsstelsel of op grond van een verdrag gelden, terwijl die hogere standaarden door de publieke regelgever (bijvoorbeeld vanuit een oogpunt van aantrekkelijkheid voor investeringen of omdat men de tijd nog niet rijp acht voor dergelijke hogere standaarden) niet wenselijk worden geacht. Dat kan ertoe leiden dat de legitimiteit van de publieke regulering onder druk komt te staan, terwijl de private actoren daarvoor niet het proces behoeven te doorlopen dat nodig zou zijn om de publieke regels te wijzigen.[84] Een dergelijke competitie kan derhalve zowel in verticale verhoudingen plaatsvinden tussen internationale private actoren en nationale publieke regelgevers of in horizontale verhoudingen tussen internationale private en publieke actoren.[85] Daarnaast is denkbaar dat TPR vooral bedoeld is om de daarbij aangeslotenen een bepaalde invloed te geven of hun handvatten te geven om hun bedrijfsvoering in te richten.[86] Dergelijke TPR kan afbreuk doen aan Nederlandse regelgeving als de door de TPR voorgestane bedrijfsvoering daar niet (geheel) mee in overeenstemming is. Ook kunnen de met TPR door de overheid en daarbij aangeslotenen nagestreefde doelstellingen en effecten uiteenlopen.[87] Dat is uiteraard met name een probleem als die doelstellingen en effecten niet of lastig verenigbaar zijn.

1.5 TPR in de EU, haar lidstaten en internationale organisaties

Na lezing van het vorenstaande zou de gedachte kunnen postvatten dat TPR een mondiaal verschijnsel is dat in verschillende nationale staten en door internationale organisaties op dezelfde wijze wordt gewaardeerd en waarmee op dezelfde wijze wordt omgegaan. Het tegendeel is echter het geval. Lang niet alle nationale staten zien TPR als een toevoeging op of zelfs een alternatief voor publieke regulering. Om het vorenstaande te illusteren geef ik een kort overzicht van de benadering op Unieniveau, op het niveau van een aantal van de lidstaten en op het niveau van een aantal internationale organisaties.[88]

83 Zie daarover bijvoorbeeld Carson 2011, p. 23.
84 Cafaggi 2011, p. 45.
85 Cafaggi 2011, p. 45.
86 Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 35 en 36.
87 Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 50.
88 Zie daarover uitgebreider Senden e.a. 2015.

Op Europees niveau, waarop ik in hoofdstuk 2 uitgebreider zal ingaan, heeft de Europese Commissie een White paper uitgebracht,[89] waarin zij private regulering tot onderdeel heeft gemaakt van de Europese aanpak om regelgeving te verbeteren. Dit white paper bevat tevens definities van zelf- en coregulering op Europees niveau. Ook het Interinstitutional Agreement on Better Law-making (IIA)[90] bevat regels op Unieniveau voor het gebruik van zelf- en coregulering. Zo zal de Commissie in verband met zelfregulering aan het Europese Parlement en de Raad van Ministers moeten uiteenzetten welke zelfregulering (die in overeenstemming is met het VEU en VWEU) zij in aanmerking neemt om haar doelen te bereiken, alsmede of zelfregulering toereikend is in de zin van (geografische) vertegenwoordiging en toegevoegde waarde. Voldoet zelfregulering niet aan die criteria dan moet wetgeving worden overwogen.[91] Ten aanzien van coregulering geldt dat die proportioneel moet zijn en dat moet worden uitgelegd waarom Europese regelgeving nodig is.[92] In het kader van het nieuwe REFIT-programma[93] wordt echter wel bezien of er niet te veel wetgeving bestaat en of die niet deels kan worden vervangen door zelf- en coregulering.[94] Daarom worden zelf- en coregulering nu ook meegenomen in de impact assessments die door de Europese Commissie worden uitgevoerd om te bezien wat de gevolgen zijn van Europese regelgeving en of daarvoor alternatieven bestaan, zij het dat volgens het Europese parlement voorzichtigheid is geboden in die zin dat de effecten moeten worden gemonitord en (Europese) regelgeving niet moet worden uitgesloten.[95] In verband met de effectiviteit van co- en zelfregulering zoals die in impact assessments wordt vastgesteld, is onder meer van belang of de verwachting bestaat dat de private regulering zal worden nageleefd en of daarmee ook de publieke doelstellingen worden bereikt.[96] Bovendien wordt transparantie over de voor- en nadelen van co- en zelfregulering van belang geacht.[97] Voorts is er in het kader van de impact assessments op gewezen dat het telkens wisselen van aanpak, door afwisselend publieke regulering dan wel zelf- en coregulering als voorkeursoptie te kiezen, duur kan zijn

89 European Governance – a white paper, COM(2001)428 final. Zie daarover ook Senden e.a. 2015, p. 5-8.

90 European Parliament, Council and the Commission, 2003, Interinstitutional Agreement on Better Law-making, *PbEU* C 321/01.

91 IIA, punten 22 en 23.

92 Senden e.a. 2015, p. 6 en 7.

93 Dit is een programma om de vitaliteit en prestaties van de Europese regelgeving op peil te houden. Zie daarover http://ec.europa.eu/smart-regulation/refit/index_en.htm.

94 Senden e.a. 2015, p. 8 en 9.

95 Zie voor de impact assessments European Commission 2005, Impact Assessment Guidelines, SEC(2005)791, p. 24 en voor de cautie European Parliament, 2010, Resolution of 9 September 2010 on better lawmaking – 15th annual report from the Commission pursuant to Article 9 of the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, P7_TA (2010_0311). Zie ook Senden e.a. 2015, p. 9, 10, 13 en 14.

96 European Commission, Impact Assessment Guidelines, 2005, SEC(2005)791, p. 25; European Commission, Impact Assessment Guidelines, SEC(2009)92, p. 31. Zie daarover ook Scheltema 2014, p. 294 en 295; Senden e.a. 2015, p. 14.

97 European Commission, Impact Assessment Guidelines, 2005, SEC(2005)791, p. 38; European Commission, Impact Assessment Guidelines, SEC(2009)92, p. 6.

en zo veel mogelijk moet worden voorkomen.[98] Uit de impact assessment guidelines blijkt dat het meeste heil wordt verwacht van een combinatie van traditionele en alternatieve oplossingen.[99]

In verband met de ruimte voor co- en zelfregulering wordt echter aangenomen dat de mogelijkheden daarvoor op terreinen waar al veel Unierechtelijke regelgeving bestaat kleiner zijn dan op relatief nieuwe terreinen waar nog minder regelgeving bestaat.[100] Inmiddels is op Europees niveau ook een Community of Practice for better co- and self-regulation opgericht die een aantal beginselen voor zelf- en coregulering heeft opgesteld.[101] Hoewel zelf- en coregulering door de Europese Commissie derhalve als alternatief voor Unierechtelijke regelgeving wordt gezien en aangemoedigd, wordt het in de praktijk echter zelden als (ultiem) wetgevingsinstrument gebruikt.[102] De verklaring hiervoor is wellicht gelegen in de omstandigheid dat in de verschillende lidstaten van de Unie anders wordt gedacht over het nut en de noodzaak van zelf- en coregulering.[103] Met name zelfregulering wordt in sommige lidstaten met wantrouwen bejegend.

1.5.2 *De lidstaten van de Unie*

In deze paragraaf zullen niet alle lidstaten van de Unie aan de orde komen, maar wordt volstaan met een aantal voorbeelden dat het vorenstaande illustreert.[104] In het Verenigd Koningkrijk heeft zelfregulering een duidelijke basis en is het ook een geaccepteerd onderdeel van het reguleringslandschap.[105] Aldaar worden verschillende vormen van overheidsinvloed onderscheiden variërende van geen (echte zelfregulering) tot de klassieke 'command and control' regulering. De klassieke vormen van zelfregulering worden gebruikt bij een aantal beroepsorganisaties, daarnaast worden wettelijke plichten in een aantal gevallen door middel van private regulering geïmplementeerd (bijvoorbeeld met private certificering) en vinden in een aantal gevallen andere vormen van samenwerking plaats bij de implementatie van regelgeving (het private systeem eist bijvoorbeeld de naleving van publieke normen). De rol van de overheid kan dus variëren van stilzwijgend ondersteunde tot actief gefaciliteerde private regulering.[106]

Ook in Oostenrijk wordt private regulering net als in het Verenigd Koninkrijk gebruikt als een onderdeel van het implementeren van wettelijke plichten en wordt dit eveneens van belang geacht bij het reguleren van beroepsorganisaties.[107]

---

98 European Commission 2005, Impact Assessment Guidelines, SEC(2005)791, p. 8.
99 European Commission, Impact Assessment Guidelines, SEC(2009)92, p. 23 en 29; European Commission, 2014 Revision of the European Commission Impact Assessment Guidelines – Public Consultation Document, p. 40.
100 Senden e.a. 2015, p. 10.
101 Senden e.a. 2015, p. 11.
102 Verbruggen 2014a, p. 228.
103 Vgl. Senden e.a. 2015, p. 20.
104 Zie hierover uitgebreider Senden e.a. 2015, p. 20 e.v.
105 Scott e.a. 2011, p. 5.
106 Zie ook Senden e.a. 2015, p. 21-24.
107 Senden e.a. 2015, p. 30.

In Denemarken wordt de betrokkenheid van private partijen bij het reguleringsproces eveneens van belang geacht, maar is men enigszins terughoudender. Daar wordt private regulering met name geschikt geacht voor het verzekeren van de naleving van ethische of professionele standaarden.[108]

Duidelijk terughoudender is men in Frankrijk. Daar wordt private regulering als onderdeel van het (publieke) reguleringslandschap alleen toegestaan als de wet het toelaat.[109] Dat geldt bijvoorbeeld voor een aantal beroepsorganisaties.[110] Bovendien dient de administratieve rechter dan bevoegd te zijn om geschillen in verband met dergelijke regulering te beoordelen.[111]

1.5.3 *Internationale organisaties*

Het beeld van internationale organisaties in verband met TPR is wisselend. De OECD heeft in 2006 een rapport uitgebracht over dit onderwerp, waarin zij ook definities voor co- en zelfregulering heeft opgenomen.[112] De OECD ziet alternatieve vormen van regulering als een belangrijk onderdeel van (publieke) besluitvorming en het publieke reguleringslandschap.[113] Ook in impact assessments dient aandacht te worden besteed aan zelf- en coregulering.[114] Wil zelf- of coregulering een alternatief zijn dan moet het volgens de OECD effectief zijn in het oplossen van het probleem waarvoor het is bedoeld (dus niet alleen de symptomen daarvan bestrijden) en moet het een duidelijke doelstelling bevatten met betrekking tot het onderliggende probleem.[115] Voorts moet co- en zelfregulering volgens de OECD consistent zijn met publieke regelgeving, kosten minimaliseren en winsten maximaliseren (en daarover transparant zijn), alsmede redelijk en proportioneel zijn.[116] Deze randvoorwaarden bouwen voort op een eerder rapport van de OECD waarin bezwaren zijn geuit tegen co- en zelfregulering, zoals regulatory capture, niet afdwingbare regels en hoge kosten voor in het bijzonder kleinere ondernemingen.[117]

Ook de Wereldbank beschouwt co- en zelfregulering als een alternatief voor publieke regulering. Dat gezichtspunt wordt vooral ingebed in haar Better Regulation for Growth Program waarin zij praktische wenken en handvatten geeft aan ontwikkelingslanden om betere reguleringssystemen te implementeren.[118] In

108 Senden e.a. 2015, p. 29.
109 OECD Better regulation report 2010, p. 115, te vinden op www.oecd.org/gov/regulatory-policy/45706677.pdf.
110 OECD Better regulation report 2010, p. 115.
111 OECD Better regulation report 2010, p. 115.
112 OECD – Regulatory Policy Division, Alternatives to Traditional Regulation, 2006, p. 34, 35 en 137.
113 OECD, Alternatives to Traditional Regulation, p. 15.
114 OECD, Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance, Annex, 2012, p. 25.
115 OECD, Alternatives to Traditional Regulation, p. 18.
116 OECD, Alternatives to Traditional Regulation, p. 18 en 19.
117 OECD, Regulatory Policies in OECD Countries from Interventionism to Regulatory Governance, 2002, p. 55.
118 Investment Climate Advisory Services – World Bank Group, 2010, Regulatory Governance in Developing Countries, p. 2, 25 en 26. Zie ook Senden e.a. 2015, p. 16.

het kader van een namens de Wereldbank uitgevoerd onderzoek naar de voor (aandelen- en optie)beurzen geldende regulering is uiteengezet dat zelfregulering in dat kader drie functies zou moeten vervullen: het maken van de regels, het houden van toezicht en handhaving, maar dat private organisaties vaak maar een of hooguit twee van die functies kunnen uitoefenen.[119] Blijkens dat onderzoek moet het toezicht op private regulering door de publieke regelgever in die sector echter niet zo ver gaan dat wordt ingegrepen in de wijze waarop de zelfregulering functioneert, tenzij er een regelgevingstekort ontstaat.[120]

Het Comité van Ministers onder het EVRM heeft zich tot nu toe vooral bezig-gehouden met zelfregulering op het terrein van schadelijke informatie op internet, specifiek ook voor kinderen in verband waarmee is aangedrongen op het bevorderen van zelfregulering op het terrein van lineaire en on demand uitzendingen.[121] Dat levert echter geen algemeen uitgangspunt op voor de toelaatbaarheid van het gebruik van co- of zelfregulering.

Het IMF heeft geen officieel standpunt ingenomen ten aanzien van de toelaatbaarheid van co- of zelfregulering. Wel lijkt het kritisch te zijn ten aanzien daarvan na de financiële crisis.[122]

De ICC heeft, naar hiervoor al aan de orde kwam, vooral naar zelf- en coregulering gekeken in het kader van reclame, maar heeft geen meer algemeen standpunt ingenomen over de toelaatbaarheid daarvan.[123]

De VN heeft als organisatie geen standpunt ingenomen ten aanzien van de toelaatbaarheid van co- en zelfregulering. Wel heeft de organisatie voor handelsbevordering en e-commerce (CEFACT) aangegeven dat staten een belangrijke rol kunnen spelen in het bevorderen ervan, bijvoorbeeld door het gebruik ervan te promoten en te faciliteren. Daarnaast zouden overheden ook zelf codes of conduct kunnen hanteren op het terrein van elektronische communicatie tussen overheden en het bedrijfsleven.[124] Daaruit lijkt in ieder geval bij deze VN-organisatie geen principieel bezwaar te bestaan tegen het gebruik van co- en zelfregulering.

119 Carson 2011, p. 5 en 32.
120 Carson 2011, p. 6.
121 Senden e.a. 2015, p. 18.
122 Senden e.a. 2015, p. 18 en 19.
123 Senden e.a. 2015, p. 19.
124 Senden e.a. 2015, p. 19 en 20.

2 De wetgever en TPR

2.1 Inleiding

Na de intitiële verkenning in het vorige hoofdstuk komt thans het perspectief van de wetgever aan de orde en in het bijzonder in verband met legitimiteit en effectiviteit van TPR. Over de wijze waarop de wetgever met zelf- en coregulering moet omgaan is al veel gezegd en geschreven, onder meer voor deze vereniging.[1] Uiteraard is veel van hetgeen daarover is gezegd ook van belang voor TPR, maar, zoals hierna zal blijken, niet steeds en zonder meer. In mijn visie zou het perspectief van de wetgever, naast de onderwerpen die al zijn besproken,[2] ook moeten zijn gericht op de vraag wanneer TPR (in plaats van verdragen) een alternatief is voor of een instrument in het kader van publieke regulering of beleid en wat voor informatie/onderzoek noodzakelijk is om dat te kunnen beoordelen. Daarnaast is een vraag of publieke (meta)regulering noodzakelijk is om de legitimiteit en effectiviteit van TPR te bevorderen, bijvoorbeeld als die een alternatief zou vormen voor publieke regulering.

2.2 Wanneer is TPR een reële optie?

Een belangrijk verschil met nationale zelfregulering (en nationale coregulering), waarover al veel is geschreven, is dat de nationale publieke wetgever in verband daarmee in het algemeen meer sturend kan optreden dan ten aanzien van TPR. Bij TPR speelt bijvoorbeeld een rol dat de nationale overheid niet in staat is om internationaal toezicht uit te oefenen en daarmee ook niet serieus kan dreigen dat een publieke toezichthouder internationaal gaat controleren als er geen effectief privaat controlesysteem wordt opgezet. Wel kan een nationale overheid uiteraard het opzetten van een (effectief) internationaal controlesysteem op andere wijze stimuleren (bijvoorbeeld door het geven van subsidies of in het kader van aanbestedingen). Verder zal TPR ook in mindere mate een direct alternatief zijn voor nationale publieke regulering, zoals nationale zelf- of coregulering dat wel kan zijn. TPR zal immers veelal, bijvoorbeeld in een poging om harmonisatie tussen uiteenlopende nationale regels te bewerkstelligen, een grootste gemene deler tussen de nationale regels proberen te vinden en dan de

1 Zie Van Gestel 2008 en Freriks 2008.

2 Dit betreft onder meer de vraag hoe in wetgeving naar private regulering moet worden verwezen. Dient het te gaan om dynamische of statische verwijzingen? Daarnaast is besproken wat het karakter is van private regulering waarnaar in regelgeving wordt verwezen en hoe die openbaar dient te worden gemaakt. Zie bijvoorbeeld Neerhof 2013, p. 162-173 en 206. Zie specifiek over openbaarmaking Van Gestel 2008, p. 127.

TPR vaststellen op een wijze die voor al deze nationale systemen toereikend is (soms is dat het hoogste niveau dat in een bepaald land wordt voorgeschreven en is dat hoger dan in andere landen, maar veelal is dat niet heel gemakkelijk vast te stellen omdat de nationale regels op uiteenlopende punten zware of minder zware eisen stellen).

2.3 De wetgever en nationale zelf- en coregulering

In verband met het nationale recht is uiteengezet dat zelfregulering (net als TPR) veel verschillende vormen kan aannemen.[3] Het gaat om nationale systemen die vergelijkbaar zijn met de hiervoor in paragraaf 1.2 sub 1 en 2 besproken TPR.[4] De mate waarin zelfregulering door de overheid wordt ondersteund, kan verschillen. Zo kan de overheid zelfregulering waarderen zolang de wet niet wordt overtreden, maar er neutraal tegenover staan. De overheid kan zelfregulering ook (actief) stimuleren als een alternatief voor overheidsregulering met (zo nodig) overheidsregulering als stok achter de deur en in een aantal gevallen met wettelijke (procedurele) kaders waarbinnen de zelfregulering kan plaatsvinden.[5] Ook kan in publieke regelgeving naar private normen worden verwezen. In deze laatste gevallen is sprake van coregulering.

Daarmee is echter nog geen antwoord gegeven op de vraag wanneer zelf- of coregulering een alternatief is voor (pure) overheidsregulering. Daarvoor is in het kader van dit preadvies vooral van belang wanneer zelfregulering legitiem en effectief is. In verband met legitimiteit en effectiviteit van zelf- en coregulering zijn vanuit het perspectief van de publieke wetgever inhoudelijke randvoorwaarden geformuleerd. Het gaat zowel om procedurele randvoorwaarden voor de totstandkoming van zelf- en coregulering als om voorwaarden ten aanzien van de wijze waarop deze functioneert naast of in combinatie met publieke regulering.

De inhoudelijke randvoorwaarden hangen samen met zowel de effectiviteit als de legitimiteit van zelf- en coregulering. Daarbinnen vallen verschillende categorieën te onderscheiden.[6] Een eerste categorie ziet op de normen zelf, de kenbaarheid en de handhaving ervan.[7] Daarnaast is van belang of deze

3 In het onderzoek van Baarsma zijn 22 soorten onderscheiden. Witteveen constateert overigens dat de inventarisatie abstract is en niet is getest met daadwerkelijke casus waarin een vorm van zelfregulering is gebruikt. Zie Witteveen 2007, p. 41. Zie ook Giesen 2007, p. 79, 81 en 84. Algemene voorwaarden zijn volgens Vranken de meest voorkomende vorm en kwalitatief de meest ontwikkelde vorm van zelfregulering. Zie Asser/Vranken***, nr. 89.

4 Het gaat daamee niet alleen om pure zelfregulering maar ook om private systemen waarbij derden (bijvoorbeeld als controlerende instantie) betrokken zijn.

5 Witteveen 2007, p. 30.

6 Vgl. ook Scheltema 2014, p. 288 e.v.

7 Eijlander 2000, p. 18; Vranken en Menting 2013, p. 40 en 41; Witteveen 2007, p. 30 en 31. Zie ook Eindbericht van de Commissie voor de vermindering en vereenvoudiging van overheidsregels, *Kamerstukken II* 1983/84, 17931, nr. 9; *Kamerstukken II* 1990/91, 21800, nrs. 1-2. Vgl. Giesen 2007, p. 149 en 150. Zie in verband met kenbaarheid ook *Kamerstukken II* 2008/9, 31731, nr. 1; Van Gestel 2008, p. 122, 128, 130, 133, 135 en 153; Vranken & Menting 2013, p. 36. Of de kenbaarheid voldoende verzekerd is, heeft een rol gespeeld bij een procedure omtrent de NEN-normen waarop

daadwerkelijk worden afgedwongen en of de geschillenbeslechting binnen het private systeem op een adequate wijze is geregeld.[8] Ook de deskundigheid binnen een bepaalde private kring is in dat verband van belang.[9] Een tweede categorie ziet op de kosten voor de gereguleerden (en voor de overheid in die zin dat de ratio achter zelfregulering niet alleen kostenbesparing voor de overheid moet zijn gericht), op de kwestie of er voldoende vraag uit de markt bestaat die de zelfregulering kan bevorderen, alsmede op mogelijke marktverstoring bijvoorbeeld vanwege beperking van de mededinging.[10]

De volgende categorie randvoorwaarden die vooral ook samenhangt met legitimiteit ziet op de acceptatie van zelf- of coregulering binnen een bepaalde private kring, in verband waarmee de organisatiegraad en het draagvlak binnen een bepaalde (private) kring van belang zijn.[11] Dat aspect ziet derhalve ook op de voorbereiding en de wijze van totstandkoming van de private normen.

De zojuist beschreven gezichtspunten lijken voor de hand te liggen (en worden daarom ook in geschriften en overheidsdocumenten genoemd), maar in de praktijk wordt zelden daadwerkelijk publiekelijk ex ante en/of ex post geëvalueerd of bepaalde zelf- of coregulering effectief en legitiem is uitgaande van de zojuist genoemde criteria.[12] Dit neemt niet weg dat daaraan (bijvoorbeeld door toezichthouders of anderszins) wel wordt getoetst, maar zonder dat de bevindingen openbaar worden en ook zonder dat alle belanghebbenden bij dat proces zijn betrokken. Bovendien bestaat er geen wettelijke verankering van de besproken randvoorwaarden. Een duidelijke status hebben deze dan ook niet.

Wel komt het, naar uit het hiervoor genoemde voorbeeld van certificering bij de Fyra blijkt, regelmatig voor dat achteraf moet worden geconstateerd dat zelfregulering (zoals certificering) niet goed heeft gewerkt. Een duidelijke analyse op welke van de hiervoor genoemde punten zelf- of coregulering heeft gefaald en of de situatie mogelijk nog kan worden verbeterd, ontbreekt echter meestal. Dit fenomeen wordt mijns inziens versterkt door de neiging van politici (en anderen) om meer overheidsregulering (en toezicht) te vragen indien zelf- of coregulering niet het gewenste resultaat heeft opgeleverd, zonder de achtergronden van dit falen (uitgebreid) te onderzoeken.

---

auteursrecht rust van het NNI en die niet vrijelijk verkrijgbaar zijn (er dient voor te worden betaald). Deze normen zijn ook niet in de Staatscourant gepubliceerd. De Hoge Raad heeft aangenomen dat desondanks in het Bouwbesluit naar deze normen mag worden verwezen. Zie HR 22 juni 2012, *AB* 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (*Knooble*).

8 Vgl. Eindbericht van de Commissie voor de vermindering en vereenvoudiging van overheidsregels, *Kamerstukken II* 1983/84, 17931, nr. 9. Vgl. Witteveen 2007, p. 24.

9 *Kamerstukken II* 2008/9, 31731, nr. 1; Vranken & Menting 2013, p. 41.

10 Vgl. ook Eindbericht van de Commissie voor de vermindering en vereenvoudiging van overheidsregels, *Kamerstukken II* 1983/84, 17931, nr. 9; *Kamerstukken II* 2008/9, 31731, nr. 1; Vranken & Menting 2013, p. 36 en 40.

11 Vgl. daaromtrent *Kamerstukken II* 2008/9, 31731, nr. 1; Van Gestel 2008, p. 121 en 122; Vranken & Menting 2013, p. 36; Witteveen 2007, p. 54-46.

12 Zie voor een uitzondering (nationale) certificatiesystemen in de voedselveiligheid en daarover Verbruggen & Havinga 2014, p. 6 e.v.

2.4 Het perspectief van de Europese regelgever

Op het niveau van de Unie geeft het Institutioneel akkoord Better Regulation[13] een algemeen kader voor het gebruik van private normering op Unieniveau. Dit algemene kader geldt daarmee niet alleen voor TPR maar in ruimere zin voor zelf- en coregulering (dus ook nationale). De eisen die daaraan worden gesteld zijn vooral te vinden in overweging 17. Deze komen erop neer dat de zelf- en coregulering in overeenstemming moet zijn met het Unierecht,[14] transparant moet zijn (ten aanzien van de wijze van totstandkoming, de betrokken partijen en de regels zelf), representatief (een grote meerderheid van de relevante sector moet betrokken zijn, er moet een goede sectorale en geografische afspiegeling bestaan van belanghebbenden en er dient consultatie met (mogelijk) benadeelden of andere belanghebbenden plaats te vinden),[15] de zelf- of coregulering heeft toegevoegde waarde voor het algemeen belang, mag niet worden toegepast wanneer grondrechten of belangrijke beleidskeuzes in het geding zijn of wanneer een eenvormige wijze van regeltoepassing in de lidstaten noodzakelijk is en het mag de mededinging niet beperken.

De Europese Commissie heeft ook een Working Document on Better Regulation and Self-regulation and co-regulation in the Community legislative framework gepubliceerd.[16] Daaruit valt onder meer af te leiden dat zelf- en coregulering moeten worden getest als alternatieven,[17] waarbij kleine ondernemingen wellicht vrijgesteld kunnen worden van de Europese regels. In het verlengde daarvan zijn ook de Principles for better co- and self-regulation opgesteld, die voortborduren op de hiervoor genoemde gezichtspunten van het Better Regulation akkoord.[18]

Daarnaast is recentelijk een voorstel voor een opinie van de commissie over zelf- en coregulering gepubliceerd.[19] Dit geeft een uitvoerig overzicht van de richting die de commissie wil inslaan met betrekking tot zelf- en coregulering

13 PbEU 2003, C 321/1.

14 Dit criterium is zo breed dat men zich kan afvragen of dit wel kan worden vastgesteld. Vgl. ook Vranken & Menting 2013, p. 31.

15 Dit vereiste is uitgewerkt in acht subvereisten. De continuïteit op Unieniveau moet zijn gewaarborgd, er moet directe toegang tot (kennis en expertise van) betrokkenen bestaan en daardoor een mogelijkheid van snelle en constructieve consultatie, het door de zelf- en coregulering behartigde belang moet sporen met de belangen van de Unie, de groep van betrokkenen omvat organisaties die op nationaal niveau worden erkend als representanten van bepaalde (door de zelf- of coregulering behartigde) belangen, de private organisatie is aanwezig in de meeste EU-lidstaten en legt verantwoording af aan haar leden (indien die bestaan), is onafhankelijk, deelname aan de zelfregulering is verplicht voor de betrokkenen en de private organisatie is niet geboden aan instructies van andere private organisaties en de organisatie is transparant in financiële zin en ten aanzien van besluitvormingsproces. Zie daarover ook Vranken & Menting 2013, p. 32.

16 European Economic and Social Committee, SC/41, versie 23 juli 2015, eesc-2015-03697-00-00-dt-tra-en.docx, te vinden op https://dm.eesc.europa.eu/EESCDocumentSearch/Pages/redresults.aspx?k=(documentsource:EESC)(dossiername:SC)(dossiernumber:41)(documentlanguage:EN).

17 Zie onder 3.3.1.

18 Te vinden op https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/principles-better-self-and-co-regulation-and-establishment-community-practice.

19 Draft opinion on Self-regulation and co-regulation in the Community legislative framework (INT/754, Self-regulation and co-regulation), versie van 22 april 2015.

op Unieniveau. In de opinie worden verschillende soorten zelf- en coregulering onderscheiden:[20]

a. klassieke zelfbinding; een private partij committeert zich aan bepaalde regels of gevallen waarbij een overkoepelende publieke organisatie bepaalde bindende parameters kan stellen (publieke zelfregulering);[21]
b. juridisch gefundeerde zelfregulering, op basis van in jurisprudentie aanvaarde gewoonten of handelsgebruiken;
c. nationale of transnationale zelfregulering afhankelijk van de vraag of het om nationale aangelegenheden gaat of om standaarden die tussen private entiteiten in samenwerking met internationale of intergouvernementele organisaties is opgesteld.

In de opinie worden verschillende voordelen van zelf- en coregulering geschetst. Zo worden drempels voor de gemeenschappelijke markt weggenomen, worden regels simpeler, neemt de snelheid en flexibiliteit van de implementatie toe, wordt (publieke) wetgevingscapaciteit vrijgemaakt en wordt medeverantwoordelijkheid van de betrokkenen bevorderd.[22] Er bestaan volgens de opinie ook beperkingen die samenhangen met effectief toezicht en sancties, zeker waar de private regulering inhoudt dat de betrokkenen alle geldende publieke regels in acht zullen nemen.[23] Het toepassingterrein voor zelf- en coregulering op Unieniveau is in beginsel algemeen, maar in bepaalde sectoren is voorzichtigheid geboden. Dat geldt blijkens de opinie in het bijzonder voor financiële dienstverlening, gezondheid, veiligheid, andere publieke diensten en diensten van algemeen belang, zeker op terreinen waar fundamentele rechten aan de orde zijn zoals consumentenrechten.[24] De terreinen waar bij voorkeur wel gebruik zou kunnen worden gemaakt van zelf- en coregulering zijn corporate governance, maatschappelijk verantwoord ondernemen en economische relaties.[25] Uitgangspunt van de opinie is dat zelf- en coregulering op Unieniveau bindende publieke regels kunnen ondersteunen en complementeren, maar dat dit geen alternatief voor het Unierecht kan zijn, tenzij er op niveau van de lidstaten fundamentele regels worden gecreëerd die een toereikende basis bieden voor de werking van zelf- en coregulering.[26] Er moet dan ook een duidelijk bindend kader komen voor het erkennen van dergelijke regels van lidstaten.[27] Verder worden in de opinie de volgende uitgangspunten genoemd waaraan zelf- en coregulering moet voldoen:[28]

20 Zie nr. 3.3.
21 Blijkens de opinie moeten gedragscodes daarvan worden onderscheiden omdat die vaak samenhangen met wettelijk gereguleerde beroepen. Daarin kan de beroepsgroep zelf bindende regels opstellen. Zie nr. 3.7 en 4.10.
22 Zie onder 4.10.
23 Nr. 4.10.
24 Zie nr. 4.10 en 5.25.
25 Zie nr. 5.26.
26 Zie nrs. 1.2, 1.3 en 5.9. Geconstateerd wordt dat die regels er nog niet zijn. Zie nr. 1.2 en 1.3.
27 Nr. 1.4 en 1.5.
28 Nr. 1.6.

a. De zelf- en coregulering moet in overeenstemming zijn met het Unierecht en het (inter)nationale recht.[29]
b. De normen moeten transparant en kenbaar zijn. Dit betekent dat praktische informatie over zelf- of coregulering voor eenieder toegankelijk moet zijn zonder dat daarvoor drempels worden opgeworpen of hoge kosten moeten worden gemaakt. Verder moeten de doelen van de zelf- en coregulering duidelijk en eenduidig zijn verwoord.[30]
c. De zelf- en coregulering moet representatief zijn en moet ervoor zorgen dat overeenstemming bestaat over de regels. Voorts moeten de regels worden afgedwongen, alsmede geloofwaardig en effectief zijn. De representativiteit moet in verhouding staan tot de betrokken sector, de tussenstaatse handel, de positie van de sector en het bereik van de regelgeving. Dit gezichtspunt kan zo nodig zowel kwantitatief als kwalitatief worden benaderd.[31]
d. De direct betrokken partijen moeten door het zelf- en coreguleringssysteem vooraf zijn geconsulteerd.[32] Het bestaan van overeenstemming tussen belanghebbenden is immers van belang en moet worden bevorderd. De wijze waarop dat geschiedt wordt geregeld in wetgevende instrumenten. Deze zien er op dat de consultatie in overeenstemming is met (fundamentele) beginselen en zien op het opstellen van de regels, de evaluatie en de toepassing ervan.[33]
e. De zelf- en coregulering heeft toegevoegde waarde voor het algemeen belang.[34] De uitdaging is om de publieke doelen te bereiken maar toch een grotere flexibiliteit in te bouwen in het regelgevingsbouwwerk.[35]
f. Er wordt geen gebruik gemaakt van zelf- en coregulering als:
   - er fundamentele rechten in het geding zijn,[36] of
   - Unierechtelijke regels uniform moeten worden toegepast in alle lidstaten.[37]
g. De zelf- en coregulering moet worden gecontroleerd door de Unie en door nationale autoriteiten.[38]
h. De zelf- en coreguleringssystemen monitoren de mate en het succes van de implementatie aan de hand van objectieve criteria en betrouwbare indicatoren

29 Zie ook nr. 4.10 en 5.21.
30 Zie ook nrs. 4.8 en 5.21.
31 Zie ook nr. 5.21.
32 Zie ook nr. 5.21.
33 Zie nr. 4.7.
34 Zie ook nr. 5.21.
35 Zie nr. 4.10.
36 Zie ook nr. 4.8. Toch kan zelfregulering in verband met persvrijheid, reclame en cultuur ook dienen als schild tegen te vergaande overheidsinmenging. Zie bijvoorbeeld Van Gestel 2008, p. 141.
37 Zie ook nr. 4.8.
38 Zie ook nr. 5.21.

die vooraf zijn vastgesteld en toegespitst op de specifieke sector en doelstellingen. Deze indicatoren dienen tevoren door de Commissie te zijn ontwikkeld in ex ante en ex post impact studies die worden uitgevoerd door publieke of onafhankelijke private partijen.[39]

i. Het zelf- en coregulerings systeem voorziet in preventieve maatregelen en sancties bij niet of gebrekkige implementatie, teneinde de effectiviteit te bewaken.[40] Meestal is er volgens de opinie een controlerende derde partij betrokken bij zelf- of coregulering, hetzij een officiële entiteit hetzij een onafhankelijke regelgevende instantie die toezicht kan houden en sancties kan opleggen.[41] Van de wijze van samenwerking tussen de overheid en de private entiteiten zal mede afhangen hoe effectief het toezicht is.[42]
j. In aansluiting op uitgangspunt i) bevat het zelf- en coregulerings systeem een sanctiesysteem, zoals het verlies van lidmaatschap van een organisatie of het verlies van een certificaat. Dit brengt mee dat er mogelijkheden bestaan voor zelfevaluatie en interne disciplinaire maatregelen, alsmede dat er databases bestaan om meer effectieve monitoring mogelijk te maken, dat een certificatielabel of keurmerk wordt gebruikt, dat nationale gedragscodes worden vastgesteld teneinde een EU-gedragscode te implementeren, dat zo nodig technische specificaties worden vastgesteld tegelijk met de standaarden en dat praktijkhandleidingen voor implementatie worden opgesteld.[43]
k. De zelf- en coregulering dient (door dit systeem zelf) periodiek te worden geëvalueerd in verband met veranderde (markt)omstandigheden, wetgeving en de ambities van de gereguleerden.[44]
l. De herkomst van de financiering van het private systeem dient duidelijk te zijn.
m. Private reguleringsinitiatieven dienen de mogelijkheid te bieden van alternatieve geschilbeslechting in overeenstemming met de daaraan door de Unie gestelde eisen.[45]

Verder zou moeten gewerkt aan een definitie van de uitgangspunten voor (effectieve) zelf- en coregulering in het licht van de meest recente inzichten daarover. In dat verband zou ook onderscheid kunnen worden gemaakt tussen zelf- en coregulering en zouden andere (tussen)vormen kunnen worden onderscheiden in lijn met de vormen die door de Unie worden aanbevolen. In dat verband met worden bedacht dat Unierecht als zodanig geen mogelijkheid biedt om wetgevende bevoegdheden te delegeren aan private regelgevers in gevallen waarin

39 Zie ook nr. 5.21.
40 Zie ook nr. 4.10.
41 Zie nr. 3.4.
42 Zie nr. 4.10.
43 Zie ook nr. 5.21.
44 Zie ook nr. 5.21.
45 Zie ook nr. 1.8 en 5.31.

private regulering een alternatief is.[46] Er zou daarom een expliciet door artikel 295 VWEU gelegitimeerd raamwerk moeten komen waarvan de toepassing ook door het Hof van Justitie kan worden getoetst.[47] Een aanbeveling waarin dit raamwerk wordt uiteengezet en lidstaten wordt aangeraden dit te implementeren ligt in dat verband het meest in de rede.[48]

Naast de zojuist genoemde opinie bevat specifieke Unierechtelijke regelgeving in een aantal gevallen ook randvoorwaarden voor zelf- en coregulering, zoals aanvaarding in brede kring, het voorzien in effectieve handhaving, overleg met en het representatieve karakter van betrokken partijen, voorwaarden voor de inhoud van de op te stellen gedragscodes, het instellen van een nationale (publieke) controlerende instantie en een nationaal evaluatiesysteem, het in overeenstemming zijn van de zelf- en coregulering met het Unierecht (in het bijzonder ook het mededingingsrecht) en het niet in strijd zijn met nationale bindende regels (bijvoorbeeld ethische en gedragsregels voor bepaalde beroepsgroepen).[49] Zo bepaalt artikel 37 Dienstenrichtlijn dat de lidstaten in samenwerking met de Commissie flankerende maatregelen moeten nemen om gedragscodes voor dienstverlenende organisaties aan te moedigen en ervoor te zorgen dat deze codes langs elektronische weg toegankelijk zijn.[50] Ook artikel 27 lid 1 Richtlijn 2006/66/EG bepaalt dat regels inzake inzamelsystemen voor lege batterijen en accu's mogen worden geïmplementeerd door middel van convenanten als deze afdwingbaar zijn, de doelstellingen vermelden waarvoor zij dienen en de termijnen waarbinnen zij worden geïmplementeerd, worden gepubliceerd in het nationale staatsblad of vergelijkbare documenten en die documenten ook aan de Commissie worden toegezonden. Op grond van artikel 27 lid 2 en 3 is een lidstaat bovendien gehouden de effecten van de gedragscode regelmatig te onderzoeken en toezicht te houden op de bereikte resultaten.[51] Verder is er blijkens overweging 20 en artikel 10 Richtlijn 2005/29/EG (oneerlijke handelspraktijken) plaats voor gedragscodes tussen handelaren en consumentenorganisaties, indien er privaat toezicht en publieke handhaving in het leven is geroepen en een beroep op de rechter niet wordt belemmerd.[52]

Het nadeel van het kiezen voor zelf- en coregulering kan voor lidstaten zijn dat de implementatie op deze wijze de toets van het Hof van Justitie moet kunnen doorstaan als een vorm van effectieve implementatie. Gaat het mis, dan kan de lidstaat daarvoor aansprakelijk worden gehouden, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat het veiliger is om voor wettelijke regulering te kiezen (zij het dat het ook dan kan misgaan).[53] Als (toch) gebruikgemaakt wordt van TPR zal een nationale wetgever moeten onderzoeken of de specifieke TPR voldoende effectief is om de door de Uniewetgever gestelde doelen te bereiken. Dat zal in ieder geval

46 Zie nr. 5.7 en 5.8.
47 Zie nr. 1.8 en 5.11.
48 Zie nr. 1.9 en 5.12.
49 Vranken & Menting 2013, p. 34.
50 Richtlijn 2006/123/EG, *PbEU* 2006, L 376/36. Zie ook Van Gestel 2008, p. 141.
51 Zie Van Gestel 2008, p. 141 en 142.
52 Zie ook Van Gestel 2008, p. 142.
53 Vgl. Van Gestel 2008, p. 142.

gelden voor op Unieniveau als effectief aangemerkte TPR, maar daarbuiten zal de nationale wetgever die toets zelf moeten uitvoeren. Het lijkt daarbij van belang dat die toets meer wordt geobjectiveerd om bijvoorbeeld de Europese Commissie te kunnen overtuigen dat TPR de door de Unie gestelde publieke doelen (deels) kan realiseren of kan helpen om die doelen te bereiken. Naarmate voor het vaststellen van die effectiviteit een meer objectief en transparant proces wordt ingericht (en mede wordt getoetst aan de door de Europese Commissie voorgestelde randvoorwaarden), zal de overtuigingskracht van het argument dat bepaalde TPR effectief is richting de Europese Commissie groter worden. Dit neemt uiteraard niet weg dat voorafgaand overleg met de Europese Commissie over het gebruik van TPR ter implementatie van Unieregelgeving of ter realisering van Unierechtelijke doelen, mede gelet op het door de Commissie voorgestelde kader, nuttig kan zijn.

Het vorenstaande komt er in verband met legitimiteit en effectiviteit van zelf- en coregulering vanuit het perspectief van de Europese regelgever op neer dat ook op Unieniveau randvoorwaarden zijn gesteld aan het gebruik van zelf- en coregulering, waarbij als additionele complicatie geldt dat op Unieniveau een verdragsrechtelijke basis moet bestaan of worden geschapen om regels te kunnen stellen voor zelf- en coregulering. Ook op Unieniveau wijken de randvoorwaarden niet in belangrijke mate af van de hiervoor al besproken Nederlandse randvoorwaarden. Wel zal representativiteit op Unieniveau voor zelf- en coregulering lastiger vallen te bereiken.

2.5 De (Nederlandse) wetgever en TPR

2.5.1 *Specifieke dimensie van TPR*

Het vorenstaande roept de vraag op of de hiervoor besproken (nationale en Europese) randvoorwaarden ook voor TPR relevant zijn. In beginsel lijkt dat het geval.[54] Het vorenstaande neemt niet weg dat de mogelijkheden voor de nationale (of zelfs de Europese) regelgever om TPR te sturen beperkter kunnen zijn. Voor veel TPR zal gelden dat nationale overheden daarop weinig invloed hebben omdat private partijen zelf het initiatief hebben genomen en transnationaal, en vaak zelfs wereldwijd, bepaalde regels hebben gesteld. Een nationale overheid kan daar neutraal tegenover staan als deze TPR niet specifiek doelstellingen realiseert die deze overheid van belang acht. Zo kan TPR ertoe dienen om uiteenlopende regelgeving in verschillende landen te harmoniseren (bijvoorbeeld door een standaard te kiezen die in alle landen waarvoor zij bedoeld is acceptabel is). Dat kan de kosten voor het internationale bedrijfsleven verminderen doordat men niet meer in alle landen waarin TPR wordt gebruikt hoeft te controleren of men aan de daar geldende regelgeving voldoet. Voorbeelden zijn de codes of conduct binnen grote bedrijven op het gebied van privacy.[55] Dergelijke TPR is voor een nationale overheid niet bijzonder interessant omdat het er slechts toe leidt dat de

54 Zie bijvoorbeeld Scheltema 2014, waarin onder meer de hiervoor genoemde criteria ook worden gehanteerd om de effectiviteit van TPR (op het gebied van MVO) te onderzoeken.

55 Zie Moerel 2011.

nationale regelgeving wordt nageleefd (hetgeen andere ingezetenen ook dienen te doen).[56] Toch kan dergelijke TPR wel interessant zijn als het een stimulans oplevert voor multinationale ondernemingen om nationale regels na te leven. Maar ook als een nationale overheid bepaalde TPR onwenselijk acht, bijvoorbeeld omdat TPR niet goed aansluit op nationale normen,[57] kan het lastig zijn om deze uit te bannen. Als een land bijvoorbeeld bepaalde in TPR opgenomen rapportageverplichtingen onwenselijk acht, maar (internationale) investeerders deze voorschrijven in hun overeenkomsten dan wel aan door hen opgerichte entiteiten en niet willen investeren in landen waarin dergelijke rapportage niet is toegestaan, kan het voor landen die (zoals in het algemeen het geval is) aantrekkelijk willen zijn voor investeringen lastig zijn om een dergelijk verbod te handhaven. Daar komt binnen de EU nog bij dat een lidstaat bepaalde TPR (of in algemene zin het gebruikmaken van TPR ter realisering van publieke doelen) onwenselijk kan achten, maar als die (dat) door de meerderheid van de lidstaten wel noodzakelijk wordt geacht, toch zal moeten aanvaarden dat daarnaar in Europese regelgeving wordt verwezen.[58]

Bovendien kan TPR door haar transnationale karakter ook (eerder dan nationale private normering) internationaal relevante beperkingen opwerpen zoals in verband met GATT, de mededinging en investeringsverdragen. Zo kan zowel de nationale regelgever als de Europese regelgever bij het stimuleren of juist ontmoedigen van TPR stuiten op beperkingen omdat de WTO dergelijke door de overheden genomen (stimulerings- of ontmoedigings)maatregelen als ongeoorloofde handelsbeperkingen kan aanmerken. In verband met de in dit preadvies besproken behartiging van algemene belangen zoals mensenrechten en het milieu door private actoren, rijst de vraag of daarop gerichte TPR de toets van artikel XX GATT kan doorstaan. Dit probleem kan worden ondervangen als de in de TPR neergelegde standaarden door de Westerse landen die deze willen stimuleren worden uitonderhandeld met de landen die daar (aanvankelijk) bezwaren tegen hebben.[59] Overigens zal TPR vooral een handelsbelemmering opleveren als deze niet alleen in nichemarkten wordt gebruikt en marktdeelnemers bovendien de facto alleen markttoegang hebben als zij de TPR implementeren.[60] Ook kan sprake zijn van verkapte handelsbelemmeringen indien het voor buitenlandse

56 Uiteraard is wel denkbaar dat kosten in verband met toezicht kunnen worden bespaard, als de TPR goed functioneert.

57 Zo kan een TPR-systeem uitgangspunten bevatten die voor de common law gebruikelijk zijn (bijvoorbeeld een 'principle based' benadering), maar voor continentale systemen minder.

58 Zoals het geval is ten aanzien van verslaglegging voor grote ondernemingen (die hiervoor aan de orde kwam). Verder is in (art. 29bis van) de niet-financiële rapportagerichtlijn (2014/95/EU), waarvoor sinds 11 november 2015 in Nederland een internetconsultatie loopt, een verplichting (met ingang van 1 januari 2017) opgelegd om te rapporteren over niet-financiële aspecten zoals mensenrechten en milieu-impact van een onderneming. Denkbaar is dat de wijze waarop deze redelijk open norm gaat worden ingevuld mede zal worden bepaald door TPR zoals het Global Reporting Initiative of de United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights reporting framework.

59 Overdevest & Zeitlin 2014, p. 37.

60 Zie bijvoorbeeld Resolv, Toward Sustainability, The Roles and Limitations of Certification, www.resolv.org/site-assessment/files/2012/06/Report-Only.pdf, p. 31 and 32.

marktpartijen de facto aanzienlijk lastiger/duurder is om TPR na te leven dan voor nationale.[61]

2.5.2 *Wettelijke (meta)regels voor de erkenning van TPR?*

De vorenstaande problemen in verband met TPR roepen de vraag op of er niet een (wettelijk) systeem zou moeten komen voor de acceptatie/erkenning van TPR in de Nederlandse rechtsorde voor zover de overheid daar in verband met door haar te nemen maatregelen (bijvoorbeeld bij subsidies, het gebruik ervan in aanbestedingen, in fiscale maatregelen, het gebruik in verband met publiek toezicht en verwijzing ernaar in wetgeving) mee aan de slag zou willen gaan. Dat is mijns inziens het geval. Anders dan voor verdragen geldt, hoeven dergelijke transnationale regels thans immers geen goedkeuring van het parlement alvorens ze in de Nederlandse rechtsorde (voor de overheid) relevant worden. Bovendien zou men met een dergelijk systeem kunnen bezien of TPR geen bezwaren, zoals de hiervoor geschetste, oplevert en of het desondanks moet worden gestimuleerd. Dat zal mede afhangen van de beantwoording van de vraag in hoeverre TPR een relevant algemeen belang dient.[62]

Voor een dergelijke regeling bestaat bij TPR temeer aanleiding omdat het binnen Nederland (ook in samenwerking met private organisaties) georganiseerde 'polderen' met van buiten Nederland afkomstige transnationale systemen onder het gesternte van een toenemende globalisering minder goed lijkt te werken. De bij TPR betrokken buitenlanders maken immers geen onderdeel uit van dit 'polder'systeem.[63] Dit rechtvaardigt mede dat erkenning van TPR (enigszins) dient te worden geformaliseerd.

Men zou voor de vormgeving van de bedoelde wettelijke regeling inspiratie kunnen ontlenen aan artikel 25 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) dat geldt voor door brancheorganisaties opgestelde gedragscodes omtrent de verwerking van persoonsgegevens.[64] Dat is bijvoorbeeld gebeurd in de Gedragscode verwerking persoonsgegevens verzekeringsbedrijf, de gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen en de Gedragscode inzake het verwerken van persoonsgegevens van de Nederlandse Vereniging van Handelsinformatiebureaus. Wanneer een dergelijke branche voornemens is een gedragscode vast te stellen, kan deze branche, indien zij bijzondere kenmerken heeft, op grond van artikel 25 lid 1 Wbp aan de Autoriteit Persoonsgegevens (AP)[65] verzoeken te verklaren dat de in de gedragscode opgenomen regels een juiste uitwerking vormen van de Wbp of van andere bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens. De verklaring van de AP wordt aangemerkt als een besluit en dient op grond van artikel 25 lid 4 Wbp te worden voorbereid met de openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4 Awb. Gevolg hiervan is dat

61 Van Gestel 2008, p. 140.
62 Zie ook Senden e.a. 2015, p. 35 en 36.
63 Vgl. Tzankova 2015, p. 67, 81 en 82.
64 Zie daarover bijvoorbeeld ook Scheltema & Scheltema 2013, p. 32 en 33.
65 Deze heette voorheen het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP).

belanghebbenden bij de vast te stellen gedragscode hun zienswijze kunnen inbrengen ten aanzien van deze door private partijen opgestelde gedragscode. Hier dringt derhalve via de band van de verklaring van de AP de voorbereidingsprocedure van de Awb door in verband met de gedragscode. Door deze benadering wordt via bestuursrechtelijke regels (de openbare voorbereidingsprocedure) voorzien in een zekere legitimiteit van de gedragscode. Dat dwingt de opstellers van de code er in feite toe om zelf al een vorm van inspraak te organiseren omdat anders in de 3.4-procedure bij het AP (onverwachte) bezwaren kunnen binnenkomen. Het vorenstaande neemt niet weg dat de AP zelf alleen toetst of de gedragscode in overeenstemming is met de Wbp en dus niet (zonder meer) de legitimiteit en effectiviteit van deze gedragscode zelf. De door mij beoogde regeling doet dat wel (deze ziet zowel op de inhoud van TPR als ook op de voorbereiding ervan en de wijze waarop belanghebbenden daarbij zijn betrokken) een heeft daarmee een bredere strekking. Het zal mijns inziens in de door mij voorgestelde procedure (anders dan voor de AP geldt) bovendien niet noodzakelijk zijn om vast te stellen of TPR in overeenstemming is met specifieke bestuursrechtelijke regelgeving. Het is aan de bestuursorganen die de 'erkende' TPR willen gaan gebruiken in het kader van hun publieke doelstellingen te beoordelen of TPR in overeenstemming is met specifiek op hun terrein geldende publieke regels.

Het gaat er daarmee mede om of het TPR-regime zelf in voldoende legitimatie heeft voorzien. Zo geldt in verband met de hiervoor besproken Basel-regels[66] in de financiële sector dat deze regels zijn opgesteld door presidenten of andere experts van centrale banken, en vervolgens onderworpen aan procedures om op een breed front commentaar vanuit de financiële sector, maar ook van daarbuiten, in te winnen. Die inspraakprocedures zijn in belangrijke mate ontleend aan het Amerikaanse bestuursrecht: de *notice and comment procedure*.[67] Deze procedure is enigszins vergelijkbaar met de openbare voorbereidingsprocedure van Afdeling 3.4 Awb. Meer in algemene zin is aandacht gevraagd voor de aanpak in het bestuursrecht van bovenindividuele geschillen in een globaliserende wereld,[68] waaronder ook de vraag naar de legitimiteit en effectiviteit van TPR valt.

Een volgend aspect is of een dergelijk systeem op Nederlands of Unieniveau tot stand zou moeten worden gebracht. Mijns inziens zijn beide benaderingen denkbaar, afhankelijk van de vraag of TPR vooral in bepaalde lidstaten of in het grootste deel dan wel de gehele Unie gebruikt wordt.[69] Voorts geldt uiteraard dat indien op Unieniveau (of in een ander verdrag waarbij Nederland partij is) een regeling is getroffen voor TPR de hierna volgende procedure niet meer kan en hoeft te worden gevolgd. Daarnaast zal dit systeem niet voor alle TPR hoeven te worden toegepast. Voor TPR die (alleen) voor een specifiek toezichtsgebied relevant is en alleen op dat terrein in het kader van de ondersteuning van het

66 Hiervoor werd overigens al besproken dat de vraag is of deze regels als TPR kunnen worden gekwalificeerd.

67 Cassese e.a. 2012, p. 249; Verdier 2012, p. 444 e.v., waarbij overigens geldt dat de inspraak voor Basel III minder uitgebreid was opgezet dan die voor Basel II.

68 Schuurmans 2015, p. 15 e.v.

69 Op Unieniveau is daartoe al een (niet officieel) voorstel gedaan. Zie https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/discussions/standard_clause_cr_dsm_draft_v_0_4.pdf.

publieke toezicht wordt gebruikt, is denkbaar dat de op dat terrein bevoegde publieke toezichthouder beter in staat is de bedoelde evaluatie uit te voeren. In dergelijke gevallen zou het hierna te bespreken 'erkenningsbesluit' door de betreffende toezichthouder kunnen worden genomen.

Voor zover het erkenning in Nederland betreft, zou een speciale interdepartementale commissie kunnen worden samengesteld, waarin wellicht ook externe adviseurs zitting kunnen hebben, die beoordeelt of de overheid TPR kan gebruiken ter ondersteuning van de door haar nagestreefde publieke doelstellingen.[70] Uitgangspunt zou moeten zijn dat dit in beginsel alleen mogelijk is als TPR door de zojuist bedoelde commissie wordt erkend. Nu TPR vanwege het internationale karakter in beginsel voor heel Nederland van belang kan zijn, ligt het voor de hand deze procedure op Rijksniveau in te richten en de erkenningsprocedure in de Awb op te nemen nu deze voor erkenning van TPR in het gehele Nederlandse (bestuurs)recht van belang kan zijn.[71] Alleen wanneer de TPR enkel ziet op een specifiek (toezichts)gebied lijkt het, zoals zojuist is uiteengezet, niet ondenkbaar dat een ander bestuursorgaan (de publieke toezichthouder) de erkenningstoets uitvoert (en daartoe wellicht ook de bevoegdheid in bijzondere wetgeving wordt opgenomen). De erkenning kan door de zojuist bedoelde commissie ambtshalve geschieden, maar ook op verzoek van een TPR-systeem zelf of van marktdeelnemers.

De criteria waaraan wordt getoetst moeten uiteraard transparant zijn en ook (internationaal) toegankelijk.[72] De commissie zou de relevante informatie over TPR zelf kunnen vergaren, maar zou uit kostenoogpunt ook bepaalde informatie van het TPR-regime kunnen verlangen (bijvoorbeeld over de betrokkenheid van belanghebbenden bij de totstandkoming van de regels, de governance en over eventuele evaluaties).[73] Een dergelijke procedure is transparanter dan een (niet wettelijk geregelde) interne commissie (bijvoorbeeld bij een toezichthouder) waarvan de beslissingen niet duidelijk worden gecommuniceerd (en waarbij dus schimmig blijft wat de overheid van TPR denkt). Eventueel zou in een proefperiode kunnen worden gewerkt met een niet wettelijk geregelde commissie die haar beslissingen publiceert.

Het is indien een wettelijke regeling wordt opgesteld verder wenselijk dat de beslissingen van deze commissie over erkenning van TPR een appellabel besluit opleveren dat vatbaar is voor beroep bij de bestuursrechter (net als geldt voor de beslissingen van de AP in het kader van art. 25 Wbp). In dat verband is het voorts

---

70 De commissie zou bij wet moeten worden ingesteld, maar het is mijns inziens niet zonder meer noodzakelijk dat ook alle criteria waaraan zij toetst in de wet staan. Denkbaar is dat dit ofwel in lagere regelgeving of in een beleidsregel geschiedt om de benodigde flexibiliteit (eventueel ook om tussen verschillende branches te differentiëren) te behouden. Voorts zou bij wijze van proef eerst op bepaalde (maatschappelijk van groot belang geachte) terreinen kunnen worden begonnen.

71 Hoewel dit preadvies daar niet op ziet, is niet ondenkbaar dat deze procedure ook gaat gelden voor nationale private normering.

72 Het ligt voor de hand die op internet te publiceren (voorzien van een vertaling in het Engels en wellicht ook nog andere talen). De criteria waaraan wordt getoetst zijn de hiervoor besproken criteria voor legitimiteit en effectiviteit.

73 Vgl. mede in verband met de situatie in het UK Verbruggen 2014a, p. 240.

wenselijk dat het besluit met een openbare voorbereidingsprocedure wordt voorbereid, zodat ook mogelijke belanghebbenden inspraak hebben en daarmee (meer) legitimiteit voor het gebruik van TPR in de Nederlandse rechtsorde wordt gegenereerd en bovendien de kans toeneemt dat TPR in de Nederlandse rechtsorde ook effectief is (in de zin dat ook het door de Nederlandse overheid voorgestane algemene belang er door wordt gediend). De overheid zou dergelijke inspraak ook actief moeten faciliteren (bijvoorbeeld door middel van internetconsultaties). Een vergelijking valt te maken met de Amerikaanse Notice and Comment procedure waaraan ook TPR wordt onderworpen. Dit is een administratieve procedure waarin belanghebbenden mogen inspreken op regelgeving (bijvoorbeeld van agencies maar ook op TPR) en waarin zij kunnen aangeven wat zij van (de voorbereiding van) deze regels vinden. De publieke entiteit dient vervolgens te motiveren wat zij met de ingebrachte opmerkingen heeft gedaan. Zo zijn de hiervoor genoemde Basel-afspraken zowel voorafgaand daaraan als na vaststelling ervan in de VS aan een dergelijke procedure onderworpen.[74]

In het huidige bestuursrechtelijke systeem is de toetsing van 'erkenning' van TPR door de bestuursrechter alleen mogelijk indien sprake is van een besluit. Hiervoor heb ik aangegeven op welke wijze een (openbaar voorbereid) besluit in verband met TPR in de Awb zou kunnen worden vormgegeven. Het vorenstaande roept echter de meer principiële vraag op of er niet een bestuursrechtelijke regeling zou moeten komen waarin TPR als zodanig (en niet indirect via een besluit) kan worden getoetst (door de bestuursrechter) voor zover de Nederlandse overheid daarvan gebruik zou willen maken voor de realisatie van haar publieke doelstellingen.[75] Denkbaar is ook dat belanghebbenden kunnen inspreken indien de Nederlandse overheid deelneemt in beraadslagingen over TPR (vergelijkbaar met de notice en comment procedure in de VS). Dergelijke toetsing van TPR als zodanig ligt echter pas voor de hand als dat ook in meer algemene zin mogelijk wordt voor (bestuursrechtelijke) regelgeving. Alleen een uitzondering voor TPR ligt niet in de rede. Wel zou in aanvulling op het hiervoor genoemde besluit een notice en comment procedure voorafgaand aan de inbreng van de Nederlandse overheid bij de totstandkoming van een TPR-systeem (voor zover die plaatsvindt) een nuttige aanvulling kunnen vormen.

Als TPR wordt erkend, wordt zowel het erkenningsbesluit als de TPR gepubliceerd in een van de overheid afkomstig medium.[76] Daarna zou de TPR na een bepaalde periode (drie tot vijf jaar) door de commissie moeten worden

74 Cassese e.a. 2012, p. 250. Vgl. Cassese 2004, p. 109 en 133. Ook in de EU hebben overigens (op andere wijze) consultaties plaatsgevonden. Zie Cassese e.a. 2012, p. 250.

75 De bestuursrechter heeft uiteraard geen internationale rechtsmacht en zal daarom in het kader van de in dit preadvies centraal staande legitimiteit en effectiviteit van TPR toetsen hoe deze in de Nederlandse rechtsorde zijn gerealiseerd. Dat neemt niet weg dat in dit verband relevant kan zijn hoe het TPR-systeem (wereldwijde) inspraak heeft geregeld en hoe dit (wereldwijd) wordt gehandhaafd. Vgl. voorts Schuurmans 2015, p. 19 en 20 die in algemene zin betoogt dat in EU-context een procedure tegen (bestuursrechtelijke) regelgeving waarin een regelgever feitelijk verantwoording aflegt over het ontstaan van een regel het huidige Nederlandse systeem zou verbeteren.

76 Alleen bij normen waarop auteursrecht rust (zoals bij sommige standaardisatie (ISO) normen) kan dat lastig zijn. De regeling zou dan moeten voorzien in het behoud van het auteursrecht bij publicatie in een openbare bron. Zie daarover ook Neerhof 2013, p. 173.

geëvalueerd. De erkenning kan vervolgens worden ingetrokken als de private entiteit niet meer aan de erkenningsvoorwaarden voldoet.

2.5.3 *Noodzaak van een wettelijke erkenningsregeling*

Uiteraard kan men vraagtekens zetten bij de wenselijkheid van de hiervoor geschetste wettelijke regeling.[77] Welk (urgent) maatschappelijk probleem wordt opgelost? Kan niet worden volstaan met een aantal metaregels voor TPR in plaats van een dergelijk zwaar opgetuigd mechanisme? Zo is in verband met certificering betoogd dat overheidscontrole nodig is, maar dat als die te zwaar wordt opgetuigd het draagvlak voor certificering kan verminderen.[78] Mijns inziens wordt met de beoogde regeling in de Awb echter een maatschappelijke ontwikkeling geadresseerd die samenhangt met de toenemende globalisering.[79] Naar hiervoor is uiteengezet neemt het aantal verdragen af ten faveure van andersoortige regelsystemen zoals TPR. In de Nederlandse rechtsorde worden wij derhalve geconfronteerd met TPR en de verwachting is dat die alleen maar zal toenemen. Zonder een dergelijke regeling nemen ook de onduidelijkheden toe.[80] Erkenning kan die onduidelijkheden in de Nederlandse rechtsorde wegnemen.[81] Zonder erkenning lijkt bijvoorbeeld niet denkbaar dat deze regels tot rechtsregels kunnen verworden waarnaar in wetgeving wordt verwezen of waaraan bijvoorbeeld een toezichthouder toetst.

Bovendien kan 'erkenning' helpen om in aanbestedingen objectieve criteria te hanteren teneinde de implementatie van bepaalde (erkende) TPR te kunnen eisen om te kunnen meedingen naar een opdracht. Thans is het immers lastig om specifieke TPR te eisen omdat het maken van objectief onderscheid tussen de verschillende TPR niet goed mogelijk is. TPR wordt immers veelal niet op legitimiteit en effectiviteit onderzocht.[82]

Het lijkt verder niet goed denkbaar dat alle specifiek in Nederland spelende belangen voor bepaalde TPR (die naar haar aard een internationaal karakter heeft) ook geheel binnen het systeem van inspraak binnen het TPR-regime zouden kunnen worden geadresseerd.[83] Ook het bekende Nederlandse 'polderen' lijkt, naar hiervoor al aan de orde kwam, minder goed te werken bij toenemende globalisering. Nu, naar hiervoor is uiteengezet, TPR ook negatieve externe

77 Vgl. Van Gestel 2008, p. 153, die destijds meende dat de tijd nog niet rijp was voor een wettelijke regeling voor certificering.

78 Van Gestel 2008, p. 154.

79 Vgl. ook Scheltema 2014b, p. 240 die betoogt dat Nederland ten opzichte van de VS achterligt bij de wijze waarop in de VS (deels met de Notice en Comment procedure) wordt omgegaan met TPR.

80 Vgl. Scheltema 2014b, p. 237 die uiteenzet dat TPR nauwelijks als rechtsregel in de Nederlandse rechtsorde kan gelden.

81 Vgl. Scheltema 2014b, p. 237.

82 Zie bijvoorbeeld Scheltema 2014, p. 280 en 281. Een dergelijke (niet-publieke) analyse is inmiddels wel gemaakt in verband met een aantal labels in de koffiebranche, waaruit thans UTZ Certified, Fair Trade en Rainforest Alliance naar voren zijn gekomen, die ook in aanbestedingen kunnen worden voorgeschreven zonder dat andere labels behoeven te worden geaccepteerd.

83 Vgl. Cassese e.a. 2012, p. 251 en 252.

effecten kan hebben, is van belang om te onderzoeken of die zich inderdaad voordoen en of belanghebbenden in dat verband voldoende inspraak hebben gehad. Dat zal het TPR-regime zelf om allerlei redenen (waaronder de zogenoemde 'regulatory capture', onvoldoende kennis van deze negatieve effecten of de fixatie op het succes van het TPR-systeem zelf zonder dat de effecten voor derden in de gaten worden gehouden) niet altijd goed kunnen doen. Een voorbeeld vormt de Conference of Harmonization of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use (ICH).[84] De ICH is een netwerk van publieke toezichthouders en brancheorganisaties op het terrein van pharmaceutische producten van de VS, de EU en Japan en is erop gericht de technische vereisten voor de registratie van medicijnen te harmoniseren.[85] De regels van de ICH (good clinical practices) geven de mogelijkheid om een trial op te zetten om medicijnen te testen waarbij een controlegroep met placebo's wordt behandeld in plaats van met een bewezen effectieve therapie. Deze trials worden vaak in ontwikkelingslanden uitgevoerd omdat deze daar goedkoper zijn. Dat heeft er echter toe geleid dat patiënten zijn overleden omdat zij met placebo's werden behandeld in plaats van met bewezen effectieve medicijnen. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat indien ook ontwikkelingslanden inspraak zouden hebben gehad in de ICH, de regels omtrent placebo's anders zouden hebben kunnen geluid.[86] Hier blijkt het TPR-systeem (vanwege de herkomst van de daarbij betrokken deelnemers) niet goed in staat om de legitimiteit en effectiviteit zelf te beoordelen (en daarom ook onvoldoende legitiem en effectief te zijn).

Bovendien lijkt het van wezenlijk belang dat wordt vastgesteld dat TPR legitiem en effectief is als de regelgever op bepaalde terreinen (deels) afziet van publieke regulering,[87] hetgeen blijkens de artikelen 7 en 8 van de aanwijzingen voor de regelgeving uitgangspunt is als de markt daartoe zelf in staat is. Een verder belangrijk punt is dat alleen op deze manier (via de openbare voorbereidingsprocedure) ook daadwerkelijk in Nederland inspraak in verband met TPR kan worden georganiseerd. Ik zou het nog iets scherper willen stellen: de overheid zou die inspraak ook moeten faciliteren en activeren teneinde de legitimiteit van TPR te vergroten. In dat verband is verder een (mogelijke) rechterlijke toets van belang. Alleen inspraak zonder rechterlijke toets zou er immers toe kunnen leiden dat wat minder serieus met deze inspraak wordt omgegaan dan wanneer er wel een rechterlijke toets mogelijk is.

Men zou zich voorts kunnen afvragen of, voor zover het certificering betreft, de accreditatie-instellingen niet al de rol van de hiervoor bedoelde (overheids)commissie vervullen. Zij zien immers toe op de (effectiviteit van de) certificering door de certificerende instellingen. Toch is dat een andere vorm van toezicht dan waar de hiervoor bedoelde randvoorwaarden op zien. De accreditatie-instellingen

84 Dit is overigens in zoverre geen TPR dat de daarin opgenomen regels mede zijn bedoeld voor nationale publieke toezichthouders.

85 Zie daarover bijvoorbeeld Berman 2012, p. 469 e.v.

86 Zie ook Pauwelyn, Wessels & Wouters 2012, p. 522.

87 Ik realiseer mij overigens dat die keuze voor nationale private regulering duidelijker gemaakt kan worden nu de Nederlandse wetgever uiteraard niet in staat is om regulering op internationaal niveau tot stand te brengen, hetgeen TPR nu juist wel doet. Het gaat er dus vooral om of in Nederland wetgeving in het leven wordt geroepen naast of in plaats van TPR.

bezien of de controle van de private standaarden op de juiste wijze (volgens het certificeringsprotocol) verloopt, maar die supervisie heeft geen betrekking op de normen/standaarden zelf. Zo wordt in beperkte mate bezien of de standaarden als zodanig voldoen aan de publieke doelen en of zij in zoverre ook effectief zijn. Ook de wijze van totstandkoming van de standaarden en de vraag of deze worden geëvalueerd, wordt in beperkte mate onderzocht door de accreditatie-instelling. Daarnaast kunnen instellingen die TPR certificeren niet in Nederland of de Europese Unie zijn gevestigd, zodat minder duidelijk kan zijn welke regels voor accreditatie gelden.

Het alleen opstellen van metaregels (hetgeen naar ik hiervoor heb uiteengezet ook al is gebeurd) is ook onvoldoende effectief voor zover daaraan niet daadwerkelijk wordt getoetst (hetgeen zeker niet altijd gebeurt) alvorens overheidsmaatregelen in verband met die TPR worden genomen. Daarnaast is een toetsing aan dergelijke regels (als die thans al wel geschiedt) weinig transparant (het is niet altijd duidelijk aan welke regels wordt getoetst en wat de uitkomst van die toetsing is), staat daartegen geen bezwaar of beroep open en worden (aan het TPR-systeem externe) belanghebbenden daarover ook niet gehoord. Dit terwijl TPR zelfs gevolgen kan hebben voor derden (wanneer die bijvoorbeeld deels ter vervanging van of aanvulling op toezicht door een publieke toezichthouder wordt gebruikt). Indien derhalve met metaregels wordt gewerkt en daaraan ook daadwerkelijk wordt getoetst, levert dat een weinig transparant systeem op dat legitimiteit (en effectiviteit) van TPR niet bevordert, terwijl dit een duidelijk minder adequate rechtsbescherming kent.

Een verdere tegenwerping zou kunnen zijn dat beleidsregels en lagere regelgeving ook niet altijd in alle openheid worden voorbereid en daarmee voor TPR een systeem zou worden gecreëerd dat beter is dan voor eigen beleid en regelgeving van overheden geldt. Die constatering roept in mijn visie echter eerder de vraag op of ook daarvoor niet meer transparante (inspraak)procedures zouden moeten worden geschapen in plaats van het laten bestaan van intransparantie, gebrek aan inspraak en onduidelijkheid bij het gebruik van TPR in het kader van de realisering van publieke doelstellingen. De vraag of het vorenstaande ook voor lagere regelgeving voor de hand ligt, zal echter elders moeten worden beantwoord.

2.5.4 *Criteria voor erkenning*

Na de vaststelling van de wenselijkheid van een (wettelijke) erkenningsregeling voor TPR, rijst de vraag aan welke criteria zou moeten worden getoetst.[88] Hiervoor heb ik aangegeven dat deze criteria samenhangen met de effectiviteit en de legitimiteit van TPR. Het zal daarmee zowel gaan om het toetsen van de voorbereiding en de wijze van het betrekken van belanghebbenden in het regelgevings- (en evalutatie)proces als de inhoud en de effecten van TPR. In dat

88 Naar ik hiervoor al aangaf, is het niet zonder meer noodzakelijk dat deze criteria in de wet staan. Denkbaar is dat dit ofwel in lagere regelgeving of in een beleidsregel geschiedt om de benodigde flexibiliteit (eventueel ook om tussen verschillende branches te differentiëren) te behouden. Voorts zou bij wijze van proef eerst op bepaalde (maatschappelijk van groot belang geachte) terreinen kunnen worden begonnen.

verband moet worden bedacht dat de mate en wijze waarop op effectiviteit en legitimiteit moet worden getoetst mede afhangt van de functie van de betreffende TPR. Naar in het eerste hoofdstuk is uiteengezet heeft TPR verschillende functies (van signalering dat bepaalde algemene belangen worden meegenomen tot certificering van private standaarden). Afhankelijk van de wijze waarop de overheid van TPR gebruik wil maken bij het realiseren van doelstellingen van algemeen belang, zal ook de toetsing kunnen verschillen. Het maakt bijvoorbeeld verschil of subsidiëring van TPR wordt overwogen (hetgeen ook denkbaar is bij TPR met alleen een signaalfunctie) of meerdere toezichthouders gebruik willen maken van certificering van TPR in het kader van het door hen uitgeoefende toezicht. In het eerste geval kan de toetsing mijns inziens minder indringend zijn dan in het tweede.

In verband met de criteria voor legitimiteit en effectiviteit vallen verschillende categorieën te onderscheiden. Ik werk deze hier (mede gelet op de beschikbare ruimte) overigens niet in extenso uit en verwijs daarvoor naar eerder werk.[89] De eerste en tweede categorie zijn vooral inhoudelijk en zien op effectiviteit en de derde is meer procedureel van aard en ziet op legitimiteit. Het gaat dan echter niet om legitimiteit in de klassieke zin, maar meer om de voorbereiding en de wijze van het betrekken van belanghebbenden bij TPR.

Effectiviteit; duidelijke doelstelling, handhaafbaarheid, afgrenzing en geschillenbeslechting

De eerste categorie (effectiviteit) ziet op de normen zelf, de kenbaarheid en de handhaving ervan. Zo moet worden bijgedragen aan het algemeen belang, in welk verband TPR ook duidelijke doelstellingen dient te bevatten die een relatie hebben met het algemene belang dat de overheid wil beschermen.[90] In dat verband dient de overheid zich de vraag te stellen met welk doel TPR tot stand is gekomen. Het kan zijn dat TPR alleen bestaande best practices codificeert en ertoe dient om met betrokkenen te bespreken hoe die het best kunnen worden geïmplementeerd.[91] Als die best practices niet aansluiten bij de doelstelling van de overheid, is TPR uiteraard minder geschikt om dat doel te bereiken. Daarbij moet worden bedacht dat TPR vaak beter werkt om marktdeelnemers nieuwe activiteiten te laten ontplooien dan om bestaande activiteiten in te perken. Bij voldoende externe druk (van de markt of publieke toezichthouders) lijkt dat laatste echter wel mogelijk.[92] Verder is van belang of de normen voldoende

89 Scheltema 2014, p. 288 e.v. De criteria zijn in dit preadvies kortheidshalve enigszins beschrijvend uitgewerkt, meer concrete toetsingscriteria zijn te vinden in Scheltema 2014, p. 365-374.

90 Vgl. ook Paiement 2015, p. 197; Vytopil 2014, p. 69. Zo blijkt RSPO, een initiatief op het gebied van duurzame palmolie, bij te dragen aan de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen. Zie Paiement 2015, p. 135. Hij constateert overigens dat dit initiatief beter is geslaagd in het oplossen van nieuwe uitdagingen (vermindering broeikasgassen) dan in het adresseren van (al lang) bestaande problemen. Zie Paiement 2015, p. 146.

91 Paiement geeft het voorbeeld van ISEAL, een metareguleringsorganisatie, die best practices geeft om betere TPR vast te stellen op het gebied van agroproducten. Zie bijvoorbeeld de Iseal code of good practice (version 6.0), te raadplegen op http://www.isealalliance.org/sites/default/files/ISEAL%20Standard%20Setting%20Code%20v6%20Dec%202014.pdf. Zie over ISEAL Paiement 2015, p. 154, 159 en 183.

92 Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 54 en 196. Vgl. specifiek voor MVO initiatieven op het gebied van koffie Sorsa & Kettunen 2015, p. 215.

duidelijk en specifiek (een marktpartij begrijpt waartoe de naleving strekt), naleefbaar (als de regels te ingewikkeld zijn en het borgen van naleving onevenredig veel tijd kost in verhouding tot de relevantie neemt de naleefbaarheid af), kenbaar, handhaafbaar, niet onderling strijdig en niet overmatig zijn.[93] In dat verband is derhalve onder meer van belang dat voldoende specifieke en objectiveerbare private normen bestaan die eenduidig kunnen worden geoperationaliseerd.[94] Ook is de aanwezigheid van voldoende deskundigheid binnen een TPR-organisatie van belang.[95] Daarnaast is relevant of normen regelmatig worden geëvalueerd en worden aangepast, zodat een blijvende verbetering van bijvoorbeeld het niveau van duurzaamheid mogelijk is.[96] Wanneer immers langere tijd aan dezelfde normen wordt vastgehouden, ontstaat het risico dat die onvoldoende zijn ingericht om nieuwe ontwikkelingen te adresseren.

Daarnaast dienen de indicatoren/standaarden/monitoring zoals die in TPR is opgenomen aan te sluiten bij de daadwerkelijk in de sector bestaande risico's waarop TPR ziet. Naarmate de discrepantie daartussen groter is, neemt de effectiviteit af.[97] Daarnaast is van belang hoe binnen TPR wordt omgegaan met nog niet bekende risico's.[98] Hier lijkt vooral van belang te zijn hoe de cultuur binnen de aangesloten partijen is en in hoeverre de TPR is gericht op doorlopende verbetering, monitoring en evaluatie. In dat verband kan het helpen om trainingen/congressen te organiseren met de gereguleerden om problemen en successen te bespreken.[99] Daarnaast moet TPR op de goede aspecten sturen.[100] Ten slotte moet er op worden gelet dat TPR niet te veel aandacht geeft aan koplopers in een bepaalde markt in plaats van aan minder goed presterende partijen die daarbij eveneens zijn aangesloten.

In verband met handhaafbaarheid is relevant of TPR ook daadwerkelijk kan worden afgedwongen, dat wil zeggen dat de private autoriteit afdwingmacht heeft en ook daadwerkelijk effectief optreedt, alsmede dat voldoende afschrikwekkende sancties bestaan (in gevallen waarin TPR beoogt om bepaalde normen te implementeren en te sanctioneren).[101] In dat verband moet worden bedacht dat Nederlandse publieke toezichthouders in het algemeen niet de bevoegdheid hebben om op internationaal niveau (te controleren en) te sanctioneren en daarmee private

93 Zie ook in het kader van publiek toezicht De Bree 2013, p. 21 en 43. Dergelijke eisen van duidelijkheid en transparantie vloeien ook uit het EVRM voort. Handhaafbaarheid speelt uiteraard alleen een rol indien TPR daar ook op is gericht. Dat geldt bijvoorbeeld niet voor TPR met een loutere signaalfunctie.

94 Helderman & Honingh 2009, p. 10 en 12.

95 Zie voor bestaande MVO-initiatieven Scheltema 2014, p. 318-341 en p. 371-375 waarin de criteria van de tweede categorie verder worden uitgewerkt.

96 Zie ook Paiement 2015, p. 43.

97 Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 12.

98 Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 78.

99 De overheid zou dat overigens ook kunnen stimuleren of daar zelfs in kunnen participeren.

100 In dat verband hebben overigens alle performance indicatoren hun voor- en nadelen en is uiteindelijk belangrijk dat aangesloten partijen ook daadwerkelijk doen wat zij (formeel) op grond van de TPR beloven.

101 Soms kan de feitelijk bindende kracht van die normen groot zijn als TPR breed wordt gedragen en soms minder wanneer zij slechts het begin van een ontwikkeling markeert. Vgl. voor nationale private regulering Asser/Vranken***, nr. 87.

sancties effectiever kunnen zijn. Zo geeft het naleven van TPR op het gebied van duurzaamheid, arbeidsomstandigheden en mensenrechten in een aantal gevallen het recht om op een product een bepaald (eco)label te voeren. Voorbeelden zijn UTZ Certified, Fairtrade en Rainforest Alliance. Een dergelijk ecolabel is een merkrecht en indien niet meer aan de normen voor certificering wordt voldaan, vervalt het recht om dit merk nog (langer) te voeren. Wanneer dat toch gebeurt, kan door middel van de internationaal goed geregelde vorderingen gebaseerd op inbreuk op het merkrecht in bijna alle landen op de wereld worden geageerd.[102] Daarmee beschikt de private toezichthouder in internationaal verband in ieder geval in theorie over effectievere afdwangmacht dan een nationale toezichthouder.[103] Minder handhaafbaar is echter TPR die voorschrijft (zoals regelmatig gebeurt) dat alle nationale regels in de landen waarin men actief is in acht moeten worden genomen. Uitgangspunt is immers dat dit ook geldt als TPR dit niet zou bepalen. Belangrijker is echter dat in een aantal gevallen niet duidelijk is wat de nationale regels precies zijn en hoe en wanneer die worden afgedwongen. Bovendien is het (zelfs in Nederland) vaak lastig om vast te stellen of aan alle voorschriften wordt voldaan. Voor een wat grotere onderneming kunnen dat al snel meer dan 1.000 verschillende wettelijke regelingen en voorschriften zijn. Het is daarmee beter dat TPR zich beperkt tot het stellen van specifieke normen op het terrein waarvoor zij geldt (voor zover zij een normstellend karakter heeft). Voor zover binnen TPR onderzoek wordt gedaan naar nog niet bekende risico's ligt private sanctionering als die risico's inderdaad worden gevonden minder voor de hand als vervolgens adequate maatregelen worden genomen om die risico's in te dammen.[104] Wel zou TPR moeten eisen dat degenen die de TPR hebben geïmplementeerd bij het beginnen met nieuwe activiteiten adequaat onderzoek doen naar de daaraan verbonden risico's.[105] Als de wijze waarop TPR (privaat) wordt gehandhaafd en de problemen die zich daarbij voordoen transparant is, kunnen bovendien niet alleen aangesloten marktpartijen maar ook anderen, waaronder de overheid, leren van problemen die optreden in een bepaalde markt en over mogelijke verbeteringen.

---

102 Zie daarover verder Scheltema 2014, p. 330. In Australië kunnen ecolabels (zoals Fair Trade en FSC) worden geregistreerd als een collective mark, waarbij een publieke entiteit controleert of de private standaarden voldoen aan de door deze publieke entiteit gestelde (milieu)eisen. Zie Gandara 2013, p. 215 en 216.

103 Uiteraard dient de private toezichthouder dan wel over voldoende financiële middelen te beschikken om een dergelijke internationale actie op touw te zetten. Vergelijk verder voor (in contracten ingebedde) gedragscodes op het terrein van MVO Vytopil 2014, p. 82.

104 Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 81.

105 Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 83. In dat verband is van belang dat het lerend effect van publieke systemen niet per se beter is dan dat van TPR. Dat hangt onder meer af van de uitvoering van het systeem en de deelnemers. Zo zal een intrinsiek gemotiveerde deelnemer in TPR vaak meer geneigd zijn door dat private systeem voorgeschreven verbeteringen door te voeren (nu dat meer wordt gezien als een eigen prestatie waarmee men zich in een aantal gevallen ook kan onderscheiden in de markt) dan een verbetering die onder dreiging van een last onder dwangsom wordt afgedwongen (en waarmee men zich niet in positieve zin kan onderscheiden). Vgl. voor het nut van private initiatieven bij (het inperken van nog niet bekende risico's van) nanotechnologie De Jong 2014, p. 234 en 241.

Daarnaast is van belang dat duidelijk wordt gemaakt hoe de TPR zich verhoudt tot nationale normen (bijvoorbeeld als die strenger zijn of juist niet) en tot andere TPR waarmee een conflict zou kunnen ontstaan. Naarmate TPR beter aansluit bij nationale normen, gebruiken en situaties, des te hoger zal de acceptatiegraad bij mogelijke gebruikers zijn.[106] In dat verband is echter een probleem dat niet in alle landen even duidelijk is welke normen gelden of de in TPR vastgelegde normen op nationaal niveau overbodig worden geacht.[107] Op internationaal terrein kan voorts een probleem zijn dat voor TPR op een bepaald terrein niet duidelijk is afgebakend wie wat regelt. Dan bestaat het risico dat er veel regels op hetzelfde terrein tot stand worden gebracht en onduidelijk is welke gelden.[108] Er moeten dan tussen TPR-systemen afspraken worden of zijn gemaakt over de vraag welke TPR in welke gevallen voorgaat dan wel wie daarvoor een systematiek gaat ontwikkelen. Een andere oplossing is dat er in TPR zelf duidelijke conflictregels staan.[109]

Voorts is relevant of de geschillenbeslechting (zowel voor geschillen over toetreding tot de TPR, tussen deelnemers aan het systeem onderling als voor externe partijen) op een adequate wijze is geregeld.[110] Ik werk dat hier (mede vanwege de beschikbare ruimte) niet verder uit maar verwijs daarvoor naar eerder werk.[111] Wel is interessant dat deze geschillenbeslechting en klachtenmechanismen ook relevant kunnen zijn voor adequate handhaving binnen TPR-systemen. In dat verband kan TPR bijvoorbeeld door eigen monitoring en met behulp van klachtenprotocollen en -procedures nakoming bevorderen en niet-naleving waar nodig sanctioneren.[112] Het gaat daarbij overigens niet alleen om de sanctionering, maar ook om het leren van afwijkingen in die zin dat maatregelen worden genomen om niet-naleving in de toekomst te voorkomen.[113] Wel zal ik in hoofdstuk 4 nog ingaan op de betekenis die beslissingen van private geschilbeslechters hebben voor de bestuursrechter.

Effectiviteit; financiële aspecten en mededinging

De tweede categorie van criteria waaraan effectiviteit van TPR kan worden getoetst, ziet op de kosten voor de gereguleerden (en voor de overheid, maar de

106 Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 42, 43, 121 en 122.

107 Zie bijvoorbeeld voor de onduidelijkheden in Indonesië over de vraag wie eigenaar is van gronden Paiement 2015, p. 141-143 en p. 149 en over de overbodigheid van normen Paiement 2015, p. 210.

108 Vgl. voor nationale private regulering Asser/Vranken***, nr. 93.

109 Vgl. Senden e.a. 2015, p. 41.

110 In dat verband kan ook inspiratie worden ontleend aan de bepalingen over klachten in hoofdstuk 9 van de Awb. Bijvoorbeeld de AFM toetst of dat binnen een financiële instelling het geval is. Zie daarover Helderman & Honingh 2009, p. 84. Wanneer een privaat handhavingssysteem onvoldoende effectief is, zou bijvoorbeeld een publieke toezichthouder wellicht kunnen en moeten ingrijpen. Zie in dat verband ABRvS 11 maart 2015, AB 2015, 375, m.nt. Kortmann & Klijsen, waarin aan de orde was of een publieke toezichthouder dient in te grijpen als compensatie (voor vertraagde vluchten) in individueel geval privaatrechtelijk niet voldoende is gewaardborgd. De Afdeling heeft daaromtrent een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie van de EU.

111 Bijvoorbeeld Scheltema 2014, p. 331-339. Zo bestaan in de reclame private geschilbeslechtingsorganen die klachten behandelen. Zie daarover Verbruggen 2014a, p. 234.

112 Vgl. De Bree 2013, p. 50; Giesen 2007, p. 138.

113 De Bree 2013, p. 49.

ratio van zelfregulering moet niet alleen zijn gebaseerd op kostenbesparing voor de overheid), op de kwestie of er voldoende vraag uit de markt bestaat die de TPR kan bevorderen, op welke wijze een markt functioneert en of die, daarvan uitgaande, geschikt is voor TPR, alsmede op mogelijke negatieve externe effecten als marktverstoring bijvoorbeeld vanwege beperking van de mededinging en consequenties voor het milieu, mensenrechten of arbeidsomstandigheden.[114]

Consequenties op het terrein van de mededinging zijn door het transnationale karakter van TPR op Unieniveau wellicht zelfs eerder aan de orde dan voor nationale zelf- en coregulering geldt. Zo kan TPR in een bepaalde markt de facto de standaard worden (omdat buitenlandse partijen, zoals investeerders, eisen dat deze TPR wordt geïmplementeerd) en partijen die daar niet aan deelnemen uitsluiten.[115] Het HvJ EU heeft in een aantal gevallen in verband met het vorenstaande op het algemeen belang gebaseerde uitzonderingen aanvaard op de regel dat private afspraken het mededingingsrecht niet mogen beperken (behoudens de in art. 101 lid 3 VWEU genoemde uitzonderingen), bijvoorbeeld bij cao's en het verbieden van samenwerking van advocaten en accountants (nodig voor goede uitoefening van het beroep) die toepassing van het mededingingsrechtelijke kader kan overrulen.[116] Er moet blijkens deze jurisprudentie dus in concreto worden nagegaan in hoeverre het private systeem, hoewel onverenigbaar met mededingingsrechtelijke regels, tegemoet komt aan een reëel maatschappelijk belang.[117] Er wordt dan eerst getoetst of de TPR onverenigbaar is met het mededingingsrecht en indien dat het geval is, moet een maatschappelijke toets worden uitgevoerd. Indien sprake is van een voldoende publiek gelegitimeerd belang dat voldoende precies is omschreven, dan kan dit een uitzondering rechtvaardigen als de mededingingsbeperking proportioneel is en geen minder vergaande maatregelen kunnen worden getroffen om hetzelfde doel te bereiken.[118] Ook kan TPR in strijd komen met de Unierechtelijke vrijverkeerbepalingen. Zo mag TPR die certificering verplicht stelt, niet de eis stellen dat een instelling die de in de TPR vastgelegde standaarden certificeert in de lidstaat is gevestigd waarin deze controleert.[119]

Eenzelfde benadering treft men aan in arbitrale beslissingen in verband met investeringsverdragen. Daarin is vaak de mogelijkheid van een gastland beperkt om regelgeving te wijzigen ten nadele van een investeerder uit het land waarmee

---

114 Zie voor bestaande MVO-initiatieven Scheltema 2014, p. 341-362 en p. 371-375 waarin deze criteria verder worden uitgewerkt.

115 Vgl. voor FSC in de VS Paiement 2015, p. 113.

116 Mulder 2015, p. 1917 en 1918.

117 Mulder 2015, p. 1919.

118 Vgl. Ankersmit 2015; Ankersmit 2015a, p. 950; Kneepkens 2014, p. 28 e.v.; Mulder 2015, p. 1919; Pijnacker Hordijk 2013, p. 187-192. Daarnaast kan het probleem spelen dat misbruik wordt gemaakt van machtspositie in de zin van art. 102 VWEU door de TPR-organisatie of een van de bij haar aangeslotenen. Zo heeft het Hof van Justitie EU bepaald dat dit het geval kan zijn als voor een (TPR) standaard een octrooi essentieel is en de houder van dit octrooi selectief licenties op dit octrooi verleent. Geen sprake van misbruik is er echter als deze houder licenties verleent onder eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden (de zogenoemde FRAND-voorwaarden). Zie HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-170/13 (*Huawei/ZTE*).

119 Zie in verband met een wettelijke regeling waarin die eis werd gesteld bijvoorbeeld HvJ EU 16 juni 2015, zaak C-593/13 (*Rina Services e.a.*), *AB* 2015/263, m.nt. Botman.

het verdrag is gesloten. Sommige (nieuwere) verdragen bevatten inmiddels dan wel in de preambule dan wel in de verdragsbepalingen zelf uitzonderingen waarin mogelijkheden worden geschapen voor wijziging als daarmee een relevant en voldoende precies omschreven maatschappelijk belang (bijvoorbeeld mensenrechten, milieu en dergelijke) wordt gediend en aan het proportionaliteitsvereiste wordt voldaan.[120] Zonder dergelijke bepalingen hebben arbitrale tribunalen echter terughoudendheid aan de dag gelegd om uitzonderingsmogelijkheden te aanvaarden.[121] Nu niet ondenkbaar is dat ook TPR als een vorm van regulering kan gelden waarop investeringsverdragen kunnen zien, zeker als daarnaar in wetgeving wordt verwezen,[122] is het mijns inziens verstandig om de hiervoor genoemde in GATT, het mededingingsrecht of investeringsverdragen gelegen beperkingen op de hiervoor geschetste manier te benaderen, teneinde TPR op het gebied van maatschappelijk wenselijk geachte ontwikkelingen (bijvoorbeeld mensenrechten, milieu en arbeidsverhoudingen) te faciliteren. Indien derhalve een duidelijk en publiek gelegitimeerd maatschappelijk doel wordt nagestreefd, TPR proportioneel is en geen andere minder vergaande mogelijkheden bestaan om dit doel te bereiken, is een beperking in beginsel toelaatbaar.[123] Het proportionaliteitsvereiste brengt wel mee dat TPR ook effectief moet zijn om de zojuist bedoelde maatschappelijke doelstelling te bereiken. Indien dat niet het geval is, zal geen uitzondering kunnen worden aanvaard op bijvoorbeeld mededingingsrechtelijke beperkingen.

Indien de toegang tot een markt derhalve de facto wordt beperkt door TPR en bijvoorbeeld een toezichthouder daarop deels vertrouwt, terwijl een dergelijk systeem uit proportionalieitsperspectief nog wel toelaatbaar is, moeten binnen dit private systeem wel beroepsmogelijkheden bestaan om op te komen tegen weigering om te worden toegelaten. Het rekening houden met de mededingingsrechtelijke aspecten van TPR is overigens lastig als de betreffende Nederlandse toezichthouder zich dat niet realiseert en bijvoorbeeld de ACM daar niet bij betrokken is. Een institutionele borging, zoals die hiervoor is geschetst binnen de Nederlandse rechtsorde, is in dat verband dus verstandig.

Een verder financieel criterium is dat de TPR-organisatie transparant is over de herkomst van de financiering van het private systeem. Die financiering moet bovendien adequaat zijn om de beoogde doelen te kunnen realiseren.[124] Voorts is van belang dat de spreiding van (financiële) risico's op een evenwichtige manier plaatsvindt tussen de bij de TPR betrokkenen.

---

120 Spears 2013, p. 1059-1071.

121 Okpe 2014, p. 252-260; Spears 2013, p. 1045-1048. Spears betoogt echter dat de tribunalen een grotere interpretatievrijheid zouden moeten nemen. Er zou moeten worden getoetst of de maatregel niet de facto een onteigening behelst, of sprake is van een 'fair and equitable treatment' en of de genomen maatregel non-discriminatoir is. Zie Spears 2013, p. 1049-1059.

122 Zie bijvoorbeeld Bottini & Scheltema 2015, p. 473-475.

123 Dat geldt in beginsel zowel naar Europees als nationaal mededingingsrecht.

124 Dit om te voorkomen dat de nadruk te veel komt te liggen op het verdienmodel in plaats van de door de wetgever voorgestane doelen. Zie voor duurzaamheidsinitiatieven ook Paiement 2015, p. 37 en 38.

Legitimiteit; voorbereiding en betrekken van belanghebbenden

De volgende categorie van criteria waaraan TPR moet worden getoetst, ziet op de legitimiteit van TPR[125] binnen de kring van bij deze TPR betrokkenen en degenen die daardoor worden geraakt. Dit aspect betreft met name de voorbereiding en de wijze van het betrekken van in- en externe belanghebbenden, in verband waarmee de organisatiegraad en het draagvlak binnen een bepaalde (private) kring van belang zijn.[126] Verder dient er voor te worden gezorgd dat de deelnemers in het TPR-systeem en degenen die daardoor worden geraakt zo veel mogelijk bij evaluaties worden betrokken en ook op de hoogte worden gehouden van veranderingen.[127]

In verband met het vorenstaande is de governancestructuur van TPR relevant.[128] Zo moeten alle bij een initiatief betrokkenen (in- en extern) de mogelijkheid hebben om hun inzichten kenbaar te maken.[129] Daarnaast is van belang dat (extern) verantwoording wordt afgelegd over en inspraak bestaat in het functioneren en de gevolgen van de TPR, bijvoorbeeld in een algemene vergadering van betrokkenen of op basis van externe verslaglegging. Externe verslaglegging is met name noodzakelijk als TPR ook gevolgen heeft voor derden.[130] Er moet in dat verband tevens duidelijk zijn wie voor de verslaglegging dient te zorgen, voor welke activiteiten en met welke middelen.[131] Het lijkt zelfs niet ondenkbaar de in de Wob vastgelegde beginselen van openbaarheid analoog te gebruiken voor TPR voor zover die (deels) wetgeving vervangt of ondersteunt, dan wel handhaving ondersteunt. Hoewel denkbaar is dat alleen intern verantwoording wordt afgelegd over het vaststellen van normen, terwijl bij handhaving extern (bijvoorbeeld aan een overheidsorgaan of andere private partijen) verantwoording wordt afgelegd, lijkt het in verband met legitimiteit beter dat ook het regelgevingsproces aan een externe consultatie wordt onderworpen.[132] Denkbaar is overigens dat een

125 Verbruggen betoogt dat deze mede volgt uit de vrijheid van vereniging nu die de mogelijkheid voor het stellen van private regels binnen een vereniging meebrengt en dergelijke regels legitimeert, zolang deze niet in strijd komen met de wet of andere fundamentele rechten. Zie Verbruggen 2014a, p. 241. Dat zegt mijns inziens echter weinig over de wijze waarop belanghebbenden daadwerkelijk in het regelgevingsproces worden betrokken.

126 Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 12. Zie voor bestaande MVO-initiatieven Scheltema 2014, p. 300-312, p. 362-365 en p. 371-375 waarin deze criteria verder worden uitgewerkt.

127 Vgl. De Bree 2013, p. 48.

128 In dat verband moet een balans worden gevonden tussen representatie van alle betrokkenen en een effectief besluitvormingssysteem dat niet wordt verlamd door tegengestelde opvattingen van verschillende belanghebbenden. Zie ook Scheltema 2014, p. 310 en 311. Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 41 en 42.

129 Zie voor RSPO waarin een hoge participatiegraad bestaat van grote marktpartijen maar minder voor kleine Paiement 2015, p. 136, 137, 146 en 147, hetgeen ertoe heeft geleid dat hieraan vooral grote ondernemingen meedoen.

130 Zie ook Verbruggen 2014a, p. 228-231. Vgl. Paiement 2015, p. 41 en 209.

131 Bij TPR is het in de praktijk vaak lastig om te zien wie waarvoor verantwoordelijk is, zeker als het maken van de regels en de handhaving ervan door verschillende actoren en op verschillende plaatsen plaatsvinden. Ook transparantie is daarom geen sinecure. Zie Verbruggen 2014a, p. 232.

132 Interne besluitvorming is voor derden immers vaak lastig te achterhalen. Vgl. ook Verbruggen 2014a, p. 231 en 240. Het vaststellen wie aan de consultatie kunnen deelnemen en hoe dat dient te geschieden is overigens bij TPR geen sinecure. Zie daarover bijvoorbeeld Scheltema 2014, p. 308-310.

overheidsorgaan die consultatie faciliteert. Zo heeft de Europese Commissie discussieforums georganiseerd met belanghebbenden over private regulering in verband met reclame, met een terugrapporteerverplichting ten aanzien van de in de TPR voorgestelde verbeteringen.[133]

Onderlinge samenhang criteria

Van belang is voorts dat de hiervoor beschreven categorieën van criteria in onderlinge samenhang worden beschouwd. Het kan immers zijn dat TPR op ruime schaal inspraak van belanghebbenden heeft georganiseerd, maar door het trage besluitvormingsproces qua aanpassing van de normen aan nieuwe ontwikkelingen en qua handhaving minder goed presteert. Die plus- en minpunten zullen dus tegen elkaar moeten worden afgewogen.[134]

2.5.5 *Gevolg van erkenning*

Erkenning heeft tot gevolg dat de overheid maatregelen kan nemen in verband met de bedoelde TPR, zoals het verlenen van subsidies, het in verband met aanbestedingen stellen van eisen ten aanzien van de implementatie van TPR en het verwijzen ernaar in wettelijke regelingen (het voldoen aan TPR levert bijvoorbeeld een vermoeden op dat conform bepaalde publieke regelgeving wordt gehandeld of dat aan een wettelijke due diligence verplichting is voldaan).

Erkenning brengt verder mee dat de overheid TPR kan stimuleren. In dat verband moet worden bedacht dat dit stimuleren zeker niet alleen bestaat uit het in regelgeving naar TPR verwijzen of het in de wet opnemen van fiscale voordelen bij het implementeren van TPR. Het gaat daarmee dus niet enkel om een rol voor de wetgever. Ook andere maatregelen zijn denkbaar, zoals het aanmoedigen van TPR in aanbestedingen[135] of het subsidiëren van TPR zelf of diensten of investeringen die volgens in TPR vastgelegde regels tot stand zijn gekomen. Daarnaast kan de overheid ook zonder subsidies aangeven dat zij TPR belangrijk acht, zoals nu gebeurt bij het stimuleren en faciliteren van convenanten tussen ondernemingen in bepaalde risicosectoren[136] zoals de kledingbranche.

Veelal begint het stimuleren van TPR door de overheid - na een periode waarin ondernemers zelf in een nichemarkt TPR hebben opgebouwd - bij het verlenen

133 Verbruggen 2014a, p. 239.

134 Zie voor een dergelijke geïntegreerde benadering Scheltema 2014, p. 365-374. Zie voor een analyse aan de hand van dat raamwerk van twee MVO-initiatieven (UTZ certified en FSC) Scheltema 2014a, p. 134-156.

135 In dat verband is overigens van groot belang dat objectief kan worden bepaald waarom bepaalde (voorgeschreven) TPR beter is dan andere. Daarvoor zal de effectiviteit (en legitimiteit) ervan moeten kunnen worden bepaald. Dat is bijvoorbeeld gebeurd bij initiatieven op het gebied van koffie en chocola, waar thans drie initiatieven als even effectief worden aangemerkt: UTZ Certified, Fairtrade en Rainforest Alliance. Een aanbestedende dienst kan daarom eisen dat een van die drie keurmerken wordt gevoerd. Ze kan echter niet alleen om bijvoorbeeld Fairtrade vragen.

136 Het gaat dan vooral om risicosectoren in verband met mensenrechten en arbeidsomstandigheden. In de kledingbranche is dit convenant inmiddels tot stand gekomen. Zie http://modint.nl/2015-09-03/wp-content/uploads/2016/03/convenant-duurzame-kleding-textiel.pdf.

van subsidies of het anderszins aanmoedigen daarvan, dan volgt vaak het stellen van eisen ten aanzien van de implementatie van TPR in aanbestedingen, het opbouwen van kennisnetwerken en het bevorderen van transparantie. Pas daarna, als de TPR meer mainstream is geworden, volgt veelal verwijzing daarnaar in regelgeving en fiscale maatregelen.[137] Voor zover TPR onderdeel uit gaat maken van publieke regelgeving, kan, naar hiervoor aan de orde kwam, ook sprake zijn van het in samenwerking maken van regels en het in latere stadia samenwerken bij de implementatie, monitoring en handhaving van TPR.[138] Deze laatste stappen zijn overigens bij lang niet alle TPR aan de orde. TPR kan immers vele verschillende functies hebben, waaronder een signaalfunctie.[139] In het laatste geval lijkt overheidsstimulering vooral te kunnen bestaan uit het subsidiëren of anderszins aanmoedigen van TPR (bijvoorbeeld door het beschikbaar stellen van kennis of bepaalde infrastructuur).

De vraag kan vervolgens rijzen of erkenning tevens betekent dat de wetgever op het terrein waar TPR geldt niet meer mag reguleren (behoudens wellicht verwijzing naar die TPR in wetgeving).[140] Dat is mijns inziens niet het geval. Het kan immers zijn dat de TPR slechts is geïmplementeerd door een gedeelte van de markt (bijvoorbeeld de voorloperbedrijven op het gebied van duurzaamheid, arbeidsomstandigheden of mensenrechten), en een deel van de markt onder de voor de overheid acceptabele grens zakt (bijvoorbeeld free riders). Dan is denkbaar dat de overheid regulering invoert voor het gedeelte van de markt (dat de TPR niet heeft geïmplementeerd) dat onder de voor de overheid acceptabele grens zakt. Het vorenstaande neemt niet weg dat de overheid zich dient te realiseren dat de TPR bestaat en zich ook moet afvragen welke invloed publieke regulering op (erkende) TPR heeft. Zo heeft de Europese Unie regelgeving op het terrein van biobrandstoffen afgekondigd die bedoeld was om certificering op dat terrein te ondersteunen.[141] Voor de bedoelde regelgeving waren op die markt een aantal certificeerders actief die hoge eisen stelden aan biobrandstofproducenten (bijvoorbeeld op het terrein van biodiversiteit, verdringing van de productie voor voedingsmiddelen en het milieu). Na invoering van de regelgeving kwamen er (goedkopere) certificeringsinitiatieven op de markt die lagere eisen stelden (maar nog net wel voldeden aan de wettelijke minimumnormen). Daarom werden ook de bij die initiatieven behorende certificerende instellingen toegelaten. Daardoor werd de oorspronkelijk wenselijk geachte TPR door de bedoelde regelgeving niet gestimuleerd, maar juist gehinderd. Een ander (Europees) voorbeeld betreft de

137 Zie voor supply chain initiatieven op het gebied van duurzaamheid het schema van Van Oorschot e.a. 2014, p. 63 en 75. Zie specifiek voor de ontwikkeling van (internationale) certificering van koffie op MVO criteria Sorsa & Kettunen 2015, p. 212-214. Voor de ontwikkeling van TPR op het gebied van MVO lijkt marktvraag (van consumenten) naar en bekendheid van de labels van groot belang, zij het dat dit in de koffiebranche wellicht genuanceerder ligt. Zie Sorsa & Kettunen 2015, p. 215 en 216.

138 Zie ook Senden e.a. 2015, p. 35-39.

139 Zie hiervoor onder 1.2.

140 Verbruggen noemt een voorbeeld van de wetgever in de UK die uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van de mogelijkheid om een bepaalde markt waar TPR geldt te reguleren. Zie Verbruggen 2014a, p. 238.

141 Zie over deze certificering https://ec.europa.eu/energy/en/topics/renewable-energy/biofuels/voluntary-schemes en voorts bijvoorbeeld Paiement 2015, p. 4 en 129.

Europese houtverordening die illegale houtkap tracht tegen te gaan.[142] Deze regelgeving implementeert een due diligence verplichting om te voorkomen dat illegaal gekapt hout in de EU wordt geïmporteerd.[143] Hoewel TPR voor duurzaam hout (bijvoorbeeld FSC) hierin een rol kan spelen, blijkt dit door deze Unieregelgeving niet te worden gestimuleerd omdat FSC-certificering kostbaar is en het aantonen van de legale herkomst op goedkopere wijzen kan geschieden. Dit heeft sommige voorheen FSC-gecertificeerde bedrijven ertoe gebracht om thans hun toevlucht te nemen tot deze goedkopere initiatieven nu zij daarmee nog steeds voldoen aan de Unierechtelijke regelgeving. Dat wordt door de markt als toereikend ervaren nu legale houtkap ten onrechte wordt geassocieerd met duurzaamheid. Voorzichtigheid is derhalve geboden. Anderzijds dient de wetgever zich in gevallen van erkenning te realiseren dat het niet verstandig is om de TPR in publieke regulering te dupliceren. Indien erkenning plaatsvindt, is uitgangspunt dat dezelfde materie niet nogmaals in publieke regulering wordt geregeld (met name indien TPR de marktstandaard is).

Daarnaast zou de wetgever een rol kunnen spelen indien meerdere voor mogelijke erkenning in aanmerking komende TPR-systemen op een bepaald terrein bestaan en deze systemen zelf niet duidelijk maken hoe zij zich tot elkaar verhouden en welke systemen in welke gevallen voorgaan indien zij conflicteren.[144] Een groot aantal TPR-systemen op een bepaalde markt zonder dat hun onderlinge verhouding goed is geregeld, beperkt, naar hiervoor is uiteengezet, hun effectiviteit.[145] Een vereiste voor erkenning zou in dat geval kunnen zijn dat daarover tussen de systemen meer duidelijkheid wordt geschapen.

Het weigeren van erkenning brengt echter niet zonder meer mee dat TPR in de Nederlandse rechtsorde ontoelaatbaar zou zijn.[146] Dat kan anders worden als dit bijvoorbeeld een mededingingsverstorend effect heeft of in strijd is met de openbare orde of andere zwaarwegende maatschappelijke belangen. In een aantal gevallen kan TPR echter door private partijen worden gebruikt (bijvoorbeeld bij beoogde harmonisering waar de overheid neutraal tegenover staat), maar zal de overheid in beginsel geen maatregelen nemen die deze TPR stimuleert of anderszins verankert in publieke regulering. In bijzondere omstandigheden kan daarop een uitzondering worden aanvaard. Zo is denkbaar dat TPR niet aan de hierna te bespreken toetsingscriteria voldoet, maar desalniettemin een maatschappelijk belang (zoals de verbetering van de arbeidsomstandigheden of mensenrechten in een ander land) dient. De Nederlandse overheid zou dan kunnen besluiten deze TPR toch (in de vorm van kennisontwikkeling, infrastructuur en eventueel subsidies) te ondersteunen, maar dan zal mijns inziens uitgangspunt moeten zijn

142 Verordening (EU) nr. 995/2010.

143 Met name art. 4 lid 3 van de verordening. Certificering (die aan de eisen als bedoeld in art. 4 Verordening (EU) nr. 607/2012 voldoet) door een certificeerder (die is geaccrediteerd conform Verordening (EU) nr. 363/2012) wordt als een expliciete mogelijkheid genoemd om aan dit vereiste te voldoen. Zie daarover ook Tubbing 2013, p. 331, 332, 334 en 335.

144 Vgl. voor nationale private regulering Asser/Vranken***, nr. 93.

145 Bijvoorbeeld Scheltema 2014, p. 292; Scheltema 2014a, p. 137.

146 Anders dan in sommige gevallen in de VK aan de orde is, bestaat er derhalve niet zonder meer een vetorecht. Zie voor de situatie in het VK Verbruggen 2014a, p. 240.

dat dit ertoe leidt dat TPR op termijn (controleerbaar) wel aan die criteria gaat voldoen. In zoverre zou de regeling een ontwikkelingsuitzondering kunnen bevatten. Of een dergelijke ondersteuningsmogelijkheid bestaat, hangt overigens wel af van de redenen waarom erkenning is geweigerd. Als een dergelijk initiatief bijvoorbeeld leidt tot een ontoelaatbare marktverstoring, is ondersteuning moeilijk denkbaar behoudens voor zover het gaat om kennisoverdracht om die verstoring zo spoedig mogelijk op te heffen.

3 Publieke toezichthouders en TPR

3.1 Inleiding

TPR (onder meer als deze gebruikmaakt van certificering) wordt gebruikt als een vervanging/alternatief voor (een deel van) het door bestuursorganen gehouden toezicht.[1] Onder meer in verband met de voedselveiligheid is dat gebeurd.[2] TPR kan voor een nationale publieke toezichthouder interessant zijn als hij zelf onvoldoende (internationaal) kan handhaven, onvoldoende deskundig is of wanneer op een bepaald terrein voor publiek toezicht onvoldoende aandacht, middelen of wettelijke grondslag bestaat.[3] Daarnaast zijn nog (vele) andere redenen denkbaar waarom TPR interessant kan zijn voor een publieke toezichthouder, zoals de mogelijkheid om te besparen op de kosten van publiek toezicht en het gegeven dat TPR kan leiden tot meer intrinsieke motivatie van marktdeelnemers om (publieke) normen na te leven. In verband met toezicht rijst de vraag wanneer TPR publiek toezicht (deels) kan vervangen of ondersteunen en in welke mate een publieke toezichthouder daadwerkelijk kan of mag controleren of TPR voldoet aan de door de publieke toezichthouder in het algemeen belang gestelde eisen voor toezicht. In dit verband is vooral normstellende en door private entiteiten gehandhaafde TPR van belang. Andere vormen van TPR, die bijvoorbeeld een signaalfunctie hebben, zijn in dat verband minder relevant.[4]

3.2 (Nationale) private systemen en publiek toezicht

Private regulering kan in het kader van toezicht van belang zijn omdat het onderdeel uitmaakt van zogenoemd systeemtoezicht dat inmiddels op vele terreinen wordt gebruikt. Het wordt door toezichthouders als een onmisbaar onderdeel van het publieke toezicht beschouwd omdat zij zich realiseren dat het traditionele ('command and control') toezicht onvoldoende is om (steeds) adequaat publiek

1 Ik versta het begrip (publiek) 'toezicht' hier in ruime zin. Het omvat het concretiseren/invullen van (open) normen in (publieke) wet- en regelgeving (al dan niet door middel van beleidsregels), de controle op de naleving van (publieke) wet- en regelgeving en de sanctionering van eventuele overtredingen daarvan. In dit hoofdstuk wordt overigens niet ingegaan op het gebruik maken van private entiteiten om enkel de naleving van publieke regels te controleren (en dus niet in het kader van de controle op de naleving van TPR). Zie over (de vereisten voor) de enkele controle van publieke regelgeving door private entiteiten bijvoorbeeld CRvB 2 december 2014, AB 2016/77 m.nt. Bröring.

2 Zie over voedselveiligheid bijvoorbeeld Fagotto 2015, p. 135-162; Verbruggen 2014, p. 175-184.

3 Vgl. Eijlander 2008, p. 607-615.

4 Dat neemt niet weg dat dergelijke TPR een rol kan spelen in verband met het intrinsiek motiveren van marktdeelnemers.

toezicht te houden. Veel toezichthouders zoeken in het kader van het publieke toezicht dan ook de samenwerking met private partijen. Het lijkt zo te zijn dat zij systeemtoezicht vrijwel altijd zinvol achten en te verkiezen boven puur klassiek overheidstoezicht.[5]

Systeemtoezicht is een vorm van toezicht waarbij de overheid zich terughoudend opstelt als de markt zichzelf in meer of mindere mate controleert.[6] Systeemtoezicht wordt ook wel gedefinieerd als het toezicht waarbij de opzet, reikwijdte en werking van (kwaliteits)systemen en bedrijfsprocessen worden vastgesteld en waarbij gebruik wordt gemaakt van interne borgingssystemen binnen organisaties of sectoren.[7] Te denken valt aan kwaliteitszorgsystemen of veiligheidsmanagementsystemen. Systeemtoezicht richt zich derhalve niet zozeer op producten of uitkomsten, maar meer op processen en systemen die daartoe leiden.[8] De gedachte achter systeemtoezicht is dat van klassiek ('command and control') publiek toezicht een geringere stimulans tot leren[9] uitgaat en een dergelijk systeem minder goed gebruikmaakt van belangrijke afhankelijkheden binnen private systemen en die ook minder goed blootlegt.[10] Private actoren blijken ook sneller bereid tot private regulering als een externe hiërarchische dreiging ontbreekt.[11] In het huidige tijdsgewricht wil de publieke toezichthouder in een aantal gevallen derhalve meer kunnen vertrouwen op veiligheids- en kwaliteitssystemen van private organisaties om de schaarse publieke toezichtscapaciteit effectief in te zetten, waarbij wel wordt bezien of de markt het vertrouwen ook waard is.[12] Overheidstoezicht kan in die gevallen worden gebruikt als een aanvulling op het zelfregulerend vermogen van de markt. Dit past ook bij de roep om een meer doeltreffende en doelmatige overheid.[13] Ook is klassiek overheidstoezicht kostbaar.[14] Er moet echter niet te gemakkelijk op systeemtoezicht worden vertrouwd. De ontwikkelingskosten ervan zijn hoog evenals de daarmee samenhangende transactiekosten.[15] Het gebruiken van systeemtoezicht enkel om kosten bij de publieke toezichthouder te besparen, lijkt daarom geen goede basis.

Bedacht dient te worden dat de rol van de publieke toezichthouder verandert als systeemtoezicht wordt gehouden. In plaats van het alleen controleren van de onder toezicht gestelden, dient ook het private systeem (op metaniveau) te worden gecontroleerd.[16] Naarmate het private systeem beter functioneert, kan

5 Helderman & Honingh 2009, p. 92.
6 Freriks 2008, p. 173.
7 Helderman & Honingh 2009, p. 7.
8 Helderman & Honingh 2009, p. 18 en 32. Het zal daarom overigens wel zowel proces- als uitkomstindicatoren bevatten. Zie Helderman & Honingh 2009, p. 33.
9 Deze term moet hier in ruime zin worden opgevat, het gaat om het verstrekken van informatie, rekenschap afleggen en leren. Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 29.
10 Helderman & Honingh 2009, p. 15.
11 Helderman & Honingh 2009, p. 19.
12 Zie bijvoorbeeld Bokhorst & De Goede 2014, p. 254 en 255.
13 Helderman & Honingh 2009, p. 34.
14 Helderman & Honingh 2009, p. 64.
15 Helderman & Honingh 2009, p. 97.
16 De Bree 2013, p. 55. Zie voor andere aanpassingen die dit meebrengt bijvoorbeeld De Bree 2013, p. 79.

de controle op de onder toezicht gestelden afnemen.[17] Hiervoor is echter wel afstemming tussen het private systeem en de publieke toezichthouder nodig. Bij goede private controle levert te veel bemoeienis van de publieke toezichthouder inefficiëntie (en frustratie) op, bij te weinig bemoeienis ontstaan problemen op het terrein van de borging van de naleving en het bereiken van het doel van het publieke toezicht.[18]

Het valt op dat private systemen in sommige sectoren veel dieper zijn geworteld dan in andere. Zo is het veiligheidsdenken in de luchtvaartsector al eenduidig en gezaghebbend binnen organisaties georganiseerd.[19] Anderzijds wordt ook strenger gehandhaafd.[20] Een gevolg is dat ook de publieke toezichthouders vaker toezichtsvormen gaan gebruiken waarin TPR een rol speelt. In dat verband wordt het gebruik van informatie- en communicatietechnologie onderzocht, alsmede andere vormen van toezicht, zoals risico- en systeemgericht toezicht, privaat toezicht (certificering), naming and shaming en het benutten van signalen van burgers.[21] Inmiddels wordt in veel sectoren in het kader van publiek toezicht gebruikgemaakt van private systemen. Dat geldt onder meer voor het milieu, voedselveiligheid, transport en in de financiële sector.

Het is echter nog minder duidelijk hoe de effectiviteit van publiek toezicht in samenwerking met private partijen moet worden bepaald. Dat zou (nog beter) in kaart moeten worden gebracht en hiervoor is een combinatie van onderzoeksmethoden noodzakelijk.[22] Wel hebben alle ministeries in de periode van 2002-2005 hun toezichtsarrangementen geëvalueerd en daarover gerapporteerd. Deze rapporten zijn door een commissie getoetst.[23] Een van de conclusies was dat de toezichthouders meer op afstand zouden moeten staan (en dus minder klassiek overheidstoezicht), maar tegelijkertijd wel voldoende voeling dienden te houden met de praktijk.[24] In dat verband zou de benadering risk based moeten zijn, zodat de goede bedrijven minder met toezicht te maken zouden krijgen dan de slechte.[25] Dit heeft geleid tot de kaderstellende visie op toezicht II met de titel *Minder last meer effect*.[26] In deze visie zijn zes principes van goed toezicht opgenomen, te weten selectiviteit (sluit aan bij andere vormen van controle en verantwoording), slagvaardigheid (stimuleert de markt om zelf het gewenste resultaat te bereiken), samenwerking (toezichthouders werken samen), onafhankelijkheid, transparantie en professionaliteit.[27] Daarnaast helpt de zogenoemde 'Tafel van Elf' publieke handhavers bij het beantwoorden van vragen rondom de

17 De Bree 2013, p. 56 en 57.
18 De Bree 2013, p. 57.
19 Helderman & Honingh 2009, p. 10.
20 Bokhorst & De Goede 2014, p. 254.
21 Bokhorst & De Goede 2014, p. 255.
22 Bokhorst & De Goede 2014, p. 255. Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 24. In dat verband kan ook worden gekeken naar gedragsmechanismen en de veronderstelde werkzaamheid van financiële prikkels, voorlichting en rechtshandhaving. Zie bijvoorbeeld Bokhorst & De Goede 2014, p. 256.
23 De Ambtelijke Commissie Toezicht II. Zie daarover Helderman & Honingh 2009, p. 26 -29.
24 Helderman & Honingh 2009, p. 27.
25 Helderman & Honingh 2009, p. 29.
26 *Kamerstukken II* 2005/06, 27831, nr. 15.
27 Zie ook De Bree 2013, p. 34 en 35.

nalevingsbereidheid in een bepaalde sector en factoren rondom het afdwingen van naleving.[28] Dimensies die een rol spelen bij de nalevingsbereidheid zijn onder meer kennis van de regels, afweging van kosten en baten van naleving,[29] mate van acceptatie van de regels, gezagsgetrouwheid en aanwezigheid van niet-overheidscontrole.[30]

Ten aanzien van nationale (en Europese) conformiteitsbeoordeling (waartoe certificering behoort) valt op dat dit al in belangrijke mate is ingekaderd in Nederlandse en Europese regelgeving en tevens duidelijk is op welke wijzen dit het publieke toezicht kan ondersteunen.[31]

3.3 Toezichthouders en TPR

3.3.1 Specifieke dimensie TPR

Een belangrijk verschil met de ondersteuning van publiek toezicht door nationale private initiatieven is dat private partijen op inter/transnationaal niveau vaak meer middelen en expertise hebben om wereldwijd te controleren. Van Gestel noemde in 2008 al het voorbeeld van Klassenbureaus die vlaggenstaatcontroles op zeeschepen uitvoeren en die in iedere grote haven ter wereld zijn gevestigd.[32] Dat is volgens hem overigens geen garantie dat adequaat toezicht wordt uitgeoefend, en feitelijke inspecties door publieke toezichthouders blijven volgens hem nodig.[33] Voorbeelden op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen en voedselveiligheid zijn bijvoorbeeld de ecolabels (een vorm van certificering) zoals UTZ Certified, Fairtrade, RSPO,[34] FSC[35] en Rainforest Alliance en ook internationale certificering op het terrein van voedselveiligheid (zoals BRC en FSSC 22000 en GlobalGAP[36]), die alle toezicht uitoefenen in een internationale context. De Commissie Herziening Handhavingsstelsel VROM-regelgeving 2008 heeft verder geconstateerd dat publieke handhaving wordt ingehaald door nieuwe ontwikkelingen zoals complexere technologie en globalisering van afvalstromen.[37] Een verder belangrijk verschil is dat certificering, voor zover die bij de zojuist genoemde vormen van TPR wordt gebruikt, veelal buiten Nederland (of de

28 De Bree 2013, p. 17. De tafel van elf bevat een aantal beginselen waaraan private regulering kan worden getoetst.

29 Daaronder vallen directe financiële prikkels zoals subsidies, heffingen en prijsregulering en indirecte zoals naming en shaming of voorschriften dat alleen gecertificeerde bedrijven bepaalde diensten of werkzaamheden mogen uitvoeren. Zie De Bree 2013, p. 18.

30 De Bree 2013, p. 17.

31 Zie hoofdstuk 2 van het preadvies van Neerhof.

32 Van Gestel 2008, p. 125. Zie ook De Bree 2010, p. 58.

33 Van Gestel 2008, p. 125.

34 Dit betreft palmolie. Zie daarover bijvoorbeeld Paiement 2015, p. 69 en 118-120.

35 Deze betreft anders dan de genoemde labels (die betrekking hebben op koffie, cacao en in mindere mate thee) duurzaam hout. Zie voor (een vergelijking tussen) FSC en UTZ Certified bijvoorbeeld Scheltema 2014a. Zie over FSC ook Paiement 2015, p. 81-86.

36 Zie daarover bijvoorbeeld Fagotto 2015, p. 137-145; Verbruggen 2014, p. 175-184.

37 De Bree 2013, p. 36.

Europese Unie) plaatsvindt. De in de vorige paragraaf bedoelde wettelijke inkadering daarvan is ten aanzien van deze vormen van certificering derhalve veel geringer. Dit betekent dat de publieke toezichthouders er veel minder gemakkelijk op kunnen vertrouwen dat deze vormen van certificering adequaat zijn (mede met het oog op het bereiken van de publieke doelstelling).

Een probleem dat zich op dit terrein kan voordoen is het in het eerste hoofdstuk geschetste punt van concurrentie tussen TPR en nationaal publiek toezicht als dit niet op elkaar is afgestemd. Dat kan de concurrentie op de markt verstoren omdat buitenlandse partijen wellicht minder goed aan het nationale toezicht kunnen voldoen als zij TPR hebben geïmplementeerd (bijvoorbeeld omdat dit internationaal de standaard is die door investeerders wordt geëist), terwijl ook hun Nederlandse afnemers of toeleveranciers die aan het nationale publieke toezicht willen voldoen worden geconfronteerd met vereisten in nationale publieke regelgeving die minder goed kunnen zijn te verenigen met TPR. Een voorbeeld zijn de uiteenlopende in publieke regelgeving vastgelegde eisen die voor etikettering van producten gelden en die van invloed zijn op de hiervoor besproken ecolabels zoals UTZ-certified. Dat kan ertoe leiden dat deze afnemers of toeleveranciers minder geneigd zijn het publieke toezicht strikt na te leven. Concurrentie tussen nationaal publiek toezicht en TPR kan beide derhalve minder effectief maken.

TPR heeft verder zoals gezegd een transnationaal karakter en kan in meedere rechtsordes (niet alleen de Nederlandse) worden gebruikt. Dit heeft als consequentie dat TPR niet specifiek op de Nederlandse rechtsorde is toegespitst en evenmin op de wijze waarop daarin door publieke toezichthouders toezicht wordt gehouden, de bevoegdheden die zij in dat verband hebben en de verdeling van het werkterrein van de verschillende toezichthouders. Zo worden consumentenrechten in Nederland mede door de ACM gehandhaafd, terwijl dit bijvoorbeeld in Duitsland geheel in private handen is gelaten. Het implementeren van TPR kan voor (internationale) bedrijven een voordeel hebben omdat zij door het implementeren van TPR in meerdere landen aan de daar geldende vereisten (waarop publiek toezicht wordt gehouden) kunnen voldoen. Dat is het geval als de TPR standaard gelijke of hogere eisen stelt dan de nationale regelgeving. Voordeel van het implementeren van TPR is dan dat een bedrijf (in alle landen waar dat het geval is) kan volstaan met het implementeren (en het controleren van de naleving) van TPR en daarmee voldoet aan de nationale eisen zonder dat in al die landen precies moet worden vastgesteld wat de nationale eisen zijn en of daaraan is voldaan. Voor de toezichthouders compliceert dat de zaak echter doordat de standaarden niet precies behoeven aan te sluiten bij de Nederlandse vereisten en dus moet worden bezien in hoeverre de standaard dezelfde (of hogere) eisen stelt als de Nederlandse (of Europese) regelgeving. Bovendien kan TPR standaarden inhouden die in het ene land onder de bevoegdheid van een toezichthouder vallen, maar in andere landen onder de verantwoordelijkheid van meerdere toezichthouders. Het kan dus gebeuren dat bepaalde TPR op het terrein van meerdere toezichthouders van belang is. Dat geldt bijvoorbeeld voor TPR op het terrein van (bedrijven en) mensenrechten, arbeidsomstandigheden, milieu en duurzaamheid. Het vorenstaande roept het risico in het leven dat de verschillende toezichthouders daarmee (zonder dat daarvoor een objectieve grond valt aan te

wijzen) verschillend omgaan,[38] bijvoorbeeld in de wijze waarop zij TPR accepteren als een alternatief voor of aanvulling op publiek toezicht of de eisen die zij aan 'erkenning' van TPR stellen. Dat dient mijns inziens zo veel mogelijk te worden voorkomen. Het lijkt daarom verstandig om zowel op nationaal als op internationaal niveau overleg tussen publieke toezichthouders te organiseren en te stimuleren waarin (ook) het zojuist genoemde onderwerp kan worden besproken en afstemming daaromtrent kan plaatsvinden.[39] Daarnaast kan TPR, vanwege de specifieke kenmerken van de (kleinere) Nederlandse markt, voor Nederlandse marktdeelnemers ook (negatieve) consequenties hebben. Dat kan het geval zijn in de sfeer van de mededinging. Zo is denkbaar dat TPR op kleine markten als de Nederlandse de facto leidt tot uitsluiting van marktdeelnemers die (bijvoorbeeld vanwege de daarmee samenhangende hoge kosten) niet deelnemen aan TPR.[40] Het vorenstaande kan ook het geval zijn als het betreffende TPR-systeem op internationaal niveau inspraak heeft georganiseerd, bijvoorbeeld omdat, zoals vaak het geval is, niet (alle) Nederlandse marktdeelnemers bij het opstellen van de standaarden betrokken zijn geweest. Daarom is van belang dat ook inspraak wordt georganiseerd in verband met het functioneren van TPR in de Nederlandse rechtsorde, hetgeen door middel van het in het vorige hoofdstuk besproken erkenningsbesluit zou kunnen gebeuren.

Ook andere nadelen zijn denkbaar. Zo hoeft de TPR niet per se het publieke belang te dienen (maar veeleer het eigen belang van een bepaalde sector), kan handhaving gebrekkig zijn en kan de neiging bestaan om minder strenge normen op te leggen dan de overheid zou doen.[41]

Het vorenstaande neemt overigens niet weg dat niet alle TPR relevant is voor publieke toezichthouders en deze toezichthouders ook niet op alle terreinen waar TPR bestaat (publieke) bevoegdheden toekomen. Zo is in verband met TPR-initiatieven op het gebied van mensenrechten in de financiële sector de vraag of de DNB binnen haar publieke bevoegdheden van banken kan eisen dat zij op dat terrein beleid ontwikkelen. Het vorenstaande wil echter niet zeggen dat een publieke toezichthouder TPR buiten het terrein van de eigen bevoegdheden niet zou kunnen stimuleren indien dat het door de publieke toezichthouder behartigde algemeen belang bevordert, bijvoorbeeld omdat dergelijke TPR de intrinsieke motivatie tot naleving (van publieke normen) stimuleert. Probleem is dan uiteraard wel dat de publieke toezichthouder geen sancties kan opleggen als dergelijke TPR-standaarden worden overtreden. Daarnaast dient te worden bedacht dat ook het publieke toezicht internationaler wordt (met name in Europees verband; voor systeembanken is dit bijvoorbeeld al in belangrijke mate Europees geregeld). De nationale toezichthouders hebben in die gevallen minder bevoegdheden en sturingsmogelijkheden. De beoordeling of TPR in het kader van publiek toezicht kan worden gebruikt is in die gevallen vooral aan de Europese

38 Vgl. voor nationale private regulering Freriks 2008, p. 179.

39 Organisatorisch behoeft dat niet veel problemen op te leveren nu de publieke toezichthouders zowel op nationaal, Europees als internationaal niveau (OESO en VN) reeds met elkaar overleggen.

40 Vgl. WRR-rapport, *Borging van het publieke belang*, Den Haag 2000 (hierna: WRR-rapport), p. 72.

41 De Bree 2013, p. 46.

toezichthouders overgelaten. Ook op Europees niveau zou mijns inziens overigens hetgeen ik hierna uiteenzet omtrent die beoordeling ingang moeten vinden.

De publieke toezichthouder moet er ten slotte voor waken dat aan TPR-systemen min of meer dezelfde eisen worden gesteld als aan publiek toezicht. TPR functioneert op een andere wijze en heeft ook andere drivers. Zo zal TPR meer gericht zijn op het beheersen van risico's en het voorkomen van schade dan het naleven van door de overheid gestelde regels op zichzelf.[42] In dat verband dient te worden bedacht dat regelnaleving en doelrealisatie niet zonder meer samenvallen. Een bedrijf dat de (overheids)regels naleeft, kan een incident veroorzaken en een bedrijf dat die regels niet naleeft kan toch veilig en duurzaam werken.[43] TPR kan beter in staat zijn om rekening te houden met (risico)managementsystemen in verschillende branches en daar ook meer op sturen.[44] Veelal blijkt de omstandigheid dat zaken op papier goed zijn geregeld geen garantie dat het ook daadwerkelijk zo wordt uitgevoerd.[45] Private managementsystemen kunnen daar beter op sturen en zouden dat ook moeten doen. Zo kan een publieke toezichthouder een verplichting hanteren van bedrijven om zelf informatie te geven naar aanleiding van een zelfevaluatie.[46] Of een dergelijke zelfevaluatie kan worden toegestaan hangt, naar hiervoor is besproken, af van de hoogte van de risico's. Bij het transport van chemische stoffen wordt door de toezichthouder (ILT) gewerkt met ketenconvenanten (contracten) met transporteurs op grond waarvan zij een effectieve verandering in hun aanpak moeten laten zien indien uit de zelfevaluatie mocht blijken dat zij onder de norm presteren.[47] Men ziet ook dat degenen die deze transporteurs inschakelen informeren of zij over een dergelijk convenant beschikken. De convenanten worden beëindigd indien niet aan de afspraken wordt voldaan, zo nodig ook naar aanleiding van klachten van derden. Er worden dan overigens nog wel enige overtredingen getolereerd, omdat indien de toezichthouder alleen zelf controleert (dus zonder convenant) ook niet alles wordt opgemerkt. Dergelijke convenanten blijken verbetering te stimuleren. TPR is derhalve niet hetzelfde als publiek toezicht, maar kan wel een ondersteunende rol vervullen of publiek toezicht deels vervangen.

---

42 De Bree 2013, p. 40.

43 De Bree 2013, p. 43.

44 De Bree 2013, p. 71; Stoopendaal e.a. 2014, p. 42-45. In dat verband lijkt de mate waarin in een bepaalde branche gecertificeerde managementsystemen zijn geïmplementeerd een indicator voor de naleving van TPR. Zie De Bree 2013, p. 74.

45 De Bree 2013, p. 48.

46 Vaak wordt in dat verband uitgegaan van TPR-standaarden. Bij het transport van chemische stoffen is dat bijvoorbeeld ISO 19600. Zie daarover in het milieurecht verder in het kader van zelfevaluatie van managementpraktijken http://impel.eu/projects/compliance-assurance-through-company-compliance-management-systems-phase-2/. Overigens is zelfevaluatie niet altijd geschikt; in de financiële sector bleek dat voor de AFM minder goed te werken. Zie Helderman & Honingh 2009, p. 80.

47 De Bree 2013, p. 22.

Publieke toezichthouders hebben, naar hiervoor aan de orde kwam, voor het gebruik van private systemen in het kader van publiek toezicht beleid en metaregels ontwikkeld (bijvoorbeeld op het terrein van voedselveiligheid voor TPR). Het vorenstaande geldt overigens niet alleen op nationaal niveau, maar ook op internationaal niveau waarop publieke toezichthouders samenwerken. Het valt op dat de (rand)voorwaarden die daarin worden gesteld mede betrekking hebben op effectiviteit en legitimiteit, maar dat die voor de verschillende toezichthouders niet hetzelfde zijn. Dat geldt in versterkte mate in internationaal verband. Het vorenstaande geldt zelfs als voor die verschillen geen objectieve onderbouwing valt te vinden, bijvoorbeeld vanwege de aard van het toezicht of de aan de toezichthouder toekomende bevoegdheden. Vaak wordt de nadruk gelegd op verschillende aspecten van effectiviteit en legitimiteit.

Bovendien wordt lang niet altijd aan dat beleid of die regels getoetst. Indien dat wel gebeurt, is dat bovendien in de regel niet erg transparant. Zo vindt 'erkenning' van een privaat systeem als onderdeel/ondersteuning van het publieke toezicht niet bij besluit plaats en kunnen belanghebbenden een dergelijke beslissing dus ook niet aan de orde stellen, laat staan laten toetsen door een onafhankelijke rechter. Wel wordt door veel toezichthouders getracht inspraak te organiseren als zij gebruik willen maken van een privaat systeem (bijvoorbeeld door middel van publicatie van dit private systeem op hun website en een internetconsultatie), zij het dat het in veel gevallen lastig wordt gevonden om de te consulteren groep te omlijnen.

Daarenboven wordt thans veel nadruk gelegd op de omstandigheid dat de publieke toezichthouder ook zelf moet blijven controleren (naast het private systeem), zonder dat veel aandacht wordt geschonken aan de effectiviteit van het private systeem zelf. Als een privaat systeem, waarop een toezichthouder mede heeft vertrouwd, niet goed blijkt te functioneren, is de standaardreactie dat er meer en beter publiek toezicht moet komen en nog strengere publieke regelgeving. Men kan zich echter beter de vraag stellen waarom het is misgegaan en of en hoe het private systeem kan worden verbeterd, zodat in de toekomst betere handhaving plaatsvindt.[48] Het is immers een illusie te denken dat de publieke toezichthouder (met de beperkte publieke middelen) op internationaal terrein effectiever kan controleren dan een TPR-systeem.[49] Dat geldt tot op zekere hoogte ook op nationaal niveau omdat een toezichthouder ook daar beperkte middelen en capaciteit heeft om te controleren. In het verleden is ook wel gebleken dat publiek toezicht niet waterdicht is. Als publiek toezicht steeds feilloos zou functioneren, zouden private systemen immers niet nodig zijn en ook in veel mindere mate zijn ontwikkeld. Het is daarom maar zeer de vraag of

48 De Fyra-enquête bevestigt dat beeld waar wordt betoogd dat de (publieke toezichthouder) ILT beter had moeten controleren (gelet op de omstandigheid dat het private controlesysteem van Lloyds niet goed functioneerde). Vgl. De Bree 2013, p. 34 en 78; Bokhorst & De Goede 2014, p. 254.

49 Zo blijkt in het milieurecht niet meer dan 1% van de tijd dat een bedrijf actief is publiek toezicht plaats te vinden en binnen die beschikbare tijd ziet de publieke inspecteur slechts een fractie van de gereguleerde zaken en handelingen. Zie De Bree 2013, p. 37.

publieke regelgeving en toezicht altijd beter is en wel 100% gehandhaafd kan worden.[50]

Mijns inziens is het daarom belangrijk dat de publieke toezichthouders (ook) gaan toetsen of en hoe TPR functioneert en eisen stellen aan het functioneren van TPR alvorens dit als instrument ter ondersteuning of (gedeeltelijke) vervanging van toezicht wordt gebruikt.[51] Het is in dat verband van belang om niet uit het oog te verliezen dat deze werking ook afhankelijk is van de marktomstandigheden in de markt waarin TPR moet functioneren. Bovendien stelt door TPR ondersteund toezicht andere eisen aan het publieke toezicht. Daarom kan niet worden volstaan met het analyseren van de werking van TPR.

Voorts dient de zojuist bedoelde analyse, naar ik hierna uiteen zal zetten, meer consequent en objectief te gebeuren, zodat toezichthouders meer grip krijgen op de vraag wanneer TPR werkt, hetgeen nu nog in beperkte mate het geval is en welk vraagstuk bovendien op een verschillende manier wordt benaderd. Als TPR meer objectief en transparant wordt getoetst, kunnen ook andere toezichthouders daarvan leren en is de kans groter dat tussen toezichthouders (en de regelgever) gedeelde (en ook beter onderbouwde) inzichten ontstaan over de effectiviteit van TPR. Bovendien kan dan wellicht ook, bijvoorbeeld naar de Europese Commissie, worden onderbouwd dat TPR een bijdrage levert aan de realisering van publieke (Unierechtelijke) doelen en daarmee publiek toezicht kan ondersteunen en wellicht deels vervangen. Ten slotte kan het gebruik van niet effectieve TPR ter ondersteuning van publiek toezicht wellicht leiden tot aansprakelijkheid van de toezichthouder.[52] Er moet derhalve een (gemeenschappelijk) kader komen voor de door toezichthouders uit te voeren analyse van TPR.

3.3.3 Driefasentoets

Uit het vorenstaande blijkt dat TPR niet steeds goed in het kader van de ondersteuning van het toezicht kan worden gebruikt. De analyse of dit in een bepaald geval kan, zou mijns inziens in drie stappen moeten geschieden. De eerste is of TPR in een bepaalde markt kan functioneren gelet op de publieke doelstelling van de publieke toezichthouder. Daarbij komen vragen aan de orde als de wijze waarop een markt en bedrijven daarbinnen zijn georganiseerd en de aard van de materie waarop toezicht wordt gehouden. Daarna dient de toezichthouder te bezien of hij over voldoende middelen en kennis beschikt om (mede) aan de hand van TPR toezicht te houden en dient de inrichting van het publieke toezicht en de organisatie van de toezichthouder daarop ook te zijn afgestemd. Dat geldt ook voor de door de publieke toezichthouder op te leggen sancties. Ten slotte dient (op transparante wijze) te worden bezien of de bewuste TPR voldoet aan de door de publieke toezichthouder gestelde eisen om publiek toezicht te kunnen ondersteunen of deels vervangen.

---

50 Vgl. De Bree 2013, p. 43; Giesen 2007, p. 131. Vgl. WRR-rapport, p. 64, 65 en 71.

51 Zie ook De Bree 2013, p. 77.

52 Dat geldt niet voor het financiële toezicht nu daar in art. 1:25d Wft een beperking/uitsluiting van aansprakelijkheid is opgenomen.

Men zou zich kunnen afvragen of deze driefasentoets niet ook zou moeten gelden voor de 'erkenning' door de centrale autoriteit zoals die in het vorige hoofdstuk is beschreven. Dat is mijns inziens in mindere mate het geval.[53] TPR heeft immers, naar hiervoor is uiteengezet, een veelzijdig voorkomen en wordt zeker niet alleen gebruikt ter aanvulling, ondersteuning of gedeeltelijke vervanging van publiek toezicht. Het ligt daarom niet voor de hand de specifiek voor toezicht uit te voeren toets meer algemeen in te voeren. Zo kan TPR immers van belang zijn voor verschillende markten en in het kader van verschillende wettelijke regelingen. Het ligt niet voor de hand voor al deze markten en regelingen te bezien of het wettelijke systeem TPR toelaat. Dat zou deze 'erkenning' te ingewikkeld en kostbaar maken om praktisch te implementeren. Dit neemt uiteraard niet weg dat indien TPR door de centrale autoriteit is 'erkend' en een specifieke toezichthouder deze in het kader van toezicht wil gaan gebruiken, de eerste twee fasen van de driefasentoets nog moeten worden doorlopen. Weliswaar is de laatste fase dan door de centrale autoriteit al doorlopen, maar dat neemt niet weg dat dan nog steeds moet worden bezien of de markt daarvoor geschikt is en de (wettelijke) inrichting van het toezicht het gebruik van TPR toelaat.

Analyse marktomstandigheden

De analyse van de marktomstandigheden is van belang omdat wanneer die marktomstandigheden ongunstiger zijn, de publieke toezichthouder minder van TPR kan verwachten en daarmee zijn toezicht anders moet inrichten dan wanneer in sterkere mate op TPR kan worden vertrouwd.[54] Verder is van belang om wat voor sector het gaat, wat daar al voor problemen hebben gespeeld en welke nieuwe risico's zich zouden kunnen voordoen. Marktomstandigheden zijn op twee niveaus van belang. Het eerste niveau is dat van de individuele marktpartij en het tweede ziet op de markt als geheel.

In het kader van de individuele marktpartijen is een belangrijk probleem van TPR dat dit vooral goed werkt als marktpartijen intrinsiek gemotiveerd zijn om daaraan deel te nemen.[55] De achtergrond van die intrinsieke motivatie kan verschillend zijn. Deze kan zijn ingegeven door marktomstandigheden of de bescherming van de eigen reputatie.[56] Het verschilt dus per marktpartij of publiek toezicht ondersteund door TPR werkt.[57] Het uiteindelijke doel is om de marktpartijen eigenaar te maken van de door de publieke toezichthouder gewenste norm (die in TPR kan zijn vastgelegd).[58] De intrinsieke motivatie van een

53 Wel spelen in het kader van deze 'erkenning' de hierna te bespreken marktomstandigheden een rol.

54 Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 41. Vgl. ook het ToM-project van de AFM waarin ook wordt bezien hoe de financiële instelling is georganiseerd en in welke marktomstandigheden zij zich bevindt. Zie daarover Helderman & Honingh 2009, p. 84.

55 Zie bijvoorbeeld Bokhorst & De Goede 2014, p. 256 en specifiek voor voedselveiligheid Verbruggen & Havinga 2014, p. 17 en 28.

56 Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 44 en 95.

57 De Bree 2013, p. 58.

58 Helderman & Honingh 2009, p. 95. Zo blijkt certificering er voor de gecertificeerden toe te kunnen leiden dat bestaande management practices beter worden begrepen (en indien dat nog niet was gebeurd, worden geïmplementeerd), alsmede dat regels beter worden begrepen, hoewel certificering vooral veel papierwerk met zich brengt. Zie voor FSC en RSPO Paiement 2015, p. 103-105 en p. 133-135.

instelling als geheel is echter niet zonder meer hetzelfde als die van bijvoorbeeld de bestuurders daarvan. De NVWA onderzoekt daarom of men beter zicht kan krijgen op het bestaan van zogenoemde neutralisatietechnieken binnen een private organisatie, nu die meebrengen dat een marktpartij wel aan de (TPR-) normen wil voldoen maar allerlei redenen heeft waarom dat in dit geval niet gebeurt of niet kan. Zo kan het fenomeen van *decoupling* een rol spelen waarbij de top van de organisatie intrinsiek gemotiveerd is om TPR te implemeteren en toe te passen, maar dat dit (op bepaalde plaatsen) lager in de organisatie niet leeft.[59] De mate waarin interne borging plaatsvindt (en in hoeverre daarvoor een stabiel, voorspelbaar, effectief en gecertificeerd managementsysteem bestaat) is dan ook van belang.[60] In verband met het vorenstaande is verder relevant dat ten aanzien van rule based publieke normen minder bezwaarlijk is dat die alleen instrumenteel worden nageleefd (de intrinsieke motivatie is dan minder van belang), nu zij daarop juist zijn gericht. Bovendien kan een TPR-systeem naleving van dergelijke regels vaak ook makkelijker controleren. Een groter probleem wordt een gebrek aan intrinsieke motivatie echter indien sprake is van open normen omdat de intrinsieke motivatie om die na te leven belangrijker is voor het daadwerkelijk implementeren daarvan in de bedrijfsvoering. Indien die ontbreekt, is de kans groot dat open normen niet (daadwerkelijk naar de strekking ervan) worden nageleefd.

Een aantal factoren is van belang bij de beantwoording van de vraag of er bij marktpartijen voldoende intrinsieke motivatie bestaat.[61] Als negatieve effecten van risico's makkelijker vallen te externaliseren en minder invloed hebben op de eigen organisatie neemt de prikkel tot zelfregulering af.[62] Zo geldt in de luchtvaart dat de private partijen zelf een direct belang hebben bij het vermijden van veiligheidsrisico's.[63] Van belang is ook dat daarop niet wordt geconcurreerd.[64] Een incident heeft grote kans om consequenties te hebben voor de risiconemer als dit in de openbaarheid komt. Die consequenties kunnen bestaan uit reputatieschade, maar ook daadwerkelijke fysieke gevolgen behoren tot de mogelijkheden. In dat verband is ook van belang hoe hoog de risicotolerantie van de politiek of maatschappij als geheel is ten aanzien van die risico's en hoe herleidbaar die risico's zijn tot een partij.[65] In dat verband is ook relevant hoe groot de

59 Zie bijvoorbeeld WRR-rapport, p. 68. In dit verband worden overigens de rationele (kosten en baten bepalen naleving), incompetente (organisatorische tekortkomingen) en amorele onderneming (waarin snel een rechtvaardiging voor een overtreding wordt gevonden) onderscheiden. Zie De Bree 2013, p. 18-20. Het voorbeeld van de manupulatie van de uitstoot van dieselauto's van Volkswagen laat zien dat het lastig is dit probleem te adresseren.

60 De Bree 2013, p. 8 en 71; Helderman & Honingh 2009, p. 100.

61 Zie daarvoor De Bree 2013, p. 72; Helderman & Honingh 2009, p. 12.

62 De Bree 2013, p. 8 en 72.

63 De luchtvaartsector is een van de oudste sectoren waarin TPR (voornamelijk afkomstig van de International Civil Aviation Organization) bestaat. Zie ook Helderman & Honingh 2009, p. 64.

64 Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 43. Dat neemt overigens niet weg dat luchtvaartmaatschappijen de luchtvaart in het algemeen en zichzelf in het bijzonder wel als (zeer) veilig plegen te afficheren. Er wordt echter geen reclame gemaakt met de omstandigheid dat andere luchtvaartmaatschappijen (veel) onveiliger zouden zijn.

65 Helderman & Honingh 2009, p. 39, 52 en 53. Deze tolerantie kan veranderen. Zie Helderman & Honingh 2009, p. 52. Luchtvaartincidenten vallen bijvoorbeeld vaak goed te herleiden tot een

maatschappelijke druk is om tot een oplossing te komen (als die groot is zal het opzetten van nieuwe TPR-systemen veelal te lang duren) en of er voldoende vertrouwen bestaat van de overheid/maatschappij in een bepaalde sector.[66] Heeft een risico minder directe consequenties voor een private organisatie (en is die daarmee makkelijker te externaliseren) dan neemt de intrinsieke motivatie af.[67] Zo geldt in de vleesketen en financiële dienstverlening dat een minder direct gevaar van een eventuele calamiteit voor de risiconemer bestaat. Men kan makkelijker meeliften op de goede naam van de sector.[68] Hetzelfde geldt als de afstand tussen de risiconemer en de effecten groter is.

Overigens kunnen ook andere private partijen dan de onder toezicht gestelde een rol spelen bij de stimulans om TPR te implementeren. Zo is denkbaar dat bijvoorbeeld een investeerder of bank de implementatie van TPR door de onder toezicht staande entiteit eist als onderdeel van een investeringsconstructie of lening.[69] Ook pensioenfondsen kunnen in het kader van hun investeringen dergelijke druk uitoefenen.[70] Zonder dergelijke intrinsieke motivatie is TPR (veel) minder effectief. Indien de motivatie er wel is, kan TPR echter effectiever zijn dan publiek toezicht of publiek toezicht overbodig maken.[71] Een voordeel kan bovendien zijn dat marktpartijen een stimulans hebben om zichzelf te verbeteren en (zelf)lerend vermogen bestaat.[72] Dat wordt in veel mindere mate benut bij publieke sancties.

Verder kunnen bedrijven die wel aan TPR meedoen zich daarmee op kwaliteit onderscheiden ten opzichte van andere marktdeelnemers.[73] Of dat ook daadwerkelijk voordelen biedt, hangt met name af van de vraag op de (consumenten- of B2B-)markt voor dergelijke (kwaliteits)producten. In dat verband moet worden bedacht dat de moderne media marketing (van de implementatie van TPR-systemen) naar consumenten (of B2B) kunnen faciliteren.

Op het niveau van de markt als geheel speelt de complexiteit en transparantie van de markt een rol.[74] Hoe complexer en minder transparant, des te minder goed zullen die voordelen kunnen worden gerealiseerd. Meer in algemene zin geldt dat indien er door de complexiteit en intransparantie in een markt meer mogelijkheden bestaan om zich te verschuilen en zo een concurrentievoordeel te behalen (de zogenaamde free riders), TPR minder goed functioneert om publiek

---

bepaalde private actor, voor bijvoorbeeld geestelijke gezondheidsproblemen of taalachterstanden is dat lastiger. Zie Helderman & Honingh 2009, p. 52.

66 De Bree 2013, p. 9.

67 Helderman & Honingh 2009, p. 39.

68 Helderman & Honingh 2009, p. 60.

69 Vgl. De Bree 2013, p. 8, 20, 49 en 71. Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement 2015, p. 44 en 95.

70 De pensioenfondsen hebben voor zichzelf de Code Pensioenfondsen opgesteld waarin bijvoorbeeld in art. 2.7 verantwoord beleggen een van de verplichtingen is. Zie voor deze code http://www.pensioenfederatie.nl/Document/Publicaties/Servicedocumenten/Code_Pensioenfondsen_2013_3.pdf.

71 Vgl. Giesen 2007, p. 138.

72 Helderman & Honingh 2009, p. 30.

73 Zie voor voedselveiligheid Verbruggen & Havinga 2014, p. 29. Vgl. De Bree 2013, p. 71.

74 Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 12. Vgl. voor FSC en RSPO (duurzaamheidsinitiatieven) Paiement 2015, p. 99 en 132.

toezicht te ondersteunen.[75] De hoeveelheid regels (inclusief vergunningvoorschriften) in een bepaalde markt kan ook bijdragen aan de complixiteit.[76] Een voorbeeld van een sector waarin (over veiligheidsgerelateerde risico's) veel transparantie bestaat, is de luchtvaartsector. Zo wordt daarin het melden van incidenten vergevingsgezind beloond (mits er geen sprake is van grove nalatigheid of opzettelijk handelen).[77]

Op het niveau van de markt als geheel is verder de onderlinge afhankelijkheid van de private actoren, bijvoorbeeld in een keten (waarin TPR een belangrijke rol kan spelen), een stimulans voor TPR.[78] Zo geldt in de luchtvaart dat de onderlinge afhankelijkheid tussen vliegtuigbouwer, luchtvaartmaatschappij en onderhoudsbedrijven groot is.[79] Ook de omvang van de marktpartijen is van belang. Naarmate de markt beter is georganiseerd en uit grotere partijen bestaat (die ook internationaal opereren) neemt de kans dat TPR een rol kan vervullen in het kader van het toezicht toe.[80] Ten slotte kan de aanwezigheid in een markt van koplopers met aanzien die TPR effectief hebben geïmplementeerd een stimulans zijn voor andere partijen om dat ook te doen.[81] Dit zou er op termijn toe kunnen leiden dat ook de onderkant van de markt gestimuleerd wordt om op te schuiven. Dat is voor de publieke toezichthouder van belang omdat het nadeel van externe prikkels (sancties) is dat die nodig blijven om naleving te bewerkstelligen, terwijl die bij intrinsieke motivatie minder noodzakelijk zijn.[82]

Het lijkt ook daarom voor de hand te liggen dat de marktomstandigheden een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of een TPR een rol kan spelen in verband met publiek toezicht. De vorenstaande omstandigheden zal de toezichthouder dus in zijn analyse van de markt kunnen betrekken.

Inrichting toezicht

Uiteraard is in het kader van de inrichting van het publieke toezicht van belang dat het (publiekrechtelijke) wettelijk kader het publieke toezicht dat wordt ondersteund door TPR ook mogelijk maakt en faciliteert.[83] In dat verband kan van belang zijn of de wettelijke normen waarop toezicht moet worden gehouden rule based of open zijn.[84] Bij rule based normen kan, naar hiervoor is uiteengezet, ook wanneer de markt minder intrinsiek gemotiveerd is onder omstandigheden toch met TPR worden gewerkt in het kader van publiek toezicht en is een TPR-systeem ook makkelijker in staat om naleving van publieke regels te controleren. Dat is in

75 De Bree 2013, p. 8, 9, 46 en 72-74; Helderman & Honingh 2009, p. 43 en 57.
76 Vgl. De Bree 2013, p. 20.
77 Helderman & Honingh 2009, p. 58.
78 De Bree 2013, p. 72.
79 Helderman & Honingh 2009, p. 57.
80 Zie voor het omgevingsrecht De Bree 2013, p. 8, 71 en 73. Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 67 en 101. Bovendien valt voor grotere marktpartijen vaak gemakkelijker vast te stellen of er voldoende intrinsieke motivatie aanwezig is, bijvoorbeeld door gedrags- en cultuurtoezicht.
81 De Bree 2013, p. 8.
82 Bokhorst & De Goede 2014, p. 256.
83 De Bree 2013, p. 9, 21 en 77.
84 Zo zijn in de financiële sector de regels voor banken meer rule based en voor pensioenfondsen meer open.

mindere mate het geval bij open publieke normen. In dergelijke gevallen is het voor de publieke toezichthouder lastiger om de vinger aan de pols te houden. De soort wettelijke norm is derhalve van belang voor de beantwoording van de vraag of in het kader van publiek toezicht gebruikgemaakt kan worden van TPR. Overigens kan de toezichthouder door gebruik te maken van toezicht op gedrag en cultuur binnen de onder toezicht gestelde marktpartijen bijdragen aan een verbetering van de intrinsieke motivatie tot naleving van publieke normen. Het gebruikmaken van dergelijke vormen van publiek toezicht is dan ook zinvol als gebruikgemaakt wordt van TPR. Daarnaast dient de publieke toezichthouder de wil te hebben om daadwerkelijk gebruik te maken van TPR vanuit de veronderstelling dat dit bijdraagt aan het publieke toezicht (en niet alleen om kosten te besparen). Dit betekent dat het niet voor de hand ligt dat de publieke toezichthouder bij implementatie van TPR (die aan de criteria voor erkenning voldoet) op de oude voet blijft controleren. In dat verband spelen de (gepercipieerde) pakkans en publieke sancties een rol als de intrinsieke motivatie van bepaalde marktpartijen (zoals die van de free riders) niet hoog is en hun primaire motivatie extrinsiek is.[85] Naarmate die (gepercipieerde) pakkans van free riders hoger is en publieke sancties strenger zijn, kan dat een stimulans zijn voor de welwillende middencategorie om aan TPR deel te nemen, nu zij dat alleen zullen doen als hun concurrentie daar niet van profiteert (level playing field). Deze middencategorie kan daarmee ook worden gemotiveerd om op te schuiven naar de hoogste categorie van naleving zoals die in de TPR is verankerd en de publieke toezichthouder zou dat ook moeten stimuleren.[86] Dat kan bijvoorbeeld gebeuren door met pilotactoren te werken die extra middelen krijgen om TPR uit te proberen.[87] Verder dient in dat verband binnen de overheid voldoende bestuurlijk en politiek draagvlak te bestaan.

Ook moet de publieke toezichthouder over voldoende kennis en middelen beschikken om door TPR ondersteund toezicht te houden.[88] Zo zal de ACM indien zij zich (na aanpassing van haar bevoegdheden) zou bezighouden met de vraag of in verband met duurzaamheids- of mensenrechtendoelen een beperking van de mededinging door TPR onder omstandigheden geoorloofd kan zijn,[89] in het kader van de vraag of die beperking proportioneel is en voldoet aan het subsidiariteitsvereiste moeten buigen over de vraag of TPR effectief is om het beoogde doel te bereiken en of minder ingrijpende middelen denkbaar zijn om hetzelfde doel te bereiken. Daarvoor zal wellicht andere kennis en expertise nodig zijn dan waarover zij thans beschikt. In verband met kennis van de publieke toezichthouder bestaat verder een andersoortig risico. Indien toezicht in grotere mate aan een TPR-systeem wordt overgelaten, dreigt het risico dat de publieke toezichthouder op termijn steeds minder kennis heeft die nodig is om nieuwe risico's in de markt te kunnen inschatten en te adresseren en om aldus

85 Bokhorst & De Goede 2014, p. 256.
86 Bokhorst & De Goede 2014, p. 256.
87 Helderman & Honingh 2009, p. 63.
88 De Bree 2013, p. 9 en 77. Hetzelfde geldt overigens ook voor de private toezichthouder. Zie Scheltema 2014, p. 291.
89 Die vraag heeft onder meer gespeeld in verband met een intiatief van supermarkten om de zogenoemde 'plofkip' te weren. Zie daarover bijvoorbeeld Mulder 2015, p. 1912-1916.

voldoende tegenwicht aan de markt te kunnen blijven bieden. Het in de inleiding genoemde voorbeeld van de Fyra illustreert hoe publieke toezichthouders zelf over onvoldoende kennis kunnen beschikken om te controleren. Ter mitigatie van dit risico is van belang dat de publieke toezichthouder erop toeziet dat naast de in hoofdstuk 2 al besproken aanpak van nieuwe risico's in het TPR-systeem zelf, het TPR-systeem ook voldoende transparant is over nieuwe risico's (bijvoorbeeld in het kader van reguliere evalutaties) en binnen de onder toezicht staande instellingen zelf een voldoende open cultuur bestaat om daarover met de publieke toezichthouder te communiceren. Daarnaast ligt het voor de hand om met andere (nationale of supranationale) publieke toezichthouders te overleggen of vergelijkbare risico's zich in hun sector hebben voorgedaan of worden verwacht en hoe daarmee door deze toezichthouders wordt omgegaan. Een in een andere sector gebruikte aanpak kan ook inspiratie bieden voor de aanpak binnen de eigen sector.

Een risico van het gebruik van TPR ter ondersteuning van publiek toezicht is dat de toezichthouder zich laat 'inpakken' door dit systeem en de onder toezicht-gestelden (regulatory capture). Deze vorm van toezicht is immers meer dan andere toezichtsvormen gebaseerd op samenwerking en vertrouwen. Het zojuist bedoelde 'inpakken' behoeft niet bewust te gebeuren nu in de markt een 'blinde vlek' kan bestaan voor bepaalde risico's.[90] Het is dan echter de vraag hoe de publieke toezichthouder die 'blinde vlek' moet adresseren, in verband waarmee een belangrijk probleem is hoe de publieke toezichthouder van het bestaan ervan op de hoogte komt. De publieke toezichthouder zou er ook voor kunnen kiezen om het risico van een 'blinde vlek' te accepteren (bijvoorbeeld omdat het zelf ontdekken ervan te kostenintensief is of praktisch gezien niet mogelijk) en meer te sturen op een betere risicobeheersing en evalutatie binnen een TPR-systeem. Overigens is denkbaar dat het risico van regulatory capture voor TPR kleiner is dan voor nationale private systemen geldt omdat de afstand tussen de publieke toezichthouder en het TPR-systeem (dat immers niet alleen voor Nederland is ontworpen) groter is en er dus ook geen specifiek op de Nederlandse markt gerichte samenwerking bestaat. Dat neemt echter niet weg dat de publieke toezichthouder ook in gesprek kan zijn met het TPR-systeem (bijvoorbeeld in het kader van erkenning daarvan of bij reguliere evaluaties) en regulatory capture-achtige effecten ook dan kunnen optreden. Er moet dus naast de beoordeling van de werking van het TPR-systeem als zodanig door de publieke toezichthouder ook worden gecontroleerd (zij het in mindere mate) om het toezicht geloofwaardig te houden.[91] Daarnaast dient het toezicht dat wordt ondersteund door TPR regelmatig te worden geëvalueerd.[92] In het kader van deze evaluatie kunnen reviews worden gehouden bij belanghebbenden om te bezien of het doel van het publieke toezicht is bereikt, zoals dat in het onderwijs wel gebeurt. Ook zou een toezichthouder aan de markt kunnen vragen hoe het toezicht kan worden verbeterd.

Van belang is voorts dat het onderwerp van het publieke toezicht grotendeels overlapt met het onderwerp van TPR. Wanneer substantiële delen van het

90 De financiële crisis van 2008 lijkt daarvan een voorbeeld.

91 Zie bijvoorbeeld Bokhorst & De Goede 2014, p. 256 en 257. Vgl. WRR-rapport, p. 68.

92 Het ligt voor de hand om daarbij ook belanghebbenden te betrekken.

publieke toezicht buiten het terrein van TPR liggen, is de kans groter dat dit weinig zal bijdragen aan de realisering van de met het publieke toezicht nagestreefde doelen.[93]

Het gebruik van TPR bij publiek toezicht eist ook een andere houding van publieke toezichthouders. Zo moeten deze ervoor zorgen dat er voldoende draagvlak binnen de eigen organisatie bestaat voor dergelijke vormen van toezicht en iedereen bekend is met deze wijze van toezichthouden.[94] De periode waarin personen binnen een toezichthouder waren aangesteld bleek van belang voor hun stijl van toezichthouden. Zij die een ruime verantwoordelijkheid hadden waren het meest overredend in hun toezichtsstijl, terwijl de inspecteurs die moesten werken aan de hand van een checklist en bij elke overtreding dienden te sanctioneren het meest bestraffend waren in hun optreden.[95] Het oordeel en optreden van inspecteurs is bovendien persoonsafhankelijk.[96] Voor de een kan het zoeken van aansluiting bij TPR in de toezichtsstijl makkelijker passen dan bij een ander.

Voorts moet worden bedacht dat privaat toezicht en private sancties, met inbegrip van een private geschillenregeling, het publiekrecht kunnen doorkruisen. Dat geldt met name als door het private systeem publiekrechtelijke verbodsbepalingen worden gesanctioneerd, geen delegatie van publiekrechtelijke bevoegdheden mogelijk is of heeft plaatsgevonden en partijen de facto gedwongen zijn zich bij dit private systeem aan te sluiten.[97] Bij TPR lijkt dit risico echter minder groot dan voor nationale private systemen, omdat niet aannemelijk is dat TPR alleen is gericht op het bevorderen van de naleving van Nederlandse publiekrechtelijke verbodsbepalingen en alle partijen op de Nederlandse markt de facto gedwongen zijn zich daarbij aan te sluiten.

Verder krijgt het toezicht een ander karakter. Zo zal veel meer van belang zijn in hoeverre private partijen die TPR hebben geïmplementeerd snel en adequaat communiceren met de publieke toezichthouder en voldoende zelfkritisch zijn.[98] Voorts kan een rol spelen hoe groot de risico's zijn. Bij permanente risico's lijken, ondanks het bestaan van TPR, harde handhavingsinstrumenten nog steeds noodzakelijk, terwijl bij beperktere risico's bijvoorbeeld door middel van steekproeven kan worden gecontroleerd en indien er nagenoeg geen risico bestaat meer kan worden vertrouwd op de private monitor.[99]

Daarnaast moeten vooral de zojuist genoemde minder goed presterende partijen soms een drempel over worden geholpen om TPR goed te implementeren en ook daarin kan een publieke toezichthouder (bijvoorbeeld door middel van het

93 Helderman & Honingh 2009, p. 12.
94 Bokhorst & De Goede 2014, p. 257.
95 Mascini & Van Wijk 2011, p. 61-66.
96 Bokhorst & De Goede 2014, p. 257.
97 Zie HR 20 december 2002, AB 2003/344, m.nt. Van Ommeren. Vgl. CBb 19 mei 2004, AB 2004/269, m.nt. Van der Veen. Zie daarover Freriks 2008, p. 195 e.v. en 204.
98 De Bree 2013, p. 8; Helderman & Honingh 2009, p. 74 en 75. Zo beloont de AFM ondernemingen die voldoende open communiceren doordat zij meer ruimte krijgen om hun beheersing zelf op orde te krijgen en door mildere sancties in te zetten wanneer zij incidenten zelf melden. Zie Helderman & Honingh 2009, p. 75.
99 Helderman & Honingh 2009, p. 80.

geven van voorlichting)[100] een rol spelen. Ook kunnen toereikende condities worden gecreëerd voor naleving door private partijen. Sommige (buitenlandse) overheden bereiken dat onder meer door een overheidsinstantie in te richten die kan worden geraadpleegd voor advies (niet de publieke toezichthouder).

Een vraag die in verband met het vorenstaande kan rijzen is of de publieke toezichthouder er goed aan doet te gaan participeren in TPR (indien mogelijk). Dat is bij Nederlandse systemen in de voedselveiligheid wel gebeurd.[101] Tot op zekere hoogte heeft een dergelijke participatie zin omdat men de vormgeving van het private systeem kan beïnvloeden. Zo kan een privaat systeem in de vorm van een benchmark beter werken omdat men niet onder wil doen voor concurrenten. Een dergelijke benchmark kan er echter ook toe leiden dat de deelnemers aan de markt naar elkaar toe groeien zonder dat de besten het beter gaan doen. Dat kan worden voorkomen door in een TPR-systeem doorlopende (verplichtingen tot) verbetering te introduceren (bijvoorbeeld doordat ieder jaar aan strengere normen moet worden voldaan) of door een open norm op te nemen die bijvoorbeeld het gebruik van de nieuwste (effectieve) technieken op het gebied van milieu of duurzaamheid voorschrijft. Daar kan de toezichthouder dan invloed op uitoefenen. Een dergelijke samenwerking heeft echter ook nadelen. Zo beoordeelt de AFM hoe financiële instellingen omgaan met klanten, bijvoorbeeld door middel van klachtenmechanismen. Uiteraard is de bedoeling daarvan dat deze instelling (nog) beter probeert te presteren op dat punt. Dit beoordelingssysteem is verbeterd aan de hand van input vanuit de instellingen. Dergelijke co-creatie leidt uiteraard tot onderhandelingen over het beoordelingskader en dat maakt aanpassingen ook minder gemakkelijk.[102] Mijns inziens is het mede gelet op het voorgaande in beginsel niet wenselijk dat een publieke toezichthouder als medeorganisator/oprichter participeert in TPR. Dat is onder meer het geval vanwege de risico's van regulatory capture. Daarnaast kan dit problemen oproepen als het TPR-systeem private sancties kent en de publieke toezichthouder daarnaast of los daarvan publieke sancties wil opleggen. De betrokkenheid bij de private sancties kan dat bemoeilijken en roept ook de vraag op hoe onafhankelijk en onbevooroordeeld de publieke toezichthouder nog is. Daarnaast kan de publieke toezichthouder uit hoofde van deelname in het private systeem over informatie beschikken waarvan de vraag is of die zonder meer mag worden gebruikt bij het publieke toezicht en in het bijzonder bij publieke sanctionering. Wel zou meer op afstand (ook in het kader van 'erkenning' of anderszins) met TPR-systemen kunnen worden samengewerkt, bijvoorbeeld om deze te verbeteren of meer geschikt te maken voor de Nederlandse situatie. Dat zou onder meer kunnen gebeuren door in overleg te treden hoe TPR in de Nederlandse rechtsorde moet worden toegepast.

---

100 In sommige andere landen geven publieke entiteiten (anders dan de toezichthouder) ook advies over de implementatie van TPR.

101 Verbruggen en Havinga 2014, p. 23-25.

102 Het gaat hier overigens niet om een verplicht systeem. De instellingen doen hier vrijwillig aan mee. Toch kan dit van belang zijn omdat de markt wel om die hogere prestaties kan vragen. Dat speelt hier overigens niet ten opzichte van consumenten omdat de scores niet publiek zijn. Onder een bepaald niveau voldoet een financiële instelling overigens ook niet meer aan de wettelijke norm en kan de AFM dus ook ingrijpen.

Ook moet worden bepaald of en hoe informatie-uitwisseling tussen TPR en de publieke toezichthouder (en eventueel ook andersom) kan plaatsvinden.[103] Bij de mogelijkheden voor uitwisseling van informatie is van belang of het gaat om uitwisseling binnen een systeem, aan derden buiten het systeem of aan publieke toezichthouders.[104] Vaak hebben certificeerders een contractuele geheimhoudingsplicht, ten aanzien waarvan overigens kan worden afgesproken dat die onder bepaalde omstandigheden niet geldt. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn ten opzichte van derden in de keten (zoals publieke toezichthouders).[105] Geheimhouding (ten opzichte van derden) is ook onwenselijk omdat het aan een analyse van de effectiviteit van het private systeem in de weg kan staan.[106] In contractuele bepalingen kan derhalve worden opgenomen dat gegevens kunnen worden doorgegeven aan publieke toezichthouders. Dat kan ook geclausuleerd gebeuren, bijvoorbeeld in verband met wettelijke voorschriften op een bepaald terrein.[107] Zo is denkbaar dat het private systeem niet naleving van de regels ervan publiek maakt.[108] Indien die contractuele regeling niet in TPR is opgenomen, zou men kunnen denken aan wettelijke verplichtingen tot informatie-uitwisseling met de publieke toezichthouder. Deze hebben volgens Freriks echter vooral nadelen voor de private deelnemers en kunnen private controleurs de facto tot opsporingsambtenaar maken.[109] Het lijkt dan ook beter af te zien van een wettelijke regeling voor informatieverstrekking door private toezichthouders aan publieke toezichthouders. Dat kan volgens Freriks beter contractueel worden geregeld.[110] Als het private systeem niet goed functioneert, helpt ook een verplichting tot informatieoverdracht aan de overheid niet.[111] Overigens zou men een dergelijke wettelijke verplichting wel kunnen opnemen en de mogelijkheden voor sanctionering beperken, maar dat systeem is volgens haar minder aantrekkelijk omdat dit ertoe kan leiden dat zo veel mogelijk gegevens worden overgedragen en daardoor de effectiviteit afneemt omdat de publieke toezichthouder niet in staat is om al die gegevens goed te evalueren.[112] Ook kan de vraag rijzen of de Wob niet op dergelijke informatie ziet.[113] Daalder heeft betoogd dat dit niet het geval is zolang het alleen gaat om bij derden berustende gegevens, maar dat dit anders wordt als de overheid daar iets mee gaat doen, bijvoorbeeld in het kader van sanctionering.[114] Hoewel de toezichthouder zelf niet

103 Zie hierover uitgebreid in verband met (nationale) conformiteitsbeoordeling het preadvies van Neerhof onder 3.3.3.
104 Freriks 2008, p. 214.
105 Freriks 2008, p. 215.
106 Freriks 2008, p. 217.
107 Freriks 2008, p. 216. Daar verzet het EVRM zich volgens haar ook niet tegen. Zie Freriks 2008, p. 216 en 217.
108 Zie ook Freriks 2008, p. 221.
109 Freriks 2008, p. 226.
110 Freriks 2008, p. 227.
111 Freriks 2008, p. 226.
112 Freriks 2008, p. 226 en 227.
113 Zie hierover uitgebreid in verband met (nationale) conformiteitsbeoordeling het preadvies van Neerhof onder 2.3.6.
114 Daalder 2005, p. 112. Op grond van art. 10 onderdeel d Wob blijft verstrekking echter achterwege als het belang daarvan niet opweegt tegen de noodzaak van effectieve inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen. Zie Freriks 2008, p. 218.

op grond van de Wob om inzage kan vragen, is niet ondenkbaar dat derden dat wel kunnen doen. Voorts kan een probleem zijn dat indien certificerende instellingen specifieke nalevingsinformatie doorsluizen de bereidheid van de gecertificeerden om informatie te verschaffen zal afnemen. Dat geldt uiteraard niet als het gaat om generieke informatie zoals aantallen ingetrokken certificaten.[115] Artikel 6 EVRM kan zich bovendien verzetten tegen het overdragen van informatie aan een publieke toezichthouder. Dat geldt vooral voor verklaringen van onder toezicht gestelden in verband met punitieve sancties en het verbod op zelfincriminatie, maar minder voor schriftelijke bescheiden die onafhankelijk van de wil van de onder toezicht gestelde bestaan.[116] Dit geldt in het bijzonder als een onder toezicht gestelde (de facto) wordt gedwongen tot aansluiting bij een privaat systeem. Artikel 6 EVRM is dan onverkort van toepassing.[117] Het lijkt daarmee niet zonder meer voor de hand te liggen om een wettelijke verplichting tot informatie-uitwisseling in verband met TPR te creëren, ook niet als TPR het publieke toezicht ondersteunt.

Aan de andere kant is de vraag of publieke toezichts- en opsporingsinformatie mag worden verstrekt aan private controle-instellingen.[118] Kan dat bijvoorbeeld gebeuren op grond van een Wob-beroep van private toezichthouders?[119] Verstrekking op grond van de Wob aan private toezichthouders lijkt echter minder aantrekkelijk omdat het gevolg daarvan is dat ook anderen er dan over moeten kunnen beschikken.[120] Mijns inziens ligt het ook niet voor de hand om toezichtsinformatie van publieke toezichthouders uit te wisselen met private toezichthouders. Veelal wordt de bekendmaking van overtredingen van de regelgeving op grond van een wettelijke regeling (zoals de Wft) bij wijze van (additionele) sanctie gebruikt. Uiteraard zal een private toezichthouder er dan ook van op de hoogte komen. Dat neemt niet weg dat ook (enkele) bekendmaking aan een private toezichthouder het effect kan hebben van een (additionele) sanctie omdat dit consequenties kan hebben voor (deelname aan) het private systeem. In veel systemen wordt bijvoorbeeld als eis gesteld dat men zich aan (bepaalde) nationale regelgeving dient te houden. Als de private toezichthouder ervan op de hoogte komt dat dit niet het geval is, kan dat derhalve consequenties hebben in het private systeem.

Voor informatieverstrekking door een publieke toezichthouder aan een private toezichthouder is derhalve (buiten de gevallen waarin schendingen nu al openbaar worden gemaakt op grond van een publiekrechtelijke wettelijke regeling) mijns inziens in beginsel een wettelijke grondslag nodig.[121] Ook in die gevallen moet de toezichthouder bijvoorbeeld de afweging maken of die verstrekking aan de private toezichthouder evenredig is aan de geconstateerde overtreding. Hier rijst bovendien de vraag of de beslissing informatie met de private toezichthouder uit te wisselen ook steeds een besluit in de zin van de Awb oplevert of een feitelijke handeling is zonder rechtsgevolg. Gelet op de huidige regeling waarin

115 Van Gestel 2008, p. 156. Vgl. ook Freriks 2008, p. 226.
116 Freriks 2008, p. 187 en 188.
117 Freriks 2008, p. 188.
118 Freriks 2008, p. 217.
119 Freriks 2008, p. 217.
120 Freriks 2008, p. 227.
121 Zie ook Freriks 2008, p. 220 en 221.

het openbaar maken van overtredingen in het algemeen bij besluit moet geschieden, ligt het wel voor de hand bij dergelijke informatie-uitwisseling uit te gaan van een besluit omdat dit voor de private partij waarop de informatie betrekking heeft binnen het TPR-systeem (nadelige) gevolgen kan hebben[122] (hetgeen ook de bedoeling kan zijn van de informatie-uitwisseling) en dit is daarom mijns inziens gericht op rechtsgevolg.

De toetsingcriteria voor TPR en de inrichting van die toetsing

De criteria waaraan TPR door de publieke toezichthouder zou moeten worden getoetst als dit niet al op nationaal niveau is gebeurd, zijn al aan de orde gekomen in het vorige hoofdstuk in verband met de nationale erkenningsinstantie voor TPR. Daar is ook besproken dat de toetsing van de TPR door publieke toezichthouders alleen voor de hand ligt indien op nationaal niveau nog geen erkenning heeft plaatsgevonden en TPR alleen op een specifiek toezichtsterrein wordt gebruikt. Wel zal de toetsing van de legitimiteit en effectiviteit van TPR dan wel op nationaal niveau dan wel op het niveau van een specifieke toezichthouder indringender zijn indien het gaat om TPR dat een privaat handhavingssysteem omvat (dat een publieke toezichthouder in het kader van publiek toezicht wil gebruiken) dan wanneer het gaat om TPR met een signaalfunctie en aan de orde is of daaraan een subsidie kan worden toegekend.

Zoals gezegd moet de toezichthouder voldoende transparant zijn in de eisen die aan TPR worden gesteld en in de wijze waarop private partijen die kunnen realiseren. Dat is juist ook voor de minder goed presterende partijen van belang. De door de toezichthouder gestelde eisen moeten ook gemakkelijk (bijvoorbeeld op internet) zijn te vinden.

3.3.4 Wijze van erkenning door toezichthouders

Uit het vorenstaande volgt dat een publieke toezichthouder TPR in het kader van het publieke toezicht kan gebruiken als (kort gezegd) de marktomstandigheden dat toelaten, het publieke toezicht daarop voldoende is ingericht en TPR effectief en legitiem is in de hiervoor bedoelde zin. Tot op heden wordt deze driefasentoets echter nog niet (integraal) door publieke toezichthouders uitgevoerd.

Sommige toezichthouders onderzoeken TPR al wel op een aantal van in het vorige hoofdstuk besproken effectiviteitscriteria alvorens die in het kader van het toezicht te gebruiken. Zo stelt de NVWA op het terrein van voedselveiligheid eisen aan (het functioneren van) private systemen om voor 'erkenning' door de NVWA in aanmerking te komen en om als toezichtondersteunend instrument te kunnen worden gebruikt.[123] De criteria zijn overigens vooral door de private partijen zelf

122 Dat geldt ook in verband met privacy en gegevensbescherming.

123 Op dit moment is overigens nog geen privaat systeem erkend. Vgl. ook het beleidskader systeemtoezicht van de Provincie Noord-Brabant waarin in de Checklist Nalevingscompetentie (bijlage 2) eisen worden gesteld aan een privaat nalevingssysteem binnen een bedrijf; deze checklist is te vinden op http://www.brabant.nl/dossiers/dossiers-op-thema/handhaving/naleving-en-toezicht/-/media/5CE414E33CE4447FB61A1D72CD6CEB33.pdf. Indien aan deze eisen wordt voldaan, vindt minder publiek toezicht plaats. Deze wijze van toezicht gaat

ontwikkeld, zij het dat de NVWA zich daarmee wel heeft bemoeid.[124] Er wordt onder meer geëist dat onafhankelijkheid van de toezichthouder van de producenten is gewaarborgd, dat eisen worden gesteld aan de wijze waarop wordt gecertificeerd, dat het private systeem de performance van aangesloten bedrijven toont en mogelijke verbeterplannen van het private systeem geeft, dat het private kwaliteitssysteem invulling geeft aan Europese en nationale wet- en regelgeving (waaronder op het terrein van (voedsel)managementsystemen en het gebruik van een HACCP-systeem)[125] en dat een duidelijke regeling bestaat voor informatie-uitwisseling met de NVWA.[126] Verder moet het private systeem bedrijven verplichten ernstige afwijkingen te melden aan de certificeerder en dient het waarborgen te bevatten tegen fraude. Het valt daarmee op dat de NVWA nog niet aan alle in het vorige hoofdstuk genoemde (effectiviteits- en legitimiteits)criteria toetst. Zo wordt nog niet gekeken naar de kosten van het private systeem, de risico's op marktverstoring door dit systeem, de vraag of het systeem regels bevat in het geval de daarin opgenomen standaarden niet overeenstemmen met andere (wettelijke) regels en over het betrekken van belanghebbenden bij het opstellen van de standaarden. In verband met deze erkenning bestaat verder onder meer discussie met de private systemen of onaangekondigde controles dienen plaats te vinden (dat is bij certificering in beginsel niet het geval) en welk percentage van de controles onaangekondigd zou moeten zijn.[127] Mijns inziens is dat laatste overigens een verkeerd uitgangspunt. Het zou veeleer van het risico op niet-naleving moeten afhangen of en hoe vaak onaangekondigd moet worden gecontroleerd. Voorts moet intrekking van een certificaat worden gemeld aan de publieke toezichthouder en dienen slecht presterende certificeerders uit het systeem te worden gezet. De NVWA onderscheidt in het kader van de private (certificatie)systemen een eerste en tweede niveau. Het eerste niveau voldoet aan alle eisen en in dat geval kan een privaat systeem het toezicht volgens de NVWA deels vervangen. Het tweede niveau voldoet niet aan alle eisen, maar kan dan nog wel een toezichtondersteunende functie hebben. Het implementeren van een privaat systeem op het eerste niveau betekent echter niet dat de NVWA niet meer zelf kan controleren, zij kan bovendien ook zelf als waarnemer bij de certificering aanwezig zijn.

Andere toezichthouders publiceren (in het kader van de legitimiteit van TPR) private normen die in het kader van het toezicht worden gebruikt en organiseren daaraan voorafgaand soms ook (internet) consultaties. Het lijkt in het verlengde daarvan van belang dat de hiervoor bedoelde driefasentoetsing van TPR door de

---

uitdrukkelijk uit van wederzijds vertrouwen. Zie http://www.brabant.nl/dossiers/dossiers-op-thema/handhaving/naleving-en-toezicht/introductie-systeemgericht-toezicht.aspx. Zie daarover ook De Bree 2013, p. 66 en 67.

124 Deze criteria zijn te vinden op https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2014/07/07/criteria-voor-acceptatie-van-kwaliteitssystemen-door-de-nvwa.

125 Zie bijvoorbeeld Helderman & Honingh 2009, p. 66 en 77.

126 Overigens ziet de certificering, in ieder geval vooralsnog, niet op de algemene borging van regelnaleving. Zie De Bree 2013, p. 23.

127 Men kan zich overigens afvragen of TPR-systemen wel geneigd zijn te overleggen met (en zich te schikken naar) de wensen van een publieke toezichthouder in een (klein) land als Nederland. Gebleken is echter dat die bereidheid vaak wel bestaat.

publieke toezichthouder transparant geschiedt. Daarmaast zou het betreffende TPR-systeem (en andere belanghebbenden) ook tegen naar aanleiding van die toetsing genomen beslissingen moeten kunnen opkomen. Naarmate de markt meer 'gejuridificeerd' is en een meer formeel-juridische benadering van marktdeelnemers gemeengoed is, des te belangrijker is het dat de toetsing van TPR meer transparant en objectiveerbaar geschiedt.[128] Indien dat niet het geval is, is immers denkbaar dat de 'erkenning' onderwerp blijft van lang juridisch getouwtrek. De zojuist bedoelde transparantie ziet op de eisen die de toezichthouder aan TPR stelt en wat zij daarvan verwacht. Daarnaast is het belangrijk dat de publieke toezichthouder ook duidelijk is over de gevolgen die zij verbindt aan erkenning van een TPR-systeem.[129] Meer transparantie in de zojuist bedoelde zin is mijns inziens het best te realiseren indien de 'erkenning' door de toezichthouder geschiedt door middel van een besluit. Dit besluit zou mijns inziens (net als voor de in het vorige hoofdstuk beschreven 'erkenning' door een nationale instantie geldt) openbaar moeten worden voorbereid, zodat ook belanghebbenden inspraak hebben in het functioneren en het nut van TPR als ondersteuning van het toezicht. Door middel van dergelijke inspraak kan een aantal van de hiervoor geschetste problemen van het functioneren van TPR in de Nederlandse rechtsorde worden geadresseerd. Zo kunnen derden klagen dat zij geen toegang hebben tot TPR, met welke zienswijze de publieke toezichthouder in het kader van de 'erkenning' van TPR als toezichtondersteunende factor rekening kan houden.[130] Dergelijke inspraak vergroot bovendien de legitimiteit van TPR als toezichtsondersteunende factor. Het onderzoek naar de legitimiteit en effectiveit van TPR-systemen is overigens ingewikkeld en kost vaak veel geld, hetgeen een publieke toezichthouder met ondersteuning van het toezicht door TPR (voor ondersteuning door private systemen ook wel systeemtoezicht genoemd) nu juist zou willen besparen, althans waarvoor niet steeds voldoende middelen en capaciteit voorhanden zullen zijn. Dergelijke kosten kan een publieke toezichthouder aanzienlijk verminderen door bijvoorbeeld eisen aan TPR te stellen en deze systemen zelf, indien zij een rol willen spelen in het kader van de ondersteuning van het publieke toezicht, informatie te laten verschaffen die de toezichthouder in staat stelt om de zojuist bedoelde toetsing te verrichten (en TPR-systemen wellicht ook een zelfevaluatie te laten uitvoeren). Zo kan met een door het TPR-systeem te verrichten nulmeting worden gewerkt en een evaluatie over een bepaalde periode, die door de publieke toezichthouder zou kunnen worden getoetst. Weliswaar zal een publieke toezichthouder niet blindelings op die informatie kunnen afgaan en zal zij die nog steekproefsgewijs of door middel van meta-analyses moeten toetsen, maar dat scheelt aanzienlijk in de kosten. Daarnaast stelt een adequaat TPR-systeem een publieke toezichthouder in staat om beter toezicht te houden en heeft dat ook positieve (financiële) consequenties

128 Zo werd als kritiek geuit op het ToM-project van de AFM dat de beoordeling van de effectiviteit van de private borging te subjectief is. Zie Helderman & Honingh 2009, p. 84 en 88.

129 Vgl. De Bree 2013, p. 58.

130 Vgl. Freriks 2008, p. 213, die constateert dat een dergelijke derde zich in het huidige systeem alleen tot de publieke toezichthouder kan wenden, die daar mijns inziens overigens (behoudens voor zover het mededingingstoezicht betreft) maar beperkt wat mee kan doen.

voor de toezichthouder (of het algemeen belang) op het terrein waar toezicht wordt gehouden en dat draagt daarmee bij aan de doelstelling van de publieke toezichthouder. Ook dat vertegenwoordigt een zekere (maatschappelijke) waarde.

3.3.5 Gevolgen van 'erkenning'

Indien een TPR-systeem is 'erkend' zou de publieke toezichthouder een rol kunnen spelen om TPR ingang te doen vinden in een bepaalde markt. Dat kan bijvoorbeeld gebeuren door bij evaluaties van de TPR suggesties te doen voor verbetering of bijvoorbeeld door middel van bepaalde subsidies. Ook is denkbaar dat de kosten van (publiek) toezicht worden verminderd voor degenen die deelnemen aan een TPR-systeem.[131]

Een publieke toezichthouder zou ter aanmoediging van TPR verder straffe sanctionering van desondanks geconstateerde overtredingen (in ieder geval tijdelijk) kunnen beperken om het leerproces in een bepaalde branche met TPR niet te veel te verstoren, met name als duidelijk is dat een bedrijf zich heeft ingespannen om de regels wellicht niet naar de letter maar wel naar de geest na te leven.[132] Daarbij is ook van belang dat een TPR-systeem na de aanvankelijke implementatie ervan door middel van evaluaties kan verbeteren en ook niet onmiddellijk perfect hoeft te zijn. Het gaat er dan meer om om ervoor te zorgen dat een duurzaam leren van eerdere incidenten plaatsvindt.[133] Verder is het ook belangrijk om met de markt te communiceren en te evalueren hoe de publieke toezichthouder de TPR-regels interpreteert.[134] Ook is denkbaar dat de private toezichthouder een overzicht publiceert van de best presterende ondernemingen (op de Nederlandse markt).[135] Anderzijds zal na verloop van tijd, wanneer TPR is ingeburgerd, anders moeten worden omgegaan met sanctionering, met name als TPR ertoe leidt dat minder wordt gecontroleerd door de publieke toezichthouder bij de entiteiten die TPR implementeren.[136] Dan geldt in beginsel dat schending van het vertrouwen van de publieke toezichthouder in beginsel tot straffe sanctionering moet leiden. Daarbij moet echter goed worden onderzocht op welke wijze bestraffing moet plaatsvinden. Zo kan een doel van het publieke toezicht zijn om transparantie te creëren over gemaakte fouten, zoals in de luchtvaartbranche aan de orde is.[137] Uiteraard zal een op een (op basis van een TPR-systeem openbaar gemaakte) fout volgende publieke sanctie die transparantie niet bevorderen. Het hangt er dus van

131 Vgl. voor de situatie in het VK De Bree 2013, p. 67.

132 De Bree 2010, p. 68 en 92.

133 Vgl. De Bree 2013, p. 91. Het gaat dan om het zogenoemde double loop learning waarbij men (ook) kijkt naar de achterliggende processen en strategieën die tot het probleem hebben geleid. Zie Stoopendaal e.a. 2014, p. 32.

134 De Bree 2013, p. 92.

135 Niet ondenkbaar is dat ook de publieke toezichthouder de bevoegdheid daartoe krijgt, maar het is de vraag of het wenselijk is dat de publieke toezichthouder dergelijke 'rankings' gaat bijhouden. Daarvan kan het (wellicht concurrentieverstorende) effect uitgaan dat door de markt (ten onrechte) wordt verondersteld dat de ranking door de overheid iets zegt over de kwaliteit van producten of diensten.

136 Vgl. Helderman & Honingh 2009, p. 73.

137 Zie ook De Bree 2010, p. 58 en 68.

af of door het TPR-systeem geconstateerde fouten steeds (streng) moeten worden bestraft.[138] Het is in dergelijke gevallen denkbaar dat niet de (openbaar gemaakte) fout wordt bestraft, maar het vervolgens niet nemen van maatregelen om het maken van die fout voor de toekomst te voorkomen of het niet melden van een fout.[139] Daarnaast kan een overtreder bijvoorbeeld weer in een strenger publiek toezichtsregime worden geplaatst.[140] Overigens betekent het vorenstaande niet dat een TPR-systeem (of een publieke toezichthouder) ook steeds een zo groot mogelijke transparantie zou moeten nastreven. Probleem van te veel transparantie kan zijn dat dit de mededinging verstoort. Er moet dus voor worden gewaakt dat concurrentiegevoelige informatie transparant moet worden gemaakt. Dat speelt overigens bijvoorbeeld in de luchtvaart niet, nu daarin, naar hiervoor is uiteengezet, niet op veiligheid wordt geconcurreerd. Meer in algemene zin zal dat ook gelden voor de hier centraal staande TPR op het gebied van mensenrechten, milieu en voedselveiligheid, nu ook dat geen onderwerpen (zouden moeten) zijn waarop wordt geconcurreerd.

Een vraag die vervolgens kan rijzen is of indien TPR is erkend (als toezichtsondersteunende factor) de publieke toezichthouder in beginsel ook van marktdeelnemers kan verlangen dat zij zich daarbij aansluiten (met name omdat de publieke toezichthouder op internationaal niveau geen toezichtsbevoegdheden heeft) of dat een marktdeelnemer ook moet kunnen aangeven dat hij alleen door middel van publiek toezicht wenst te worden gecontroleerd. Mijns inziens is dat laatste het geval, mede gelet op het hiervoor besproken aspect dat de effectiviteit van TPR per marktdeelnemer kan verschillen. Het lijkt daarom niet zinvol om als publieke toezichthouder te eisen dat alle marktdeelnemers 'erkende' TPR implementeren. Een dergelijke eis kan er ook toe leiden dat zich nieuwe TPR-(certificerings)systemen gaan ontwikkelen en die minder ruim boven de gestelde minimumeisen gaan zitten en daardoor goedkoper zijn, hetgeen aan de wens van bepaalde marktdeelnemers tegemoet kan komen. Dat resulteert in een onwenselijke spiraal naar beneden indien de publieke toezichthouder ook dergelijke systemen moet 'erkennen'. Op Unieniveau heeft men een dergelijke ervaring gehad in verband met de verplichte certificering van biobrandstoffen. Die verplichte certificering heeft ertoe geleid dat TPR-systemen ontstonden die steeds minder stringente eisen stelden. Dat belemmerde ook de mogelijkheid voor marktdeelnemers om zich te onderscheiden met TPR, nu alle deelnemers verplicht dienden te zijn gecertificeerd. Het niet verplicht stellen van TPR roept echter wel een free rider probleem op nu degenen die geen kosten maken om TPR te implementeren en alleen door de publieke toezichthouder worden gecontroleerd vaak aan lagere normen behoeven te voldoen en voor het toezicht minder kosten behoeven te maken dan de bedrijven die wel aan TPR meedoen.[141] In dat verband is overigens, naar in het vorige hoofdstuk aan de orde kwam, onderdeel

138 Vgl. De Bree 2013, p. 44.

139 Denkbaar is overigens dat de fout zelf ook wordt bestraft en het niet nemen van maatregelen om toekomstige fouten te voorkomen of het niet melden ervan wordt aangemerkt als een (boete) verzwarende omstandigheid of onder omstandigheden zelfs als een zelfstandige overtreding.

140 De Bree 2013, p. 94; Stoopendaal e.a. 2014, p. 39.

141 Zie ook in verband met voedselveiligheid Verbruggen & Havinga 2014, p. 29.

van de toetsing door de toezichthouder (of door de nationale erkenningsinstantie) of de kosten van de TPR evenredig zijn ten opzichte van het ermee te bereiken publieke doel van toezichtsondersteuning.[142] Meer in algemene zin zal immers gelden dat marktdeelnemers op zoek kunnen gaan naar 'goedkopere' TPR-systemen die ook aan de door de publieke toezichthouder gestelde eisen voldoen indien de door een TPR-systeem gestelde hogere eisen (en strenger toezicht) onvoldoende opleveren in het kader van de mogelijkheid om zich ermee te onderscheiden.[143]

Voorts kan de vraag rijzen hoe publieke toezichthouders moeten omgaan met beslissingen van private geschillenbeslechters in een TPR-systeem. In veel gevallen bevatten dergelijke systemen ook eigen geschilbeslechtingsmechanismen variërend van een klachtenmechanisme tot mediation en arbitrage. In zowel privaatrechtelijke als bestuursrechtelijke jurisprudentie zijn dergelijke beslissingen meegenomen in de beoordeling.[144] De vraag is of en op welke wijze dat ook geldt voor de publieke toezichthouder. De beantwoording van deze vraag zal mijns inziens in belangrijke mate afhangen van de omstandigheden en de materie waarop de beslissing betrekking heeft.[145]

Verder kan indien publiek toezicht wordt ondersteund door TPR het probleem van samenloop van sancties rijzen.[146] Daarbij dient te worden bedacht dat TPR-systemen over andere sancties kunnen beschikken dan de publieke toezichthouder en deze sancties internationaal (in combinatie met publieke regelgeving) ook effectiever kunnen zijn.[147] Zo geldt voor de hiervoor besproken ecolabels (zoals UTZ Certified, Fair Trade en FSC) dat deze merkenrechtelijk zijn beschermd, waardoor, naar in hoofdstuk 2 aan de orde kwam, internationale private handhaving mogelijk is. Overigens hebben certificeerders als externe partij weer andere problemen, in welk verband met name een rol speelt dat de onafhankelijkheid in het gedrang kan zijn omdat de certificeerder wordt betaald door degene die hij controleert en bovendien certificering vooral een onderzoek is van documenten, zonder dat onderliggende procedures (uitgebreid) worden onderzocht. Bovendien vinden controles vaak aangekondigd plaats.[148] Het is overigens de vraag of publiek toezicht beter in staat is om in dit internationale verband nietnaleving van publieke regelgeving te controleren dan private certificeerders (ondanks de problemen die daaraan kleven). Wel dient de publieke toezichthouder zich bewust te zijn van deze mogelijke samenloop van sancties en daarvoor een regeling te treffen.[149] Daarin zou aan de orde kunnen komen of intrekking van een certificaat bijvoorbeeld betekent dat de publiekrechtelijke erkenning, vergunning of ontheffing waarvoor certificering nodig is komt te vervallen of dat de toezichthouder eerst moet controleren of de intrekking wel op zorgvuldige

142 Vgl. ook De Bree 2013, p. 21.
143 Vgl. Verbruggen & Havinga 2014, p. 27.
144 Zie bijvoorbeeld HR 28 februari 1997, *AB* 1997/134, m.nt. Drupsteen; HR 10 december 1999, JB 2000/20 (SKV); CBb 19 mei 2004, *AB* 2004/269, m.nt. Van der Veen.
145 Ik ga hierop nader in onder 4.3.4.
146 Vgl. Eijlander 2008, onder 5.
147 Zie bijvoorbeeld Scheltema 2014, p. 320-331.
148 Zie over deze problemen bijvoorbeeld Scheltema 2014, p. 324 en 325.
149 Vgl. voor nationale private systemen Van Gestel 2008, p. 156.

wijze heeft plaatsgevonden en hoe met informatie-uitwisseling wordt omgegaan. De bestaande samenwerkingsprotocollen tussen publieke toezichthouders zouden hiervoor een inspiratiebron kunnen vormen.[150] Ook het TPR-systeem kan hiervoor een regeling bevatten. Zo is denkbaar dat wordt bepaald dat degenen die in het jaar voorafgaand aan een certificeringsverzoek regelgeving hebben overtreden en daarvoor zijn veroordeeld of een schikking met het OM hebben getroffen, niet mogen meedoen aan certificering in dat jaar.[151] Het lijkt echter niet voor de hand te liggen om cumulatie wettelijk uit te sluiten, de samenloop kan wel worden verdisconteerd in het toezichtsbeleid en de publieke sancties die worden opgelegd.[152] In dat verband is het voor de publieke toezichthouder van groot belang te onderzoeken wat het effect is van de private en eventuele publieke sancties. Het ligt voor de hand voor de meest effectieve te kiezen. Nu dat onder meer zal afhangen van de soort overtreding, de wijze waarop sancties in het private systeem zijn geregeld en de marktcondities, lijkt het van belang om in de keuze tussen private en publieke sancties de nodige flexibiliteit in te bouwen en daarvoor niet een (te rigide) wettelijke regeling op te stellen.

In verband met het vorenstaande is van belang dat private systemen, zoals bij certificering, vaak minder uitgebreide sanctiemogelijkheden kennen dan het publieke systeem. Zo kan bij certificering een certificaat worden ingetrokken of opgeschort, maar bestaan er geen andere sancties. Daarnaast behoeft een private toezichthouder (bijvoorbeeld bij certificering) niet zonder meer op dezelfde lijn te zitten als de publieke toezichthouder als het gaat om de vraag of en hoe snel moet worden gesanctioneerd. Het vorenstaande neemt niet weg dat de publieke toezichthouder duidelijk zal moeten maken hoe hij omgaat met TPR en op welke wijze schending van de standaarden van het TPR-systeem ook publiekrechtelijk relevant zijn. Daarbij dient de publieke toezichthouder erop bedacht te zijn dat een TPR-norm in het kader van de beoordeling door de bestuursrechter strikt zal worden uitgelegd.[153] Deze norm dient daarom ook voldoende duidelijke criteria te bevatten. Daarnaast is de vraag of, indien een publieke sanctie mogelijk is, een rol dient te spelen of het TPR-systeem bijvoorbeeld een certificaat heeft ingetrokken. Is dan sprake van een ongeoorloofde samenloop van sancties of verboden ne bis in idem? Dat is mijns inziens niet het geval nu de sancties andere doelen hebben en ook niet zonder meer dezelfde overtreding wordt bestraft. Desalniettemin lijkt het wenselijk dat publieke toezichthouders beleid ontwikkelen wanneer en hoe zij (hun bekende) private sancties meenemen bij het opleggen van publieke sancties.[154]

---

150 Zie bijvoorbeeld voor het samenwerkingsprotocol tussen de ACM en de AFM https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13000/Samenwerkingsprotocol-tussen-de-Autoriteit-Consument-en-Markt-en-Stichting-Autoriteit-Financiele-Markten/.

151 Vgl. het nationale IKB Varken-systeem en in het bijzonder art. 3.4 van het certificatiereglement, te vinden op http://www.ikbnederland.nl/wp-content/uploads/reglement/Certificatie_Reglement_IKB_Nederland_Varkens_versie_28.pdf. Zie ook Freriks 2008, p. 181.

152 Freriks 2008, p. 225.

153 Vgl. bijvoorbeeld CBb 3 juni 2014, AB 2015, 298, m.nt. Jansen, welke uitspraak overigens geen betrekking had op TPR-normen.

154 Vgl. voor de verhouding tussen bestuurs- en strafrechtelijke handhaving De Bree 2013, p. 32.

Ten slotte dient de publieke toezichthouder te bezien welke TPR al bestaat, ook indien hij van mening is dat marktcondities niet geschikt zijn om TPR een rol te laten vervullen in het kader van zijn toezicht. Indien TPR bijvoorbeeld voornamelijk andere onderwerpen bestrijkt dan waar het publieke toezicht op ziet of niet voldoet aan de criteria voor erkenning van dit TPR-systeem in het kader van het publieke toezicht, dient te worden bezien of en welke invloed dit TPR-systeem heeft op het publieke toezicht. Het is van belang de eventuele negatieve invloed die daarvan uitgaat zoveel mogelijk te mitigeren, bijvoorbeeld door het overheidstoezicht enigszins aan te passen zodat de systemen minder concurreren en elkaar nadelig beïnvloeden of door in overleg te treden met de TPR-organisatie. In dat verband is ook denkbaar dat de publieke toezichthouder de TPR-systeemeigenaar ervan tracht te overtuigen dat enige wijziging van het TPR-systeem nuttig zou kunnen zijn (al dan niet in het kader van een reguliere evaluatie van het TPR-systeem).[155] De publieke toezichthouder dient dergelijke evaluaties (ook van systemen die niet direct in het kader van het toezicht worden gebruikt) derhalve in de gaten te houden voor zover het TPR systeem het publieke toezicht beïnvloedt.

155 Vgl. De Bree 2013, p. 59.

4 De bestuursrechter en TPR

4.1 Inleiding

Hiervoor is de rol van TPR in het bestuursrecht besproken in verband met wetgeving en (publiek) toezicht. Thans is de rol van de bestuursrechter aan de orde. De eerste vraag die men zou kunnen stellen is welke rol de bestuursrechter in verband met TPR heeft of zou moeten hebben. Daarnaast is in verband daarmee relevant of en hoe hij (aan) TPR zou kunnen toetsen. De omvang van die toetsingsmogelijkheid hangt uiteraard ook samen met de aanvaarding van de in de vorige hoofdstukken besproken mogelijkheid van 'erkenning' bij besluit van TPR.

De reden waarom de bestuursrechter zich met (de legitimiteit en effectiviteit van) TPR zou moeten bezighouden is mede gebaseerd op de omstandigheid dat geen gegeven is dat de daarin vastgelegde normen/standaarden deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde. Met name ook bij de invulling van zogenoemde 'open normen' aan de hand van TPR zou de rechter zich daarvan bewust moeten zijn.

Hierna zal eerst worden ingegaan op de rol die de burgerlijke rechter in verschillende uitspraken op zich heeft genomen bij nationale private regulering om te bezien of daaruit inzichten kunnen worden ontleend voor de rol die de bestuursrechter zou kunnen krijgen in verband met TPR. Daarna wordt ingegaan op de rol van de bestuursrechter.

4.2 De burgerlijke rechter en private normering

In het privaatrecht is de rol van private normeringssystemen besproken in verband met de vraag hoe de burgerlijke rechter daarmee omgaat. De hier besproken private normering is overigens deels nationale private normering. Deze paragraaf ziet derhalve niet alleen op TPR. De burgerlijke rechter kan aan private normering gezichtspunten (of zelfs normen) ontlenen bij de interpretatie van open normen in wetgeving of bij het vaststellen van een in een bepaalde markt bestaande gewoonte.[1] Een uitspraak van de rechter kan een privaat normeringssysteem

1 Bijvoorbeeld HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0895 (Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen); HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007/644 (aansprakelijkheid mede op basis van het Certificeringsreglement van de Nederlandse Algemene Kwaliteitsdienst Tuinbouw); HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6165, NJ 2011/449 (Leidraad voor de Journalistiek in verband met het gebruik van verborgen camera's, waarbij de Leidraad volgens de Hoge Raad geen rechtens aan te leggen criterium is maar een omstandigheid die weliswaar in de regel gewicht in de schaal zal leggen maar niet doorslaggevend behoeft te zijn). Vgl. ook HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103; HR 23 mei 1997, NJ 1998/192 (waarin het destijds geldende

daarmee ook van belang laten zijn voor derden die bij het opstellen van de private regels niet betrokken waren.[2] Een voorbeeld is een geval waarin de Hoge Raad de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek van het Verbond van Verzekeraars (die betrekking heeft op het onderzoek of mensen arbeidsongeschikt zijn) van belang heeft geacht in de verhouding tussen een verzekeraar en een verzekerde om te beoordelen of een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde onrechtmatig is (hetgeen het geval is behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond). Bij de beantwoording van de vraag of een rechtvaardigingsgrond voor die inbreuk aanwezig is, komt het aan op een belangenafweging. Voor de invulling daarvan kan de zojuist genoemde gedragscode volgens de Hoge Raad een rol spelen (met name in verband met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit).[3] Specifiek op het terrein van maatschappelijk verantwoord ondernemen heeft de Ondernemingskamer verder beslist dat indien TPR (de OECD guidelines for multinational enterprises) als richtlijn voor het beleid in een onderneming is aanvaard, de daarin vastgelegde normen ook een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van wanbeleid.[4]

Naast het invullen van een open norm kan private regulering in het kader van het bewijsrecht een rol spelen. Zo kan het niet-naleven van een protocol een vermoeden opleveren dat niet als redelijk handelend arts is optreden, waartegen tegenbewijs mogelijk is.[5] Private normering kan ook een meer informele rol vervullen en aan de rechter inzicht bieden in hetgeen in bepaalde sectoren van de maatschappij aan kennis, ervaring en inzichten bestaat. Deze bron van informatie voor de rechter is vaak ook actueler omdat het inspeelt op nieuwe ontwikkelingen die in private normering kunnen zijn meegenomen.[6] Wel is nodig dat

---

Reglement voor de handel op de optiebeurs een rol speelt in het kader van de formulering van een aantal gezichtspunten). Zie voorts HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4200; HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4887. Zie verder Giesen 2007, p. 98 en 100 e.v. Te denken valt aan de open norm van een redelijk handelend arts van art. 7:453 jo. 7:401 BW die wordt ingevuld met medische protocollen. Omdat een protocol in het algemeen slechts een beperkt aantal mensen binnen een ziekenhuis bindt, kan het niet als algemene professionele standaard gelden en dus niet als landelijke invulling van de open norm gelden. Zie Giesen 2007, p. 108. Verder valt in meer algemene zin te denken aan zorgplichten in het aansprakelijkheidsrecht. Zie Giesen 2007, p. 128. Een gebruik binnen een bepaalde branche levert ook niet zonder meer gewoonterecht op dat invulling geeft aan de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW. Zie Giesen 2008. Onduidelijk is bovendien of de praktijkregels van Insolad relevant zijn in het kader van de bevoegdheid van een curator. Vgl. HR 22 juni 2007, NJ 2007/520, m.nt. Van Schilfgaarde. De A-G ging er dieper op in maar meende dat die praktijkregels beperkte betekenis hadden omdat ze niet als zodanig algemeen zijn aanvaard en niet onomstreden is dat niet-naleving in beginsel een onzorgvuldige handeling is, ook gelet op de typering van de regels door de beroepsgroep zelf die wilde aanzien hoe er in de praktijk tegen zou worden aangekeken. Zie de Conclusie van A-G Wuisman voor HR 22 juni 2007, NJ 2007/520, m.nt. Van Schilfgaarde onder 2.7.

2 Giesen 2007, p. 102, 106, 107 en 127. Zie ook HR 2 maart 2001, NJ 2001/649, m.nt. Van Wijmen & Vranken.

3 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942 (*Achmea/Rijnberg*). Zie ook Menting 2015, p. 106; Giesen 2008.

4 OK 21 juni 1979, NJ 1980/71 (*Batco*). Zie daarover ook Giesen 2007, p. 103.

5 Giesen 2007, p. 128. Zie ook HR 13 juli 2007, *RvdW* 2007/705 waarin het gebruik van de zogenoemde omkeringsregel werd gebaseerd op de omstandigheid dat een NEN-norm niet was nageleefd.

6 Asser/Vranken***, nr. 91.

partijen de rechter op het bestaan van dergelijke private normering wijzen en de consequenties daarvan in de onderhavige aan de rechter voorgelegde zaak aan de orde stellen.

In verband met het vorenstaande rijst de vraag of de rechter indien hij private regulering als gezichtspunt of invulling van een open norm dan wel in het kader van het bewijsrecht een rol wil laten spelen, moet meewegen in welke mate legitimiteit en representativiteit gewaarborgd zijn, alsmede hoe de private regulering tot stand is gekomen.[7] Mijns inziens is dat het geval; de rechter behoeft geen acht te slaan op een niet-legitieme of inefficiënte private norm.[8] De vraag is echter of de Hoge Raad daar ook zo over denkt. Hoge eisen lijken door hem in ieder geval niet te worden gesteld. Wel lijkt van belang of consensus over de private normen bestaat.[9] De vraag of deze normen zich verhouden tot de 'state of the art' en of de belangen van de betrokkenen voldoende zijn gewaarborgd, weegt de Hoge Raad niet expliciet mee. In het hiervoor genoemde arrest *Achmea/Rijnberg* wordt acht geslagen op de inhoud en opzet van de gedragscode van het Verbond van Verzekeraars. Bovendien wijst de Hoge Raad erop dat deze gedragscode mede ten behoeve van verzekerden is opgesteld en beoogt aan te sluiten bij wet- en regelgeving op dit terrein. Volgens Menting worden door de Hoge Raad vijf gezichtspunten besproken: het doel van de gedragscode, de inhoud ervan (proportionaliteit en subsidiariteit), de verplichtende aard, de omstandigheid dat deze mede ten behoeve van verzekerden is opgesteld en of deze aansluit bij het wettelijk kader.[10] Andere hiervoor in dit preadvies besproken criteria zoals representativiteit, draagvlak, bindende kracht, inspraak en handhaving lijken niet door de Hoge Raad te worden genoemd, maar dat kan het gevolg zijn van de omstandigheid dat daarover in feitelijke instanties onvoldoende informatie was verstrekt en de Hoge Raad daar derhalve niet op kon ingaan.[11] Ook is denkbaar dat partijen het erover eens waren dat de gedragscode als toetsingskader gebruikt diende te worden en de Hoge Raad er daarom niet meer op behoefde in te gaan. Dat ligt ook voor de hand in die zin dat verzekeraars zich op grond van hun lidmaatschap van het Verbond van Verzekeraars aan de gedragscode moeten houden en het gebruik ervan ook niet tot grote problemen had geleid.[12] De rechtspraak van de Hoge Raad biedt daarmee niet veel aanknopingspunten voor de wijze waarop de rechter private regulering beoordeelt.[13] Wel wordt in de privaatrechtelijke literatuur van belang geacht dat de rechter toetst of private regulering voldoende representatief is, de legitimiteit is gewaardborgd en bij het opstellen ervan procedurele waarborgen in acht zijn genomen.[14]

---

7 Vgl. Giesen 2007, p. 123.

8 Vgl. Giesen 2007, p. 134. Zo lijkt in het kader van het meewegen van een gedragscode in verband met privacy van belang te zijn of dit volgens de Autoriteit Persoonsgegevens een juiste uitwerking vormt van de WBP. Zie Giesen 2008 onder verwijzing naar HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4200; HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4887.

9 HR 2 maart 2001, NJ 2001/649; HR 19 maart 2004, NJ 2004/307. Zie ook Asser/Vranken***, nr. 84,

10 Menting 2015, p. 108.

11 Vgl. ook Menting 2015, p. 108.

12 Menting 2015, p. 108.

13 Menting 2015, p. 108.

14 Asser/Vranken***, nr. 83 en 91. Vgl. Giesen 2008.

4.3 De bestuursrechter en TPR

4.3.1 Op welke wijze en wanneer is TPR relevant?

Bij de beoordeling door de bestuursrechter lijkt van belang wat de context is van de beslissing die van de bestuursrechter wordt gevraagd en waarin TPR van belang is. Zo speelt een rol of een publieke toezichthouder een boete heeft opgelegd wegens overtreding van TPR-normen die in het kader van het toezicht een rol spelen, dat een subsidie wordt geweigerd omdat niet is voldaan aan bepaalde in de subsidieregeling genoemde in TPR gestelde eisen of dat een besluit wordt beoordeeld gegrond op beleid van een bestuursorgaan dat mede is gebaseerd op TPR. Verder is van belang hoeveel beleids- of beoordelingsvrijheid een bestuursorgaan toekomt. Naarmate die groter is, zal er wellicht minder ruimte voor de rechter bestaan om eisen te stellen aan TPR (die van belang is in het kader van besluitvorming door een bestuursorgaan).

TPR kan daarom een rol spelen bij de toetsing door de bestuursrechter. Veelal wordt TPR overigens niet als zodanig getoetst. Dat is het geval als TPR wordt gebruikt om bestuursrechtelijke (open) normen in te vullen (in het kader van een door een bestuursorgaan genomen besluit). Verder kan de bestuursrechter bezien of het gebruik van TPR als een evenwichtige invulling van de beleidsvrijheid van een bestuursorgaan kan worden beschouwd. Het lijkt in dat verband echter niet veel verschil te maken of de beleidsregel zelf (indirect via een besluit) wordt getoetst of de daaraan ten grondslag liggende TPR. Het gaat erom of het beleid (waaraan de TPR ten grondslag ligt) kennelijk onredelijk is. In dat verband kan een rol spelen of TPR (binnen een bepaalde sector) breed gedragen wordt en hoe effectief deze is. Zo is in verband met legitimiteit onder meer van belang dat een TPR-organisatie, indien TPR relevant is voor derden, externe verantwoording aflegt en externe consultatie organiseert.[15] Indien externe belanghebbenden menen dat zij ten onrechte niet worden of zijn toegelaten tot de bedoelde inspraak en TPR daarom minder legitiem is, kan dat een rol spelen in een procedure bij de bestuursrechter over een door een bestuursorgaan genomen besluit waardoor deze belanghebbenden met deze TPR worden geconfronteerd. De bestuursrechter zal het gebruik van TPR in de publieke besluitvorming dan wellicht minder snel toelaatbaar achten.[16] Het gaat in deze gevallen om indirecte toetsing van/aan TPR in het kader van beroep tegen een besluit. De bestuursrechter kan in bijzondere gevallen ook direct aan TPR toetsen indien daarnaar in bestuursrechtelijke regelgeving (bijvoorbeeld ter invulling van bepaalde in het publieke toezicht gestelde vereisten) wordt verwezen.

De controle door de bestuursrechter of een toezichthouder terecht heeft geconstateerd dat publieke normen niet worden nageleefd omdat TPR wordt overtreden, lijkt overigens niet steeds gemakkelijk. Een publieke toezichthouder is in de internationale context vaak afhankelijk van informatie van (private) derden. Veelal kan de bestuursrechter daarmee niet (enkel) afgaan op door de toezichthouder zelf verzamelde informatie. De vraag is of en onder welke

15 Vgl. ook Verbruggen 2014a, p. 231.
16 Vgl. Verbruggen 2014a, p. 231.

omstandigheden de bestuursrechter dergelijke private informatie mee zal willen nemen en welke eisen hij daaraan zal stellen. In dat verband is van belang dat artikel 8 EVRM bij private controles en de toepassing van private dwangmiddelen een rol kan spelen.[17] Strijd met dit artikel brengt ten aanzien van door een publieke toezichthouder van een private toezichthouder verkregen gegevens echter niet zonder meer mee dat die buiten beschouwing moeten worden gelaten, maar wel als het gebruik ervan als unfair moet worden aangemerkt.[18]

4.3.2 Toetsing van legitimiteit en effectiviteit

Of de bestuursrechter (ruime) mogelijkheden heeft om de legitimiteit en effectiviteit van TPR te beoordelen, zal onder meer afhangen van de ruimte die de wettelijke regeling waarop de besluitvormingsbevoegdheid is gebaseerd daarvoor biedt (met name in hoeverre deze open normen bevat of het bestuursorgaan beleidsvrijheid toekent).[19] Zo zal bij boetebesluiten of een last onder bestuursdwang of dwangsom de van toepassing zijnde wettelijke regeling de ruimte moeten bieden om bepaalde voor rechtssubjecten bestaande (bestuursrechtelijke) verplichtingen (waarvan overtreding met een boete of een last onder dwangsom wordt bedreigd) aan de hand van TPR in te vullen. Ontbreekt die ruimte, dan kan een mede op (overtreding van) TPR gebaseerd besluit niet door de beugel, ongeacht of TPR legitiem of effectief is.[20] Naarmate de wettelijke regeling meer ruimte biedt, kan TPR eerder een rol spelen in het kader van de door de bestuursrechter te maken afweging en bestaan meer mogelijkheden voor de beoordeling van de legitimiteit en effectiviteit van TPR. Zeker als het om een boete gaat, zal de bestuursrechter dan in het kader van de evenredigheid (vol) kunnen toetsen of het gebruik van TPR legitiem en effectief is indien dit op grond van de wettelijke regeling kan worden gebruikt ter invulling van bestuursrechtelijke verplichtingen. In verband met boetes is verder van belang dat indien een belanghebbende TPR heeft geïmplementeerd waarmee hij naar de letter van de wet niet aan de publieke voorschriften voldoet, maar materieel wel (bijvoorbeeld omdat inmiddels nieuwere technische standaarden bestaan of omdat een bedrijf in het kader van de harmonisatie van regels een wereldwijde TPR-standaard heeft geïmplementeerd die niet steeds precies zal aansluiten op alle nationale publieke normen), aannemelijk lijkt dat de bestuursrechter daarmee rekening kan houden, mede in het kader van de verwijtbaarheid. Daarbij speelt een rol hoe legitiem en

17 Vgl. in verband met informatieverstrekking door een private toezichthouder Freriks 2008, p. 186.

18 Freriks 2008, p. 186.

19 Voor zover overigens in lagere regelgeving naar TPR wordt verwezen zonder dat sprake is van een open norm en ter zake geen beleidsvrijheid bestaat, kan in het kader van de toetsing van een besluit ook de regelgeving (exceptief) worden getoetst en daarmee wellicht ook in zekere mate de legitimiteit en effectiviteit van de TPR waarnaar wordt verwezen (bijvoorbeeld indien die meebrengt dat de lagere regelgeving in strijd komt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur).

20 Vgl. voor NEN-normen ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3295, waarin in de betreffende regeling een verwijzing naar deze normen ontbrak en de door de wettelijke regeling gestelde eisen niet konden worden ingevuld met deze NEN-normen.

effectief TPR is. Naarmate de legitimiteit en effectiviteit geringer is, zal minder snel worden aangenomen dat materieel aan de wettelijke voorschriften is voldaan. In dat verband is van belang dat indien TPR uitdrukking geeft aan een in Nederland breed gedragen opvatting of benadering (en daarom meer legitimiteit geniet) en effectief is, de invulling van een open norm of beleidsvrijheid door het bestuursorgaan aan de hand van de TPR meer voor de hand ligt en de bestuursrechter dat eerder kan sanctioneren. Zo heeft de bestuursrechter in het kader van de vraag of een bestuurlijke boete moet worden gematigd van belang geacht dat de overtreder was gecertificeerd aan de hand van breed gedragen private normen.[21] In dat verband geldt overigens wel dat naarmate de beleidsvrijheid groter wordt in het algemeen een minder indringende toets door de bestuursrechter mogelijk lijkt. Indien TPR bijvoorbeeld verband houdt met specifieke (technische) deskundigheid van private certificeerders, zal de bestuursrechter veelal lastig kunnen beoordelen of die specifieke technische normen (en de controle daarvan), waarop een bestuursorgaan zijn beleid heeft gebaseerd, voldoende effectief zijn. Het bestuursorgaan zal dan een ruime marge hebben om TPR ter ondersteuning van zijn beleid te gebruiken en dit zal daarmee niet snel kennelijk onredelijk zijn.

Bij het vorenstaande moet worden bedacht dat eisen van rechtszekerheid in het bestuursrecht een (nog) grotere rol spelen dan in het privaatrecht. Zo zal zeker bij reparatoire of punitieve sancties wegens niet-naleving van in TPR gestelde normen, die bijvoorbeeld in het kader van een publiekrechtelijke open norm of in het publieke toezicht worden gebruikt, toetsing van TPR eerder in de rede liggen dan in het privaatrecht.

Nu TPR niet zonder meer onderdeel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde, geldt eens temeer dat er reden bestaat voor de bestuursrechter om legitimiteit en effectiviteit van TPR te toetsen alvorens er bijvoorbeeld een bestuursrechtelijke open norm (zoals het belastingrechtelijke begrip 'goed koopmansgebruik') mee in te vullen of de evenwichtigheid van door een bestuursorgaan gebruikte beleidsvrijheid te toetsen waarin op TPR wordt geleund. Niet alle TPR zal immers zonder meer kunnen functioneren in de Nederlandse rechtsorde en daarom lijkt het van belang om deze, in sterkere mate dan in verband met specifiek voor Nederland ontwikkelde private normering geldt, op legitimiteit en effectiviteit te toetsen. Indien een bestuursorgaan in het kader van besluitvorming of toezicht gebruikmaakt van TPR, dient het dus (in versterkte mate) erop toe te zien dat de legitimiteit en effectiviteit ervan is geborgd en wordt getoetst. Dat brengt mee dat dit ook voor de bestuursrechter geldt voor besluiten waarin op TPR wordt geleund.

De hiervoor genoemde legitimiteit en effectiviteit van TPR kan met name aan de orde komen indien een belanghebbende (of het bestuursorgaan) (voorzien van een adequate onderbouwing) aangeeft waarom TPR wel of niet breed wordt gedragen (legitiem is) en/of waarom dit al dan niet effectief is. De bestuursrechter is bij zijn toetsing van TPR daarom mede afhankelijk van hetgeen partijen in dat verband naar voren brengen. Als partijen (de legitimiteit en effectiviteit van) TPR tot uitgangspunt nemen, ligt het in het algemeen niet voor de hand dat de bestuursrechter daar ambtshalve onderzoek naar doet. Wel is denkbaar dat de

21 ABRvS 18 februari 2015, AB 2015/316, m.nt. Jansen.

bestuursrechter de stelplicht van een belanghebbende die zich beroept op een gebrek aan legitimiteit of effectiviteit van TPR (die wordt gebruikt ter ondersteuning van het beleid van een bestuursorgaan) beperkt invult in die zin dat als daarop een beroep wordt gedaan, het bestuursorgaan dient te onderbouwen waarom het gebruik van TPR in het kader van zijn beleid redelijk is. Daarnaast is denkbaar dat indien zowel partijen geen (onderbouwd) inzicht kunnen verschaffen in de wijze waarop TPR (in een concreet geval) uitwerkt en wat dit (in een concreet geval) betekent voor door het bestuursorgaan te nemen besluiten als ook voor de bestuursrechter onduidelijk is wat de TPR precies inhoudt (de legitimiteit en met name ook de effectiviteit zijn dan dus duidelijk onvoldoende), dit een reden kan zijn om op TPR gebaseerd beleid kennelijk onredelijk te vinden.

Het lijkt daarom van belang dat partijen (en met name het bestuursorgaan) inzicht verschaffen over de werking (en legitimiteit en effectiviteit) van TPR die in het kader van het beleid wordt gebruikt.[22] Tot op heden hebben bestuursrechters (zowel nationaal als op Unieniveau) echter geen grote rol gespeeld bij de toetsing van TPR. Klaarblijkelijk hebben belanghebbenden of bestuursorganen tot op heden nog weinig aandacht besteed aan dit onderwerp.

4.3.3 De bestuursrechter en het erkenningsbesluit

Indien de in de vorige hoofdstukken voorgestelde 'erkenning' van TPR door middel van een (openbaar voorbereid) besluit zou plaatsvinden, zal de bestuursrechter ook daarbij een rol spelen. Hij zal dan kunnen toetsen of het erkenningsbesluit rechtmatig is en op een deugdelijke motivering berust. Juist de mogelijkheid van deze rechterlijke toets van de 'erkenning' maakt deze meer objectief en transparant en bevordert ook het rekening houden door een bestuursorgaan met de uitkomsten van de inspraak door belanghebbenden. De rechter kan immers toetsen of het bestuursorgaan in redelijkheid kon besluiten dat aan de in de vorige hoofdstukken besproken criteria voor erkenning is voldaan. Dat verleent de erkenning een meer objectieve status dan wanneer geen toetsing door de rechter mogelijk is. Het opent bovendien de mogelijkheid voor de organen die dergelijke besluiten nemen om van de jurisprudentie van de bestuursrechter te leren en daarmee bij toekomstige beslissingen hun voordeel te doen. De bestuursrechter is daardoor ook beter gelegitimeerd en geëquipeerd om (mede doordat alle relevante belanghebbenden die hebben ingesproken de mogelijkheid hebben om zich in de procedure te mengen) de legitimiteit en effectiviteit van TPR te beoordelen (die dan immers centraal staat in de procedure). In dat verband is van belang dat dan niet alleen het belang van een

22 Vgl. CBb 15 december 2006, *AB* 2007/280, m.nt. Jansen, waarin de omstandigheid dat de wettelijk vastgelegde boete was gedimensioneerd op grote multinationale ondernemingen een reden vormde om deze te matigen ten opzichte van een kleine partij. Op vergelijkbare wijze zou ook de omstandigheid dat TPR vooral is gericht op grote ondernemingen (bijvoorbeeld op harmonisatie van in verschillende landen gehanteerde normen in een systeem dat overal toepasbaar is) en daarom voor kleine ondernemingen minder goed valt te implementeren of alleen tegen hoge kosten, een reden kunnen zijn waarom beleid dat mede steunt op TPR ten opzichte van sommige marktdeelnemers kennelijk onredelijk is als geen uitzondering voor hen wordt aanvaard.

specifieke belanghebbende die opkomt tegen een besluit – dat is gebaseerd op beleid waarin TPR een rol speelt (gelet op het relativiteitsvereiste van art. 8:69a Awb) – kan worden meegewogen, maar een bredere belangenafweging kan plaatsvinden (waarin bijvoorbeeld ook het belang van de TPR-organisatie een rol kan spelen).[23] Bovendien kan dan, anders dan bij de exceptieve toetsing van regelgeving in het algemeen gebeurt (waar de nadruk ligt op de inhoud van de regelgeving), ook de totstandkoming en de wijze waarop belanghebbenden bij het opstellen (en eventuele evaluatie) van TPR zijn betrokken, in de beslissing worden betrokken. Dit leidt mijns inziens tot een meer objectieve beoordelingsmogelijkheid. Naar externe partijen, zoals de Europese Commissie, kan de mogelijkheid van een rechterlijke toets bovendien de betrouwbaarheid en overtuigingskracht van de 'erkenning' door een bestuursorgaan vergroten. Een dergelijke rechterlijke toets heeft mijns inziens dan ook een duidelijke meerwaarde.

4.3.4 Relevantie beslissingen private geschilbeslechters

Een volgende vraag is hoe de bestuursrechter zou moeten omgaan met een (voorafgaande) beslissing van een private geschilbeslechter in het kader van TPR indien dit een (in- of extern) geschilbeslechtingsmechanisme kent. Bijvoorbeeld in het consumentenrecht is niet ondenkbaar dat een bindend advies is gegeven door een private geschilbeslechter in verband met een beweerdelijke oneerlijke handelspraktijk waarvoor ook de ACM een boete wil opleggen.[24] Ook hier is de context van de beslissing van de private geschilbeslechter van belang. Ziet die (deels) op dezelfde materie als waarover de bestuursrechter moet beslissen? Indien dat zo is, bestaat er meer reden om daarmee rekening te houden? Daarnaast kan van belang zijn of en in welke mate de private rechtsgang met waarborgen is omkleed en wat de kwaliteit van de procedure is.[25] Naarmate de waarborgen groter zijn en de kwaliteit van de procedure hoger is, bestaat er meer reden daarmee rekening te houden.[26] Ook private geschilbeslechting moet

23 Overigens lijkt de bestuursrechter ook bij exceptieve toetsing (naar aanleiding van een beroep van een specifieke belanghebbende) tot onverbindendheid van regelgeving te kunnen komen. Daarmee lijkt de drempel van art. 8:69a Awb ook niet te moeten worden overdreven. Wel gaat het dan vooral over de inhoud van de regelgeving en niet over de totstandkoming ervan.

24 De Europese Commissie zet ten aanzien van consumenten in op (online) private geschilbeslechting in Richtlijn 2013/11/EU, die in Nederland is geïmplementeerd in de Implementatiewet buitengerechtelijke geschilbeslechting consumenten, *Stb.* 2015, 160 (*Kamerstukken II* 2014/15, 33982). Zie daarover en over die eisen die aan deze vorm van geschilbeslechting worden gesteld bijvoorbeeld Van Hoppe 2015.

25 Bij de burgerlijke rechter speelt ook een rol hoe bindend de beslissing is die wordt gegeven door de private geschilbeslechter. Het maakt dus uit of het om een niet-bindend advies gaat of om arbitrage. Bij de bestuursrechter lijkt dat iets minder van belang omdat deze in alle gevallen de mogelijkheid houdt om het hem voorgelegde besluit te toetsen in welk verband hij meer of minder waarde kan toekennen aan de beslissing van de private geschilbeslechter. De wijze waarop dit wordt meegenomen verschilt dus niet principieel afhankelijk van de bindendheid.

26 Zie voor voorbeelden waarin de burgerlijke rechter daarmee rekening hield HR 28 februari 1997, *AB* 1997/134, m.nt. Drupsteen; HR 10 december 1999, *JB* 2000/20 (*SKV*); CBb 19 mei 2004, *AB* 2004/269, m.nt. Van der Veen.

immers voldoen aan wettelijke en verdragsrechtelijke (minimum)eisen, zoals die bijvoorbeeld uit het EVRM, voortvloeien.[27] Een met meer waarborgen omgeven private rechtsgang vergemakkelijkt ook de toetsing door de bestuursrechter. Het rekening houden met een beslissing van een private geschilbeslechter kan bij nagenoeg dezelfde materie en een met veel waarborgen omklede private rechtsgang bestaan uit een marginale toetsing van de conclusies waartoe de private geschilbeslechter is gekomen. In dat verband is van belang in hoeverre de private geschilbeslechter specifieke (bijvoorbeeld technische) deskundigheid heeft waarover de bestuursrechter niet beschikt. De marginale toets zal daarom vooral aan de orde zijn in gevallen waarin die specifieke deskundigheid bij de beoordeling van het door het bestuursorgaan genomen besluit een grote rol speelt. Zo is denkbaar dat een boete is opgelegd omdat bepaalde in een bestuursrechtelijke norm vastgelegde regels zijn overtreden. De bestuursrechtelijke norm biedt beleidsvrijheid en die is (bijvoorbeeld ten aanzien van de technische aspecten) ingevuld met TPR (in de vorm van certificering). Indien de certificeerder een overtreding heeft geconstateerd en die beslissing door de private geschilbeslechter wordt gesanctioneerd, ligt het voor de hand dat de bestuursrechter, indien in de procedure bij hem wordt betoogd dat die beoordeling door de private certificeerder (of van de private geschilbeslechtingsinstantie) onjuist is en het bestuursorgaan daarom geen overtreding kon aannemen van de publieke regulering, de beslissing van de private certificeerder (die is gesanctioneerd door de private geschilbeslechter) marginaal zal toetsen. Dat zal andersom ook gelden indien de private geschilbeslechter heeft beslist dat de beoordeling door de private certificeerder onjuist is geweest. Dan zal het bestuursorgaan dat de beoordeling van de certificeerder desalniettemin aan zijn boetebesluit ten grondslag legt, aan de bestuursrechter moeten kunnen uitleggen waarom de beslissing van de private geschilbeslechter onjuist is. Wanneer de beslissing van de private geschillenbeslechter en de bij de bestuursrechter aan de orde zijnde vragen op meer verschillende materie zien en/of de private geschillenbeslechting met minder waarborgen is omgeven, ligt een minder marginale toets voor de hand of kan aan de beslissing van de private geschilbeslechter onder omstandigheden worden voorbij gegaan. Zo is niet ondenkbaar dat de bestuursrechter dan tot een andere feitenvaststelling komt.[28] Wel ligt in dat geval een motivering voor de hand waarom van het private oordeel wordt afgeweken.[29]

27 Vgl. voor de toetsing door de burgerlijke rechter Asser/Vranken***, nr. 93.

28 Vgl. in verband met de formele rechtskracht HR 20 maart 2015, NJ 2015/361, m.nt. Winter & Van Schilfgaarde (*onteigening SNS*); HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128; CRvB 4 maart 2015, AB 2015/176, m.nt. Ortlep.

29 Giesen 2007, p. 150.

5 Conclusie

5.1 Inleiding

Hiervoor is uiteengezet wat onder TPR moet worden verstaan. TPR kan worden gedefinieerd als een stelsel van private (dat wil zeggen: niet direct of indirect op de klassieke democratisch gelegitimeerde wijze tot stand gekomen) normen dat bedoeld is om meerdere malen te worden gebruikt en waarin de regels een algemene strekking hebben. Deze regels zijn opgesteld, in een aantal gevallen in samenwerking met anderen, door degenen die aan de regels zijn gebonden of door hun vertegenwoordigers. Daarnaast is denkbaar dat de regels door een (overkoepelende) organisatie, waarin ook overheden kunnen deelnemen, worden opgesteld. In dergelijke gevallen is geen sprake van (directe) zelfbinding van private actoren. Kenmerk is wel steeds dat (mede) private actoren zijn betrokken bij de ontwikkeling van TPR en deze is bedoeld om het handelen van private actoren te reguleren.

In mijn deel van het preadvies stond de legitimiteit en effectiviteit van TPR centraal. Nu TPR niet direct of indirect op klassieke wijze wordt gelegitimeerd, zijn andere vormen van legitimiteit noodzakelijk. Deze houden vooral verband met het organiseren van inspraak van bij TPR betrokkenen. Ook de effectiviteit van TPR is relevant omdat dit negatieve consequenties kan hebben. Daarom is belangrijk (zeker als de overheid gebruik wil maken van TPR om publieke doelstellingen te realiseren) dat de voordelen van het gebruik van TPR voldoende opwegen tegen de nadelen. De zojuist bedoelde legitimiteit en effectiviteit van TPR zijn besproken vanuit drie perspectieven: dat van de wetgever, dat van toezichthouders en dat van de bestuursrechter.

Gebleken is dat niet alle (Europese) landen op dezelfde wijze met TPR omgaan. Sommige landen (zoals Nederland en Engeland) zien meer ruimte voor toepassing daarvan dan bijvoorbeeld landen als Italië. De Europese Unie heeft inmiddels een (concept)framework ontwikkeld voor het gebruik van TPR door de Unie. De gedachte is dat TPR een waardevolle aanvulling kan vormen, maar niet in verband met fundamentele normen (waar de Unie geen regelgevende bevoegdheid heeft) en evenmin waar harmonisatie van regels binnen de Unie wordt beoogd.

5.2 Het perspectief van de wetgever

Voor het perspectief van de wetgever geldt dat al ruim voor de jaren negentig van de vorige eeuw werd nagedacht over de vraag wanneer private regulering een rol kan spelen in het kader van het realiseren van publieke doelstellingen. Nog sterker: uitgangspunt van de aanwijzingen voor de regelgeving is dat de markt

zichzelf reguleert indien dat mogelijk is. In dat verband zijn ook (overigens vrij abstracte) criteria ontwikkeld waaraan private regulering zou moeten voldoen. Opvallend is dat de toetsing aan die criteria weinig transparant gebeurt (als dat al gebeurt), weinig duidelijkheid bestaat over de vraag hoe de legitimiteit en effectiviteit van TPR moet worden bepaald, terwijl degenen die met TPR te maken krijgen (in het algemeen) niet in dat proces worden betrokken. Zeker ten aanzien van TPR die door haar internationale karakter niet zonder meer in de Nederlandse rechtsorde hoeft te passen, lijkt het organiseren van inspraak (over het functioneren van TPR in de Nederlandse rechtsorde) van groot belang. Dit vergroot ook de transparantie over het gebruik van TPR door Nederlandse publieke entiteiten en de toetsingscriteria, hetgeen de legitimiteit van het gebruik ervan door de Nederlandse overheid kan vergroten en ook meer duidelijkheid kan verschaffen over de (toetsing van de) legitimiteit en effectiviteit ervan. Bovendien kan deze grotere transparantie en inspraak ook, bijvoorbeeld jegens de Europese Commissie, worden gebruikt om beter te onderbouwen dat Unierechtelijke regelgeving (deels) via TPR wordt geïmplementeerd. Het vorenstaande kan mijns inziens het beste worden bereikt door in de Awb een wettelijke 'erkenningsprocedure' op te nemen waarin de overheid, indien zij gebruik wil maken van TPR voor het realiseren van publieke doelstellingen, door middel van een openbaar voorbereid besluit beslist over deze erkenning. Het is in dat verband van belang om inspraak niet alleen mogelijk te maken, maar deze ook zo veel mogelijk te faciliteren en te organiseren. De mogelijke toetsing van dit besluit door de bestuursrechter verleent aan de 'erkenning' additionele legitimiteit en bevordert bovendien de eenduidige toetsing van TPR.

De criteria waaraan moet worden getoetst hangen samen met de effectiviteit (die vooral ziet op de inhoud van de TPR) en de legitimiteit van TPR (de voorbereiding en de wijze van betrekken van belanghebbenden in het besluitvormings- en evaluatieproces). Daarbij moet worden bedacht dat de mate waarin en wijze waarop op effectiviteit en legitimiteit moet worden getoetst mede afhangt van de functie van de betreffende TPR. Naar in het eerste hoofdstuk is uiteengezet, heeft TPR verschillende functies (van signalering dat bepaalde algemene belangen worden meegenomen tot certificering van private standaarden). Afhankelijk van de wijze waarop de overheid van TPR gebruik wil maken bij het realiseren van doelstellingen van algemeen belang, zal ook de toetsing kunnen verschillen. Het maakt bijvoorbeeld verschil of subsidiëring van TPR wordt overwogen of meerdere toezichthouders gebruik willen maken van certificering in het kader van het door hen uitgeoefende toezicht. In het eerste geval kan de toetsing mijns inziens minder indringend zijn dan in het tweede.

In verband met de criteria voor legitimiteit en effectiviteit vallen verschillende categorieën te onderscheiden. De eerste en tweede zien vooral op effectiviteit en de derde op legitimiteit. De eerste categorie ziet op de normen zelf, de kenbaarheid en de handhaving ervan. Zo moet worden bijgedragen aan het algemeen belang, in welk verband TPR ook duidelijke doelstellingen dient te bevatten. Het kan zijn dat TPR alleen bestaande best practices codificeert en ertoe dient om met betrokkenen te bespreken hoe die het best kunnen worden geïmplementeerd. Als die best practices niet aansluiten bij de doelstelling van de overheid, is de TPR uiteraard minder geschikt om dat doel te bereiken. Daarbij moet worden bedacht

dat TPR vaak beter werkt om marktdeelnemers nieuwe activiteiten te laten ontplooien dan om bestaande activiteiten in te perken. Bij voldoende externe druk lijkt dat laatste echter wel mogelijk. Verder is van belang of de normen voldoende duidelijk en specifiek, kenbaar en handhaafbaar zijn. In verband met handhaafbaarheid is relevant of TPR ook daadwerkelijk kan worden afgedwongen, dat wil zeggen of de private autoriteit afdwingmacht heeft en ook daadwerkelijk effectief optreedt, alsmede of voldoende afschrikwekkende sancties bestaan (in gevallen waarin TPR beoogt om bepaalde normen te implementeren). Dat is met name bij TPR relevant omdat Nederlandse toezichthouders in het algemeen niet de bevoegdheid hebben om op internationaal niveau te controleren. Daarnaast is van belang dat duidelijk wordt gemaakt hoe TPR zich verhoudt tot nationale normen (bijvoorbeeld als die strenger zijn of juist niet). Naarmate TPR beter aansluit bij nationale normen, gebruiken en situaties, zal de acceptatiegraad bij mogelijke gebruikers des te hoger zijn. Op internationaal terrein kan voorts een probleem zijn dat TPR niet door (vooraf) duidelijk afgebakende entiteiten is opgesteld. Dan bestaat het risico dat er veel regels op hetzelfde terrein tot stand worden gebracht en onduidelijk is welke gelden. Er moeten dan tussen de TPR-systemen afspraken worden gemaakt over de vraag wie gaat ordenen of er moeten in TPR zelf duidelijke conflictregels staan. Voorts is relevant of de geschillenbeslechting (zowel voor geschillen over toetreding tot TPR, tussen deelnemers aan het systeem onderling als voor externe partijen) op adequate wijze is geregeld. Ook is de deskundigheid binnen een bepaalde private kring van belang. Daarnaast is van belang dat TPR-normen regelmatig worden geëvalueerd en worden aangepast zodat een blijvende verbetering van bijvoorbeeld duurzaamheid mogelijk is. Wanneer immers langere tijd aan dezelfde normen wordt vastgehouden, ontstaat het risico dat die niet meer voldoende zijn aangepast aan nieuwe ontwikkelingen.

Een tweede categorie ziet op de kosten voor de gereguleerden (en voor de overheid in die zin dat de ratio achter zelfregulering niet alleen op kostenbesparing voor de overheid moet zijn gericht), op de kwestie of er voldoende vraag uit de markt bestaat die de TPR kan bevorderen, op welke wijze een markt functioneert en of die, daarvan uitgaande, geschikt is voor TPR, alsmede op mogelijke negatieve externe effecten zoals beperking van de mededinging en consequenties voor het milieu, mensenrechten of arbeidsomstandigheden. Ook moet de private reguleringsorganisatie transparant zijn over de herkomst van de financiering van het private systeem en moet die financiering adequaat zijn om de beoogde doelen te realiseren. Voorts is van belang dat de spreiding van (financiële) risico's op een evenwichtige manier plaatsvindt tussen de bij de TPR betrokkenen.

De volgende categorie ziet op de legitimiteit van TPR binnen de bij deze TPR betrokkenen, in verband waarmee de organisatiegraad en het draagvlak binnen een bepaalde (private) kring van belang zijn. Ook de governancestructuur van TPR is relevant. Zo moeten alle bij een initiatief betrokkenen de mogelijkheid hebben om hun inzichten kenbaar te maken. Daarnaast is van belang dat (extern) verantwoording wordt afgelegd over en inspraak bestaat in het functioneren en de gevolgen van de TPR, bijvoorbeeld in een algemene vergadering of via externe verslaglegging.

Van belang is nog dat de hiervoor beschreven categorieën van criteria in onderlinge samenhang worden beschouwd. Het kan immers zijn dat TPR op ruime schaal inspraak van belanghebbenden heeft georganiseerd, maar door het trage besluitvormingsproces qua aanpassing van de normen aan nieuwe ontwikkelingen en qua handhaving minder goed presteert. Die plus en minpunten zullen dus tegen elkaar moeten worden afgewogen.

5.3 Het perspectief van de toezichthouder

Wanneer een toezichthouder gebruik wil maken van TPR in het kader van het publieke toezicht, geldt hetgeen in de vorige paragraaf is gezegd wellicht in versterkte mate. Naarmate TPR minder goed past in de Nederlandse rechtsorde, minder legitiem en effectief is, des te minder effectief zal TPR het publieke toezicht kunnen ondersteunen (of deels vervangen). Juist in internationaal verband is echter het probleem dat een publieke toezichthouder buiten de eigen landsgrenzen lastig kan controleren. Dit brengt mee dat de publieke toezichthouder (naast samenwerking met buitenlandse toezichthouders, maar dat is zeker buiten de westerse wereld een uitdaging) min of meer gedwongen is (om in internationaal verband in ieder geval nog enige controle te organiseren) ook gebruik te maken van TPR-controlesystemen (zoals certificering). Het is daarom des te belangrijker dat ook in het kader van toezicht voldoende grip (en kennis) bestaat op (over) TPR.

In het kader van toezicht heeft TPR veelal een specifieke functie die hogere eisen aan de normen en de handhaving stelt dan bijvoorbeeld voor TPR geldt die vooral bedoeld is om samenwerking tussen marktpartijen te organiseren of een signaalfunctie vervult. Het is daarom nog belangrijker of en hoe de in het kader van het publieke toezicht gebruikte TPR functioneert. Daarom dient naast een evaluatie van de legitimiteit en effectiviteit van de TPR door de toezichthouder nog meer te worden onderzocht dan legitimiteit en effectiviteit van TPR alleen. Ik heb dat geduid als de 'driefasentoets'. Deze bestaat uit een onderzoek van de Nederlandse markt waarop het publieke toezicht moet functioneren of functioneert, waarbij onder meer naar organisatiegraad, intrinsieke motivatie en andere marktstimuli moet worden gekeken. Vervolgens moet worden bezien of het toezicht zelf zodanig is ingericht dat het geschikt is om met TPR aangevuld toezicht te houden. In dat verband moet bijvoorbeeld worden gekeken naar de wettelijke regeling, maar ook naar de sector, de organisatie en aanwezige kennis binnen de toezichthouder. Ten slotte moet de TPR zelf worden onderzocht aan de hand van de hiervoor bedoelde criteria.

Indien een TPR-systeem is 'erkend' zou de publieke toezichthouder een rol kunnen spelen om TPR ingang te doen vinden in een bepaalde markt. Zo is denkbaar dat de kosten van (publiek) toezicht worden verminderd voor degenen die deelnemen aan een TPR-systeem. Een publieke toezichthouder zou ter aanmoediging van TPR verder straffe sanctionering van desondanks geconstateerde overtredingen (in ieder geval tijdelijk) kunnen beperken om het leerproces in een bepaalde branche met TPR niet te veel te verstoren, met name als duidelijk is dat een bedrijf zich heeft ingespannen om de regels wellicht niet naar de letter

maar wel naar de geest na te leven. Het gaat er dan meer om om ervoor te zorgen dat een duurzaam leren van eerdere incidenten plaatsvindt. Verder is het belangrijk om met de markt te communiceren en te evalueren hoe de publieke toezichthouder de TPR-regels interpreteert. Anderzijds zal na verloop van tijd, wanneer TPR is ingeburgerd, strenger moeten worden omgegaan met sanctionering, met name als TPR ertoe leidt dat minder wordt gecontroleerd door de publieke toezichthouder. Dan geldt in beginsel dat schending van het vertrouwen van de publieke toezichthouder in beginsel tot straffe sanctionering moet leiden. Daarbij moet echter goed worden onderzocht op welke wijze bestraffing moet plaatsvinden en wat de effecten daarvan zijn.

Indien publiek toezicht wordt ondersteund door TPR, kan het probleem van samenloop van sancties rijzen. In dat verband dient te worden bedacht dat TPR-systemen over andere sancties kunnen beschikken dan de publieke toezichthouder en deze sancties internationaal (in combinatie met publieke regelgeving) ook effectiever kunnen zijn. Wel zal het palet van mogelijke sancties binnen TPR-systemen vaak minder uitgebreid zijn dan die waarover de publieke toezichthouder beschikt. Zo kan bij certificering een certificaat worden ingetrokken of opgeschort, maar bestaan er geen andere sancties. Het vorenstaande neemt niet weg dat de publieke toezichthouder duidelijk zal moeten maken hoe hij omgaat met TPR en op welke wijze schending van de standaarden van het TPR-systeem ook publiekrechtelijk relevant is. Daarnaast is de vraag of indien een publieke sanctie mogelijk is, een rol kan spelen of het TPR-systeem een certificaat heeft ingetrokken. Is dan sprake van een ongeoorloofde samenloop van sancties? Dat is mijns inziens niet het geval nu de sancties andere doelen hebben en ook niet zonder meer dezelfde overtreding wordt bestraft. Desalniettemin lijkt het wenselijk dat publieke toezichthouders beleid ontwikkelen wanneer en hoe zij (hun bekende) private sancties meenemen bij het opleggen van publieke sancties.

5.4 Het perspectief van de bestuursrechter

Voor de bestuursrechter is van belang wat de context is van de beslissing die van de bestuursrechter wordt gevraagd. Zo zal een rol spelen of een publieke toezichthouder een boete heeft opgelegd wegens overtreding van TPR-normen die in het kader van het toezicht een rol spelen, dat een subsidie wordt geweigerd omdat niet is voldaan aan bepaalde door in de subsidieregeling genoemde in TPR gestelde eisen of dat een besluit wordt beoordeeld gegrond op beleid van een bestuursorgaan dat mede is gebaseerd op TPR. Verder is van belang hoeveel beleids- of beoordelingsvrijheid een bestuursorgaan toekomt.

TPR kan een rol spelen bij de toetsing door de bestuursrechter waarin deze meestal niet TPR als zodanig toetst, maar in het kader van een besluit in verband waarmee TPR wordt gebruikt om bestuursrechtelijke (open) normen in te vullen of door bestuursorganen op TPR gebaseerd beleid te toetsen. Er is dan sprake van een indirecte toetsing van TPR. Daarnaast kan de bestuursrechter in bijzondere gevallen direct aan TPR toetsen indien daarnaar in bestuursrechtelijke regelgeving (bijvoorbeeld ter invulling van bepaalde in het publieke toezicht gestelde vereisten) wordt verwezen.

De legitimiteit en effectiviteit van TPR (in de Nederlandse rechtsorde) kunnen een rol spelen bij de toetsing door de bestuursrechter. Indien de bedoelde TPR uitdrukking geeft aan een in Nederland breed gedragen opvatting of benadering (en daarom meer legitimiteit geniet) en effectief is, zal de invulling van een open norm of beleidsvrijheid door het bestuursorgaan aan de hand van de TPR meer voor de hand liggen en kan de bestuursrechter dat eerder sanctioneren. In dat verband geldt overigens wel dat naarmate de beleidsvrijheid groter wordt in het algemeen een minder indringende toets door de bestuursrechter mogelijk lijkt. Indien TPR bijvoorbeeld verband houdt met specifieke (technische) deskundigheid van private certificeerders, zal de bestuursrechter veelal lastig kunnen beoordelen of die specifieke technische normen (en de controle daarvan) voldoende effectief zijn.

Nu TPR niet zonder meer onderdeel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde, bestaat er voor de bestuursrechter des te meer reden om de legitimiteit en effectiviteit van TPR te toetsen alvorens er bijvoorbeeld een bestuursrechtelijke open norm (zoals het belastingrechtelijke begrip 'goed koopmansgebruik') mee in te vullen of de evenwichtigheid van door een bestuursorgaan gebruikte beleidsvrijheid te toetsen. Niet alle TPR zal immers zonder meer kunnen functioneren in de Nederlandse rechtsorde en daarom lijkt het van belang om deze, in sterkere mate dan in verband met specifiek voor Nederland ontwikkelde private regulering geldt, op legitimiteit en effectiviteit te beoordelen.

De legitimiteit en effectiviteit van TPR kan bij de bestuursrechter met name aan de orde komen indien een belanghebbende of het bestuursorgaan aangeeft waarom TPR wel of niet breed wordt gedragen en/of waarom dit al dan niet effectief is. De bestuursrechter is bij zijn toetsing van TPR dus mede afhankelijk van hetgeen partijen in dat verband naar voren brengen. Het lijkt daarom van belang dat partijen (en met name het bestuursorgaan) inzicht verschaffen over de werking (en legitimiteit en effectiviteit) van TPR die in het kader van het beleid wordt gebruikt.

Indien de in de vorige hoofdstukken voorgestelde 'erkenning' van TPR door middel van een (openbaar voorbereid) besluit zou plaatsvinden, zal de bestuursrechter daarbij een rol spelen. Hij zal kunnen toetsen of het erkenningsbesluit rechtmatig is en op een deugdelijke motivering berust. Juist de mogelijkheid van deze rechterlijke toets van de 'erkenning' maakt deze meer objectief en transparant en bevordert ook het rekening houden door een bestuursorgaan met de uitkomsten van inspraak door belanghebbenden. Het opent bovendien de mogelijkheid voor de organen die dergelijke besluiten nemen om van de jurisprudentie van de bestuursrechter te leren en daarmee bij toekomstige beslissingen hun voordeel te doen. De bestuursrechter is daardoor ook beter gelegitimeerd en geëquipeerd om (mede doordat alle relevante belanghebbenden die hebben ingesproken de mogelijkheid hebben om zich in de procedure te mengen) de legitimiteit en effectiviteit van TPR te beoordelen (die dan immers centraal staat in de procedure).

Een laatste vraag is hoe de bestuursrechter zou moeten omgaan met een (voorafgaande) beslissing van een private geschilbeslechter in het kader van TPR indien dit een (in- of extern) geschilbeslechtingsmechanisme kent. Ook hier is de context van de beslissing van de private geschilbeslechter van belang. Ziet

die (deels) op dezelfde materie als waarover de bestuursrechter moet beslissen? Indien dat zo is, bestaat er meer reden om daarmee rekening te houden. Daarnaast kan van belang zijn of en in welke mate de private rechtsgang met waarborgen is omkleed en wat de kwaliteit van de procedure is. Naarmate de waarborgen groter zijn en de kwaliteit van de procedure hoger is, bestaat er meer reden daarmee rekening te houden. In dat verband is ook van belang in hoeverre de private geschilbeslechter specifieke (bijvoorbeeld technische) deskundigheid heeft waarover de bestuursrechter niet beschikt.

6 Punten voor de discussie

1. Dient er meer duidelijkheid te komen over de (legitimiteits- en effectiviteits)-criteria waaraan TPR door publieke organen wordt getoetst indien zij daarvan in het kader van de realisering van publieke doelstellingen gebruik willen maken?
2. Zo ja, helpt het invoeren van een wettelijke erkenningsregeling voor TPR, die een openbare voorbereidingsprocedure en toetsing door de rechter omvat, daarbij?
3. Dienen publieke toezichthouders tot een meer uniform toetsingmodel te komen bij de beantwoording van de vraag of TPR in het kader van toezicht kan worden gebruikt?
4. Zo ja, dient in dat toetsingmodel zowel naar marktomstandigheden, de inrichting van het publieke toezicht als de effectiviteit en legitimiteit van de TPR zelf te worden gekeken?
5. Zouden partijen in procedures bij de bestuursrechter waarin TPR een rol speelt (bijvoorbeeld als invulling van een wettelijke open norm) meer aandacht aan de effectiviteit en legitimiteit daarvan moeten besteden?

Geraadpleegde literatuur

Akkermans 2011
A. Akkermans, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen', *NTBR* 2011, p. 510-515.

Ankersmit 2015
L.J. Ankersmit, *Globalization and the Internal Market: Process-based Measures within the EU Legal Order* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam 2015.

Ankersmit 2015a
L.J. Ankersmit, 'Handelen met een schoon geweten: de Europese interne markt en regulering van fairtrade- en groene goederen', *Ars Aequi* 2015, p. 946-950.

Asser/Vranken***
Asser/Vranken Algemeen deel***, Deventer: Kluwer 2005.

Baarsma e.a. 2003
B. Baarsma e.a., *Zelf doen? Inventarisatie van zelfreguleringsinstrumenten*, SEO Economisch onderzoek 2003, te vinden op http://www.seo.nl/pagina/article/zelf-doen-inventarisatie-van-de-zelfreguleringinstrumenten/.

Balleisen & Eisner
E.J. Balleisen & M. Eisner, 'The Promise and Pitfalls of Co-Regulation: How Governments Can Draw on Private Governance for Public Purpose', in: D. Moss & J. Cisternino (red.), New Perspectives on Regulation 2009.

Berman 2012
A. Berman, 'The Role of Domestic Administrative Law in the Accountability of Informal International Lawmaking: the Case of the ICH', in: J. Pauwelyn, R. Wessel & J. Wouters (red.), *Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Bokhorst & De Goede 2014
A.M. Bokhorst & P.J.M. de Goede, 'De effectiviteit van (horizontaal) toezicht', *WFR* 2014, p. 254-258.

Braithwaite & Drahos 2000
J. Braithwaite & P. Drahos, *Global Business Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

De Bree 2010
M.A. de Bree, 'Hoe landelijke inspectiediensten omgaan met systeemtoezicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, p. 51-70.

De Bree 2013
M.A. de Bree, *Private borging van regelnaleving in het omgevingsrecht*, Onderzoek voor het ministerie van IenM, Den Haag 2013.

Cafaggi 2011
F. Cafaggi, 'New Foundations of Transnational Private Regulation', 38 Journal of Law and Society 2011, p. 20 e.v.

Cafaggi 2013
F. Cafaggi, 'The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts: New Architectures', 36 *Fordham Int'l L.J.* 2013, p. 1557 e.v.

Cafaggi & Renda 2012
F. Cafaggi & A. Renda, *Public and Private Regulation, Mapping the Labyrinth*, Center for European Policy Studies, Working Document No. 370, 2012, te raadplegen op http://www.ceps.eu/book/public-and-private-regulation-mapping-labyrinth.

Carson 2011
J. Carson, *Self-Regulation in Securities Markets*, The World Bank, Financial and Private Sector Development, Global Capital Markets Department, Securities Markets Group, 2011, te vinden op https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/dae-library/self-regulation_in_securities_markets.pdf.

Cassese 2004
S. Cassese, 'Global Standards for National Administrative Procedure', 68 *Law & Contemporary Problems* 2004, p. 109 e.v. 133 (2004-2005).

Cassese e.a. 2012
S. Cassese, B. Carotti, L. Casini, E. Cavalieri & E. MacDonald, *Global Administrative Law: The Casebook*, 3rd ed., te raadplegen op http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2012/08/The-Casebook-Chapter-1.pdf.

Cata Backer 2007
L. Cata Backer, 'Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Law Making: Wal-Mart as Global Regulator', 39 *Conn. L. Rev.* 2007, p. 1739 e.v.

Cata Backer 2008
L. Cata Backer, 'Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation', 14:2 ILSA Journal of International & Comparative Law 2007-2008, p. 499 e.v.

Cata Backer 2009
L. Cata Backer, 'Rights and Accountability in Development (Raid) V Das Air and Global Witness V Afrimex: Small Steps Toward an Autonomous Transnational Legal System for the Regulation of Multinational Corporations', 10 Melbourne Journal of International Law 2009, p. 30 e.v.

Cata Backer 2011
L. Cata Backer, 'Private Actors and Public Governance Beyond the State: the Multinational Corporation, the Financial Stability Board and the Global Governance Order', 18 Indiana Journal of Global Legal Studies 2011, p. 751 e.v.

Curtin & Senden 2011
D. Curtin & L. Senden, 'Public Accountability of Transnational Private Regulation: Chimera or Reality?', 38 *Journal of law & Society* 2011, p. 163 e.v.

Daalder 2005
E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Eijlander 2000
Ph. Eijlander, *De verbindende wetgever* (oratie Tilburg), Den Haag 2000.

Eijlander 2008
P. Eijlander, 'Over de groei en bloei van certificatie', *BR* 2008, p. 607-615.

Eberlein e.a. 2014
B. Eberlein, K.W. Abbott, J. Black, E. Meidinger & S. Wood, 'Transnational business governance interactions: Conceptualization and framework for analysis', 8 *Regulation & Governance* 2014, p. 6 e.v., te raadplegen op http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/rego.12030/pdf.

Fagotto 2015
E. Fagotto, *Industry Food Safety Standards: Public and Private Interest in Food Safety* (diss. Rotterdam), Rotterdam 2015.

Gandara 2013
A. Gandara, *The Law and Economics of Eco-Labels* (diss. Rotterdam 2013), Rotterdam 2013, te raadplegen op http://repub.eur.nl/pub/39832.

Giesen 2007
I. Giesen, *Alternatieve Regelgeving in Privaatrechtelijke Verhoudingen*, Preadvies NJV 2007, Kluwer: Deventer.

Giesen 2008
I. Giesen, *WPNR* 6772 (2008), nr. 139.

Griffiths 1996
J. Griffiths, 'De sociale werking van het recht', in: J. Griffiths (red.), *De sociale werking van het recht: een kennismaking met de rechtssociologie en de rechtsantropologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 469-513.

Helderman & Honingh 2009
J.-K. Helderman & M.E. Honingh m.m.v. S. Thewissen, *Systeemtoezicht. Een onderzoek naar de condities en werking van systeemtoezicht in zes sectoren*, WODC rapport 2009, Den Haag 2009.

Van Hoppe 2015
L. van Hoppe, 'De Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten', *AA* 2015, p. 1003-1008.

Jak 2015
N. Jak, *JBPlus* 2015, p. 81-88.

De Jong 2014
E.R. de Jong, 'Van Voorzorgbeleid naar voorzorgverplichting', in: I. Giesen, J.M. Emaus en L.F.H. Enneking (red.) *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag 2014, p. 225 e.v.

Kneepkens 2014
M. Kneepkens, 'The Scope for Exempting Anti-Competitive Self-regulation from the Cartel Prohibition', in: A. McCann e.a. (red.), *When Private Actors Contribute to Public Interests*, Den Haag: Eleven International Publishing 2014, p. 28 e.v.

Kolk & Van Tulder 2005
A. Kolk & R. van Tulder, 'Setting New Global Rules? TNCs and Codes of Conduct', 14 *Transnational Corporations* 2005, p. 1 e.v.

Kopell 2010
J.G.S. Koppell, *World Rule*, The University of Chicago Press 2010.

Mascini & Van Wijk 2011
P. Mascini & E. van Wijk, 'Responsive regulation bij de Voedsel- en Warenautoriteit. Een empirisch onderzoek naar de theoretische veronderstellingen', in: *Handhaving en gedrag. Achtergronden van regelnaleving*, Utrecht: Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid 2011, p. 61-66.

Menting 2015
M. Menting, '(R)Evolutie in het privaatrecht? Enkele beschouwingen over de rol van private regelgeving en de invloed van het EVRM naar aanleiding van HR Achmea/Rijnberg', *NTBR* 2015, p. 104 -111.

Moerel 2011
E.M.L. Moerel, *Binding Corporate Rules* (diss. UvA), Amsterdam 2011.

Mulder 2015
J. Mulder, 'Een duurzame maatschappij, wat mag dat kosten?', *NJB* 2015, p. 1912 e.v.

Neerhof 2013
A.R. Neerhof, *Certificering en normalisatie in het publieke bouwrecht*, Den Haag: IBR 2013.

Ogus & Carbonara 2011
A. Ogus & E. Carbonara, 'Self-regulation', in: F. Parisi (red.), *Production of Legal Rules*, 2011, p. 228 e.v.

Okpe 2014
F.O. Okpe, 'Endangered element of ICSID arbitral practice: investment treaty arbitration, foreign direct investment, and the promise of economic development in host states', *Richmond Journal of Global Law & Business* 2014, vol 13:2, p. 217-261.

Van Oorschot e.a. 2014
M. van Oorschot, M. Kok e.a., *Sustainability of international dutch supply chains, Progress, effects and perspectives*, onderzoek voor PBL Netherlands Environmental Assessment Agency 2014, Den Haag 2014.

Overdevest & Zeitlin 2014
C. Overdevest & J. Zeitlin, 'Assembling an experimentalist regime: Transnational governance interactions in the forest sector', 8 *Regulation & Governance* 2014, p. 24 e.v.

Overmars 2011
A. Overmars, 'Effecten van Gedragscodes: Twee Recente Cases', *Bestuurswetenschappen* 2011, p. 14 e.v.

Paiement 2015
P.M. Paiement, *Voluntary Sustainability Standards: Regulating and coordinating in transnational law* (diss. Tilburg), Tilburg 2015.

Pauwelyn, Wessel & Wouters 2012
J. Pauwelyn, R. Wessel & J. Wouters, 'International Informal Lawmaking: An Assessment and Template to Keep it Both Effective and Accountable', in: J. Pauwelyn e.a. (eds.), *Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Peters 2015
J.A.F. Peters, 'De publieke-taakjurisprudentie geijkt', NTB 2015, p. 172-181.

Pijnacker Hordijk 2013
E.H. Pijnacker Hordijk, 'Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod', *Markt & Mededinging* 2013, p. 187-195.

Scheltema 2014
M.W. Scheltema, 'Assessing Effectiveness of International Private Regulation in the CSR Arena', *Richmond Journal of Global Law and Business* 2014, vol. 2, p. 263 e.v., te vinden op http://rjglb.richmond.edu/index.php/assessing-effectiveness-of-international-private-regulation-in-the-csr-arena/.

Scheltema 2014a
M.W. Scheltema, 'The need for an integrated comparison of the effectiveness of international sustainable forestry, coffee and cocoa initiatives', *Recht der Werkelijkheid* 2014, p. 134-156.

Scheltema 2014b
M. Scheltema, 'Internationale regelgeving buiten de staten om: de behoefte aan bestuursrechtelijke beginselen over regelgeving', NTB 2014/28, p. 236-241.

Scheltema & Scheltema 2013
M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013.

Schuurmans 2015
Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), Leiden 2015.

Scott 2002
C. Scott, 'Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance', *Journal of Law and Society* 2002, vol. 29, no. 1, p. 56 e.v.

Scott e.a. 2011
C. Scott e.a., 'The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation', 38 *Journal of law & Society* 2011, p. 1 e.v.

Senden e.a. 2015
L.A.J. Senden, E. Kica, M. Hiemstra & K. Klinger, *Mapping Self- and Co-regulation Approaches in the EU Context*, Explorative Study for the European Commission, DG Connect 2015.

Sorsa & Kettunen 2015
K. Sorsa & J. Kettunen, 'Transnational Private Regulation: evidence from the coffee industry', *Asian Journal of Agricultural Extension, Economics & Sociology* 2015, vol. 6(4), p. 209-219.

Spears 2013
S.A. Spears, 'The quest for policy space in a new generation of international investment agreements', *Journal of International Economic Law* 2013, vol. 4, p. 1037-1075.

Stoopendaal e.a. 2014
A. Stoopendaal, M.A. de Bree, F. Keuter & P. Robben, 'Systeemtoezicht in de Nederlandse gezondheidszorg. Een experimentele innovatie van toezicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2014, p. 27-46.

Tubbing 2013
A.M.C.C. Tubbing, 'Fout Hout aan banden gelegd door Europese Houtverordening', *Milieu en Recht* 2013, p. 328-336.

Tzankova 2015
I.N. Tzankova, *Hoe globaliseringsproof is het Nederlandse collectieve actierecht?*, Preadvies Vereniging voor burgerlijk recht 2015, Paris: Zutphen 2015.

Utting 2001
P. Utting, *Regulating Business via Multi-stakeholder Initiatives: a Preliminary Assessment*, UNRISD Research Project Promoting Corporate Environmental and Social Responsibility in Developing Countries: The Potential and Limits of Voluntary Initiatives, 2001.

Verbruggen 2014
P. Verbruggen, *Enforcing Transnational Private Regulation, a Comparative Analysis of Advertising and Food Safety* (diss. Nijmegen), Cheltenham: Edward Elgar 2014.

Verbruggen 2014a
P. Verbruggen, 'Private Regulation as a Form of New Governance in the EU', in: A. McCann e.a. (red.), *When Private Actors Contribute to Public Interests*, Den Haag: Eleven International Publishing 2014, p. 223-244.

Verbruggen & Havinga 2014
P. Verbruggen & T. Havinga, 'Metatoezicht op voedselveiligheid', *Tijdschrift voor Toezicht* 2014, p. 6-32.

Verdier 2012
P.-H. Verdier, 'US Implementation of Basel II: Lessons for Informal International Lawmaking', in: J. Pauwelyn, R. Wessel & J. Wouters (red.), *Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Vranken & Menting 2013
M. Menting & J.B.M. Vranken, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2013, Zutphen: Paris 2013.

Vytopil 2014
A.L. Vytopil, 'Zin en onzin van gedragscodes, contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht voor het bevorderen van duurzaamheid in handelsketens', in: *Duurzame handel in juridisch perspectief*, Preadvies Vereniging voor Milieurecht 2014, Den Haag: Boom 2014, p. 67-86.

Williams 2004
C.A. Williams, 'Civil society initiatives and 'soft law' in the oil and gas industry', *International Law and Politics*, vol. 36, 2004, p. 477-484.

Witteveen 2007
W.J. Witteveen, *Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever*, Preadvies NJV 2007, Kluwer: Deventer 2007.

Zumbansen 2011
P. Zumbansen, 'Neither "Public" nor "Private", "National" nor "International": Transnational Corporate Governance from a Legal Pluralist Perspective', 38 *Journal of Law & Society* 2011, p. 50 e.v.

Alternatief bestuursrecht: normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke belang

Dr. A.R. Neerhof[*]

1	**Inleiding**	**187**
1.1	Niet alleen overheidsverantwoordelijkheid voor realisatie van publieke belangen	187
1.2	Definities	190
1.3	Vraagstelling	191
1.4	Opzet	193
1.5	Korte methodologische verantwoording	194
2	**Normalisatie en conformiteitsbeoordeling: over kenmerken en formele structuren**	**195**
2.1	Inleiding	195
2.2	Normalisatie	195
2.2.1	Normalisatie en normalisatie-instellingen: begripsafbakening	195
2.2.2	De formele structuur van het NNI	197
2.2.3	Normalisatie en betrokkenheid van wetgever en bestuur	199
2.2.4	Verwijzing naar normen door de overheid	202
2.2.5	Verwijzing naar NEN-normen en toetsing van kwaliteit	205
2.2.6	Verwijzing naar NEN-normen en uitoefening van openbaar gezag	207
2.3	Conformiteitsbeoordeling	208
2.3.1	Begripsafbakening	208
2.3.2	Beoordelingsrichtlijnen	209
2.3.3	Overheidsbetrokkenheid bij beoordelingsrichtlijnen	210
2.3.4	De rol van de Raad voor Accreditatie	211
2.3.5	Betekenis van conformiteitsbeoordeling voor besluitvorming door bestuursorganen	216
2.3.6	Conformiteitsbeoordeling en toepasselijkheid van Awb, Wob en WNo	221
2.3.7	Conformiteitsinstanties als zbo's en de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen	226
2.3.8	De bevoegdheid van een aanwijzende of aanmeldende instelling	229

* Dr. A.R. Neerhof is als universitair hoofddocent bestuursrecht verbonden aan de Vrije Universiteit. Veel dank aan prof. mr. Elies Steyger, prof. mr. Frank van Ommeren, mr. Harry Hyslop, prof. mr. Jan Struiksma, mr. Mandy van Rooij, mr. Niels Jak, prof. mr. Sjoerd Zijlstra, drs. Eelco Ronteltap (ministerie van Economische Zaken), drs. Ineke ten Wolde (NEN) en mr. Rien Huige (NEN).

3	**Waarborgen voor legitimiteit, transparantie, een open markt en fundamentele rechten**	**236**
3.1	Inleiding	236
3.2	Waarborgen voor goede normalisatie	236
3.2.1	Inleiding	236
3.2.2	Draagvlak en inhoudelijke kwaliteit	236
3.2.3	Kenbaarheid van normen	240
3.2.4	Behoorlijke normalisatie	246
3.3	Waarborgen voor goede conformiteitsbeoordeling	247
3.3.1	Inleiding	247
3.3.2	Behoorlijke conformiteitsbeoordeling	248
3.3.3	Openbaarheid	249
3.4	Betekenis van Unierecht: een open markt	253
3.4.1	Bevoegdheden en procedurele verplichtingen in het belang van het vrije verkeer bij normalisatie	253
3.4.2	Fundamentele vrijheden van het VWEU	254
3.4.3	EU-mededingingsregels	257
3.4.4	Betekenis van de vrijheden van diensten en vestiging voor conformiteitsbeoordeling	268
3.5	De betekenis van fundamentele rechten	271
3.5.1	Reikwijdte EVRM	271
3.5.2	Toepasselijkheid van het EVRM als de overheid meer op afstand staat	272
3.5.3	Waarborging EVRM-rechten bij overheveling taken naar private instellingen	276
3.5.4	Betekenis van het EU-Grondrechtenhandvest	279
4	**IJkpunten voor gebruik van normalisatie en conformiteitsbeoordeling in het publieke domein**	**281**
4.1	Inleiding	281
4.2	Inspiratiebronnen voor ijkpunten	281
4.3	IJkpunten bij de beslissing normalisatie of conformiteitsbeslissing te gebruiken	284
4.3.1	Formeeldemocratische legitimiteit	284
4.3.2	Sociale en marktlegitimiteit en participatie	285
4.3.3	Kenbaarheid	287
4.3.4	Doeltreffendheid	288
4.3.5	Doelmatigheid	293
4.4	Enkele ijkpunten bij de keuze hoe normalisatie of conformiteits-beoordeling te gebruiken	295
4.4.1	Doeltreffendheid	296
4.4.2	Legitimiteit	299
4.5	Belangrijkste conclusies	301
5	**Stellingen voor de discussie**	**304**

1 Inleiding

1.1 Niet alleen overheidsverantwoordelijkheid voor realisatie van publieke belangen

Niet alleen de overheid is verantwoordelijk voor het borgen van publieke belangen.[1] Deze verantwoordelijkheden worden van oudsher gedeeld. Publieke belangen worden door overheden én vele andere actoren in de samenleving behartigd, variërend van bedrijven, maatschappelijke organisaties (zoals woningcorporaties en buurtverenigingen) tot certificeringsbureaus. Daarbij hoort dat instrumenten worden gebruikt voor borging van kwaliteit en veiligheid van producten en productieprocessen, die marktpartijen zo veel mogelijk aanzetten zelf de verantwoordelijkheid daarvoor te nemen.

Bij de nationale en de Europese overheid is er al meer dan twee decennia lang een duidelijke belangstelling voor normalisatie en conformiteitsbeoordeling als instrumenten voor regulering en toezicht naast exclusief overheidsoptreden. Normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn belangrijke verschijningsvormen van private of zelfregulering. Als wij kijken naar de Europese regelgeving met het oog op het vrije verkeer van goederen, dan zien wij dat op basis van de zogenoemde Nieuwe Aanpakrichtlijnen al vanaf medio jaren tachtig gebruik wordt gemaakt van deze vormen. De Nieuwe Aanpak is een methode van regelgeven waarbij richtlijnen alleen globaal aangeven aan welke eisen producten dienen te voldoen. In deze richtlijnen worden alleen de 'essentiële vereisten' voor veiligheid, gezondheid en milieu neergelegd. De uitwerking in technische eisen geschiedt door Europese normalisatie-instellingen op verzoek van de Europese Commissie. Daaraan is gekoppeld een verplicht gebruik van de CE-markering van producten, al dan niet na onafhankelijke beoordeling door derden. Deze aanpak in de Europese regelgeving heeft een grote vlucht genomen, zoals bij medische hulpmiddelen, energie- en telecommunicatieapparatuur, liften, vaartuigen en bouwproducten.[2]

Ook op het nationale niveau wordt al langer veel waarde gehecht aan normalisatie en conformiteitsbeoordeling. In het plan van aanpak voor het programma 'Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit' (MDW) (1994) van het eerste Paarse kabinet werden drie met elkaar samenhangende doelen van deze operatie genoemd: 'terug naar wat strikt nodig is', 'versterken van de marktwerking' en 'verbetering van de kwaliteit van wet- en regelgeving'. Het kabinet wilde meer ruimte voor concurrentie tussen bedrijven en minder administratieve

1 Onder een publiek belang kan worden verstaan: een belang dat het individuele belang overstijgt.

2 Europese Commissie, De voltooiing van de interne markt, COM (1985)310 def, punt 68. Zie Heldeweg 2014, p. 491-492.

belasting voor burgers en bedrijven en daarom tot vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelgeving komen.[3] In het plan van aanpak werd geconstateerd dat nogal wat wet- en regelgeving gedetailleerd is en technische eisen stelt aan de kwaliteit van diensten of producten. Terwijl de markt dynamisch is, zou deze wetgeving statisch en moeilijk handhaafbaar zijn. Daarom werd het van belang geacht 'te onderzoeken in hoeverre normalisatie en certificering, als vormen van zelfregulering, daarbij een alternatief kunnen zijn', aldus de ministers van Economische Zaken en Justitie. 'Certificering als alternatief voor overheidsregulering', dus als alternatief voor wetgeving en handhaving, was een van de wetgevingsthema's in het programma.[4]

Het aantrekkelijke van instrumenten als normalisatie en conformiteitsbeoordeling kan zijn dat zij in potentie marktpartijen ertoe aanzetten zelf verantwoordelijkheid te nemen voor de borging van bepaalde belangen. De ontwikkelingen passen bij de gedachte dat in de samenleving ook veel kan worden gereguleerd zonder dat de overheid daar meteen aan te pas hoeft te komen. De overheid heeft bovendien vaak niet zelf de kennis in huis om ingewikkelde processen, producten of systemen goed te beoordelen.[5] Maar er zijn overduidelijk ook risico's. Voorbeelden zijn er genoeg voor wat betreft conformiteitsbeoordeling. Zo was enkele jaren geleden de onafhankelijkheid van een aantal instellingen die periodieke liftkeuringen uitvoeren voorwerp van onderzoek bij de Inspectie SZW.[6] Een voorbeeld dat ieder zal kennen is de Fyratrein die niet betrouwbaar en niet veilig bleek ondanks afgegeven certificaten.[7]

Normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn twee specifieke verschijningsvormen van zelfregulering. Zelfregulering kan worden gedefinieerd als het vaststellen, uitvoeren en handhaven van regels op een bepaald terrein door direct betrokkenen of hun vertegenwoordigers.[8] Initiatieven hiertoe komen van burgers en bedrijven en niet van de overheid. Uitgangspunt voor de overheid is dat eerst als zelfregulering tekortschiet, overheidsregulering in beeld komt.[9] Normalisatie en conformiteitsbeoordeling worden niet in het leven geroepen om te worden gebruikt door wetgever en bestuur. Vanuit de overheid bezien kunnen zij echter geschikt zijn als alternatieven voor (volledige) overheidsregulering. Daarbij is de

3 *Kamerstukken II* 1994/95, 24036, nr. 1, p. 2-3.

4 *Kamerstukken II* 1994/95, 24036, nr. 1, p. 4.

5 Zie o.m. *Kamerstukken II* 2008/09, 31731, nr. 1, p. 11-12 (Vertrouwen in wetgeving); *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1 (Kabinetsstandpunt Certificatie en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid), p. 12-14; *Kamerstukken II* 1995/96, 24036, nr. 15 (Kabinetsstandpunt terzake van MDW-rapport normalisatie en certificatie); *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 9, i.h.b. p. 2, 20-21; *Kamerstukken II* 1990/91, nr. 2, p. 26-27.

6 Zie Inspectie SZW, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Liftkeuringen onafhankelijk of niet?* Een vervolgonderzoek naar de onafhankelijkheid van keurende instellingen bij periodieke liftkeuringen in relatie tot grote contracten, 2013 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 25883, nr. 231); Inspectie SZW, *Onafhankelijkheid van certificerende instellingen bij periodieke liftkeuringen in het licht van grootschalige contractering*, De impact van grootschalige contracten op de onafhankelijkheid van instellingen die liften certificeren, 2012 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 33000-XV, nr. 66).

7 *Kamerstukken II* 2015/16, 33678, nr. 11 (Parlementaire enquêtecommissie Fyra-rapport).

8 Vgl. Witteveen 2007, p. 29-30.

9 Van Ommeren 2012, p. 153.

vraag onder welke voorwaarden zij daarvoor geschikt zijn. In dit preadvies komen zij vanuit die specifieke invalshoek aan de orde.

Bij normalisatie gaat het in dit preadvies vooral om een alternatief voor wetgeving: de normen zijn voor herhaalde toepassing vatbaar. Zo kan bijvoorbeeld met behulp van bepaalde NEN-EN-normen worden bepaald of een betonconstructie of een metselwerkconstructie voldoende bestand is tegen de daarop werkende krachten. De wetgever kan normalisatie als instrument inzetten om een publiek belang te realiseren.

> Zo bepaalt artikel 3.14, tweede lid, Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer dat ten behoeve van het voorkomen van risico's voor de omgeving en ongewone voorvallen, dan wel voor zover dat niet mogelijk is het zo veel mogelijk beperken van de risico's voor de omgeving en de kans dat ongewone voorvallen zich voordoen en de gevolgen hiervan, een windturbine voldoet aan de veiligheidseisen opgenomen in NEN-EN-IEC 61400-2 en NVN 11400-0.

Een systeem van conformiteitsbeoordeling (inclusief de gehanteerde beoordelingsrichtlijnen) kan ook een alternatief voor wetgeving zijn, maar conformiteitsbeoordeling lijkt vooral een alternatief voor handelen van bestuursorganen in concrete gevallen, in het bijzonder voor (onderdelen van) besluitvorming over vergunningverlening en handhaving. Een conformiteitsverklaring heeft bijvoorbeeld betrekking op een bepaald product en verklaart dat het aan bepaalde eisen voldoet. Ook conformiteitsbeoordeling kan door de wetgever worden ingezet als instrument om een publiek belang te beschermen.

> Artikel 3.14, tweede lid, van de bovengenoemde Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer bepaalt vervolgens dat aan de voorschriften voor windturbines als bedoeld in artikel 3:14, eerste lid, van deze regeling wordt voldaan indien voor de windturbine een certificaat is afgegeven door een certificerende instantie waaruit blijkt dat de windturbine voldoet aan deze regels.

Als wij het hebben over de inzet van normalisatie en conformiteitsbeoordeling ter behartiging van publieke belangen, hebben wij het over specifieke vormen van zelfregulering: vervangende of geconditioneerde zelfregulering. Bij *vervangende* zelfregulering zet de wetgever de mogelijkheid om in te grijpen jegens betrokkenen als stok achter de deur in, zodat zij enige vorm van zelfregulering tot stand brengen. Bij *wettelijk geconditioneerde* of *wettelijk gestructureerde* zelfregulering vervult de wetgever ten opzichte van de zelfregulerende regels een complementaire functie, die kan bestaan uit het (slechts) stellen van randvoorwaarden. Zowel bij vervangende als geconditioneerde zelfregulering kan de wetgever de werking van de zelfregulerende normen versterken doordat hij bepaalde rechtsgevolgen aan de zelfregulering verbindt.[10]

10 Zie Van Ommeren 2012, p. 213-216. Zie voor de termen wettelijk geconditioneerde of wettelijk gestructureerde wetgeving reeds: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 1988, p. 48-49; *Kamerstukken II* 1999/91, 22008, nrs. 1-2 (*Zicht op Wetgeving*), p. 51.

Normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn regulerende activiteiten die met elkaar gemeen hebben dat het daarbij vaak gaat om het reguleren van industriële en commerciële activiteiten, in het bijzonder het produceren en verhandelen van goederen en diensten. De instrumenten worden echter ook op andere gebieden van maatschappelijke activiteit ingezet, zoals management, milieu en duurzaamheid. Er is door NEN, de Nederlandse normalisatie-instelling, bijvoorbeeld een norm uitgegeven voor 'de juiste en gepaste viering van het Sinterklaasfeest': NEN0512.

1.2 Definities

Voor het vervolg van dit preadvies lijk het me goed enkele begrippen af te bakenen. Bij conformiteitsbeoordeling wordt door een onafhankelijke instelling op basis van bepaalde normen en/of richtlijnen beoordeeld of een product, dienst, persoon of systeem voldoet aan bepaalde eisen. Op grond van de resultaten van de beoordeling wordt een uitspraak gedaan over het voldoen aan de gestelde eisen. Een conformiteitsverklaring van een onafhankelijke instelling (testverklaring of certificaat) houdt in dat het gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat het onderwerp van beoordeling aan vooraf gestelde eisen voldoet.[11] Conformiteitsbeoordeling geschiedt door een instantie die daartoe is geaccrediteerd door de Raad voor Accreditatie (RvA).[12]

Er zijn ook andere private beoordelingsinstrumenten dan conformiteitsbeoordelingen waarmee wordt beoordeeld of een product, dienst, persoon of systeem voldoet aan bepaalde eisen. Hiertoe behoren bijvoorbeeld verklaringen die een producent over zijn eigen product afgeeft, zoals een CE-markering die op grond van het Unierecht op een product moet worden aangebracht of een verklaring van overeenstemming waarmee een fabrikant een product op grond van het Unierecht vergezeld moet doen gaan. CE-markering en verklaringen van conformiteit van de fabrikant zijn bijvoorbeeld verplicht voor speelgoed. Tot andere private beoordelingen dan conformiteitsbeoordelingen behoren ook beoordelingen die weliswaar door een derde worden gedaan, maar waarbij die derde niet voor de beoordeling geaccrediteerd is. Een voorbeeld is een verklaring van een brancheverenigingbij oplevering van een bouwwerk dat het bouwwerk aan bepaalde bouwtechnische voorschriften voldoet.[13] In dit preadvies wordt geen aandacht besteed aan andere vormen van private beoordelingen dan conformiteitsbeoordeling, hoewel daarbij vergelijkbare vragen aan de orde zijn.

Normalisatienormen zijn te omschrijven als afspraken die zijn vastgesteld met het oog op afstemming van bijvoorbeeld productkenmerken, productie- en managementprocessen en veiligheidseisen. Zij kunnen worden opgesteld met het oog op afstemming van producten en productieprocessen op aanwezige (markt)vraag, maar ook met het oog op afstemming ervan op bepaalde maatschappelijke belangen. Een normalisatie-instituut is een onafhankelijke organisatie waarin

11 Zie Evers 2002, p. 22; Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 13.
12 Neerhof 2013a, p. 121-126.
13 Vgl. Van Gulijk & Neerhof 2014, p. 162-163.

belanghebbenden zijn vertegenwoordigd en dat normalisatienormen vaststelt voor gebruik in een bepaalde sector.[14]

Normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn, zoals gezegd, vormen van zelfregulering: regelstelling door niet-overheden en toezicht op naleving en handhaving van die regels of van door een overheidsorgaan uitgevaardigde regels door niet-overheden. Regels van zelfregulering, zoals technische normen, worden niet vastgesteld bij of krachtens wet in formele zin. Zij lopen uiteen in de mate waarin de regels afdwingbaar zijn.[15] Conformiteitsbeoordeling geschiedt door onafhankelijke instellingen, op basis van een overeenkomst met een cliënt.[16] Vaak wordt daarbij geen exclusief bij wet toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid uitgeoefend.

In het algemeen loopt de intensiteit van overheidsbetrokkenheid bij zelfregulering uiteen, ook bij normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Dat geldt in de eerste plaats voor de mate van betrokkenheid bij de totstandkoming van regels. In de tweede plaats zijn er verschillen in de wijze waarop resultaten van zelfregulering in overheidshandelen doorwerken. De wetgever kan er al dan niet voor kiezen naar de door private partijen tot stand gebrachte normen of regels te verwijzen in wetgeving. Ook de relatie tussen een verklaring van de private instelling of een product, dienst, systeem, persoon of bedrijf aan bepaalde eisen voldoet en besluitvorming door een bestuursorgaan (over bijvoorbeeld vergunningverlening of handhaving) kan juridisch verschillend zijn vormgegeven.

1.3 Vraagstelling

Dit preadvies gaat over enkele specifieke vormen van zelfregulering die (mede) worden gebruikt ter behartiging van één of meer publiek belangen: normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Zij roepen als alternatieven voor overheidsregulering vanuit een bestuursrechtelijk perspectief vragen op.

De centrale vraag in dit preadvies is:

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

Technische normen die afkomstig zijn van normalisatie-instellingen zijn geen van overheidswege vastgestelde algemene voorschriften. Wetgeving moet aan kwaliteitseisen voldoen, zoals (formeel-)democratische legitimiteit, draagvlak bij belanghebbende groeperingen (sociale legitimiteit), bekendmaking en overeenstemming met mensenrechtenverdragen. Daarnaast willen wij dat met regulering

14 Van Ommeren 2012, p. 217; vgl. Stuurman 1995, p. 14-17. Vgl. de definitie van 'standardization' in De Vries 1999, p. 19, 161. Zie voor definities ook reeds: *Kamerstukken II* 1999/2000, 21670, nr. 10 (nota 'Internationaal is de norm', door de minister van Economische zaken aan de Tweede Kamer aangeboden bij brief van 16 juni 2000), p. 4.

15 Van Ommeren 2012, p. 211.

16 Zie Verbruggen 2013.

van overheidswege bepaalde doelen worden gerealiseerd en dat zij geen onnodige lasten met zich brengt. Belangrijke vragen bij normalisatie zijn dan ook of toegang tot het besluitvormingsproces en draagvlak van de normen bij alle betrokken belanghebbende groeperingen wel goed zijn gegarandeerd. Voor het inzien van normen moet in beginsel worden betaald. De vraag is wanneer normen voldoende kenbaar zijn voor degenen die ermee moeten werken. Ook is steeds een aandachtspunt of de inhoud van de normen beantwoordt aan het doel dat betrokkenen ermee willen bereiken – zoals bescherming van veiligheid of gezondheid – en of toepassing ervan niet tot onnodige lasten voor burgers of bedrijven leidt.

Bij vaststelling van normen kunnen grote bedrijven op een markt waarop deze moeten worden toegepast, veel invloed uitoefenen. Hoe wordt voorkomen dat geen belemmeringen worden opgeworpen voor andere bedrijven om op een markt toe te treden en dat (Europese) mededingingsregels worden geschonden? Wat is de betekenis van regels inzake het vrij verkeer van goederen of diensten van de Europese Unie in deze context?

Bij conformiteitsbeoordeling gaat het vaak niet om uitvoering en handhaving van regels door bestuursorganen, maar soms wel. Het handelen van bestuursorganen moet voldoen aan de regels van behoorlijke besluitvorming die zijn neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Wanneer zijn die van toepassing op conformiteitsbeoordeling? Als de Awb *niet* van toepassing is, is de vraag of ook dan voldoende is gewaarborgd dat conformiteitsbeoordelende instanties niet vooringenomen en zorgvuldig handelen. Conformiteitsbeoordeling geschiedt in beginsel tegen vergoeding en is een economische activiteit. Zijn er dan niet te veel risico's dat de conformiteitsbeoordelende instanties hun klanten tevreden houden en bijvoorbeeld te gemakkelijk een certificaat afgeven? Is er voldoende controle op de bekwaamheid van degenen die voor de conformiteitsbeoordelende instantie testen uitvoeren, monsters afnemen of documenten onderzoeken? Is voorzien in een adequate procedure voor afhandeling van klachten van cliënten of derden?

Op conformiteitsbeoordelende instanties kunnen de regels van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) van toepassing zijn. Wanneer is dat zo? Belangrijker is misschien de vraag aan welke eisen van openbaarheid de conformiteitsbeoordelende instanties op grond van internationale standaarden moeten voldoen, ook als de Wob *niet* van toepassing is. Zo is van belang of er voldoende mogelijkheden zijn voor burgers en bedrijven om zich op de hoogte te kunnen stellen van de werkwijzen die de conformiteitsbeoordelende instanties hanteren.

Op het handelen van conformiteitsbeoordelende instanties bestaat in meer of mindere mate overheidscontrole, afhankelijk van de toepasselijke rechtsregels. Op welke wijze wordt de competentie van de instellingen geborgd? Wanneer is er een rol voor een politiek verantwoordelijk orgaan (minister) en welke rol vervult de RvA?

Niet alleen als normalisatie, maar ook als conformiteitsbeoordeling door de overheid wordt gebruikt ter behartiging van publieke belangen is een belangrijke kwestie of en hoe wordt geborgd dat de regels die erbij worden toegepast draagvlak hebben bij betrokken belanghebbende groeperingen. Ook dan is het Unierecht van grote betekenis. Hoe wordt voorkomen dat conformi-

teitsbeoordeling belemmeringen opwerpt voor bedrijven om op een markt toe te treden? Verder kan aan de orde zijn hoe wordt voorkomen dat fundamentele rechten, zoals het recht op leven of op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, in gevaar komen.[17] Deze vragen komen in dit preadvies uitgebreid aan de orde.

Ik beperk mij in dit preadvies in beginsel tot normalisatie en conformiteitsbeoordeling als vormen van zelfregulering in de Nederlandse context. In de Europese Unie zijn normalisatie en certificering, in het bijzonder in het kader van de Nieuwe Aanpak, belangrijke verschijnselen, maar de ruimte laat niet toe hierop uitgebreid in te gaan en ik heb keuzes moeten maken.

Binnen het bestek van dit preadvies komt de Europese dimensie wel regelmatig in beeld. De nationale en Europese rechtsorde zijn met elkaar vervlochten en dat is zeker ook het geval als we het hebben over de verschijnselen als normalisatie en conformiteitsbeoordeling.

1.4 Opzet

De opzet van dit preadvies is als volgt.

In hoofdstuk 2 worden normalisatie en conformiteitsbeoordeling als rechtsverschijnselen nader geanalyseerd, in het bijzonder de mate waarin en de wijze waarop zij zijn ingebed in het bestuursrecht. Er volgt een analyse van de wijzen waarop overheidsorganen normalisatienormen of conformiteitsbeoordeling gebruiken ter borging van publieke belangen en de rechtsgevolgen die daaraan kunnen zijn verbonden. De verschillende manieren van verwijzen naar normen of beoordelingen, de betrokkenheid van overheden bij aanwijzing van instellingen die een bepaalde taak verrichten en de rechtsgevolgen die daaraan kunnen zijn verbonden, worden besproken. Ook komt aan de orde op welke wijzen overheidsorganen de inhoud van de normen of conformiteitsbeoordelingen kunnen beïnvloeden. Daarnaast wordt behandeld of en wanneer instellingen die de normen vaststellen of conformiteitsbeoordelingen verrichten zelf zijn te kwalificeren als bestuursorganen, en of en wanneer die normen of beslissingen zijn aan te merken als Awb-besluiten.

Op basis van de analyses die in hoofdstuk 2 zijn verricht, wordt in hoofdstuk 3 vervolgens onderzocht aan welke rechtsregels normalisatie of conformiteitsbeoordeling zijn onderworpen als de wetgever of een bestuursorgaan er op een bepaalde wijze gebruik van wil maken. De eisen kunnen onder meer voortvloeien uit de Awb, de Wob, het EU-recht en het EVRM.

In hoofdstuk 4 verander ik van invalshoek. Terwijl de hoofdstukken 2 en 3 vooral positiefrechtelijk van aard zijn, wordt in dit hoofdstuk ingegaan op enkele meer fundamentele vragen bij keuzes inzake inschakeling van normalisatie of conformiteitsbeoordeling ter behartiging van publieke belangen. Daarbij gaat het zowel om de vraag of normalisatie door wetgever of bestuur kan worden ingeschakeld als om de vraag hoe – met meer of minder juridische afstand – zij

17 Vgl. voor de gestelde vragen Witteveen 2007, p. 54-58; Addink 2010; Addink 2008.

dat zouden moeten doen. De aandachtspunten zijn ontleend aan beginselen van behoorlijke wetgeving, goed bestuur en de open markt en fundamentele rechten.[18] Er wordt gebruikgemaakt van datgene wat we uit (empirisch) onderzoek weten over het functioneren van systemen van normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Voor wat betreft de empirie is veel, maar niet uitsluitend, gebruikgemaakt van eerder onderzoek op het gebied van de bouw.[19] De signaleerde problemen en kwetsbaarheden zijn breder. Ik sluit het preadvies af met enkele discussiepunten (hoofdstuk 5).

1.5 Korte methodologische verantwoording

In dit preadvies is gebruikgemaakt van methoden van beschrijvende rechtswetenschap, in het bijzonder de methode van *klassiek juridisch onderzoek*.[20] Op basis van analyses van wetgeving en haar geschiedenis, jurisprudentie en literatuur zijn conformiteitsbeoordeling en normalisatie en de verschillende manieren waarop zij in relatie kunnen staan tot het bestuursrecht en tot overheidshandelen in kaart gebracht en is nagegaan aan welke eisen de instrumenten moeten voldoen.

In de tweede plaats is in beperkte mate gebruikgemaakt van *resultaten van empirisch onderzoek*, namelijk voor zover het onderzoek was gericht op het verkrijgen van inzicht in de werking van normalisatie en conformiteitsbeoordeling in de praktijk en of gestelde doelen daarmee worden bereikt.[21] Er zijn relevante sociaalwetenschappelijke studies, rapportages van overheidsinstanties en externe onderzoeksbureaus geraadpleegd en verwerkt. Ik kan in dit preadvies echter geen representatief beeld schetsen van de praktijk van conformiteitsbeoordeling en normalisatie. Observaties betreffen regelmatig de bouwwereld, maar ook andere sectoren komen aan bod. Gesignaleerde sterktes en zwaktes beperken zich niet tot één sector.

Op basis van de analyses kom ik tot bevindingen over mogelijkheden voor wetgever en bestuur om normalisatie en conformiteitsbeoordelingen te gebruiken voor het realiseren van publieke belangen die voor het algemene bestuursrecht relevant zijn.

18 Zij hebben op een bepaalde wijze vertaling gekregen in het positieve recht, maar in hoofdstuk 4 staan meer de beginselen zelf centraal.

19 In de hoofdstukken 2 tot en met 4 van dit preadvies is gebruikgemaakt van eerdere publicaties van de auteur, in het bijzonder: Van Gulijk & Neerhof 2014; Neerhof 2014, p. 151-166; Neerhof 2013a, Neerhof 2013b; Neerhof 2011; Neerhof & Hoogers 2010; Munneke, Neerhof, Van Ommeren & Senftleben 2009; Peeters, Neerhof & De Boer 2009.

20 Vgl. Smits 2009, p. 28, 31-44.

21 Smits 2009, p. 28, 52-56.

2 Normalisatie en conformiteits-beoordeling: over kenmerken en formele structuren

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt beschreven welke kenmerken twee specifieke vormen van zelfregulering hebben, te weten normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Ook wordt in kaart gebracht op welke wijzen de wetgever of bestuursorganen hiervan gebruikmaken in het kader van de behartiging van bepaalde publieke belangen en of en zo ja, wanneer een normalisatie- of conformiteitsinstantie openbaar gezag uitoefent of althans haar beslissingen de burgers binden.

2.2 Normalisatie

2.2.1 *Normalisatie en normalisatie-instellingen: begripsafbakening*

Normalisatienormen zijn te omschrijven als afspraken die zijn vastgesteld met het oog op afstemming van bijvoorbeeld productkenmerken-, productie- en managementprocessen en veiligheidseisen.[1] Zo zijn er normen die (technische) reken-, meet- of regelmethoden standaardiseren waarmee wordt vastgesteld of prestaties van een product aan bepaalde eisen voldoen. Vaak stellen normalisatienormen zelf geen eisen aan producten.[2]

> Een (willekeurig) voorbeeld. NEN-EN 13501-1 definieert klassen voor de reactie bij brand van bouwmaterialen. Het gaat om klassen als 'volledig onontbrandbaar' (klasse A1), 'zeer gering brandbaar' (A2), enzovoort (tot en met klasse E). Deze norm legt daarnaast de methode vast waarmee wordt vastgesteld onder welke klasse de reactie van bepaald bouwmateriaal bij brand valt (bij bepaalde toepassingen ervan).[3] NEN-EN 13501-1 legt echter niet vast aan welke brandveiligheidseisen bepaalde bouwmaterialen (zoals bakstenen) bij een bepaalde toepassing (zoals verwerking in een schoolgebouw) moeten voldoen, dus bepaalt niet onder welke brandklasse zij dan moeten

1 Vgl. Van Ommeren 2012, p. 217; De Vries 1999, p. 19, 161.

2 Vgl. art. 1 lid 1, aanhef en onder h, Woningwet; Gerechtshof 's-Gravenhage 16 november 2010, BB 2011/44, m.nt. Kruimel, JB 2011/77, m.nt. J.M.H.F. Teunissen onder JB 2011/65, BR 2011/45, m.nt. W.I. Koelewijn, TBR 2011, 31, m.nt. A.R. Neerhof, IER 2011/43, m.nt. C. Stuurman, M *en* R 2011, 30, NJF 2010, 501 (*Knooble*), r.o. 10.

3 Van Calis & Coppens 2007, bijlage III.

vallen. Dergelijke eisen worden wel gesteld in artikel 2.57 Bouwbesluit 2012, dat daarbij naar brandklassen zoals neergelegd in NEN-EN 13 501-1 verwijst.
Soms stelt een NEN-norm wel eisen. Zo is in NEN 1006 neergelegd waaraan een leidingwaterinstallatie dient te voldoen uit een oogpunt van volksgezondheid, veiligheid en doelmatigheid. In artikel 6.12, eerste lid, en artikel 6.13, eerste lid, Bouwbesluit 2012 wordt naar deze norm verwezen. Zij bepalen dat een voorziening voor drinkwater respectievelijk een voorziening voor warmwater voldoen aan NEN 1006.

Op internationaal, Europees en nationaal niveau bestaan instellingen die, op basis van de procedures die daarvoor worden gehanteerd, door overheden en bedrijfsleven zijn erkend als normalisatie-instellingen. Een normalisatie-instituut is een onafhankelijke organisatie waarin belanghebbenden zijn vertegenwoordigd en dat normalisatienormen vaststelt voor gebruik in een bepaalde sector.[4]

Nederland kent twee erkende normalisatie-instellingen:

- de stichting het Nederlands Normalisatie-instituut (hierna: NNI) en
- de stichting het Nederlands Elektronisch Comité (hierna: NEC).[5]

Beide zijn private instellingen zonder winstoogmerk. Zij hebben een eigen bestuur, maar werken nauw samen. Zij hebben één gecombineerd onderkomen en de ondersteuning geschiedt door een gemeenschappelijk bureau, het bureau NEN. Normalisatienormen worden uitgebracht onder de benaming 'NEN-normen'.[6]

Naar aanleiding van private initiatieven of op verzoek van de Europese Commissie stellen binnen de Unie erkende Europese normalisatie-instellingen normen (EN-normen) op. Met deze normen kan enerzijds het verhandelen van producten in de EU worden vergemakkelijkt, terwijl ook veiligheid en gezondheid kunnen worden gewaarborgd. De erkende Europese normalisatie-instellingen die vaststelling van Europese normen faciliteren zijn het Europese Comité voor Normalisatie (CEN) en het Europees Comité voor elektrotechnische normalisatie (CENELEC), samenwerkend als CEN/CENELEC, en het Europees Normalisatie-instituut voor de Telecommunicatie (ETSI).[7] In deze instellingen werken nationale normalisatie-instellingen, zoals het NNI, samen. Normen die door een Europese normalisatie-instelling zijn vastgesteld en door NEN worden uitgegeven als Nederlandse norm

4 Vgl. Stuurman 1995, p. 14-17.

5 Dit zijn de instellingen waarvan de Commissie overeenkomstig art. 27 van de Normalisatieverordening (Verordening (EU) nr. 1025/2012 van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie, *PbEU* 2012, L 316/12) door Nederland in kennis is gesteld. Met de Overeenkomst tussen de Staat en NEN, juni 2013, is uitvoering gegeven aan Verordening (EU) nr. 1025/2012 en is bevestigd dat NEN de nationale normalisatie-instelling is in Nederland. *Stcrt.* 2013, 20863. De Commissie maakt in het Publicatieblad van de Europese Unie een lijst van nationale normalisatie-instellingen en een eventuele bijwerking van die lijst bekend (art. 27, tweede volzin, Verordening).

6 De originele betekenis van NEN is Nederlandse eenheidsnorm.

7 Dit volgt uit bijlage I bij Verordening (EU) nr. 1025/2012 (Normalisatieverordening).

zijn te herkennen door de aanduiding 'NEN-EN' (zie bijvoorbeeld art. 2.2 Bouwbesluit).[8]

De Europese normen zijn in de praktijk buitengewoon belangrijk, ook voor nationale normalisatie-instellingen. Het zijn de (delegaties van de) nationale normalisatie-instellingen die bij de totstandkoming van Europese normen, zoals die met betrekking tot bouwproducten of liften, een belangrijke inbreng hebben.[9] Europese normen komen in de plaats van nationale normen, die belemmeringen voor buitenlandse fabrikanten en leveranciers voor de toetreding tot een nationale markt kunnen opwerpen.[10] Met nationale normalisatienormen mag de totstandkoming en doorwerking van Europese normen niet worden geblokkeerd.[11] Nationale normen zijn ook vaak verdere uitwerkingen van Europese normen.

Hieronder ga ik verder in op normalisatie onder regie van NEN, de Nederlandse normalisatie-instelling.

2.2.2 *De formele structuur van het NNI*

De formele structuur van de Stichting NNI, de belangrijkste normalisatie-instelling in Nederland, is neergelegd in haar Statuten en Huishoudelijk reglement. Ingevolge artikel 23.2 van de statuten behoeven een besluit tot wijziging van deze statuten en een besluit tot ontbinding van NNI de schriftelijke goedkeuring van de minister van Economische Zaken.

De Stichting NNI kent als organen een bestuur en een raad van advies. Bestuurders worden benoemd door het bestuur van de stichting (art. 6.1 Statuten van het NNI). Zij hebben een zittingstermijn van vier jaren (art. 6.5 Statuten). De Statuten voorzien, anders dan voorheen, niet in een bindende voordracht van een minister voor benoeming van een voorzitter of lid van het bestuur.[12] Benoeming van bestuurders behoeft voorafgaande goedkeuring van de raad van advies (art. 10.1 Statuten).

Leden van de raad van advies, die het bestuur adviseert, worden benoemd door het bestuur (art. 10.3 Statuten). Er is niet voorzien in een bindende voordracht van een minister.

Bij normalisatieactiviteiten is het uitgangspunt dat belanghebbenden vertegenwoordigd zijn bij de totstandkoming van beleid en normen.

Het bestuur van het NNI stelt beleidscommissies in. Deze zijn met name belast met de voorbereiding en de uitvoering van het normalisatiebeleid en het normalisatieprogramma voor een bepaald beleidsterrein (art. 12.1 en 12.2 Statuten). Beleidscommissies verrichten hun taak onder verantwoording aan het bestuur (art. 12.4 Statuten). Het bestuur benoemt de voorzitters en de leden van de

8 Zie hierover bijvoorbeeld Stuurman in zijn noot onder de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 31 december 2008 in *AMI* 2009/2, nr. 7.

9 Zo zijn zij stemhebbend lid van de Technical Committees van CEN.

10 COM (2011)315, toelichting, p. 2.

11 Met het oog hierop is het een en ander bepaald in de Normalisatieverordening die in hoofdstuk 3 uitgebreid aan de orde komt. Zie met name art. 3, zesde lid, van deze verordening.

12 Vgl. Stuurman 1995, p. 36.

beleidscommissies (art. 12.5 Statuten; art. 3.3.2 Huishoudelijk reglement). De voorzitters van de beleidscommissies zijn qualitate qua lid van de raad van advies (art. 10.3 Statuten).

De beleidscommissies zijn samengesteld uit leden die gezamenlijk geacht kunnen worden het beleidsterrein te overzien en de belanghebbende groeperingen op strategisch managementniveau te vertegenwoordigen (art. 3.3.1 Huishoudelijk reglement). Bij het instellen van een beleidscommissie wordt namens het bestuur een uitnodiging aan alle belanghebbende groeperingen gericht tot het doen van een voordracht voor de benoeming van een lid (art. 3.3.2 Huishoudelijk reglement). Het bestuur bepaalt voor elke beleidscommissie welke organisatie en/of instelling uit de bedoelde belanghebbende groeperingen representatief is en derhalve wordt uitgenodigd (art. 3.3.3 Huishoudelijk reglement). Ook bij een vacature in een bestaande beleidscommissie wordt de bedoelde uitnodiging gedaan (art. 3.3.4 Huishoudelijk reglement). Het bestuur kan anderen dan bedoeld in artikel 3.3.2 tot lid van een beleidscommissie benoemen (art. 3.3.4 Huishoudelijk reglement).

Bij de besluitvorming in een beleidscommissie wordt, onder afweging van de verschillende bij het onderwerp betrokken belangen, gestreefd naar overeenstemming. Indien bij het uitblijven van overeenstemming over een onderwerp één of meer leden van oordeel zijn dat de kwestie daartoe van voldoende belang is, kunnen zij een beslissing van het bestuur vragen. Indien een dergelijk verzoek niet binnen twee weken na gebleken niet-overeenstemming is gedaan, kan over het desbetreffende onderwerp worden beslist door de beleidscommissie, waarbij een meerderheid van twee derde van het aantal leden is vereist (art. 3.4 Huishoudelijk reglement).

Normcommissies van het NNI zijn belast met het opstellen van Nederlandse normalisatienormen (art. 4.1 Huishoudelijk reglement).[13] Normcommissies worden door een beleidscommissie ingesteld ter uitvoering van het normalisatieprogramma, beleidscommissies heffen bestaande normcommissies op (art. 13.1 Statuten). De normcommissies functioneren, voor wat betreft hun taakafbakening en de voortgang van hun werk, onder verantwoordelijkheid van de beleidscommissies, waaraan over de voortgang verslag wordt uitgebracht en waaraan knelpunten in de uitvoering van opdrachten worden voorgelegd (art. 13.4 Statuten).

De voorzitter en leden van de normcommissie worden door de desbetreffende beleidscommissie benoemd (art. 13.5 Statuten). Artikel 4.4.1 Huishoudelijk reglement bepaalt dat de normcommissies zijn samengesteld uit 'terzake kundige leden, die geacht kunnen worden gezamenlijk de bij de desbetreffende normalisatie belanghebbende groeperingen te vertegenwoordigen.'

Bij het instellen van een normcommissie wordt namens de desbetreffende beleidscommissie een uitnodiging aan alle belanghebbende groeperingen gericht tot het doen van een voordracht voor de benoeming van een lid (art. 4.4.2, eerste volzin, Huishoudelijk reglement). Ingevolge artikel 4.4.3 van het reglement beslist de desbetreffende beleidscommissie welke organisaties representatief zijn te achten en worden uitgenodigd tot het doen van een voordracht tot benoeming

13 Nederlands Normalisatie-Instituut, Statuten en Huishoudelijk Reglement, Delft 2005.

van een lid. Deelnemende (branche)organisaties wordt door het NNI gevraagd de activiteiten gezamenlijk te financieren.[14] In het reeds genoemde artikel 4.4.3 van het reglement is tevens bepaald dat deelname aan het normalisatieproces in principe slechts openstaat 'voor vertegenwoordigers van erkend belanghebbende partijen, die ook bereid zijn aan de financiering bij te dragen.' De beleidscommissie kan anderen dan degenen die zijn voorgedragen tot lid van de normcommissie benoemen (art. 4.4.4, eerste volzin, Huishoudelijk reglement).

Artikel 4.5 Huishoudelijk reglement bepaalt voor normcommissies dat 'bij de besluitvorming wordt gestreefd naar overeenstemming. Indien geen overeenstemming wordt bereikt, wordt ter zake een beslissing gevraagd van de beleidscommissie.'

Een normcommissie stelt een werkprogramma vast dat aan goedkeuring van een beleidscommissie is onderworpen (art. 3.2.4 Huishoudelijk reglement). Als een norm door de normcommissie is opgesteld, besluit de beleidscommissie tot vrijgave ervan voor publicatie 'na te hebben geverifieerd of de voorgeschreven procedures zijn gevolgd' (art. 3.2.4 en artikel 4.2.2 Huishoudelijk reglement).[15]

2.2.3 Normalisatie en betrokkenheid van wetgever en bestuur

Het komt voor dat de wetgever of een bestuursorgaan gebruikmaakt van normalisatie, omdat hij/het zelf de deskundigheid mist om bijvoorbeeld technische eisen waaraan producten moeten voldoen te ontwikkelen en vast te stellen. Zij kunnen in verband daarmee ook betrokkenheid hebben bij het normalisatie*proces*.

In de vorige paragraaf kwam al aan de orde dat een minister geen formele rol heeft bij de benoeming van leden van het bestuur en de raad van advies. Ook voor de benoeming van leden van normcommissies (door beleidscommissies) en van beleidscommissies (door het bestuur van het NNI) is niet statutair of reglementair voorzien in een (bindende) voordracht door of andere beïnvloedingsmogelijkheden van een minister.

De relatie tussen wetgever en normalisatie kan juridisch verschillend zijn vormgegeven. Zo kan de wetgever in beginsel geen betrokkenheid hebben bij de totstandkoming ervan en neutraal staan tegenover de uitkomst. Dan is sprake van zuivere zelfregulering. De wetgever kan ook het initiatief om tot normalisatie te komen, overlaten aan private partijen, maar zich het recht voorbehouden met wetgeving te komen indien beschermenswaardig geachte belangen niet of onvoldoende worden gediend door vastgestelde normen. Dan is sprake van vervangende zelfregulering. De wetgever kan het initiatief ook laten aan private partijen, maar daarbij wel randvoorwaarden stellen aan het te bereiken resultaat of aan de

14 Evers 2002, p. 19; Stuurman 1995, p. 36-37.

15 Zij houdt ingevolge art. 3.2.4 van het reglement in voorkomend geval rekening met een door een kritiekgever ingesteld beroep ter zake van een bepaald belangenaspect dat deze kritiekgever wezenlijk geschaad acht.

procedure waarin de normen tot stand wordt gebracht. Dit is geconditioneerde zelfregulering.[16] Zowel bij vervangende als bij geconditioneerde wetgeving kan de wetgever ervoor kiezen naar de tot stand gekomen regels of normen te verwijzen in wetgeving.

Betrokkenheid van de overheid bij normalisatie heeft ook een financieel aspect. Het ministerie van Economische Zaken (EZ) stelt jaarlijks € 1,1 miljoen ter beschikking aan NEN. Daarmee wordt gevolg gegeven aan de overeenkomst die is gesloten tussen de Staat en NEN[17] ter uitvoering van Verordening (EU) nr. 1025/2012 (de Verordening betreffende normalisatie). Dit is de zogenoemde taakgerichte financiering. Het bedrag wordt aangewend voor drie verschillende activiteiten van NEN:

- het informeren van belanghebbende partijen over Europese en mondiale normalisatie-initiatieven (de activiteit 'informeren') (twee derde van het bedrag);
- uitvoering van enkele taken die voortvloeien uit de Normalisatieverordening en de Overeenkomst die is gesloten tussen de Staat en NEN, waaronder notificatie en de controle of in regelgeving van de overheid wordt verwezen naar actuele dan wel vervallen normen (de activiteit 'notificeren en controleren'); en
- een bijdrage in de kosten van lidmaatschappen van NEN aan mondiale en Europese normalisatie-instellingen.[18]

Daarnaast worden op projectmatige basis bijdragen aan normalisatie verstrekt.

In juli 2011 heeft het kabinet-Rutte I een standpunt over de financiële bijdrage van overheidswege aan normalisatie ingenomen en uitgesproken dat deze voldoende is.[19] Dit standpunt was een reactie op het eindrapport van het project 'Kenbaarheid van Normen en Normalisatie', dat in 2004 aan de minister van Economische Zaken was aangeboden door het Platform Kenbaarheid Normen en Normalisatie. In dit platform waren verschillende organisaties die bij normalisatie betrokken zijn, vertegenwoordigd.[20] In dat project waren ook problemen met betrekking tot

16 Van Ommeren 2012, p. 213-216; Van Gestel 2008, p. 103.

17 *Stcrt.* 2013, 20863. Het is de opvolger van de overeenkomst tussen de NEN en de Staat, *Stcrt.* 2009, 39.

18 *Kamerstukken II* 2014/15, 34000 XIII, nr. 148 (brief van de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer, 9 maart 2015); *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193 (Kabinetsreactie op kenbaarheid van normen en normalisatie), p. 6.

19 *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 2, 4, 6.Vgl. over het belang van bijdragen van overheden echter: COM (2011)315, p. 2-3, 5-6.

20 Dit platform was een initiatief dat tweeëneenhalf jaar eerder was genomen door de minister van Economische Zaken. Het eindrapport van het project 'Kenbaarheid van Normen en Normalisatie' werd aan de minister van Economische Zaken met begeleidende brief op 10 november 2004 aangeboden door het Platform Kenbaarheid Normen en Normalisatie. Aan het platform werd deelgenomen door vertegenwoordigers van VNO-NCW, MKB Nederland, FNV, FME-CWM, Koninklijke Metaalunie, Normalisatiekringen Nederland, Consumentenbond en NEN. Het project werd begeleid door het Nederlands Normalisatie-instituut. *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 2.

de toegang tot het normalisatie*proces* in kaart gebracht en werden ter zake aanbevelingen gedaan. Eén aanbeveling hield – voor zover hier relevant – in dat de overheid haar financiële bijdrage aan normalisatie dient af te stemmen op 'stimulering van deelname van marktpartijen aan normalisatie in het algemeen'. Een andere aanbeveling hield in dat de overheid bij normalisatie in de publieke context de deelname van zogenoemde 'zwakke marktpartijen' dient zeker te stellen.[21] Aan deze aanbevelingen is geen praktisch gevolg gegeven.

Naast het financiële en het technisch-juridische aspect van de relatie tussen overheid en normalisatie, is er het aspect van de participatie van de overheid in normalisatie. Bestuursorganen kunnen zich laten vertegenwoordigen bij de totstandkoming van normen in normcommissies. Voor participatie van overheden in normalisatie in Nederland (dus door NEN) is geen (algemene) wettelijke regeling getroffen. Algemeen beleid op dit punt lijkt te ontbreken.[22] Bestuursorganen zijn met name vertegenwoordigd in normcommissies als zij op een bepaald gebied technisch-uitvoerende taken vervullen en op gebieden waar de veiligheid of gezondheid in geding is. Bij beleidsmatige betrokkenheid kan een bestuursorgaan vertegenwoordigd zijn in een beleidscommissie van NEN (zie over beleidscommissies par 2.2.2). Of er beweging zit in deelname van overheden aan normcommissies en zo ja, welke is niet onderzocht.[23]

Het kabinet-Rutte I is naar aanleiding van het eindrapport van het project 'Kenbaarheid van Normen en Normalisatie' een project gestart om belanghebbenden directer en goedkoper (via ICT) bij het normalisatieproces te betrekken. Het 'Platform open normalisatie' een adviesgremium van NEN, heeft in samenspraak met NEN gezorgd voor de ontwikkeling van een systeem voor het inzien van normontwerpen en het indienen van commentaar via een website.[24] Inmiddels is met deze website (www.normontwerpen.nl) enkele jaren ervaring opgedaan. Er wordt in de praktijk gebruik van gemaakt door personen en organisaties die niet bij de totstandkoming van een norm betrokken zijn geweest. Hun input maakt zichtbaar hoe een norm beter kan worden gemaakt vanuit een oogpunt van gebruikersvriendelijkheid.[25]

---

21 Aanbeveling 4 en 5 in de brief van het Platform Kenbaarheid Normen en Normalisatie aan de minister van Economische Zaken, d.d. 10 november 2004; *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 2.

22 Over deelname van overheden aan nationale normalisatieactiviteiten die de ontwikkeling of herziening beogen van normen waarom de Commissie heeft verzocht binnen de grenzen van de bevoegdheden als bepaald in de Verdragen gaan art. 7 jo. art. 10 Normalisatieverordening.

23 Deze impressie is ontleend aan een vraaggesprek met mr. Rien Huige, hoofd van de afdeling Materialen & Bouwproducten van NEN.

24 Deze klankbordgroep is destijds gevormd door vertegenwoordigers van het ministerie van EL&I en BZK, VNO-NCW, MKN-NL, FME-CWM, Koninklijke Metaalunie, VOM, Aannemersfederatie Nederland Bouw en Infra, FNV, Consumentenbond en Normalisatie Kringen Nederland. Kamerstukken II 2010/11, 27406, nr. 193, p. 6-7. Zie: www.normontwerpen.nen.nl.

25 Met dank aan mr. Rien Huige.

Overheden zijn vertegenwoordigd in het reeds genoemde adviesgremium van NEN, het 'Platform open normalisatie'. Hierin worden op 'regelmatige basis beleid en ideeën uitgewisseld en bediscussieerd over normalisatie issues die belangrijk zijn voor MKB bedrijven.' Bij dit platform zijn zowel MKB-brancheorganisaties als overheden betrokken.[26]

De minister van Economische Zaken heeft begin 2015 gewezen op het belang van het verstrekken van relevante informatie door bestuursorganen aan een normalisatie-instelling of een andere 'normeigenaar'. Ervaringen van betrokken bestuursorganen met conformiteitsbeoordeling waarmee de wetgever bepaalde doelen wil realiseren, kunnen aanleiding zijn om de norm die daarbij wordt gehanteerd aan te passen als die onvoldoende aansluit bij wat volgens die bestuursorganen wenselijk is.[27]

2.2.4 *Verwijzing naar normen door de overheid*

NEN heeft geen regelgevende bevoegdheid en oefent in beginsel geen overheidsgezag uit als normalisatienormen worden vastgesteld. De normen worden in een normcommissie op grond van privaatrechtelijke afspraken vastgesteld door vertegenwoordigers van organisaties die belang hebben bij een door eenieder te gebruiken standaard, maar samen geen publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheid hebben.

Zowel in wetgeving als in beschikkingen wordt regelmatig naar normen verwezen. Ik bespreek eerst de verschillende manieren van verwijzing door de wetgever. Verwijzingen kunnen direct geschieden. Dan wordt in een wettelijk voorschrift naar een norm verwezen.

> Zo bepaalt artikel 2.2 Bouwbesluit 2012 dat een bouwconstructie gedurende de in NEN-EN 1990 bedoelde ontwerplevensduur niet bezwijkt bij fundamentele belastingscombinaties als bedoeld in NEN-EN 1990.

Zij kunnen ook indirect geschieden: dan wordt verwezen naar een document, waarin op zijn beurt naar een norm wordt verwezen.

> Zo bepaalt artikel 4.3 Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer voor gevaarlijke stoffen in verpakking dat de opslag moet voldoen aan nader genoemde voorschriften in PGS-richtlijn 15 (hierna: PGS 15). Een van de voorschriften waarnaar wordt verwezen is voorschrift 3.2.1 PGS 15, waarin is bepaald dat het dak van een opslagvoorziening niet brandgevaarlijk mag zijn conform NEN 6063.[28] Ook komt het voor dat in wetgeving naar een NEN-norm wordt verwezen waarin op zijn beurt wordt

26 www.nen.nl, onder Wat is normalisatie?, onder Doe mee, onder MKB en Maatschappelijke organisaties, onder Stimuleren deelname MKB.

27 *Kamerstukken II* 2014/15, 29304, nr. 5, p. 4.

28 content.publicatiereeksgevaarlijkestoffen.nl/documents/PGS15/PGS15-2005-vo.o.pdf. Zie voor een voorbeeld ook: Vz. ABRvS 17 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6024.

verwezen naar een (onderdeel van) een andere NEN-norm. Daarbij kan de wetgever zich al dan niet expliciet uitlaten over de kwestie of laatstgenoemde norm ook van toepassing is (zie voor expliciet uitlaten art. 1.2 Regeling Bouwbesluit 2012).

Bij verwijzing in wetgeving zijn normen volgens de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak niet als algemeen verbindende voorschriften te kwalificeren als bedoeld in artikel 89, vierde lid, Grondwet en artikel 3 en 4 Bekendmakingswet.[29] Zij gelden dan evenmin als 'door de openbare macht uitgevaardigd' als in artikel 11 Auteurswet bedoeld.[30] Consequenties hiervan worden besproken in paragraaf 3.2.3.

Als de wet naar normalisatienormen verwijst, zijn de normen, afhankelijk van de manier waarop de wetgever ernaar verwijst, echter wel bindend ('publiekrechtelijk algemeen geldende normen'). Dit is zonder meer zo als een verwijzing naar NEN-normen in wetgeving 'dwingend' is. Een verwijzing is dwingend als burgers om aan een wettelijk voorschrift te voldoen, volgens de wet aan de norm moeten voldoen of deze moeten toepassen. Dwingende verwijzingen komen niet vaak voor.[31]

Een voorbeeld ervan is artikel 3.14, eerste lid, Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer: een windturbine moet voldoen aan veiligheidseisen opgenomen in NEN-EN-IEC 61400-2 en NVN 11400-0.

Bij een niet-dwingende verwijzing in een wettelijk voorschrift naar een norm is geen verplichting ontstaan om de norm na te leven, omdat volgens de wet ook op een andere wijze kan worden aangetoond dat het wettelijk beoogde resultaat wordt bereikt.[32] Als echter in de wet is bepaald dat, hoewel ook voor een alternatieve methode kan worden gekozen om aan te tonen dat aan een bepaalde wettelijke eis is voldaan, bij naleving van de normen onomstotelijk vaststaat dat aan die eis is voldaan, is de norm, afgaand op de jurisprudentie, wél bindend.

Zo vloeit in algemene zin uit artikel 1.3 Bouwbesluit 2012 voort dat, als in een voorschrift naar een NEN-norm wordt verwezen, ook op andere wijze dan met

29 Dit geldt ook als voor verwijzing in een lagere regeling een uitdrukkelijke basis aanwezig is in een wet in formele zin. HR 22 juni 2012, *AB* 2012, 228, m.nt. Van Ommeren, *TBR* 2012/150, m.nt. A.R. Neerhof, *Gst.* 2012/87, m.nt. P.M.J. de Haan, *JB* 2012/178, m.nt. J.J.J. Sillen, *BB* 2012/433, m.nt. P. de Bruin, *JOM* 2012/776, *JIN* 2012/169, m.nt. J.J.J. Sillen, *AA* 2013, 762, m.nt. R.J.B. Schutgens, *BR* 2012/170, m.nt. C.N.J. Kortmann en I.O. den Hollander (*Knooble*), r.o. 3.8-3.9.

30 HR 22 juni 2012, *AB* 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (*Knooble*), r.o. 3.8 en 3.10.

31 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 27 406, nr. 193, p. 4-5. Het kabinet gaat sinds december 2015 uit van een ruimere definitie van dwingende verwijzing. Daaronder valt nu ook een verwijzing waarbij een andere oplossing toegepast mag worden zolang deze tenminste gelijkwaardig is aan de norm, maar om dit te kunnen beoordelen de norm ingezien moet kunnen worden. Zie www.rijksoverheid.nl, onder Alle onderwerpen, onder: Certificaten, keurmerken en meetinstrumenten, onder Normen voor producten, diensten of processen, onder Veelgestelde vragen normalisatie. Zie ook par. 3.2.3.1.

32 Het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (Activiteitenbesluit) kent geen algemene bepaling op basis waarvan wordt aangenomen dat verwijzingen naar NEN-normen niet dwingend zijn. Art. 1.8 Activiteitenbesluit kent een andere redactie dan art. 1.3 Bouwbesluit 2012. Het Activiteitenbesluit kent zowel dwingende als niet-dwingende verwijzingen.

toepassing van de norm aan een voorschrift wordt voldaan als daarmee een gelijkwaardig beschermingsniveau wordt gerealiseerd. De normen zijn volgens de jurisprudentie echter bindend.[33]

Als de wetgever naar een norm verwijst en daarbij bepaalt dat het vaststellen van prestaties conform deze norm alleen een bewijsvermoeden oplevert dat gehandeld is in overeenstemming met bepaalde voorschriften, is de norm *niet* bindend. Tegenbewijs is toegelaten. Betrokkenen hebben de ruimte om te kiezen voor andere oplossingen, maar missen dan het bewijsvoordeel van het volgen van de norm en moeten aantonen dat de alternatieve methode tot het wettelijk beoogde resultaat leidt.[34]

Een voorbeeld is artikel 6, eerste lid, Warenwetbesluit liften, dat bepaalt dat liften en veiligheidscomponenten die voldoen aan de door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: SZW) aangewezen geharmoniseerde normen in zoverre worden vermoed te voldoen aan essentiële veiligheids- en gezondheidseisen als bedoeld in artikel 5 van dit besluit.[35]

Ook als in wetgeving niet naar NEN-normen wordt verwezen, kunnen zij overigens van belang zijn bij handelen van bestuursorganen. Zij kunnen worden gebruikt bij uitleg van wettelijke voorschriften in de praktijk. Er kan in beleidsregels of richtlijnen naar worden verwezen.

Zo wordt bijvoorbeeld bij vergunningverlening en handhaving op het gebied van het milieu veel gebruikgemaakt van PGS-richtlijnen. PGS staat voor de Publicatiereeks Gevaarlijke Stoffen.[36] In PGS-richtlijnen wordt op zijn beurt regelmatig naar NEN-normen verwezen. Er wordt van de richtlijnen bij vergunningverlening en handhaving (veelvuldig) gebruikgemaakt, ook als daarin naar NEN-normen wordt verwezen en de wetgeving op haar beurt niet naar de richtlijnen en daarin genoemde NEN-normen verwijst.[37]

---

33 HR 22 juni 2012, *AB* 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (*Knooble*), r.o. 3.5; ABRvS van 2 februari 2011, *AB* 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan, *JB* 2011/65, m.nt. J.H.M.F. Teunissen, *TBR* 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof (*City Crash*), r.o. 2.4.5.

34 Zie voor deze uitleg: *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 4.

35 Dit zijn de in bijlage I van de liftenrichtlijn (Richtlijn 95/16/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 1995 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende liften, *PbEG* 1995, L 213) opgenomen essentiële veiligheids- en gezondheidseisen. Met deze geharmoniseerde normen zijn overigens bedoeld normen, die in opdracht van de Europese Commissie op grond van de richtlijn liften door CEN en CENELEC zijn ontwikkeld en vastgesteld. *Stb.* 1996, 444, p. 17. Zie voor een ander voorbeeld van navolging van een norm die een bewijsvermoeden oplevert dat aan een wettelijke eis wordt voldaan: art. 10 Warenwetbesluit drukapparatuur. De constructie van het bewijsvermoeden houdt verband met de inbedding van deze normen in Europese regelgeving. Zie art. R8 Bijlage I (Referentiebepalingen voor communautaire harmonisatiewetgeving voor producten) bij Besluit nr. 768/2008/EG betreffende een gemeenschappelijk kader voor het verhandelen van producten en tot intrekking van Besluit 93/465/EEG van de Raad, *PbEU* 2008, L 218/82.

36 Deze reeks vervangt de voormalige CPR-richtlijnen.

37 Actualisatie en het beheer van de PGS geschiedt niet door een bestuursorgaan, maar door een organisatie waarin het bedrijfsleven, werknemers en overheden vertegenwoordigd zijn. Zie: www.

Er wordt regelmatig in beschikkingen, in het bijzonder vergunningen, naar NEN-normen verwezen, zonder grondslag in de wet. De normen zijn dan volgens de Afdeling geen wettelijke voorschriften.[38] Algemeen geldende publiekrechtelijke normen kunnen zij door enkele verwijzing in vergunningen niet worden.[39]

Als niet bij of krachtens wettelijk voorschrift naar een norm wordt verwezen, heeft de norm geen bindende kracht en kan de norm niet aan een burger worden tegengeworpen. Zo kan het niet voldoen aan de norm dan niet ten grondslag worden gelegd aan een bestuurlijke herstelsanctie.[40]

2.2.5 *Verwijzing naar NEN-normen en toetsing van kwaliteit*

Een verwijzing naar normdocumenten in wetgeving kan statisch of dynamisch zijn. Bij een statische verwijzing vindt de verwijzing naar een normdocument plaats met vermelding van vindplaats en jaar van uitgaaf. Als de inhoud van het normdocument wijzigt, is het pas bindend als de wetgever naar het gewijzigde normdocument heeft verwezen. Bij een dynamische verwijzing wordt naar een normdocument verwezen zonder vermelding van de datum van uitgifte. Als de inhoud van het normdocument door de bevoegde instantie wordt gewijzigd, ondergaan de normen waaraan volgens de wet moet worden getoetst, automatisch wijziging.[41]

Het gebruik van statische verwijzingen is conform de Aanwijzingen voor de regelgeving. In aanwijzing 92, tweede lid, is neergelegd dat een verwijzing naar normen die niet publiekrechtelijk van aard zijn, in beginsel geschiedt naar die normen zoals zij op een gegeven tijdstip luiden. Omvat de verwijzing mede latere wijzigingen, dan moet tevens worden voorzien in mededeling van deze wijzigingen in de Staatscourant.

Bij een statische verwijzing heeft de wetgever steeds vooraf kunnen toetsen of de belangen die hij op het oog heeft voldoende in het gewijzigde normdocument zijn beschermd, alvorens dit normdocument deel uit gaat maken van het geldende recht.[42] Bij een dynamische verwijzing wordt de opsteller van het normdocument degene die de inhoud van bepaalde wetgeving bepaalt, zonder daartoe democratisch te zijn gelegitimeerd.[43]

---

publicatiereeksgevaarlijkestoffen.nl. Zie over PGS-richtlijnen: Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 24-29. PGS-richtlijnen (waarnaar niet in een wet- of vergunningsvoorschrift wordt verwezen) hebben voor de organen van provincies en gemeenten de status van richtlijnen, ofwel 'algemene, niet tot enige bevoegdheid te herleiden regels, die dienen ter normering van bestuurshandelen', als zij deze niet uitdrukkelijk en openbaar als eigen beleid hebben aanvaard. Op grond van eisen van zorgvuldigheid en deugdelijke motivering dient met richtlijnen in meer of mindere mate rekening te worden gehouden bij besluitvorming. Zie Bröring 1993, p. 28, en verder in het bijzonder p. 341-430 en p. 469-508.

38 ABRvS 13 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD9957, JM 2008/106, m.nt. Zigenhorn, JOM 2008/700; ABRvS 12 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS2185.

39 Van Gestel 2008, p. 126-127.

40 ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3295.

41 Zie Zijlstra 2012, p. 531.

42 Vgl. de toelichting bij aanwijzing 8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, Stcrt. 2000, 191, p. 9.

43 Zie Zijlstra 2012, p. 531; Huizink, Klein Wassink & Zijlstra 2004, p. 429-430.

Als bezwaar van een statische verwijzing is wel genoemd dat het telkens moeten verwijzen naar een actueler normdocument in een wet in formele zin of amvb leidt tot omslachtige procedures.[44] Dit nadeel is te ondervangen door de vaststelling van het exacte document te (sub)delegeren aan een minister.

> Zo wordt in het Bouwbesluit 2012 en het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer naar NEN-normen verwezen door vermelding van de naam van het normdocument, maar niet van het jaar van uitgaaf van dat document. De vaststelling van het jaar van uitgaaf van dat document geschiedt krachtens subdelegatie in de Regeling Bouwbesluit 2012 onderscheidenlijk de Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer. Op deze manier kunnen in beginsel alleen normdocumenten bindend zijn als daartoe krachtens de wet uitdrukkelijk is besloten.[45]

De wijze waarop wordt getoetst of naar een normdocument kan worden verwezen is verschillend. De wetgever kan de aanwijzing van de normdocumenten overlaten aan een bestuursorgaan – een betrokken minister – en daarbij (minimum)eisen formuleren waaraan het normdocument moet voldoen. Omdat gebruikmaking van deze normdocumenten bedoeld is om profijt te hebben van 'regulering in de betrokken sector' zelf, zijn die randvoorwaarden, afgezien van de eis dat ze niet in strijd mogen zijn met een wettelijk voorschrift, in hoofdzaak formeel en procedureel van karakter.[46] Ook komt het (vaak) voor dat inhoudelijke en procedurele criteria achterwege worden gelaten.[47]

In zijn reactie Kenbaarheid van normen en normalisatie heeft het kabinet-Rutte I uitgesproken dat de wetgever dient na te gaan of bij de totstandkoming van de norm alle relevante belangen betrokken zijn, want dan kan worden aangenomen dat de norm recht doet aan de belangen van de betrokkenen. Als blijkt dat niet alle relevante belanghebbenden bij de totstandkoming van een norm zijn betrokken maar zij wel goed aansluit bij het overheidsbeleid, dan zou de wetgever er wel naar kunnen verwijzen, mits hij 'in het reguliere proces van regelgeving nagaat of deze belanghebbenden niet onevenredig worden geschaad.'[48]

In het algemeen geldt dat een toetsing, als die wordt uitgevoerd, vooral een procedurele is: hebben alle betrokkenen de mogelijkheid gehad hun standpunt in te brengen? Een technisch-inhoudelijke toets zal niet zelden moeilijk zijn uit te voeren, omdat daartoe veelal de expertise ontbreekt.

---

44 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 70.

45 Zie art. 1.5, eerste lid, Bouwbesluit 2012 in verbinding met art. 1.2, eerste lid, Regeling Bouwbesluit jo. bijlage I of II bij deze Regeling; art. 1.7 Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer in verbinding met art. 1.2 Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer. Echter, ingevolge art. 1.2, derde lid, Regeling Bouwbesluit 2012 zijn van de in de afdelingen 6.2 en 6.3 Bouwbesluit 2012 – die betrekking hebben op voorzieningen voor het afnemen en gebruiken van energie onderscheidenlijk watervoorzieningen – aangewezen normen, met uitzondering van NEN 1010, *alle* verwijzingen van toepassing. *Stcrt.* 2011, 23914, p. 16.

46 Zie art. 18 en 25 Besluit bodemkwaliteit.

47 Zoals in de Woningwet.

48 *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 5-6. Zie ook de toelichting bij aanwijzing 8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, *Stcrt.* 2000, 191, p. 9.

Hierboven (in paragraaf 2.2.4) werd betoogd dat NEN geen regelgevende bevoegdheid en in beginsel geen overheidsgezag uitoefent als normalisatienormen worden vastgesteld. Over de vraag wanneer het NNI en het NEC, als private organisaties die de totstandkoming van de normen faciliteren, of hun besturen of normcommissies, bestuursorganen ex artikel 1:1, aanhef en onder b, Awb zijn, heeft de Hoge Raad noch de Afdeling bestuursrechtspraak zich expliciet uitgelaten.[49] In lijn met hun jurisprudentie ligt dat de beslissing van een private instelling inhoudende de vaststelling van een norm ook bij verwijzing ernaar niet als besluit ex artikel 1:3 Awb van die instelling kan worden gekwalificeerd, in ieder geval niet bij de methodiek van statische verwijzing zoals bedoeld in aanwijzing 92, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Bij die methodiek wordt niet (de facto) regelgevende bevoegdheid aan de instelling overgedragen, zodat ook geen sprake kan zijn van uitoefening van openbaar gezag.[50]

Verdedigbaar is dat bij een dynamische verwijzing naar een norm in wetgeving (zie paragraaf 2.2.5) de private instelling die de vaststelling van de norm faciliteert of in ieder geval het orgaan van de instelling die de norm vaststelt, bestuursorgaan ex artikel 1:1, aanhef en onder b, Awb is en beslissingen tot vaststelling, wijziging of intrekking van die normen van dat orgaan of die instelling besluiten ex artikel 1:3 Awb zijn. Dan is immers de facto wel publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheid overgedragen.[51]

Wat hier ook van zij, de inhoud van de norm maakt bij een verwijzing deel uit van de wettelijke regeling waarin de verwijzing is opgenomen en krijgt daardoor (ook) een publiekrechtelijk karakter. Als die wettelijke regeling niet afkomstig is van de wetgever in formele zin, maar van een bestuursorgaan, dan maakt zij deel uit van een besluit van dat bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:3 Awb.

In de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak en Hoge Raad deelt een norm waarnaar wordt verwezen in een algemeen verbindend voorschrift echter niet in het rechtskarakter ervan en kan de inhoud van die norm dus zelf geen algemeen verbindend voorschrift zijn.[52] Een benadering waarin een norm waarnaar wordt verwezen in een algemeen verbindend voorschrift in het rechtskarakter ervan deelt, is echter goed verdedigbaar. In beginsel maken zij deel uit van algemene de burgers bindende regels die door het bevoegd gezag zijn uitgevaardigd, zodat daarop de rechtsregels van toepassing moeten zijn die op algemeen verbindende voorschriften van toepassing moeten zijn.[53] Voor zover consequenties hiervan

49 Vgl. echter het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 16 november 2010 in de *Knooble*-zaak, TBR 2011/31, m.nt. A.R. Neerhof, i.h.b. r.o. 8-9.

50 HR 22 juni 2012, *AB* 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (*Knooble*), r.o. 3.8 en 3.9, en ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan (*City Crash*), r.o. 2.4.3.

51 Vgl. Zijlstra 2012, p. 531.

52 HR 22 juni 2012, *AB* 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (*Knooble*), r.o. 3.8 en 3.9, en ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan (*City Crash*), r.o. 2.4.3.

53 Elferink 1998, i.h.b. p. 117-120. Vgl. Peters 2013, p. 207-208. Het pleidooi van Peters vond aanleiding in de casus die aan de orde was in ABRvS 29 augustus 2012, *AB* 2014/83, m.nt. H. Peters. Hierin was geen sprake van een verwijzing in de wet naar door een orgaan van een

voor de wetgever en voor normalisatie-instellingen niet aanvaardbaar zouden worden geacht (met name in verband met bekendmakingsverplichtingen), zou een afwijkende regeling van de regels voor bekendmaking en een passende regeling voor de auteursrechten door de wetgever kunnen worden vastgesteld.

2.3 Conformiteitsbeoordeling

2.3.1 Begripsafbakening

Naast normalisatie is conformiteitsbeoordeling in de praktijk een belangrijke manier waarop in het bijzonder markten door private partijen worden gereguleerd. Bij conformiteitsbeoordeling worden eigenschappen van een onderwerp van beoordeling – een product, dienst, persoon of systeem – bepaald en vergeleken met gespecificeerde eisen, waarna een verklaring over de conformiteit wordt afgegeven. De beoordeling geschiedt door een derde, onafhankelijk geachte instantie. De eisen zijn vastgesteld door een normalisatie-instituut, een college van deskundigen (zie par. 2.3.2) en/of door partijen bij een bepaalde overeenkomst.

Een conformiteitsverklaring (testverklaring of certificaat) houdt in dat het gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat het onderwerp van beoordeling aan vooraf gestelde eisen voldoet. Conformiteitsbeoordeling vindt in beginsel plaats op grond van overeenkomsten tussen de partij die de conformiteitsverklaring aanvraagt en de instelling die de conformiteitsverklaring verleent.[54] De beoordelende instantie is in Nederland vrijwel altijd een private instelling.[55] Zij is dus in ieder geval geen (orgaan van een) rechtspersoon krachtens publiekrecht ingesteld.

Een conformiteitsverklaring kan zowel een *eenmalige* verklaring zijn als een verklaring die *voor een bepaalde periode* wordt afgegeven. Een eenmalige verklaring volgt bijvoorbeeld na een keuring door testlaboratorium (een testverklaring). Als de verklaring voor een bepaalde periode wordt afgegeven, is sprake van een certificaat. Een certificaat is dus een species van het genus conformiteitsverklaring.[56]

---

private instelling vastgestelde regels, maar van een wettelijk vereiste instemming door de minister van VWS met private regels. Op basis van private regels waarmee de minister had ingestemd kon de registratiecommissie van de betreffende organisatie van beroepsbeoefenaren beslissingen nemen over individuele registratie. Laatstgenoemde beslissingen kwalificeerden gelet op de aan deze commissie krachtens de wet gegeven bevoegdheid als besluiten ex art. 1:3 Awb, maar de private regels na de erkenning door de minister volgens de Afdeling echter niet. Voor de door hem bepleite benadering – regels kunnen zowel privaatrechtelijk zijn en blijven en kunnen door overname door een bestuursorgaan tevens publiekrechtelijk van aard zijn (en algemeen verbindend voorschrift worden) – zou des te meer reden zijn bij een (statische) verwijzing naar een norm in een algemeen verbindend voorschrift op zodanige wijze dat die norm de burgers bindt.

54 Zie hierover Verbruggen 2013.

55 Vgl. de definitie van certificering het MDW-rapport, *Normalisatie en certificatie*, Den Haag 1996, p. 5 (bijlage bij *Kamerstukken II* 1995/96, 24036, nr. 15). Zie ook: Evers 2002, p. 20-21, 23; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p.12-13.

56 Certificatie is een vorm van conformiteitsbeoordeling waarbij wordt vastgesteld of gedurende een bepaalde periode het gerechtvaardigde vertrouwen bestaat dat een duidelijk omschreven object voldoet aan vooraf gestelde eisen. Zie Evers 2002, p. 22. In het spraakgebruik wordt de term

De instellingen die conformiteitsverklaringen afgeven, zijn certificerende instellingen, laboratoria en inspectie-instellingen. Deze instellingen kunnen worden aangeduid met de overkoepelende term conformiteitsbeoordelingsinstanties. Conformiteitsbeoordelingen geschieden door deze instellingen op basis van vertrouwelijkheid door activiteiten als testen, kalibratie, inspectie, audit of een examen.

2.3.2 *Beoordelingsrichtlijnen*

Op grond van de resultaten van de beoordeling wordt een uitspraak gedaan over het voldoen aan de gestelde eisen. Een conformiteitsbeoordelingsinstantie hanteert bij het uitvoeren van de conformiteitsbeoordeling bepaalde beoordelingsrichtlijnen. Deze beoordelingsrichtlijnen (BRL's), ook wel 'certificatieschema's' genoemd, vormen de technische basis om tot conformiteitsbeoordeling te komen. In de beoordelingsrichtlijnen of schema's worden eisen die van toepassing zijn op een product of proces uitgewerkt in objectief meetbare criteria. De wijze waarop overeenstemming van het object van conformiteitsbeoordeling met bepaalde criteria wordt vastgesteld, is daarin neergelegd. Daarbij kan gebruik zijn gemaakt van normalisatienormen, maar dat hoeft niet. De beoordelingsrichtlijnen kunnen ook eisen stellen aan de interne kwaliteitsbewaking van de houder van een conformiteitsverklaring, om te borgen dat de producten/het proces bij voortduring aan de gestelde eisen voldoet. Daarnaast worden eisen gesteld aan de conformiteitsbeoordelingsinstanties en wordt vastgelegd welke acties volgen als niet aan de criteria wordt voldaan.[57]

Beoordelingsrichtlijnen worden vastgesteld door een College van Deskundigen, ofwel een CvD. CvD's oefenen geen overheidsgezag uit als zij beoordelingsrichtlijnen vaststellen, tenzij hun bij wet bevoegdheden zouden zijn gekend om deze vast te stellen en daaraan rechtsgevolgen zijn verbonden. Mij zijn geen voorbeelden bekend waarin dit het geval is. Wel komt het voor dat BRL's bindend worden doordat er in wetgeving naar wordt verwezen.[58]

Deelnemers aan een CvD zijn belangenbehartigers die kennis hebben van wat er in de markt speelt en/of inhoudelijke deskundigen. Hierin zijn marktpartijen vertegenwoordigd, maar kunnen ook ideële of belangenorganisaties

---

certificatie overigens vaak gebruikt waar conformiteitsbeoordeling wordt bedoeld, als een pars pro toto. Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 17. In het Kabinetsstandpunt over het gebruik van certificatie en accreditatie in het kader van overheidsbeleid uit 2003 wordt steeds gesproken over certificerende instellingen (CI's), ook daar waar het gaat om laboratoria en inspectie-instellingen: *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p.18. Ik houd hier vast aan conformiteitsbeoordeling als het bredere en certificatie als het engere begrip.

57 Zo kan worden bepaald aan welke eisen van vakbekwaamheid personen die controles uitvoeren moeten voldoen, worden vastgelegd met welke frequentie controlebezoeken worden afgelegd en welke geconstateerde afwijkingen aan een conformiteitsverklaring in de weg staan aan of een aanleiding zijn om een dergelijke verklaring op te schorten of in te trekken. Het is de bedoeling dat een schema 'normstellend' en 'uitvoerbaar' is. Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 16; Evers 2002, p. 102.

58 Betrekkelijk willekeurige voorbeelden: art. 3.65, vijfde lid, en 3.68, eerste en tweede lid, Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer.

vertegenwoordigd zijn.[59] De CvD is ondergebracht bij de beheerder van de beoordelingsrichtlijn(en) ofwel de schemabeheerder. De schemabeheerder kan een conformiteitsbeoordelende instelling zijn. Er zijn ook schemabeheerders die zelf geen conformiteitsbeoordelende instelling zijn.[60]

Conformiteitsbeoordelingsinstanties kunnen belang hebben bij harmonisatie van de beoordelingsrichtlijnen of -schema's.[61] Dit kan leiden tot de instellingen van Centrale Colleges van Deskundigen (CCvD's), die worden belast met vaststelling van geharmoniseerde 'certificatieschema's'. Zij kunnen zijn ondergebracht bij een rechtspersoon van één of meer beoordelende instellingen of onderdeel zijn van een aparte stichting.[62]

Soms wordt bij overeenkomst voorzien in een toetsing van beoordelingsrichtlijnen door een onafhankelijke derde instantie.

> Zo is voor de erkende kwaliteitsverklaringen in de bouw in een overeenkomst tussen de RvA, de Stichting Bouwkwaliteit (SBK) en de minister die het aanging (destijds VROM) vastgelegd dat de onderliggende 'geharmoniseerde beoordelingsrichtlijn' door SBK als zodanig dient te zijn aanvaard.[63] Voor die aanvaarding bestaan specifieke procedures.[64]

De rol van de RvA bij beoordelingsrichtlijnen komt hieronder (par. 2.3.4) aan de orde.

2.3.3 Overheidsbetrokkenheid bij beoordelingsrichtlijnen

Bestuursorganen kunnen een rol hebben bij de totstandkoming van beoordelingsrichtlijnen. Het komt voor dat aan conformiteitsinstanties die een minister verzoeken om op grond van de wet aangewezen te worden als instantie die bepaalde conformiteitsbeoordeling mag verrichten als eis wordt gesteld dat zij gebruikmaken van door beheerstichtingen met CCvD's ontwikkelde certificatieschema's die door het betreffende ministerie zijn vastgesteld. Dat is echter geen standaardsituatie. Een dergelijke praktijk kan aan de orde zijn bij wettelijk geregelde conformiteitsbeoordelingen, zoals die onder de Warenwet en de Arbeidsomstandighedenwet (zie par. 2.3.8).

Betrokkenheid van bestuursorganen kan tot uitdrukking komen in participatie in een CvD dat beoordelingsrichtlijnen vaststelt.[65] Er is geen algemeen beleid op het

59 Evers 2002, p. 104.
60 Genoemd kan worden de Stichting Kwaliteitsborging Installatiesector, 'een BRL-schrijver die niet certificeert'. Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 24. Ook kan worden genoemd de Stichting Normering Arbeid.
61 Zo kunnen op basis van geharmoniseerde richtlijnen erkende kwaliteitsverklaringen als bedoeld in art. 1.11 Bouwbesluit worden afgegeven.
62 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 16-17; Evers 2002, 104.
63 Stcrt. 2006, 132.
64 Neerhof 2013a, p. 95-101.
65 Zo zijn bijvoorbeeld Rijkswaterstaat en de minister van I&M vertegenwoordigd in het CCvD Bodembeheer. Zie www.sikb.nl, onder Organisatie, onder Organisatiestructuur, onder CCvD en AC Bodembeheer.

niveau van de centrale overheid wanneer deelname in dergelijke colleges al dan niet aangewezen zou zijn. In het kabinetsstandpunt 'Certificering en accreditatie in het kader van overheidsbeleid' uit 2003 wordt het belang van een goede communicatie tussen overheid en marktpartijen onderschreven, in het bijzonder indien certificatieschema's worden opgesteld als onderdeel van wettelijke regelingen. Een door de overheid opgestelde wettelijke regeling zou echter voldoende duidelijk moeten zijn voor de marktpartijen om de wettelijke eisen technisch in te vullen en voor een juiste vertaling zou een betrokkenheid van de overheid in ieder geval niet nodig moeten zijn. Het motief van de overheid om certificering in te zetten zou van belang zijn bij keuzes inzake participatie. Een overheidsbetrokkenheid ligt minder voor de hand als de overheid het certificatieproces nadrukkelijk geheel aan de markt wil overlaten. Overheidsvertegenwoordiging zou van geval tot geval en afhankelijk van de motieven en de aard van de certificering moeten worden bezien.

Overheidsdeelname zou zich volgens het genoemde kabinetsstandpunt in ieder geval moeten beperken tot een waarnemerstatus. Op die manier zou de overheid kennis kunnen nemen van de ontwikkelingen in de marktsector en het functioneren van de certificatieregeling en de rol van betrokken partijen daarbij en voeling houden met toepassing van de betreffende wettelijke voorschriften in de praktijk.[66]

Ik merk op dat voor de beslissing over participatie van belang zou moeten zijn dat een bestuursorgaan met participatie in een CvD ook de wijze van accrediteren door de RvA van instellingen die de conformiteitsbeoordeling op basis daarvan willen verrichten, kan beïnvloeden.[67] Zoals gezegd, meer over het toezicht door de RvA hieronder in paragraaf 2.3.4.

De minister van Economische zaken gaf er in januari 2015 blijk van het belang te onderkennen van het delen door bestuursorganen van hun ervaringen met de schemabeheerders als certificatie door de wetgever of door bestuursorganen zelf gebruikt wordt om bepaalde doelen te realiseren. Ervaringen met de conformiteitsbeoordeling kunnen voor de schemabeheerder aanleiding zijn om een beoordelingsrichtlijn (certificatieschema) aan te passen 'wanneer de reikwijdte van het certificaat niet overeenkomt met de betreffende wet- en regelgeving'.[68]

2.3.4 De rol van de Raad voor Accreditatie

2.3.4.1 De Raad voor Accreditatie geduid

Een systeem van conformiteitsbeoordeling kan alleen functioneren als de betrouwbaarheid ervan is gewaarborgd. Accreditatie-instanties zijn uit deze behoeften voortgekomen. Bij accreditatie wordt de bekwaamheid of competentie van de conformiteitsbeoordelende instelling beoordeeld. De stichting RvA is in

66 *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1 (Kabinetsstandpunt over het gebruik van certificatie en accreditatie in het kader van overheidsbeleid), p. 14-15.

67 Zo kunnen onder meer omvang, aard en frequentie van de beoordelingen die de RvA uitvoert en rapportage en gegevensuitwisseling worden geregeld. Neerhof 2013a, p. 102.

68 *Kamerstukken II* 2014/15, 29304, nr. 5, p. 4.

1995 opgericht als resultaat van de fusie van de Raad voor Certificatie (RvC) en NSS (Nederlandse Kalibratie Organisatie (NKO)/Sterlab/Sterin).[69] Accreditatie is een manier om de betrouwbaarheid van de door beoordelende instellingen verstrekte informatie te waarborgen en de risico's van gebruikmaking van conformiteitsbeoordelingen af te dekken.[70]

Accreditatie is sinds 1 januari 2010 verankerd in Europese en Nederlandse wetgeving. Op die datum trad Verordening (EG) nr. 765/2008 tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en markttoezicht betreffende het verhandelen van producten (Verordening accreditatie en markttoezicht)[71] in werking.[72] Artikel 5, eerste lid, van deze verordening bepaalt dat een nationale accreditatie-instantie op verzoek van een conformiteitsbeoordelingsinstantie beoordeelt of deze bekwaam is een specifieke conformiteitsbeoordelingsactiviteit uit te voeren. Wanneer zij bekwaam wordt bevonden, geeft de nationale accreditatie-instantie een accreditatiecertificaat af. Nationale accreditatie-instanties zijn bevoegd, met uitsluiting van anderen, de bekwaamheid van een conformiteitsbeoordelingsinstantie vast te stellen. In iedere EU-lidstaat is één nationale instantie aangewezen om te accrediteren, ook als deze accreditatie niet wettelijk is voorgeschreven (art. 4, eerste lid, Verordening). De lidstaten zijn daarbij gehouden accreditatie aan te merken als een activiteit van openbaar gezag, ongeacht de rechtsvorm van de accreditatieinstantie.[73]

Accreditatie-instanties moeten voldoen aan in de genoemde verordening gestelde eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en technische bekwaamheid (art. 4, zesde tot en met het negende lid en elfde lid, art. 8 Verordening). In het bijzonder gaat het om:

1. verantwoordelijkheden en taken van de nationale accreditatie-instantie die duidelijk zijn onderscheiden van die van andere nationale autoriteiten;
2. geen winstoogmerk;
3. geen activiteiten die concurreren met activiteiten van de conformiteitsbeoordelingsinstanties;
4. geen aandelen in die instanties en geen commerciële adviesdiensten aan die instanties;
5. voldoende financiële en personele middelen, bekwaamheid van personeel;
6. vertrouwelijke behandeling van informatie;
7. een evenwichtige betrokkenheid van alle belanghebbenden;
8. publicatie van jaarrekeningen.[74]

---

69 Op 31 december 2007 zijn verder de RvA en de Stichting voor de bevordering van de kwaliteit van het laboratoriumonderzoek en voor de accreditatie van laboratoria in de gezondheidszorg (CCKL) gefuseerd. CCKL is een onderdeel van de RvA en accrediteert Nederlandse medische laboratoria in de humane gezondheidszorg. Zie www.rva.nl, onder Over de RvA, onder Geschiedenis.

70 Vgl. Gabriël Breukers 2008, p. 177, 308-309.

71 Verordening (EG) nr. 765/2008 tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en markttoezicht betreffende het verhandelen van producten, *PbEU* 2008, L 218/30.

72 Art. 44 van deze verordening.

73 Preambule nr. 15.

74 Vgl. ISO/IEC 17011 en ISO/IEC-documenten met bijzondere eisen voor accreditatie van specifieke instellingen. In het algemeen zijn betrouwbaarheid en transparantie belangrijke eisen waaraan accreditatie moet voldoen. Er is door de EA vastgesteld welke eisen in de verordening nieuw zijn ten opzichte van de eisen die al voor accreditatieinstellingen golden (in het bijzonder ISO/IEC

Nationale accreditatie-instanties die, na met goed gevolg een systeem van collegiale toetsing te hebben doorlopen (zie hierover par. 2.3.4.3), aantonen dat zij voldoen aan de criteria van de desbetreffende voor accreditatie geharmoniseerde norm (een ISO-IEC-norm voor accreditatie) worden vermoed aan de eisen van artikel 8 van de verordening te voldoen (art. 11, eerste lid, Verordening).

In Nederland is de Stichting Raad voor Accreditatie (RvA) aangewezen als dé nationale accreditatie-instantie in de zin van de genoemde verordening. Zij is belast met het uitvoeren van de in de verordening aan de nationale accreditatie-instantie opgedragen taken (art. 2, eerste lid en art. 4, aanhef en onder a, Wet aanwijzing nationale accreditatie-instantie (Wanai)). Het *bestuur* van de RvA is aangewezen als het orgaan dat de aan de nationale accreditatie-instantie opgedragen taken uitvoert (art. 2, tweede lid jo. art. 4, eerste lid, aanhef en onder a, Wanai).

2.3.4.2 Taken van de RvA

De RvA is door de wetgever in verband met de inwerkingtreding van de Verordening accreditatie en markttoezicht op 1 juli 2008 belast met datgene wat zij al lang deed: beslissen over verlening van accreditatiecertificaten, monitoren van de conformiteitsbeoordelingsinstanties waaraan een accreditatieverklaring is verleend en beperken, schorsen of intrekken van accreditatiecertificaten. Jaarlijks toezicht van de RvA op conformiteitsbeoordelende instellingen bestaat uit documenten- en dossieronderzoek, interviews en het bijwonen van de conformiteitbeoordelende activiteit in de praktijk, zoals bijvoorbeeld audits, inspecties of examens.[75] Ingevolge artikel 7 Wanai stelt de RvA tarieven vast voor de door hem te verrichten werkzaamheden ten behoeve van conformiteitsbeoordelingsinstanties.[76]

De RvA heeft een rol bij totstandkoming van beoordelingsrichtlijnen die de basis zijn van conformiteitsbeoordeling. Zij worden door schemabeheerders ter acceptatie aangeboden aan de RvA. Voor accreditatie door de RvA van een instelling voor het uitvoeren van een bepaalde conformiteitsbeoordeling is een voorwaarde dat de beoordelingsrichtlijn die de instelling bij haar werkzaamheden in het kader van die werkzaamheden hanteert, wordt geaccepteerd door de RvA.[77] De RvA toetst of met de documenten betrouwbare conformiteitsbeoordelingen kunnen worden uitgevoerd.[78] Hij toetst *niet* of met het document en de toepassing ervan het beoogde doel wordt gerealiseerd. Voor toetsing van beoordelingsrichtlijnen

---

17011): EA-1/17-S1 - EA Criteria for Membership. Zie www.european-accreditation.org, onder Publications, onder EA Governance and Policy Documents.

75 Zie hierover art. 14 Beleidsregel Accreditatie (BR002). Zie: www.rva.nl, onder Documenten, onder Beleidsregels, Voorschriften en Algemene Besluiten.

76 Hij kan tevens tarieven vaststellen voor informatieverstrekking en andere activiteiten in het kader van zijn contacten met conformiteitsbeoordelingsinstanties.

77 Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 7.

78 Hij doet daarbij geen uitspraak over de zwaarte van de eisen die aan een product, dienst, persoon of systeem worden gesteld.

heeft de RvA document T33 vastgesteld.[79] Hierin zijn eisen neergelegd als vaststelling door competente personen, vooraf testen van het nieuwe schema, aantonen dat het schema in de praktijk uitvoerbaar is en voldoet aan de verwachtingen van de opstellers (validatie) en kenbaarheid.

De RvA kent ook een afzonderlijke procedure voor beoordeling en acceptatie van een schemabeheerder. Draagvlak in de markt en een evenwichtige samenstelling van het college dat zorgt voor totstandkoming en onderhoud van een schema zijn essentiële criteria.[80]

Voor zover het bestuur van de RvA taken in het kader van accreditatie uitvoert, oefent hij sinds 1 juli 2008 publiekrechtelijke bevoegdheden en dus openbaar gezag uit. In zoverre is dit bestuur een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, onder b, Awb. Beslissingen tot verlening van een accreditatiecertificaat, weigering, beperking, intrekking of schorsing hiervan zijn besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. Tegen deze beslissingen staat bezwaar open bij het bestuur van de RvA (art. 8:1 jo. art. 7:1 Awb), vervolgens beroep bij de rechtbank (art. 8:1 e.v. Awb) en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 8:104 jo. art. 8:105 Awb).

Op al het handelen van de RvA in de hoedanigheid van accreditatie-instantie zijn de Wob en de Wet Nationale ombudsman van toepassing (art. 1a, eerste lid, aanhef en onder e, WNo, en art. 1a, eerste lid, aanhef en onder d, Wob jo. het Besluit bestuursorganen WNo en Wob). De regeling voor klachtbehandeling van afdeling 9.1 Awb en de klachtbehandeling door de ombudsman van afdeling 9.2 Awb zijn van toepassing. Zo kan bijvoorbeeld een klacht bij het bestuur van de RvA worden ingediend over de wijze van beoordeling van een beoordelingsrichtlijn. Voor de behandeling van de klachten met betrekking tot de taakvervulling door de RvA als accreditatie-instantie (als bedoeld in art. 4 Wanai) heeft de RvA beleidsregels vastgesteld.[81]

2.3.4.3 Toezicht op de RvA

Het bestuur van de RvA is een zelfstandig bestuursorgaan (hierna: zbo) als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder a, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Het voldoet aan de hierin neergelegd definitie, want het is een orgaan van de centrale overheid dat bij wet – de Wanai – met openbaar gezag is bekleed en niet ondergeschikt is aan een minister.[82] De Kaderwet is op de RvA van toepassing, nu

79 De eisen voor de schema's zijn gebaseerd op de normen voor accreditatie en de daarbij te hanteren richtlijnen van de EA, de International Accreditation Forum-Multilateral Recognition Arrangements (IAF-MLA), de International Laboratory Accreditation Cooperation-Mutual Recognition Arrangement (ILAC-MRA) en beleids- en toelichtende documenten van de RvA. Zie: Beoordeling van schema's voor conformiteitsbeoordeling, T033, p. 8, www.rva.nl, onder Documenten, onder Beoordelingsdocumenten, onder Toelichtende documenten (T-documenten), onder Algemeen.

80 Zie het Reglement voor de Beoordeling en Acceptatie van Schemabeheerders (RvA-R013), www.rva.nl onder Documenten, onder Regels en besluiten.

81 Beleidsregel Klachten RvA, BR008. Zie www.rva.nl, onder Documenten, onder Regels en besluiten.

82 Vgl. Zijlstra 2009, p. 68-69.

uitzonderingen als bedoeld in artikel 2 van de Kaderwet niet van toepassing zijn en de Kaderwet niet bij bijzondere wet van toepasselijkheid is uitgezonderd.

Toekenning van taken van accreditatie-instantie aan een zbo sluit goed aan bij artikel 4, zesde lid, van de Verordening markttoezicht en accreditatie. Daarin is bepaald dat de verantwoordelijkheden en taken van de nationale accreditatie-instantie moeten worden onderscheiden van die van andere nationale autoriteiten. De ministers moeten dus op afstand staan en dat is bij een zbo het geval.

Artikel 9, eerste lid, Verordening accreditatie en markttoezicht bepaalt dat wanneer een nationale accreditatie-instantie niet aan de eisen of verplichtingen van deze verordening voldoet, de betrokken lidstaat passende corrigerende maatregelen neemt of ervoor zorgt dat dergelijke corrigerende maatregelen worden genomen.[83] In mogelijkheden tot het nemen van passende maatregelen is in de Kaderwet voorzien. De status van zelfstandig bestuursorgaan (die onder de Kaderwet valt) van het bestuur van de RvA brengt mee dat de minister 'die het aangaat' in het belang van het adequate functioneren van de RvA weliswaar geen aanwijzingen in individuele gevallen kan geven, maar wel in het algemeen of op een bepaald terrein bepaalde bevoegdheden heeft tot sturing en toezicht. Zo heeft de minister die het aangaat de bevoegdheid beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de taakuitoefening door de RvA (art. 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen). Gelet op artikel 4:84 Awb dient de RvA deze beleidsregels in beginsel na te volgen bij zijn taakuitoefening. Verder heeft de minister die het aangaat een tweetal ingrijpende bevoegdheden. Hij kan besluiten van het bestuur van de RvA die in strijd zijn met het recht of het algemeen belang vernietigen (art. 22, eerste lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen jo. art. 10:34 Awb). Hij is bevoegd tot het treffen van noodzakelijke voorzieningen als de RvA naar zijn oordeel zijn taak ernstig verwaarloost (art. 23 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).[84] Ook zijn er enkele verplichtingen van de RvA jegens de betrokken minister, zoals de verplichting desgevraagd aan hem alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen te verschaffen (art. 20, eerste lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).[85] Daarnaast heeft de minister van Economische zaken op grond van de Wanai enkele bevoegdheden, zoals goedkeuring van de benoeming van leden van het bestuur en de wijziging van de statuten van de RvA door de minister (art. 3, eerste lid, Wanai). Ook verklaart artikel 8 Wanai dat de regels rond de begroting, het beheer en de verantwoording die gelden voor publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganen (de artikelen 26 tot en met 35 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen) van toepassing zijn op het financieel beheer en de verantwoording door de RvA. Dit betekent onder meer dat de begroting, inclusief een voorstel voor de in het begrotingsjaar te hanteren

83 De Europese Commissie moet in kennis worden gesteld van de maatregelen.

84 Deze bevoegdheden tot vernietiging en tot ingrijpen bij taakverwaarlozing zijn bedoeld als ultimum remedium. *Kamerstukken II* 2000/01, 27426, nr. 3, p. 27-28. Dat deze bevoegdheden in de Wanai niet zijn uitgesloten, is begrijpelijk tegen de achtergrond van toezichtverplichtingen van de lidstaten op grond van art. 9, eerste en tweede lid, Verordening.

85 Daarnaast opstelling van een jaarlijks verslag van de taakuitvoering en het beleid en verzending ervan aan de minister die het aangaat en beide kamers der Staten-Generaal (art. 18 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).

tarieven, en de jaarrekening goedkeuring behoeven van de minister die het aangaat (art. 28, eerste lid, aanhef en onder b, 29 en 34 Kaderwet).[86]

De RvA moet zich onderwerpen aan collegiale toetsing. De toetsing wordt georganiseerd door de European co-operation for Accreditation (EA), een instantie die door de Commissie na overleg met de lidstaten is erkend als de instantie die de nationale accreditatie-instanties onderwerpt aan deze toetsing (art. 10 Verordening). Bij het uitoefenen van toezicht op de RvA maakt de minister van Economische zaken gebruik van de bevindingen van de EA.[87]

De RvA verricht uiteraard ook zelf werkzaamheden in het kader van de collegiale toetsing.

2.3.5 *Betekenis van conformiteitsbeoordeling voor besluitvorming door bestuursorganen*

Ik besprak hierboven conformiteitsbeoordeling in relatie tot werkzaamheden van CvD's, bestuursorganen en de RvA. Ik ga nu in op de relatie tussen conformiteitsbeoordeling en besluitvorming door een bestuursorgaan. Die kan op verschillende manieren zijn vormgegeven. Eijlander, Evers en Van Gestel kwamen in 2003 tot een heldere indeling in vier varianten,[88] die in een kabinetsstandpunt – dat het kabinet-Balkenende II uitbracht over certificatie en accreditatie – op hoofdlijnen werd gevolgd.[89] In navolging van hen onderscheid ik de volgende varianten.

Erkenningsvariant

In de erkenningsvariant kan of moet met een conformiteitsverklaring voor een product (bijvoorbeeld een tank), systeem (bijvoorbeeld een milieuzorgsysteem), proces (zoals bodemsanering of asbestverwijdering) of een persoon die een bepaalde activiteit uitvoert (zoals de keuring van een installatie) worden aangetoond dat aan een bepaald wettelijke eis wordt voldaan.[90] Daarvoor is volgens de

86 De Kaderwet zelf bepaalt in art. 37 dat de art. 26 tot en met 35 van deze wet van toepassing zijn op een privaatrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan indien het uitsluitend bij of krachtens de wet opgedragen taken en werkzaamheden uitvoert. De RvA verricht echter niet uitsluitend dat soort werkzaamheden. Art. 8 Wanai bepaalt daarom dat de genoemde artikelen van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen op de RvA van toepassing zijn. *Kamerstukken II* 2008/09, 31931, nr. 3, p. 17.

87 Bokhorst 2013, p. 18.

88 Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, i.h.b. p. 49-58; *Kamerstukken II* 2004/05, 299304, nr. 3. Het rapport werd door genoemde auteurs in 2003 in opdracht van het ministerie van Economische Zaken uitgebracht. Zie ook Eijlander 2008. Een aanzet tot deze indeling is reeds te vinden in Evers 2002, p. 197-190. Zie ook: Evers 2004, p. 207-208, 212-214; Gabriël-Breukers 2008, p. 28-30, 37-42.

89 *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 20-21. Inmiddels wordt gewerkt aan een herziening van dit kabinetsstandpunt, omdat aanpassingen nodig zijn aan de veranderde juridische realiteit (zo is de RvA inmiddels een bestuursorgaan) en om wetgevingsjuristen en beleidsmakers meer houvast te bieden op dit complexe terrein. De herziening was op 31 januari 2016 nog niet naar de Tweede Kamer verzonden.

90 Dit kan in een wettelijk- of een vergunningvoorschrift zijn geformuleerd, maar ook in een richtlijn waarnaar in een wettelijk of vergunningsvoorschrift wordt verwezen.

wet *enkel en alleen* de conformiteitsverklaring nodig. Bevoegde organen moeten deze verklaring bij uitvoering en handhaving van de desbetreffende wet op echtheid toetsen en haar bij gebleken echtheid accepteren als een bewijs dat aan het wettelijk voorschrift is voldaan, zonder dat verdere toetsing behoeft plaats te vinden of de verklaring had mogen worden afgegeven.[91]

Een voorbeeld van de erkenningsvariant is de erkende kwaliteitsverklaring voor een bouwproduct- of proces als bedoeld in artikel 1.8, tweede onderscheidenlijk het derde lid, Bouwbesluit 2012. De strekking van deze bepaling is dat een dergelijke verklaring voldoende bewijs vormt dat bij een in die verklaring nadere gespecificeerde toepassing van een bouwproduct of bouwproces aan eisen bij of krachtens het Bouwbesluit 2012 waarop die verklaring is toegesneden wordt voldaan (art. 1.8, tweede lid en derde lid, Bouwbesluit 2012). Een ander voorbeeld biedt art. 3.14 Regeling algemene regels voor inrichtingen milieubeheer. In de paragrafen 1.1 en 2.2.4 zagen we dat in het eerste lid van dit artikel is bepaald dat een windturbine moet voldoen aan de veiligheidseisen opgenomen in bepaalde normdocumenten (NEN-EN-IEC 61400-2 en NVN 11400-0). Het tweede lid van dit artikel biedt een mooi voorbeeld van de erkenningsvariant. Het bepaalt dat aan de bedoelde normen is voldaan indien voor de windturbine een certificaat is afgegeven door een geaccrediteerde certificerende instantie waaruit blijkt dat de windturbine voldoet aan deze eisen.

Toelatingsvariant

In de toelatingsvariant komt aan de conformiteitsverklaring bewijskracht toe bij bestuurlijke besluitvorming, maar mag op basis van een dergelijke verklaring door het bevoegd gezag niet zonder meer worden aangenomen dat een object, proces of persoon aan de door de wetgever gestelde (inhoudelijke) eisen voldoet.[92]

Een voorbeeld biedt het Warenwetbesluit liften. Ingevolge artikel 14 van dit besluit worden liften die zijn voorzien van de CE-markering en vergezeld gaan van 'de EG-verklaring van overeenstemming' vermoed te voldoen aan veiligheidseisen die zijn neergelegd in bijlage I van de Richtlijn liften (Richtlijn 95/16/EG).[93] De bedoelde EG-verklaring van overeenstemming wordt afgegeven door de fabrikant zelf en niet door een onafhankelijke instelling. De CE-markering mag echter ingevolge artikel 8, tweede lid, van het besluit alleen worden aangebracht als voor de lift conform het bepaalde in een (in dit artikellid genoemde) bijlage van de Richtlijn liften bepaalde verklaringen door aangemelde instanties zijn afgegeven. Die verklaringen moeten berusten op eigen onderzoek of op controle van een kwaliteitsborgingsysteem door deze instantie.[94]

---

91 *Kamerstukken II* 2004/05, 29989, nr. 3, p. 13; *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 8-9, 21-22; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 50-51.

92 *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 8-9; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 52.

93 Richtlijn nr. 95/16/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1995 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende liften, *PbEG* 1995, L 213.

94 Erg eenvoudig is het niet geregeld. Er zijn meerdere smaken. Er is een goedkeurende verklaring van een aangemelde instantie verplicht die is gebaseerd op respectievelijk eigen onderzoek van een representatieve lift of op controle van kwaliteitsborging voor een representatieve lift door die instantie. Daarnaast moet een door de richtlijn beschreven procedure van eindcontrole of van het

Het bestuursorgaan dient zich er bij deze variant bij zijn besluitvorming van te vergewissen of de conformiteitsverklaring op een verantwoorde wijze tot stand is gekomen en geen kennelijke procedurele mankementen vertoont (art. 3:2 Awb).[95] De conformiteitsbeoordeling moet worden gecombineerd met eigen toezichtsactiviteiten onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan, om te bepalen of de wet is nageleefd.[96]

Toezichtsondersteuningsvariant of indicatieve variant
In de derde variant heeft een conformiteitsverklaring volgens het bepaalde bij of krachtens de wet niet de status van een bindende uitspraak of de basis van een bewijsvermoeden, maar levert ze enkel een indicatie op dat een bedrijf zich bijzonder inzet om tegemoet te komen aan wettelijke regels.[97]

> Een voorbeeld is een uitzendbureau dat een SNA-keurmerk heeft op basis van een certificaat van een daartoe geaccrediteerde en door de Stichting Normering Arbeid (SNA) erkende inspectie-instelling. Aan dit certificaat zijn geen rechtsgevolgen voor de inlener van een uitzendbureau of het uitzendbureau verbonden. Een uitzendbureau en degene die personeel van een uitzendbureau inleent zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling door het uitzendbureau van de loonbelasting, de omzetbelasting, de premies volksverzekeringen- en werknemersverzekeringen en de inkomensafhankelijke bijdrage op grond van de Zorgverzekeringswet (art. 34 en 34a Invorderingswet 1990). Zowel degene die via een uitzendbureau een vreemdeling inhuurt als het uitzendbureau zelf kan een boete opgelegd krijgen als zij arbeid laten verrichten door een vreemdeling zonder geldige tewerkstellingsvergunning (art. 2 jo. art. 18 jo. art. 19d Wet arbeid vreemdelingen). Bij prioriteren van controleactiviteiten houden de Inspectie SZW en de Belastingdienst echter rekening met het feit dat een ingeschakeld uitzendbureau een certificaat van SNA heeft.[98]

In deze variant kan de conformiteitsverklaring door een bestuursorgaan worden betrokken bij het vormgeven van de toezichtsstrategie, in het bijzonder bij het leggen van prioriteiten.[99] Daarom wordt gesproken van de toezichtsondersteuningsvariant. Bij een professionele bestuursrechtelijke handhaving worden op basis van risicoanalyses bij het uitoefenen van het toezicht keuzes gemaakt hoe

---

kwaliteitsborgingsysteem bij bouw, installatie en keuring van de lift worden gevolgd, die door een aangemelde instantie is goedgekeurd. In plaats van deze tweetrapsraket kan ook worden gekozen voor een eenheidskeuring of kwaliteitsborgingsysteem bij bouw en installatie van de lift, zoals de richtlijn dat voorschrijft, die door een aangemelde instantie moet zijn goedgekeurd. Art. 8, eerste en tweede lid, Warenwetbesluit liften verwijst voor de uit te voeren onderzoeken en controles naar bijlagen V, onder B, VI, X, XII, XIII, XIV van de liftenrichtlijn.

95 Eijlander 2008.

96 Evers 2004, p. 212.

97 *Kamerstukken II* 2004/05, 29989, nr. 3, p. 13; *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 8, 20-21; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 55. Zie over deze variant ook: De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1999, p. 91-92.

98 Zie hierover Van der Voort 2013; Van der Voort 2011.

99 *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 8-9; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 55. Zie over deze variant ook De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1999, p. 91-92.

frequent en op welke manier controles worden voorbereid en uitgevoerd.[100] Een risicoanalyse geeft inzicht in de kansen dat bepaalde overtredingen zullen plaatsvinden en in de ernst van de gevolgen van overtredingen. Informatie van conformiteitsbeoordelende instellingen kan worden benut bij de risicoanalyse. Er kan meer en intensiever toezicht worden gehouden op bedrijven die blijkens controles door conformiteitsbeoordelende instellingen slecht presteren en minder op die welke goed presteren. Afzien van controles door een toezichthouder is gerechtvaardigd als het bestuursorgaan is gebleken dat bedrijven die beschikken over een bepaalde conformiteitsverklaring inderdaad een beter nalevingsgedrag vertonen dan bedrijven bij wie dat niet het geval is.[101]

Mijn voorkeur zou het overigens hebben hier te spreken van de indicatieve variant in plaats van de toezichtsondersteuningsvariant, want ook bij de andere varianten ondersteunen de verklaringen het toezicht door een bestuursorgaan, zij het op andere wijze. 'Indicatieve variant' drukt meer expliciet het verschil uit in betekenis van de verklaring met die onder de erkenningsvariant of toelatingsvariant.

Marktordenings- of zelfreguleringsvariant

De vierde variant is de marktordeningsvariant of zelfreguleringsvariant. Hierin komt aan conformiteitsbeoordelingen rechtens geen betekenis toe in de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen een particulier en bestuursorgaan. Ze zijn dan louter een instrument voor bedrijven of maatschappelijke organisaties om zich op de markt te onderscheiden, zoals het geval is bij bepaalde vrijwillige milieumerken.[102] Aan deze variant besteed ik verder geen aandacht, omdat er geen relatie is met besluitvorming door een bestuursorgaan.[103]

Verplichte en vrijwillige conformiteitsbeoordeling

Voor de duiding van een conformiteitbeoordeling is van groot belang of deze verplicht of vrijwillig plaatsvindt. Conformiteitsbeoordeling is vrijwillig als ze volgens de wet een van de mogelijkheden is om te laten zien dat aan wettelijke vereisten is voldaan. Bij verplichte conformiteitsbeoordeling kan slechts met een conformiteitsverklaring worden aangetoond dat aan het wettelijke vereiste is voldaan. De keuzes voor een van beide opties kan gemaakt worden onder de erkenningsvariant of toelatingsvariant.[104] In de

100 Voor de handhaving in het omgevingsrecht is dit bijvoorbeeld expliciet neergelegd in art. 7.3 Besluit omgevingsrecht (Bor), dat berust op de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Zie over kwaliteitseisen voor handhaving onder de Wabo: Uylenburg 2011, p. 24-25; Neerhof, Van der Woerd & Van der Grijp 2009, p. 10-11.

101 Gabriël-Breukers 2008, p. 83; Eijlander 2008; Evers 2004, p. 213; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 34; Van Gestel 2008, p. 154-155.

102 *Kamerstukken II* 2004/05, 29989, nr. 3, p. 12-13; *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 9, 20; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 56-57.

103 Als met een bepaalde conformiteitsverklaring wordt aangetoond dat een product bepaalde onderscheidende kenmerken heeft, maar met die kenmerken ook een publiek belang wordt gediend, kan het wel aantrekkelijk zijn dat het gebruik van de conformiteitsbeoordelingen door de overheid wordt ondersteund en gestimuleerd, bijvoorbeeld door subsidiëring. *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 8-9. Zo kan bijvoorbeeld milieuvriendelijk gedrag worden bevorderd. Evers 2004, p. 212. Zie over subsidiëring ook par. 2.3.6 en 3.5.2.

104 *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 21.

praktijk overheerst de verplichte conformiteitsbeoordeling in de erkenningsvariant.[105]

Varianten en consequenties voor de toezichthouder

Met een conformiteitsverklaring staat onder de toelatings- en onder de indicatieve variant niet onomstotelijk vast dat een product, persoon of systeem aan bepaalde wettelijke eisen voldoet. Onder de toelatingsvariant en nog meer onder de indicatieve variant zullen het bevoegd gezag en de toezichthouder als bedoeld in artikel 5:11 Awb zich er goed rekenschap van moeten geven welke (test)werkzaamheden voor de conformiteitsverklaring zijn uitgevoerd. Dit vraagt om goede informatieverstrekking door conformiteitsbeoordelende instanties aan toezichthouders.[106]

Ook als de bijzondere wet niet voorziet in een informatieplicht van de conformiteitsbeoordelende instelling jegens het bevoegd gezag of een toezichthouder, kan een toezichthouder onder deze varianten zeer waarschijnlijk medewerking van conformiteitsbeoordelende instellingen verlangen om de aldaar aanwezige gegevens over het voldoen aan wettelijke eisen te achterhalen en wel op grond van artikel 5:16 en artikel 5:17 Awb. Ingevolge artikel 5:20, eerste lid, Awb is eenieder verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.[107] Deze artikelen leggen op zich geen beperking op aan de kring van personen van wie inlichtingen of inzage in bescheiden of gegevens kunnen worden gevorderd.[108] Een bevoegdheid van een toezichthouder mag worden uitgeoefend jegens derden, voor zover die betrokken zijn bij activiteiten waarop moet worden toegezien. Aangenomen mag worden dat conformiteitsbeoordelende instellingen hieronder kunnen vallen. Een beperktere uitleg zou de bevoegdheid van een toezichthouder om de informatie te bemachtigen die hij redelijkerwijs voor de uitoefening van zijn taak nodig heeft, te zeer beperken.[109]

Ingevolge artikel 5:20, tweede lid, Awb kunnen zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, het verlenen van medewerking weigeren, voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit. Conformiteitsbeoordelende instanties kunnen waarschijnlijk geen beroep doen op een verschoningsrecht als bedoeld in artikel 5:20, tweede lid, Awb.[110]

---

105 *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 16; Van Erp, Peters & Verberk 2004, p. 244-245; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 5, 50.

106 Vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 29304, nr. 5, p. 4.

107 Het niet voldoen aan de medewerkingsplicht is te kwalificeren als het opzettelijk niet voldoen aan een ambtelijk bevel en derhalve als een strafbaar feit op grond van art. 184 Sr.

108 In de bijzondere wet kan de kring van degenen bij wie inlichtingen kunnen worden gevorderd, nader worden beperkt. Rogier e.a. 2002, p. 52-53.

109 *PG Awb III*, p. 321, 324, 338; Gabriël Breukers 2008, p. 72. Vgl. Hof 's-Gravenhage (kort geding) van 30 december 2004, *AB* 2006, 301, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

110 De reikwijdte van de bepaling blijkt niet duidelijk uit de wetgeschiedenis. Bij de redactie van de bepaling is aangesloten bij de formulering van wettelijke bepalingen van het verschoningsrecht en bij de redactie van art. 2:5 Awb. Het ligt dan ook voor de hand bij de erkenning van verschoningsrecht ex art. 5:20, tweede lid, Awb, aan te sluiten bij deze bepalingen. Het is daarom aannemelijk dat de volgende verschoningsgerechtigden onder de reikwijdte vallen: advocaten en procureurs, notarissen, artsen en geestelijken. Zie Gabriël Breukers 2008, p. 76-78 en de daarin opgenomen verwijzingen.

Uitoefening van de toezichtsbevoegdheden wordt begrensd door artikel 5:13 Awb. De toezichthouder mag van zijn bevoegdheden slechts gebruikmaken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Het evenredigheidsbeginsel brengt met zich dat de bevoegdheid niet onder alle omstandigheden jegens iedereen kan worden uitgeoefend. Dit betekent dat van de conformiteitsbeoordelende instelling in beginsel in ieder geval informatie kan worden gevorderd voor zover die *niet* door de onder toezicht gestelde zelf kan worden verstrekt.[111] Dat conformiteitsbeoordelende instanties op grond van hun overeenkomsten met cliënten in beginsel gehouden zijn tot geheimhouding van informatie over hun gedrag, en informatie die van individuele bedrijven is verkregen alleen mogen verstrekken op grond van een toestemming van het betrokken bedrijf, kan hieraan niet af doen.

Zeker als de erkennings- en toelatingsvariant wordt gehanteerd, zou (veel) meer dan nu het geval is, bij wet expliciet kunnen worden vastgelegd welke informatie door een beoordelende instelling – periodiek op eigen initiatief – aan het bevoegd gezag moet worden overgedragen.[112]

Artikel 6 EVRM kan er overigens aan in de weg staan dat door een conformiteitsbeoordelende instantie aan een toezichthouder verstrekte informatie ten grondslag wordt gelegd aan een bestraffende sanctie. Die beperking kan echter alleen opgaan voor zover het gaat om verklaringen die door een vermoedelijke overtreder zijn afgelegd en niet voor zover het gaat om informatie die los van de wil en bereidheid van de betrokkene om verklaringen af te leggen bestaat, zoals documenten.[113] Ik kan hierop in het bestek van dit preadvies niet verder ingaan.

2.3.6 Conformiteitsbeoordeling en toepasselijkheid van Awb, Wob en WNo

De conformiteitsbeoordelingsinstanties zijn (vrijwel steeds) privaatrechtelijke rechtspersonen. Deze instanties of hun organen kunnen dus geen bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, aanhef en onder a, Awb zijn. Voor het antwoord op de vraag of bepalingen in de Awb op het handelen van de conformiteitsbeoordelingsinstanties van toepassing zijn, is het van belang of de betreffende instantie al dan niet te kwalificeren is als een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder b, Awb ('b-orgaan'). Van openbaar gezag is sprake als aan de instantie één of meer overheidstaken zijn opgedragen én de daarvoor benodigde

111 Van belang is dat de door het commissariaat gevraagde gegevens niet de financiële administratie van RTV West betroffen, maar bij de accountant rustende dossiers. Zie r.o. 6 in eerder genoemd arrest van het Hof 's-Gravenhage van 30 december 2004, *AB* 2006, 301. Zie ook Gabriël-Breukers 2008, p. 59-60, 76-80, 87, 322. Vgl. Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 53-54, 56; Eijlander 2008.

112 *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p.19-22; Gabriël-Breukers 2008, p. 308; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 34, 38-41; Van Gestel 2008, p. 154-155; Eijlander 2008. Bij de toezichts- of indicatieve variant lijkt minder goed te passen dat bij wet randvoorwaarden worden geformuleerd en informatieplichten worden opgelegd.

113 Vgl. onder meer EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. G. Knigge, *JB* 1997, 80, *BNB* 1997, 254, m.nt. M. Feteris, *NJCM-Bull.* 1997, p. 298, m.nt. B.E.P. Myjer, *RBA* 1996-1997, 8, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt (*Saunders*), r.o. 69; EHRM 3 mei 2001, *NJ* 2003, 354, m.nt. T.M. Schalken, *AB* 2002, 343, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen & M.J.J.P. Luchtman (*JB/Zwitserland*), i.h.b. r.o. 25-27. Zie Freriks 2008, p. 187-188, 215-217.

publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend.[114] De belangrijkste manier waarop dit kan gebeuren is de toekenning van een publiekrechtelijke bevoegdheid bij of krachtens de wet in formele zin.[115] De twee andere manieren waarop een instantie volgens de jurisprudentie met openbaar gezag kan worden bekleed missen relevantie in de context van conformiteitsbeoordeling. Ik bespreek ze hier daarom niet.[116] Voor zover een private instelling aan conformiteitsbeoordeling doet, kan zij alleen als b-orgaan worden gekwalificeerd als haar expliciet bij wettelijk voorschrift een publiekrechtelijke bevoegdheid is toegekend. Daarvoor is vereist dat de bevoegdheid tot de conformiteitsbeoordeling, gelet op de wet, exclusief is en met de conformiteitsverklaring eenzijdig bindend de rechtspositie van één of meer andere rechtssubjecten wordt vastgesteld.

Conformiteitsbeoordelende instanties oefenen krachtens wettelijk voorschrift openbaar gezag uit als hun verklaring wettelijk verplicht is om aan te tonen dat een product, dienst, persoon of systeem aan bepaalde wettelijke eisen voldoet, de verklaring zelfstandig op dit rechtsgevolg is gericht en zij op grond van de wet zijn aangewezen als instantie om die verklaring af te geven. Van belang is dat de verklaring van de aangewezen instantie de *enige manier* is om aan te tonen dat aan de wettelijke verplichting is voldaan.[117]

> Zo zijn de instellingen die op basis van de Warenwet of Arbeidsomstandighedenwet zijn aangewezen als instanties die bepaalde wettelijk verplichte certificaten kunnen afgeven, voor zover het deze taak betreft, zonder meer bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, aanhef en onder b, Awb.

Als een conformiteitsverklaring niet verplicht is om aan te tonen dat aan bepaalde wettelijke eisen wordt voldaan (bijvoorbeeld vereist om een product op de markt te mogen brengen), maar er door de wet wel rechtsgevolgen aan worden verbonden, is de vraag of de conformiteitsbeoordelende instantie als b-orgaan moet worden gekwalificeerd, lastiger te beantwoorden. Jurisprudentie biedt geen volledig uitsluitsel. De vraag komt waarschijnlijk voor bevestigende beantwoording in aanmerking als een instantie op grond van de wet door een bevoegd orgaan

114 Zie *PG Awb I*, p. 133. Zie onder vele uitspraken: CBb 31 maart 2009, *AB* 2009, 257, m.nt. N. Jak & E. Steyger (*Koninklijke Vereniging 'Het Friesch Paarden-Stamboek'*); ABRvS 26 oktober 2005, *AB* 2006, 21, m.nt. H. Peters (*DNB*); ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006, 231, m.nt. H. Peters.

115 Zie over de manieren waarop openbaar gezag kan worden verkregen onder meer: Zijlstra 2008, p. 15-23; een meer recente uitspraak: ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015, 129, m.nt. H. Peters, *JB* 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*).

116 Omdat bij conformiteitsbeoordeling geen sprake kan zijn van het verstrekken van op geld waardeerbare voorzieningen, kan zich geen 'Silicose'-constructie voordoen. Dat verder denkbaar is dat een conformiteitsbeoordelingsinstantie jegens degenen die bij haar zijn aangesteld als bestuursorgaan handelt, is een kwestie die hier verder niet relevant is.

117 CBb 31 maart 2009, *AB* 2009, 257, m.nt. N. Jak & E. Steyger (*Koninklijke Vereniging 'Het Friesch Paarden-Stamboek'*), r.o. 5.4.1. Vgl. CBb 9 februari 2005, *AB* 2005, 305, m.nt. H. Peters (*Beroepscommissie Stichting Informatiedienstencode*). Vgl. De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1999, p. 90, 93-94. In het kabinetsstandpunt 'Certificatie en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid' wordt aangenomen dat de beoordelende instantie bij verplichte conformiteitsbeoordeling een bestuursorgaan is. *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 16. Zie ook reeds: *Kamerstukken II* 1994/95, 21670, nrs. 7-8 (nota Normen, Certificaten en Open Grenzen), p. 28.

moet zijn aangewezen om de conformiteitsverklaring af te geven, deze verklaring geacht kan worden zelfstandig op het rechtsgevolg te zijn gericht dat vaststaat dat aan een bepaalde wettelijke eis is voldaan én er feitelijk geen alternatieven voor de conformiteitsbeoordeling zijn om aan te tonen dat aan een wettelijke eis wordt voldaan.

In andere gevallen kan het vrijwillige karakter van de conformiteitsbeoordeling en/of het ontbreken van een exclusief karakter van de bevoegdheid en/of het niet zelfstandig gericht zijn op het rechtsgevolg, tot een andere uitkomst leiden.

> De erkende kwaliteitsverklaringen als bedoeld in artikel 1.8, tweede en derde lid, Bouwbesluit waarover het hierboven (par. 2.3.5) ging, dienen door het bevoegde gezag bij vergunningaanvragen en bij het uitoefenen van toezicht, gelet op het bepaalde in artikel 1.8, tweede en derde lid, Bouwbesluit 2012, te worden geaccepteerd als onderbouwing dat aan bepaalde eisen van het Bouwbesluit 2012 wordt voldaan. Zij hebben een vrijwillig karakter en zijn niet vereist om een vergunning te krijgen of om aan te tonen dat aan wettelijke voorschriften wordt voldaan. Bovendien worden de instanties die de verklaringen afgeven niet door een bestuursorgaan aangewezen. Zij zullen daarom, naar valt aan te nemen, niet zijn te kwalificeren als bestuursorgaan.

Nog lastiger wordt het als een conformiteitsverklaring wel wettelijk verplicht is, maar hooguit een bewijsvermoeden oplevert dat aan een bepaalde wettelijke eis is voldoen. De conformiteitsbeoordelende instantie is dan waarschijnlijk geen bestuursorgaan, omdat met de verklaring niet vaststaat dat aan een wettelijk eis wordt voldaan. Een contra-indicatie kan ook zijn dat de wet weliswaar een bewijsvoordeel aan de verklaring verbindt, maar de verklaring niet geacht kan worden zelfstandig op dit rechtsgevolg te zijn gericht. Een indicatie dat toch sprake is van een bestuursorgaan kan zijn dat de instantie op grond van de wet moet zijn aangewezen om de verklaring te kunnen afgeven, want daarmee heeft de instantie een exclusieve bevoegdheid.[118]

---

118 Relevant voor de beantwoording van de vraag of een conformiteitsbeoordelende instantie als bestuursorgaan kwalificeert, zijn onder meer (ik zal ben dus zeker niet volledig): Evers 2002, p. 154, 203; Jak 2014, p. 63-65; *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 16; ARRvS 9 april 1992, *AB* 1992, 534 (*Raad voor de Casinospelen*); CBb 10 januari 1996, *AB* 1996, 258, m.nt. JHvdV, *JB* 1996/52; ABRvS 8 augustus 2001, *AB* 2002, 51, m.nt. SZ, *JB* 2001/216 (gerechtsdeurwaarder geen bestuursorgaan); ABRvS 13 november 2002, *AB* 2003, 114, m.nt. N. Verheij, *JB* 2003/14, m.nt. H. Peters (*Stichting Hulpfonds Gedupeerden Bijlmerramp*); ABRvS 6 november 2002, *JB* 2003/6; ABRvS 26 november 2003, *AB* 2004, 227, m.nt. H. Peters (*ID-Lelystad BV*); Vz. ABRvS 29 januari 2004, *AB* 2004, 221, m.nt. A.B. Blomberg, *Gst.* (2004) 7210, 113, m.nt. A.M.M.M. Bots, *JB* 2004/160, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Railned BV*); ABRvS 20 april 2005, *JB* 2005/169, m.nt. H. Peters; ABRvS 18 mei 2005, *AB* 2006, 34, m.nt. B.P. Vermeulen (ongeldigverklaring tentamen door examencommissie van bijzondere hogeschool is geen besluit); ABRvS 12 januari 2005, *AB* 2005, 227, m.nt. Peters; ABRvS 19 juli 2006, *AB* 2007, 41, m.nt. B.P. Vermeulen, *JB* 2006, 257, m.nt. H. Peters (*Hogeschool Zuyd*). Vgl. HR 28 februari 1997, *AB* 1997, 314, m.nt. ThGD, *JB* 1997/82, m.nt. M. Lugt & R. de Lange (*SKV/Buijs*); HR 10 december 1999, *JB* 2000/20, m.nt. F.A.M. S. (*SKV/Van den Brink*); HR 20 december 2002, *AB* 2003, 344, m.nt. FvO, *JB* 2003/32, m.nt. H. Peters, i.h.b. r.o. 3.4.2 (*Van der Walle/ SKV*). Zie over een privaatrechtelijke rechtspersoon als 'verlengde arm' van een overheidslichaam en het aspect van vrijwilligheid van aansluiting bij deze rechtspersoon: *Frerikx* 2008, p.195-204 en daarin opgenomen jurisprudentieverwijzingen. Vgl. over de notaris als bestuursorgaan: Zijlstra 2001, p. 101-113. Vgl. over de verificateur aan wie ingevolge art. 16.14 (oud) Wm

Schriftelijke beslissingen van een conformiteitsbeoordelingsinstantie die zijn te kwalificeren als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, onder b, Awb tot verlening, weigering, beperking, intrekking of schorsing van een conformiteitsverklaring zijn besluiten als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb en beschikkingen als bedoeld in artikel 1:3, tweede lid, Awb. Daartegen staat bezwaar open bij de conformiteitsbeoordelingsinstantie (art. 8:1 jo. art. 7:1 Awb), vervolgens beroep bij de rechtbank (art. 8:1 e.v. Awb) en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 8:104 jo. art. 8:105 Awb). Dit zou anders liggen als een uitzondering op deze hoofdregels wordt gemaakt (op beroep bij de rechtbank in art. 8:5 Awb jo. art. 1 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak; voor hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak in art. 8:105, eerste lid, Awb jo. hoofdstuk 4 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak). Dergelijke uitzonderingen zijn echter ten aanzien van conformiteitsbeoordeling niet gemaakt.

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie als bestuursorgaan kwalificeert, valt zij onder de competentie van de Nationale ombudsman en is de Wob van toepassing, tenzij voor die instantie bij algemene maatregel van bestuur anders is bepaald (art. 1a, aanhef en onder e, WNo jo. art. 9:18 Awb; art. 1a, eerste lid, aanhef en onder d, Wob). In het Besluit bestuursorganen WNo en Wob, dat berust op artikel 1a, eerste lid, aanhef en onder e, WNo, en artikel 1a, eerste lid, aanhef en onder d, Wob, zijn geen conformiteitsbeoordelende instanties uitgezonderd. Dit betekent dat als zij als bestuursorgaan zijn te kwalificeren, zij vallen onder de competentie van de Nationale ombudsman en onder de voorschriften van de Wob. De regeling voor klachtbehandeling van afdeling 9.1 Awb en de klachtbehandeling door de ombudsman van afdeling 9.2 Awb zijn van toepassing.

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie *geen* bestuursorgaan is, resteert de vraag of ze wellicht een instelling, dienst of bedrijf is die onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam is als bedoeld in artikel 3, eerste lid, Wob. Als het antwoord bevestigend is, dan is de *passieve* openbaarheidsverplichting van de Wob ingevolge dit artikel van toepassing en kan een verzoek om bepaalde informatie worden gericht aan het verantwoordelijke bestuursorgaan of de conformiteitsbeoordelingsinstantie. Dit is een verplichting tot openbaarmaking naar aanleiding van een verzoek (zie hierover verder par. 3.3.3).

Volgens de wetsgeschiedenis wil 'onder verantwoordelijkheid van' in artikel 3, eerste lid, Wob zeggen dat de instellingen, diensten en bedrijven zich bij hun werkzaamheden moeten richten naar de opdrachten van het bestuursorgaan. De bevoegdheid tot het geven van opdrachten is immers de voorwaarde voor het kunnen dragen van de verantwoordelijkheid.[119] Dit kan blijken uit een publiekrechtelijke of privaatrechtelijk regeling (in het bijzonder statuten).[120] Het betreffende orgaan zou, op basis van tot stand gekomen regelgeving, het 'beleid' van de private instelling moeten kunnen bepalen.[121] Hoe ver de bevoegdheden moeten gaan, was iets minder duidelijk. De jurisprudentie laat een wisselend beeld zien:

---

een zogenoemd emissiejaarverslag ter validering moet worden voorgelegd als bestuursorgaan: Van Angeren 2006, p.157-158.

119 *Kamerstukken II* 1986/87, 19859, nr. 3, p. 23.

120 *Kamerstukken II* 1986/87, 19859, nr. 3, p. 24.

121 *Kamerstukken II* 1988/89, 19859, nr. 9, p. 9.

dan weer werd uitgegaan van een ruime uitleg, dan weer van een meer beperkte die meer lijkt aan te sluiten bij de wetsgeschiedenis.[122] De huidige benadering van de Afdeling is dat bepalend is in welke mate een bestuursorgaan opdrachten of aanwijzingen kan geven aan de instelling, dienst of het bedrijf en/of in hoeverre de instelling, dienst of het bedrijf zich dient te richten naar de opdrachten of aanwijzingen van het bestuursorgaan. Dit kan worden afgeleid uit bijvoorbeeld de statuten van de instelling, dienst of het bedrijf of een door het bestuursorgaan en de instelling, dienst of het bedrijf gesloten overeenkomst. Er moet sprake zijn van *directe zeggenschap over de uitvoering van werkzaamheden*.[123]

Een enkele bevoegdheid van een minister om een conformiteitsbeoordelende instantie aan te wijzen die een bepaalde beoordeling mag doen (zie hierover par. 2.3.8) is niet voldoende om aan te nemen dat deze instantie onder verantwoordelijkheid van de minister valt, ook niet als voorschriften aan die aanwijzing verbonden kunnen worden.

Als een minister statutair bevoegdheden zou hebben met betrekking tot de financiën van een conformiteitsbeoordelende instantie, zoals goedkeuring van de begroting én de instelling deels financieel afhankelijk is van dat orgaan wegens subsidieverlening door dat bestuursorgaan (of als sprake is van gebonden financiering), dan zal ook dat op zich onvoldoende zijn om werkzaamheid onder zijn verantwoordelijkheid aan te nemen. Daarbij zij opgemerkt dat conformiteitsbeoordeling een economische activiteit van commerciële aard is, waarbij doorgaans überhaupt geen sprake zal zijn van directe overheidsfinanciering. In het kabinetsstandpunt 'Certificering en accreditatie in het kader van overheidsbeleid' (2003) wordt dan ook hooguit stimulering van certificatie met een publiek karakter door middel van overheidsvoorlichting of door tijdelijke subsidiëring van de ontwikkeling van een certificatieregeling als optie genoemd.[124]

Van werkzaamheid onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan zal evenmin sprake zijn als dit bestuursorgaan op grond van statuten leden van bestuur en/of raad van toezicht van een conformiteitsbeoordelende instelling zou kunnen benoemen.[125] Als het voorkomt, dan zal dat in de Nederlandse praktijk waarschijnlijk eerder aan de orde zijn bij conformiteitsbeoordeling die wettelijk is geregeld en de instantie een bestuursorgaan is (en dan komen wij aan

---

122 Jak 2014, p. 128-131. Zie voor de 'ruime benadering' van 2011 tot mei 2014: ABRvS 16 november 2011, *AB* 2012, 60, m.nt. N. Jak, *JB* 2012/23, m.nt. G. Overkleeft-Verburg (*Centraal Veterinair Instituut*); De Voogd & De Greef 2012, p. 241-242. Vgl. ABRvS 12 oktober 2011, *JB* 2011/270, m. nt. Sillen (*Dienst Koninklijk Huis*). Hiermee leek de Afdeling terug te zijn gekeerd naar de oude jurisprudentielijn, zoals die zichtbaar was in ARRvS 11 februari 1991, *AB* 1991, 558 (*Stichting Fonds voor de Letteren*).

123 ABRvS 14 mei 2014, *JB* 2014/138, m.nt. G. Overkleeft-Verburg (*ProRail*). De vraag of met deze benadering Richtlijn 2003/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie en tot intrekking van Richtlijn 90/313/EEG van de Raad, *PbEG* 2003, L 41/26 (Aarhusrichtlijn) correct wordt geïmplementeerd, laat ik rusten.

124 *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 19.

125 Dit geldt *a fortiori* ook als hij leden in het bestuur van de beheerder van een beoordelingsrichtlijn (schemabeheerder) zou kunnen benoemen of vertegenwoordigd is in een college van deskundigen dat de beoordelingsrichtlijnen vaststelt. Ook met betrekking tot een benoemingsrecht is het overigens de vraag of dit in Nederland überhaupt voorkomt.

de vraag naar werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan als bedoeld in art. 3, eerste lid, Wob niet meer toe, want de Wob is dan in beginsel van toepassing). Bij conformiteitsbeoordeling lijkt directe zeggenschap van een politiek verantwoordelijk bestuursorgaan in ieder geval niet goed te passen (zie ook par. 3.5.2).[126] Het voorgaande betekent dat kwalificatie van een conformiteitsbeoordelende instantie als een instelling, dienst of bedrijf die onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam is als bedoeld in artikel 3, eerste lid, Wob waarschijnlijk in beginsel niet in beeld zal komen.

2.3.7 Conformiteitsinstanties als zbo's en de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie een bestuursorgaan is ex artikel 1:1, aanhef en onder b, Awb, is de vervolgvraag of zij tevens een zelfstandig bestuursorgaan is. Het zijn van zelfstandig bestuursorgaan heeft consequenties voor bevoegdheden van de minister die het aangaat jegens deze instantie en voor de verplichtingen waaraan deze instantie jegens die minister moet voldoen.

Een bestuursorgaan is *zelfstandig* als het politiek verantwoordelijke orgaan (bij de centrale overheid is dat de minister) niet de bevoegdheid heeft aanwijzingen in individuele gevallen (bijzondere aanwijzingen) aan het bestuursorgaan te geven. Een bevoegdheid om zowel algemene als bijzondere aanwijzingen te geven kan voortvloeien uit ambtelijk-hiërarchische ondergeschiktheid, een mandaatverhouding of een bijzondere wet.[127] Een conformiteitsbeoordelende instantie, met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid (veelal een stichting of vennootschap), die zelf openbaar gezag uitoefent, is niet ambtelijk ondergeschikt aan een politiek verantwoordelijk orgaan en handelt niet krachtens een mandaat. Een bijzondere wet zou een politiek verantwoordelijk orgaan kunnen uitrusten met een bevoegdheid om de conformiteitsbeoordelende instantie algemene én bijzondere aanwijzingen te geven. Conformiteitsbeoordelingsinstanties worden echter aangewezen om bepaalde verplichte conformiteitsbeoordelingen waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden te verrichten, op basis van hun onafhankelijkheid, onpartijdigheid en technische bekwaamheid. Daarbij ligt directe politieke betrokkenheid door middel van het geven van bijzondere aanwijzingen in ieder geval minder voor de hand en een status van zelfstandig bestuursorgaan juist meer voor de hand.[128]

Dit laat uiteraard onverlet dat wel kan zijn voorzien in een bevoegdheid van een minister om voorschriften te verbinden aan een aanwijzing van een

126 Problematisch lijkt dat burgers thans niet goed kunnen weten of zij op grond van de Wob een recht op milieu-informatie hebben tegenover conformiteitsbeoordelingsinstanties. Zie ook Vogelezang-Stoute, Van der Grijp, Van der Flier & Priems 2009, p. 35-39.

127 Zijlstra 2009, nr. 73.

128 Behoefte aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid wordt in art. 3, eerste lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen genoemd als motief waarom een zelfstandig bestuursorgaan kan worden ingesteld. Het huidige kabinet heeft geen voornemens om voorstellen te doen tot wijziging van de Kaderwet op dit punt. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 25268, nr. 83 (kabinetsbeleid ten aanzien van zbo's), p. 2; *Kamerstukken II* 2013/14, 25268, nr. 86 (Lijst van vragen en antwoorden), p. 2-3; Zijlstra 2014, p. 280-281.

conformiteitsbeoordelende instantie als instantie die een bepaalde conformiteitsbeoordeling mag verrichten (zie bijvoorbeeld art. 20, vierde lid, Arbowet en art. 7a, vierde lid, Warenwet). Deze voorschriften zullen echter een algemene strekking (moeten) hebben.

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie aan de definitie van zelfstandig bestuursorgaan voldoet, is de vervolgvraag of de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen van toepassing is. Met deze wet is beoogd harmonisatie tot stand te brengen en het primaat van de politiek te herstellen.[129] Toepasselijkheid van deze wet brengt met zich dat de minister 'die het aangaat' weliswaar geen individuele aanwijzingen kan geven, maar in het belang van het primaat van de politiek bepaalde bevoegdheden heeft tot sturing en toezicht. Artikel 1, aanhef en onder a, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen bepaalt dat *in deze wet* onder een zelfstandig bestuursorgaan wordt verstaan een orgaan van de centrale overheid dat bij wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed en niet ondergeschikt is aan een minister.[130] Een private instelling die krachtens een wettelijke regeling op het niveau van de centrale overheid is aangewezen om bepaalde conformiteitsbeoordelingen te verrichten, terwijl haar verklaringen verplicht zijn om een bepaalde activiteit te mogen uitvoeren, voldoet aan deze definitie. Zij is met openbaar gezag bekleed en niet ambtelijkhiërarchisch of anderszins ondergeschikt aan een minister.[131]

> Bijvoorbeeld de certificerende instellingen die zijn aangewezen onder amvb's op grond van de Warenwet en onder het Arbeidsomstandighedenbesluit (een amvb op grond van de Arbeidsomstandighedenwet) zijn bestuursorganen, die bovendien voldoen aan de definitie van artikel 1, aanhef en onder a, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.[132]

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie aan de definitie van zelfstandig bestuursorgaan van de Kaderwet voldoet, valt zij niet zonder meer onder het regime van deze wet. Artikel 2, tweede lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen bepaalt dat deze wet op zelfstandige bestuursorganen die vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet zijn ingesteld, van toepassing is indien dit in de in artikel 1, onder a, bedoelde wet, algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling is bepaald. De wet is op 1 februari 2007 in werking getreden.[133]

> Zo was op de certificerende instellingen die op het moment van inwerkingtreding van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen onder de Warenwet en de Arbeidsomstandighedenwet waren aangewezen het regime van de Kaderwet niet van toepassing, nu

129 *Kamerstukken II* 1993/94, 21427, nr. 73, p. 1; *Kamerstukken II* 2000/01, 27426, nr. 3, p. 2-3.
130 Vgl. Zijlstra 2009, p. 68-69. Deze definitie wijkt af van de gangbare definitie van zelfstandig bestuursorgaan zoals die hierboven werd gegeven.
131 *Kamerstukken II* 2000/01, 27426, nr. 3, p. 8.
132 *Kamerstukken II* 1997/98, 25883, nr. 3, p. 2.
133 Zie hierover Zijlstra 2009, nr. 205.

zij niet waren aangewezen ingevolge artikel 2, tweede lid, van de Kaderwet.[134] Hiervoor had de minister in een eerder stadium verschillende argumenten gegeven. Het gaat om private instanties die grotendeels werken in een private markt waarbij slechts voor een kleiner deel van de activiteiten sprake is van een publieke taak en welke niet worden gefinancierd uit de Rijksbegroting. Zij verlenen een dienst, waarvoor de ontvanger van de dienst rechtstreeks betaalt. Meerdere instanties worden aangewezen voor dezelfde werkzaamheden. Zij opereren in concurrentie of ondergaan de dreiging van potentiële concurrentie doordat de aanwijzing open staat voor elke instelling die zich kwalificeert.[135]

Conformiteitsbeoordelende instellingen die na 1 februari 2007 bij wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag bekleed zijn, vallen onder de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, tenzij de toepasselijkheid bij wet in formele zin is uitgezonderd.

Zo zouden certificerende instellingen die na 1 februari 2007 onder het 'nieuwe certificatiestelsel' van de Warenwet of de Arbeidsomstandighedenwet voor het eerst of opnieuw zijn aangewezen in beginsel onder het regime vallen.[136] Voor instellingen aangewezen onder de Arbeidsomstandighedenwet is echter een uitzondering gemaakt. Artikel 20, tweede lid, tweede volzin, Arbeidsomstandighedenwet, bepaalt dat de Kaderwet niet van toepassing is op deze instellingen. De wetgever heeft deze instellingen niet willen belasten met het regime dat de Kaderwet aan privaatrechtelijke zbo's oplegt. De argumenten zijn dezelfde als die de minister eerder had om de instellingen niet aan te wijzen ingevolge artikel 2, tweede lid, van de Kaderwet (zie hierboven).[137] Voor instellingen die onder de Warenwet worden aangewezen is deze uitzondering *niet* bij wet gemaakt.[138] Niet alleen de certificerende instellingen die zijn aangewezen onder de Arbeidsomstandighedenwet, maar ook die onder de Warenwet zijn niet vermeld in het zogenoemde ZBO-register. Dit register heeft echter slechts een informatieve functie; aan al dan niet plaatsing hierin zijn geen rechtsgevolgen verbonden.[139] Het niet maken van een uitzondering op toepasselijkheid van de Kaderwet

134 Zie onder meer: *Kamerstukken II* 2011/12, 33015, nr. 3, p. 6.

135 *Kamerstukken II* 2007/08, 25268, nr. 57, p. 15. Zie ook onder meer: Begeleidingsteam Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen, Zbo's binnen kaders, 2007, p. 34-36, gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 25268, nr. 46.

136 Zie voor de (her)beoordelingen en hernieuwde aanwijzing art. X Besluit van 7 september 2009 tot wijziging van het Arbeidsomstandighedenbesluit en enige Warenwetbesluiten in verband met de herziening van het stelsel van certificatie. Zie over het nieuwe certificatiestelsel: *Stb.* 2009, 395. Dit nieuwe certificatiestelsel komt aan de orde in par. 2.3.8.

137 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33015, nr. 2 en nr. 3, p. 6. Zie ook: Verslag evaluatie Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, p. 23. Het rapport is door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 17 januari 2012 (*Kamerstukken II*, 2011/12, 33147, nr. 1).

138 Dit houdt mogelijk verband met het feit dat niet alleen private instanties, maar ook onderdelen van de Rijksoverheid als de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) met uitvoering van werkzaamheden onder de Warenwet zijn belast.

139 Zie http://almanak.zboregister.overheid.nl.

in de Warenwet is een omissie als inderdaad geen toepasselijkheid van de Kaderwet op onder deze wet aangewezen certificerende instellingen is beoogd.

Als de Kaderwet van toepassing is, heeft dat enkele verstrekkende consequenties. Deze hangen samen met het belang dat is gehecht aan herstel van het primaat van de politiek bij zbo's. Zo heeft de minister die het aangaat de bevoegdheid beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de taakuitoefening door de instantie (art. 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen). De conformiteitsbeoordelende instantie dient deze beleidsregels in beginsel na te volgen bij zijn taakuitoefening (art. 4:84 Awb). De minister die het aangaat, is bevoegd tot het vernietigen van besluiten van het bestuur van de instantie die in strijd zijn met het recht of het algemeen belang (art. 22, eerste lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen jo. art. 10:34 Awb) en tot het treffen van noodzakelijke voorzieningen als de instantie naar zijn oordeel haar taak ernstig verwaarloost (art. 23 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).[140] Ook zijn er enkele verplichtingen van de instantie jegens de betrokken minister, zoals de verplichting desgevraagd aan hem alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen te verschaffen (art. 20, eerste lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen). Er dient jaarlijks voor 15 maart een verslag van de taakuitvoering en het gevoerde beleid te worden opgesteld, dat wordt verzonden naar de betrokken minister en beide kamers der Staten-Generaal (art. 18 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).[141]

Regels over begroting, beheer en verantwoording als bedoeld in art. 26 tot en met 35 Kaderwet (waaronder goedkeuring van begroting en rekening door de minister die het aangaat) zijn ingevolge art. 37 Kaderwet van toepassing op privaatrechtelijk zbo's die *alleen* bij of krachtens de wet opgedragen werkzaamheden uitvoeren. Voor deze zbo's gelden deze de regels echter niet, als zij de hun bij of krachtens de wet opgedragen taken en daaruit onmiddellijk voortvloeiende werkzaamheden uitvoeren naast andere activiteiten, hetgeen bij private conformiteitsbeoordelende instanties vaak het geval zal zijn. Zij dienen echter wel een afzonderlijke boekhouding bij te houden ter zake van die taken en werkzaamheden en in hun jaarrekening die taken en werkzaamheden afzonderlijk te verantwoorden (art. 38 Kaderwet).

2.3.8 De bevoegdheid van een aanwijzende of aanmeldende instelling

Eisen waaraan conformiteitsbeoordelingen dienen te voldoen, zijn vaak neergelegd in internationale standaarden. Die zijn in de praktijk echter niet zelden vaag en onvoldoende kenbaar.[142] Bij een meer directe relatie tussen conformiteitsbeoordeling en bestuurlijke besluitvorming (in ieder geval bij de erkenningsvariant met verplichte conformiteitsbeoordeling) past dat de instellingen die de beoordeling mogen uitvoeren door een politiek verantwoordelijk bestuursorgaan

140 De bevoegdheden tot vernietiging en tot ingrijpen bij taakverwaarlozing zijn, zoals reeds vermeld, bedoeld als ultimum remedium. *Kamerstukken II* 2000/01, 27426, nr. 3, p. 27-28.

141 Zie over de bevoegdheden en verplichtingen Zijlstra 2009, nr. 204.

142 Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 38-39.

– de meest betrokken minister – worden aangewezen. Zo wordt directe politieke verantwoordelijkheid genomen voor de inschakeling van beoordelende instellingen op een beleidsterrein. De wetgever kan dan criteria formuleren waaraan de beoordelende instelling dient te voldoen.[143]

Bij de beslissing welke instantie een bepaalde conformiteitsbeoordeling mag uitvoeren heeft de Europese Commissie een belangrijke rol wanneer deze conformiteitsbeoordeling als instrument wordt ingezet ter uitvoering van een EU-richtlijn of EU-verordening. De betrokken EU-verordening of nationale wetgeving ter implementatie van een richtlijn worden echter (mede) uitgevoerd door de lidstaten, zodat ook nationale bestuursorganen in het Unierecht een rol hebben bij de beslissing welke instantie een bepaalde conformiteitsbeoordeling mag uitvoeren.

Ook kan aanwijzing van een conformiteitsbeoordelende instantie louter een nationale kwestie zijn. In nationale wetgeving (niet strekkende tot uitvoering van Unierecht) kan de aanwijzing van instanties die een bepaalde conformiteitsbeoordeling mogen uitvoeren nader zijn geregeld en kan een bestuursorgaan – vaak een minister – met de bevoegdheid worden bekleed de instanties aan te wijzen.

Een en ander wordt hieronder uitgewerkt, aan de hand van voorbeelden. Ik heb geen systematisch onderzoek verricht naar alle regelingen waarin conformiteitsbeoordeling als instrument wordt ingezet.

Aanmelding van instanties onder Europese regelgeving

De Nieuwe Aanpak is, zoals gezegd (par. 1.1), een methode van regelgeving van de Europese Unie waarbij conformiteitsbeoordeling een grote rol kan spelen.[144] Dit vraagt om betrokkenheid van de Europese Unie bij de aanwijzing van instanties die de conformiteitsbeoordeling mogen uitvoeren, ook al is de verdere uitvoering van de regelgeving vooral een verantwoordelijkheid van de lidstaten. Om (willekeurige) voorbeelden te noemen: de eisen waaraan conformiteitsbeoordelingen van liften, speeltoestellen of bouwproducten moeten voldoen zijn in Europese regelgeving geregeld, inclusief de procedure voor aanwijzing van de instanties die die conformiteitsbeoordeling mogen uitvoeren en de eisen waaraan zij moeten voldoen.

Voor terreinen waarop de Europese Unie private instellingen een grote rol toekent bij het vaststellen of producten aan bepaalde eisen voldoen, geldt een algemener juridisch kader.[145]

Als conformiteitsbeoordeling in een verordening of richtlijn wordt voorgeschreven, kan daarin worden bepaald dat deze beoordeling wordt uitgevoerd door aangemelde instanties.[146] In Besluit 768/2008 zijn de eisen neergelegd

143 Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 41-43; Evers 2004, p. 214; *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 3, p. 15, 21-22.

144 Heldeweg 2014, p. 491-492; Europese Commissie, *De voltooiing van de interne markt*, COM (1985)310 def, punt 68.

145 Resolutie van de Raad van 10 november 2003 over de mededeling van de Europese Commissie, *'Verbetering van de tenuitvoerlegging van de nieuwe-aanpakrichtlijnen'*, PbEU 2003, C 282/02 .

146 Art. 6 Besluit nr. 768/2008/EG van het Europees parlement en de Raad van 9 juli 2008 betreffende een gemeenschappelijk kader voor het verhandelen van producten en tot intrekking van Besluit 93/465/EEG van de Raad, PbEU 2008, L 218/82.

waaraan conformiteitsbeoordelingsinstanties dan moeten voldoen om bij de Commissie te kunnen worden aangemeld als instantie die bekwaam is om de desbetreffende conformiteitsbeoordelingsprocedures uit te voeren en regels opgenomen betreffende de aanmeldingsprocedure.

Hoofdstuk R14 van bijlage I bij dit Besluit (Referentiebepalingen voor communautaire harmonisatiewetgeving voor producten) geeft regels over de aanwijzing van de instanties. Artikel R13 van deze bijlage bepaalt dat instanties die bevoegd zijn om conformiteitsbeoordelingstaken van derden uit hoofde van dit besluit te verrichten, door de lidstaten bij de Commissie en de andere lidstaten worden aangemeld.

Ingevolge artikel R14, eerste lid, van deze bijlage wijzen de lidstaten een aanmeldende autoriteit aan die verantwoordelijk is voor de instelling en uitvoering van de nodige procedures voor de beoordeling en aanmelding van conformiteitsbeoordelingsinstanties en het toezicht op de aangemelde instanties. Artikel R14, tweede lid, bepaalt dat de lidstaten deze beoordeling en dit toezicht overeenkomstig de Verordening inzake markttoezicht en accreditatie (765/2008) kunnen laten uitvoeren door een nationale accreditatie-instantie, zoals gedefinieerd in die verordening. Artikel R15 stelt eisen aan *aanmeldende* instanties die verband houden met objectiviteit, onpartijdigheid en het voorkomen van belangenverstrengeling.

De eisen waaraan *aangemelde* instanties ofwel 'notified bodies' (dus de conformiteitsbeoordelende instanties) moeten voldoen zijn neergelegd in artikel R 17: opgericht naar nationaal recht, rechtspersoonlijkheid, onafhankelijkheid van door haar beoordeelde organisaties of producten, beroepsintegriteit, technische bekwaamheid, transparantie en reproduceerbaarheid van procedures, vertrouwelijkheid en verzekering tegen aansprakelijkheid. Een accreditatiecertificaat is in de praktijk een belangrijk bewijsmiddel om aan te tonen dat aan eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en technische bekwaamheid wordt voldaan.

De artikelen R22-R26 regelen de aanmeldingsprocedure en de mogelijkheid tot beperking, opschorting van intrekking van de aanmelding door de aanmeldende autoriteit, al dan niet op verzoek van de Commissie.

Artikel R 28 bevat informatieverplichtingen van een aangemelde instantie jegens de door een lidstaat aangewezen aanmeldende autoriteit en jegens andere aangemelde instanties die soortgelijke conformiteitsbeoordelingsactiviteiten voor dezelfde producten verrichten.

Aanwijzing van aangemelde instanties en aangewezen instanties onder Nederlandse regelgeving

In Nederlandse wetgeving kunnen voor conformiteitsbeoordelingsinstanties die ingevolge Europese regelgeving moeten worden aangemeld bij de Commissie om bepaalde in Europese regelgeving verplicht gestelde conformiteitsbeoordelingen uit te voeren, (nadere) regels worden gesteld over de eisen waaraan die instanties moeten voldoen om voor aanmelding in aanmerking te komen. Dit gebeurt op bepaalde terreinen, maar zeker niet op alle. Daarnaast worden in Nederlandse wetgeving regels gesteld over aanwijzing van instanties die louter ingevolge Nederlandse regelgeving bepaalde keuringen mogen uitvoeren. Ik bespreek

hieronder een voorbeeld van wetgeving waarin uniformele regels zijn gesteld voor aanmelding van een instantie voor keuringen onder Europese regelgeving en aanwijzing van een instantie voor keuring en onder louter Nederlandse regelgeving: conformiteitsbeoordeling onder de Warenwet.

Mede ter uitvoering van Europese regelgeving bepaalt artikel 7 Warenwet dat 'in het belang van het weren van technische voortbrengselen die een gevaar kunnen opleveren voor de gezondheid van de mens of de veiligheid voor deze voortbrengselen' bij of krachtens amvb bepaalde keurings- of beoordelingsprocedures voor deze voortbrengselen kunnen worden voorgeschreven.[147] Met het vereiste certificaat kan een product op de markt worden gebracht, in gebruik worden genomen of worden gebruikt. Artikel 7a Warenwet voorziet in een bevoegdheid van de minister die het aangaat op aanvraag één of meer instanties aan te wijzen die bevoegd zijn tot het uitvoeren van door hem aan te wijzen werkzaamheden ingevolge bij of krachtens deze wet voorgeschreven keurings- of beoordelingsprocedures. Voor zover de bepalingen strekken ter uitvoering van Europese regelgeving moet een instelling zich kwalificeren voor een aanmelding bij de Commissie als instantie die bepaalde conformiteitsbeoordelingen als bedoeld in de betreffende EU-regelgeving mag uitvoeren ('notified body').[148]

Op basis van artikel 7a Warenwet zijn in amvb's producten aangewezen waarvoor, deels gelet op Europese regelgeving (voor zover het betreft conformiteitsbeoordeling voor ingebruikname) en deels ingevolge de keuze van de Nederlandse wetgever (periodiek), een keuring of certificering verplicht is. Zo is dit bijvoorbeeld bepaald voor liften, drukvaten en containers. In deze amvb's zijn tevens criteria geformuleerd waaraan een instelling die door de minister (hier de minister van SZW[149]) als certificerende instelling wordt aangewezen, moet voldoen. De eisen zijn sinds 2009 qua inhoud en strekking (grotendeels) gelijkluidend:

a. rechtspersoonlijkheid;
b. onafhankelijkheid;

147 Ik laat hier verder omwille van beknoptheid conformiteitsbeoordeling zoals die is voorgeschreven bij en krachtens de Arbeidsomstandighedenwet en de aanwijzing van instanties die deze mogen uitvoeren buiten beschouwing.

148 Zoals op grond van de Liftenrichtlijn (95/16/EG), *PbEG* 1995, L 213 (zie art. 1, aanhef en onder b, jo. art. 23 Warenwetbesluit liften) of de Richtlijn drukapparatuur (97/23/EG), *PbEG* 1997, L 181 (zie art. 1, aanhef en onder b, jo. art. 19a Warenwetbesluit drukapparatuur). De reden voor de beslissende rol van de ministers van SZW en Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS) bij aanwijzing van instanties die louter op grond van Nederlandse wetgeving verplichte periodieke conformiteitsbeoordelingen uitvoeren voor producten die een gevaar kunnen opleveren voor gezondheid of veiligheid, is gelegen in de relatie die deze conformiteitsbeoordeling heeft met die welke voor dezelfde producten voorafgaand aan ingebruikname op grond van Europese regelgeving verplicht is en waarvoor aanmelding bij de Commissie is voorgeschreven. Uit de toelichting spreekt een voorkeur voor een uniform en transparant stelsel. *Stb.* 2009, 395, p. 36-39.

149 De minister van SZW is bevoegd tot aanwijzing, voor zover het te nemen besluit of te regelen onderwerp voor beroepsmatige toepassing bestemde technische voortbrengselen betreft of indien het te nemen besluit of te regelen onderwerp liften, containers, drukvaten van eenvoudige vorm of drukapparatuur en samenstellen daarvan dan wel explosieveilig materieel betreft. Voor het overige is de minister van VWS bevoegd (art. 1, aanhef en onder d, Warenwet).

c. de deskundigheid en outillage die nodig zijn om de uitvoering van de taken waarvoor zij aangewezen wil worden, naar behoren te kunnen vervullen;
d. een registratiesysteem waarin de gegevens die samenhangen met en betrekking hebben op de uitvoering van de taken waarvoor de instantie die aangewezen wil worden, naar behoren vastgelegd kunnen worden. Aan de hand van deze gegevens zijn de gekeurde producten, alsmede de onderzochte kwaliteitssystemen afdoende te identificeren;
e. verzekerd zijn tegen wettelijke aansprakelijkheid voor de risico's die voortvloeien uit de uitoefening van de taken waarvoor de instantie aangewezen wil worden;
f. een overeenkomst met de in voorkomend geval aanwezige beheerstichting die de krachtens dit besluit geregelde certificatieschema's beheert; en
g. naar behoren functioneren.[150]

De eis onder f brengt mee dat een aangewezen instantie bij het verstrekken van certificaten gebruik moet maken van door 'het veld' (beheerstichtingen met Centrale colleges van deskundigen (CCvD's)) ontwikkelde certificatieschema's die door het ministerie van SZW zijn vastgesteld. [151]

In de amvb's is tevens bepaald dat de instelling de aanvraag doet vergezellen van een beoordeling door de Stichting Raad voor Accreditatie te Utrecht, waaruit blijkt dat zij voldoet aan de criteria voor deskundigheid en outillages als genoemd in het betreffende besluit.[152] De certificerende of keurende instellingen worden door de minister aangewezen na een beoordeling met gunstig gevolg door de RvA.[153] In de praktijk is de beoordeling niet alleen een instrument om de conformiteitsbeoordelingsinstantie, maar ook om de gehanteerde beoordelingsrichtlijnen te kunnen laten toetsen op overeenstemming met de toepasselijke wetgeving (zie par. 2.3.4).

Een aanwijzing en aanmelding moet worden geweigerd als de instelling die daarom heeft verzocht, niet heeft voldaan aan de genoemde criteria of aan gestelde regels met betrekking tot het indienen van een aanvraag. Tevens dient zij te worden geweigerd als ten hoogste twaalf maanden voorafgaand aan de datum van indiening van de aanvraag, sprake was van een weigering om de aanvragende instelling aan te wijzen als certificerende instelling dan wel van een intrekking van een aanwijzing als certificerende instelling en de weigering of intrekking is geschied op grond van aan de aanvragende instelling toe te rekenen feiten of omstandigheden.[154]

---

150 Art. 15 Warenwetbesluit containers, art. 11 Warenwetbesluit drukvaten van eenvoudige vorm, art. 17 Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 23 Warenwetbesluit liften, art. 6g Warenwetbesluit machines, art. 6d Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen en art. 19a Warenwetbesluit drukapparatuur. Zie voor de aanleiding voor de regelingen: *Stb.* 2009, 395, p. 36-37. Ik werk de achtergronden hier verder niet uit.

151 *Stb.* 2009, 395, p. 36-37, 42.

152 Art. 15a, tweede lid, Warenwetbesluit containers, art. 12, tweede lid, Warenwetbesluit drukvaten van eenvoudige vorm, art. 17a, tweede lid, Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 24, tweede lid, Warenwetbesluit liften, art. 6h, tweede lid, Warenwetbesluit machines, art. 6e, tweede lid, Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen en art. 22a, tweede lid, Warenwetbesluit drukapparatuur.

153 *Stb.* 2009, 395, p. 36.

154 Art. 15b, eerste lid, Warenwetbesluit containers, art. 22b, eerste lid, Warenwetbesluit drukapparatuur, art. 12a, eerste lid, Warenwetbesluit drukvaten van eenvoudige vorm, art. 17b, eerste lid, Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 25, eerste lid, Warenwetbesluit liften, art. 6i, eerste

De amvb's voorzien in een bevoegdheid tot schorsing, wijziging ten nadele van de certificerende instelling of intrekking van de aanwijzing, onder meer op grond van feiten of omstandigheden waarvan de minister bij de aanwijzing redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan hij de aanwijzing niet of alleen met beperkingen of voorschriften zou hebben gegeven, door de certificerende instelling verstrekte onjuiste inlichtingen over feiten of omstandigheden of het niet meer voldoen aan gestelde eisen.[155]
In de meeste van de amvb's is een verplichting neergelegd tot periodieke controle van een certificerende instelling door de minister tijdens de looptijd van de aanwijzing als certificerende instelling waarin wordt vastgesteld of nog aan de eisen wordt voldaan. Daartoe moet de minister ter zake een beoordeling laten doen door de RvA op kosten van de instelling, behoudens uitzonderingen die hierop gemaakt zijn bij ministeriële regeling.[156]
De certificerende instelling verstrekt de RvA desgevraagd kosteloos alle informatie die deze nodig heeft bij de uitvoering van de periodieke beoordeling die zij uitvoert.[157]

Niet altijd stelt de Nederlandse wetgever nadere regels voor aanwijzing van aangemelde instanties die volgens EU-regelgeving bepaalde conformiteitsbeoordeling kunnen uitvoeren. Alleen uitgebreider systematisch onderzoek kan meer helderheid geven over de kwestie in hoeverre dit gebeurt, of er overwegingen zijn geweest bij die keuze en zo ja, welke en hoe deze te beoordelen.

Ook zonder dat Europese regelgeving daartoe aanleiding geeft, dus op eigen initiatief, kent de Nederlandse wetgever regelmatig een rol toe aan conformiteitsbeoordeling (zie par. 1.1). De vraag is of en wanneer de wetgever dan voorziet in een bevoegdheid van een bestuursorgaan – zoals een minister die het aangaat – om de instantie aan te wijzen.

Als voorbeeld van een wettelijk regime voor conformiteitsbeoordeling waarin *niet* voorzien is in een dergelijke bevoegdheid kan worden genoemd de kwaliteitsverklaringen voor bouwproducten of -processen die worden afgegeven op basis van een door de minister voor Wonen erkend stelsel (art. 3 Woningwet jo. art. 1.11 Bouwbesluit 2012). De minister heeft geen directe bemoeienis met de beslissing welke instellingen die verklaringen kunnen afgeven.
Ingevolge artikel 1.8 Regeling Bouwbesluit 2012 zijn voorwaarden waaronder kwaliteitsverklaringen worden afgegeven vastgelegd in een tripartite overeenkomst tussen

---

lid, Warenwetbesluit machines en art. 6f, eerste lid, Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen.

155 Art. 15b, derde lid, Warenwetbesluit containers, art. 22b, derde lid, Warenwetbesluit drukapparatuur, art. 12a, derde lid, Warenwetbesluit drukvaten van eenvoudige vorm, art. 17b, derde lid, Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 25, derde lid, Warenwetbesluit liften, art. 6i, derde lid, Warenwetbesluit machines en art. 6f, derde lid, Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen.

156 Art. 22c Warenwetbesluit drukapparatuur, art. 17c Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 26 Warenwetbesluit liften, art. 6j Warenwetbesluit machines en art. 6g Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen.

157 Art. 15d Warenwetbesluit containers (nog niet in werking getreden), art. 22d Warenwetbesluit drukapparatuur, art. 13a Warenwetbesluit drukvaten in eenvoudige vorm, art. 17d Warenwetbesluit explosieveilig materieel, art. 26a Warenwetbesluit liften, art. 6ja Warenwetbesluit machines en art. 6h Warenwetbesluit persoonlijke beschermingsmiddelen.

de Stichting Bouwkwaliteit (SBK), RvA en de minister die het aanging (de minister van VROM).[158] De minister heeft SBK als coördinerende instantie aangewezen (art. 1.9 Regeling Bouwbesluit 2012; art. 1, derde lid, overeenkomst). De minister wijst geen instellingen aan die binnen het erkende stelsel verklaringen mogen afgeven. Ook de SBK neemt hierover geen afzonderlijke beslissingen. De coördinerende functie die SBK vervult, komt tot uitdrukking in haar beslissing om een kwaliteitsverklaring al dan niet te publiceren op de lijst van erkende kwaliteitsverklaringen (art. 4 en art. 6, derde en vierde lid).[159] Instellingen die erkende kwaliteitsverklaringen afgeven, moeten in beginsel zijn geaccrediteerd door de RvA (art. 1, tweede lid, art. 2 en art. 4, tweede lid, overeenkomst). Bij 'zwaarwegende signalen' dat een kwaliteitsverklaring niet betrouwbaar is, kan SBK een verklaring van de lijst afvoeren (art. 6, vijfde lid overeenkomst). De RvA en SBK informeren de minister jaarlijks over hun bevindingen (art. 3, eerste en tweede lid, overeenkomst). De minister moet als (politiek) verantwoordelijke voor het stelsel gebruikmaken van zijn bevoegdheid 'bij ernstig falen van het stelsel in te grijpen door het stelsel te wijzigen'.[160] De vraag is of de afstandelijke rol van de minister wel past bij de status die kwaliteitsverklaringen ingevolge artikel 1.8, tweede lid, Bouwbesluit 2012 hebben.[161] Zo is bijvoorbeeld in artikel 11 e.v. Besluit Bodemkwaliteit wel voorzien in een bevoegdheid van de minister om instellingen te erkennen die bepaalde kwaliteitsverklaringen mogen afgeven waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden.

Het Bouwbesluit 2012 en de Regeling Bouwbesluit 2012 voorzien overigens ook niet in aanwijzing van inspectie-instellingen die inspectiecertificaten als bedoeld in Bouwbesluit 2012 kunnen afgeven voor wettelijk verplichte brandbeveiligingsinstallaties.[162]

Uitgebreider en systematisch onderzoek kan aanwijzen of, en zo ja op welke wijze is voorzien in een toezichthoudende rol van een politiek verantwoordelijk orgaan bij conformiteitsbeoordeling waaraan betekenis toekomt in bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen bestuursorganen en particulieren en of hierin enig beleid is te herkennen. Goed verdedigbaar is dat in ieder geval in de erkenningsvariant een politiek verantwoordelijk orgaan mede op basis van bevindingen en besluitvorming inzake accreditatie door de RvA, de instellingen zou moeten aanwijzen die de conformiteitsbeoordeling mogen doen en periodiek zou moeten beoordelen of een instelling nog aan de eisen voldoet om de aanwijzing te kunnen behouden.[163]

158 Deze overeenkomst is op 30 mei 2006 gesloten tussen de RvA, SBK en de minister van VROM. *Stcrt.* 2006, 132, p. 11. De overeenkomst heeft betrekking op alle verklaringen die aansluiten bij de Nederlandse bouwregelgeving (art. 1, eerste en tweede lid, van de overeenkomst).

159 De beoordeling door SBK moet mede zijn gebaseerd op de aansluiting van deze verklaringen op Nederlandse bouwregelgeving, het niet strijdig zijn met Europese specificaties en het niet strijdig zijn met de criteria voor 'het publieke deel van kwaliteitsverklaringen'.

160 Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 16-17.

161 Kritisch over het functioneren van het stelsel van kwaliteitsverklaringen, in het bijzonder over de duidelijkheid van de verantwoordelijkheden van de minister: VROM-Inspectie 2011, p. 29.

162 In de toepasselijke inspectieschema's is wel vastgelegd dat de inspectie-instelling moet zijn geaccrediteerd op basis van ISO/IEC 17020. Neerhof 2013, p. 144-145.

163 Zie ook Evers 2004, p. 211.

3 Waarborgen voor legitimiteit, transparantie, een open markt en fundamentele rechten

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik de rechtsregels die van toepassing kunnen zijn op normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Dit geschiedt tegen de achtergrond van principes en aspecten die bij regulering in de Nederlandse democratische rechtstaat van grote betekenis zijn: legitimiteit, transparantie, de interne markt van de Europese Unie en fundamentele rechten. Duidelijk zal worden dat de eisen waaraan moet worden voldaan mede afhankelijk zijn van de manier waarop normalisatie of conformiteitsbeoordeling door de overheid wordt gebruikt.[1]

3.2 Waarborgen voor goede normalisatie

3.2.1 Inleiding

In deze paragraaf worden aspecten besproken die in een democratische rechtsstaat van belang zijn als normalisatie plaatsvindt ter behartiging van bepaalde publieke belangen.

3.2.2 Draagvlak en inhoudelijke kwaliteit

Zowel het Unierecht inzake normalisatie als regels en beleid van NEN strekken er mede toe te borgen dat de normen waarvan de totstandkoming wordt gefaciliteerd door de normalisatie-instelling draagvlak hebben en inhoudelijk van kwaliteit zijn. Daarnaast heeft de Nederlandse overheid hierbij in meer of mindere mate een rol. Die hangt mede samen met het feit dat in wetgeving regelmatig naar normalisatienormen wordt verwezen. Ik werk dit hieronder uit.

1 Er is uiteraard meer juridisch relevant, maar ik kan niet alles bespreken. Er zijn normalisatiebeginselen neergelegd in de WTO-overeenkomst Technical Barriers to Trade Agreement (TBT). Annex III bevat de 'Code of good for the preparation, adoption and application of standards'. De code is door het Nederlands Normalisatie-instituut (NEN) aanvaard. Zie www.wto.org, onder Trade tropics, onder Technical barriers to trade, onder Official TBT documents. Ik volsta hier met deze vermelding.

3.2.2.1 *EU-Normalisatieverordening*

Voor normalisatiewerkzaamheden geldt een specifiek Unierechtelijk kader, dat is neergelegd in de Verordening betreffende normalisatie.[2] Deze is in werking sinds 1 januari 2013 (art. 30 Verordening).[3] De verordening regelt vooral Europese normalisatie. Ook voor nationale normalisatie wordt daarin echter uitwerking gegeven aan belangrijke principes voor totstandkoming van normalisatienormen: openheid, consensus en transparantie.[4]

Voor *consensus* is van belang dat zo veel mogelijk belanghebbende partijen deelnemen aan normalisatie. Niet alle belanghebbenden maken de keuze deel te nemen aan normalisatie. Voor deelname is een bijdrage verschuldigd. De kosten kunnen een barrière vormen.[5] Dit kan tot gevolg hebben dat de groep met de meeste belangen, de sterkste organisatiegraad, de meeste deskundigheid en het meeste kapitaal een zware stempel op het normalisatieproces drukt. Dit zijn in de praktijk de grote industriële partijen.[6] In artikel 6 Normalisatieverordening is een verplichting voor nationale normalisatie-instellingen opgenomen die verband houdt met participatie door het midden- en kleinbedrijf (mbk) in normalisatie.[7] De kern van de verplichting is dat zij de toegang van het mkb tot normen en ontwikkelingsprocessen van normen moeten bevorderen en vergemakkelijken, 'om te zorgen voor een hoger niveau van deelname aan het normalisatiesysteem'. In artikel 6, eerste lid, onder a tot en met f, Verordening worden vervolgens manieren uitgewerkt waarop aan de verplichting kan worden voldaan.[8]

---

2 Verordening (EU) nr. 1025/2012 van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie, tot wijziging van de Richtlijnen 89/686/EEG en 93/15/EEG van de Raad alsmede de Richtlijnen 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG en 2009/105/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Beschikking 87/95/EEG van de Raad en Besluit nr. 1673/2006/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2012, L 316/12.

3 De bepalingen komen in de plaats van bepalingen over normalisatie in Richtlijn 98/34/EG (notificatierichtlijn), *PbEG* 1998, L 204/37, dat het belangrijkste onderdeel van het voorheen geldende Europeesrechtelijke kader voor normalisatie was. Het in de notificatierichtlijn neergelegde kader voldeed om een aantal redenen niet meer. Zie het voorstel: COM (2011)315, p. 2, 4-6. Anders dan onder de Notificatierichtlijn zijn de bepalingen uit de verordening rechtstreeks toepasselijk op de nationale normalisatie-instellingen.

4 Zie de toelichting bij het voorstel: Europese Commissie, Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende Europese normalisatie en tot wijziging van de Richtlijnen 89/686/EEG en 93/15/EEG van de Raad alsmede de Richtlijnen 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/105/EG en 2009/23/EG van het Europees Parlement en de Raad, COM (2011)315, p. 1; zie ook de preambule van Verordening (EU) nr. 1025/2012, nr. 9.

5 Van Gestel 2012, p. 250; European Commission, Public consultation on Standardisation Package, Brussels 30 June 2010, p. 15.

6 Stuurman 1995, p. 90-94, 168-171, 175; Evers 2002, p. 19, 211.

7 Dit was niet het geval in de Notificatierichtlijn.

8 De nationale normalisatie-instellingen doen dit bijvoorbeeld door: (a) in hun jaarlijkse werkprogramma's aan te geven welke normalisatieprojecten in het bijzonder interessant zijn voor het mkb; (b) toegang te verlenen tot normalisatieactiviteiten zonder het mkb te verplichten lid te worden van een nationale normalisatie-instelling; (c) deelname aan normalisatieactiviteiten gratis of tegen speciale tarieven aan te bieden; (d) de toegang tot ontwerpnormen gratis te maken; (e) samenvattingen van normen gratis ter beschikking te stellen op hun website; (f) speciale tarieven

Een website van de CEN/CENELEC (zie over deze instellingen par. 2.2.1), 'SME Standardization Toolkit' (www.smest.eu), geeft concrete suggesties en methoden aan nationale normalisatie-instellingen om normalisatie bij mkb-bedrijven en haar brancheorganisaties bekender te maken en de toegang van hen tot normalisatie te vergemakkelijken en te stimuleren.

Artikel 6 Normalisatieverordening kan geen verandering brengen in het feit dat ideële organisaties en organisaties die belangen van anderen dan producenten vertegenwoordigen (zoals consumentenorganisaties) minder gemakkelijk toetreden tot een normcommissie, vanwege de kosten die daaraan verbonden zijn. Anders dan voor Europese normalisatie, die door de Unie actief wordt ingezet om 'eengemaakte markten' voor producten goed te laten functioneren,[9] kent de verordening voor nationale normalisatie geen verplichtingen om alle categorieën belanghebbenden op een eerlijke en evenwichtige manier vertegenwoordigd te laten zijn in het normalisatieproces – dus niet alleen het mkb, maar ook consumentenorganisaties en belanghebbenden op sociaal en milieugebied (vgl. art. 5 Normalisatieverordening). De Verordening voorziet, anders dan voor Europese normalisatie, evenmin in een instrumentarium voor de Unie om nationale normalisatie-instellingen aan te zetten tot deelname van ondervertegenwoordigden in het normalisatieproces.

> Voor Europese normalisatie bestaat dit instrumentarium uit de geldkraan van de Unie, in het bijzonder financiering op verschillende manieren van de Europese normalisatie-instellingen en Europese organisaties van belanghebbenden die deelnemen aan Europese normalisatie (art. 15-17 Verordening), en de verzoeken of mandaten van de Commissie aan Europese normalisatie-instellingen tot het vaststellen van normen (art. 10 Verordening).

In het belang van *openheid en transparantie* bepaalt artikel 3, eerste tot en met vierde lid, Verordening dat niet alleen voor Europese, maar ook voor nationale normalisatie-instellingen geldt dat zij ten minste eenmaal per jaar een werkprogramma vaststellen en de andere Europese en nationale normalisatie-instellingen hiervan op de hoogte stellen. De nationale normalisatie-instellingen moeten de Europese normalisatieorganisaties jaarverslagen toezenden over hun activiteiten die verband houden met toegang tot het mbk aan normalisatie (als bedoeld in art. 6, eerste lid). Zij moeten optimale praktijken uitwisselen met andere nationale normalisatie-instellingen over bevordering van deelname aan en gebruik van normalisatie door het mkb (als bedoeld in art. 6, tweede lid) en alle andere maatregelen ter verbetering van de omstandigheden voor het gebruik van normen door het mkb en de deelname van het mkb aan het ontwikkelingsproces van

---

toe te passen voor de beschikbaarstelling van normen of door pakketten van normen tegen een gereduceerde prijs aan te bieden. Ingevolge art. 6, tweede lid, Verordening dienen de nationale normalisatie-instellingen 'optimale praktijken' uit te wisselen 'om de deelname van het mkb aan normalisatiewerkzaamheden te verbeteren en om het gebruik van normen door het mkb te doen toenemen en te vergemakkelijken'.

9 COM (2011)315, p. 1-2.

normen. Zij dienen deze verslagen op hun websites bekend te maken (art. 6, derde lid, Verordening).

In de Verordening zijn geen bepalingen opgenomen over toezicht op en handhaving van de naleving van de daarin opgenomen verplichtingen door nationale normalisatie-instellingen.[10] Lidstaten zullen op naleving door hun normalisatie-instellingen moeten toezien. Dit lijkt een belangrijke beperking.

3.2.2.2 Regels en beleid van NEN

In paragraaf 2.2.2 kwam de formele blauwdruk van het NNI, de belangrijkste van de twee Nederlandse normalisatie-instellingen die opereert onder de vlag van NEN, aan de orde.

NEN bewaakt de samenstelling van de normcommissies en ziet erop toe dat vertegenwoordigers van alle betrokkenen kunnen meedoen in het proces van totstandkoming van een norm. De Statuten en het Huishoudelijk Reglement voorzien in bepalingen die gericht zijn op draagvlak voor normalisatie en betrokkenheid van alle belanghebbende groeperingen. Besluitvorming geschiedt in beginsel op basis van consensus.

Het bedrijfsleven stelde reeds in 1997 voor een normalisatiecode op te stellen, waarin het zorgvuldig betrekken van belanghebbenden bij het normalisatieproces centraal zou staan. Een dergelijke code bleek niet haalbaar omdat de verlangens van de betrokken partijen met betrekking tot de inhoud te zeer uiteenliepen. Daarna is door de Nederlandse regering samen met NEN gezocht naar andere wegen om de toegankelijkheid van normalisatieprocessen te verbeteren, in het bijzonder met behulp van ICT.[11]

Het eerder genoemde project 'Kenbaarheid van Normen en Normalisatie' van het platform Kenbaarheid, waarin verschillende belanghebbende groeperingen waren vertegenwoordigd, leidde in 2004 tot een eindrapport dat aanleiding is geweest tot ontwikkeling van de 'Checklist lastenarm maken normen' van NEN.[12] Daarin is neergelegd dat een normalisatietraject pas start wanneer uit een marktonderzoek blijkt dat er voldoende draagvlak bestaat bij de doelgroep, de belanghebbende partijen. Om dit draagvlak te analyseren wordt een stakeholderanalyse uitgevoerd. Daarbij wordt nagegaan welke organisaties belang hebben bij de norm en of zij vertegenwoordigd zullen zijn in de normcommissie. Normcommissies moeten zijn samengesteld uit leden die gezamenlijk de belanghebbende groeperingen vertegenwoordigen bij een onderwerp waarover deze

10 Art. 6 van de verordening ontbrak overigens in het oorspronkelijke Commissievoorstel. Zie: COM (2011) 315.

11 *Kamerstukken II* 1999/2000, 24036, nr. 140 (brief van de ministers van Economische Zaken en Justitie aan de Tweede Kamer van 21 oktober 1999), p 32-33; *Kamerstukken II* 1999/2000, 21670, nr. 10 (nota 'Internationaal is de norm', aangeboden bij brief van de minister van Economische zaken aan de Tweede Kamer van 16 juni 2000), p. 10-11; *Kamerstukken II* 2000/01, 24036, nr. 176 (brief van de ministers van Economische zaken en Justitie aan de Tweede Kamer van 21 november 2000), p. 3; *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193 (Kabinetsreactie op kenbaarheid van normen en normalisatie), p. 6-7.

12 *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 6-7.

partijen via NEN een afspraak willen maken. De resultaten van de analyse worden samen met het met de norm te bereiken doel ter besluitvorming voorgelegd aan de desbetreffende beleidscommissie. Als de toets is uitgevoerd, wordt de normcommissie ingesteld. Als de commissie is ingesteld, wordt de stakeholderanalyse minstens eens in de vier jaar herhaald. De Beleidscommissies evalueren de resultaten van de stakeholderanalyse en beslissen mede op basis daarvan over de samenstelling van normcommissies.[13]

Als blijkt dat zittende leden willen tegenhouden dat een vertegenwoordiger van een bepaalde organisatie als lid tot een normcommissie toetreedt, wordt door de beleidscommissie getoetst of dat gerechtvaardigd is. Indien dat niet het geval is, beslist de beleidscommissie dat betrokkene kan toetreden tot de commissie. Als een organisatie meent te worden uitgesloten van deelname aan een normcommissie, kan zij daarover een klacht indienen bij de beleidscommissie, die vervolgens besluit of de klacht terecht is en of een vertegenwoordiger van deze organisatie tot de normcommissie kan toetreden.[14]

Kortom, er wordt op de samenstelling van de normcommissies toegezien. NEN voert ook regelmatig stakeholderanalyses uit om na te gaan in hoeverre partijen worden gemist die belang zouden kunnen hebben bij deelname. NEN informeert betrokkenen over de uitkomsten. Ondervertegenwoordiging van ideële en belangenorganisaties in normcommissies blijft een aandachtspunt. Hier wordt ook wel eens een oplossing door gezocht. Zo wordt er bijvoorbeeld op het gebied van de bouw door normcommissies wel besloten ideële en belangenorganisaties kosteloos te laten deelnemen.[15]

3.2.3 Kenbaarheid van normen

3.2.3.1 Het constitutionele en bestuursrechtelijke perspectief

De algemene kenbaarheid van voor een ieder geldende rechtsnormen vormt een van de uitgangspunten van een democratische rechtsstaat. De artikelen 88 en 89, derde en vierde lid, Grondwet bepalen dat wetten, onderscheidenlijk algemene maatregelen van bestuur en andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften niet in werking treden voordat zij zijn bekendgemaakt. Ingevolge het bepaalde in de Bekendmakingswet geschiedt de bekendmaking van een amvb door plaatsing in het Staatsblad en de bekendmaking van een ministeriële regeling in beginsel door plaatsing in de Staatscourant.[16] Uit jurisprudentie van de Hoge Raad (*Knooble*-arrest) en de Afdeling bestuursrechtspraak (uitspraak *City Crash*) volgt echter dat de NEN-normen, voor zover daarnaar in wetgeving wordt verwezen, door die verwijzing weliswaar naar buiten werkende, de burgers bindende regels, maar geen algemeen verbindende voorschriften zijn. Dit betekent dat noch artikel 89 Grondwet, noch de Bekendmakingswet van toepassing is

13 NEN doc. nr. 2012-14, onder nrs. 1 en 3.

14 Met dank aan mr. Rien Huige, hoofd van de afdeling Materialen & Bouwproducten, en drs. Ineke ten Wolde, NEN Public Affairs.

15 Met dank aan mr. Rien Huige.

16 Het Staatsblad en de Staatscourant worden elektronisch uitgegeven. Zie art. 1, tweede en derde lid, Bekendmakingswet.

op de bekendmaking daarvan.[17] Publicatie in een van overheidswege uitgegeven periodiek kan dus achterwege worden gelaten.

Normalisatienormen komen volgens de door de Hoge Raad gehanteerde criteria in beginsel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking.[18] Artikel 11 Auteurswet bepaalt dat geen auteursrecht bestaat op wetten, besluiten en verordeningen door de openbare macht uitgevaardigd en op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen.[19] Uit het *Knooble*-arrest volgt echter dat NEN-normen waarnaar in wetgeving wordt verwezen, volgens de Hoge Raad niet gelden als 'door de openbare macht uitgevaardigd' als in artikel 11 Auteurswet bedoeld.[20] Daardoor blijft er auteursrechtelijke bescherming op rusten.

De benaderingen van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Hoge Raad roepen de vraag op of de kenbaarheid van de normen, zeker als de wetgever ernaar verwijst, voldoende is verzekerd als de normen alleen tegen betaling kunnen worden verkregen of kunnen worden geraadpleegd in de bibliotheek van de normalisatie-instelling.

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

De Afdeling bestuursrechtspraak is in de uitspraak *City Crash* ingegaan op de kwestie van 'voldoende kenbaarheid' van normen waarnaar wordt verwezen. De Afdeling heeft onder ogen gezien dat kenbaarheid van de normalisatienormen waarnaar de wet verwijst voldoende moet zijn verzekerd, omdat zij burgers binden. De kenbaarheid is volgens de Afdeling evenwel voldoende verzekerd als bedoeld in aanwijzing 190, als deze normen zonder belemmering door eenieder kunnen worden geraadpleegd. Dit is geval als direct betrokkenen (bedrijven) de NEN-normen tegen redelijke betaling kunnen aanschaffen. Voor burgers kan de koopprijs wellicht een belemmering vormen om daarvan kennis te nemen, maar de kenbaarheid is volgens de Afdeling ook voor de burger voldoende verzekerd als de NEN-normen voor de burger ter inzage liggen en zonder belemmering kunnen worden geraadpleegd. Terinzagelegging van de NEN-normen vindt feitelijk plaats in de bibliotheek van NEN te Delft waar belangstellenden van de NEN-normen kennis kunnen nemen.[21]

---

17 HR 22 juni 2012, *AB* 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (*Knooble*), r.o. 3.8-3.9; ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan (*City Crash*), r.o. 2.4.3-2.4.4.

18 Zie HR 24 februari 2006, NJ 2007, 37, *AMI* 2006, 153, m.nt. A.A. Quaedvlieg (*Technik Benelux/Goossens*).

19 De ratio van art. 11 Auteurswet is dat het auteursrecht de verspreiding van officiële teksten en door de overheid openbaar gemaakt materiaal niet mag belemmeren. De informatievrijheid dient dan voorrang te hebben. Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 137.

20 HR 22 juni 2012, *AB* 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (*Knooble*), r.o. 3.10. Zie ook Gerechtshof 's-Gravenhage 16 november 2010, *TBR* 2011/31, m.nt. A.R. Neerhof (*Knooble*), r.o. 15.

21 ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan (*City Crash*), r.o. 2.4.5-2.4.6. Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage 16 november 2010, *TBR* 2011/31, m.nt. A.R. Neerhof (*Knooble*), r.o. 12, waarnaar de Afdeling in haar uitspraak ook verwijst.

Overigens is ook het verwijzen naar normalisatienormen in vergunningvoorschriften een door de Afdeling geaccepteerd fenomeen. De Afdeling heeft geen problemen met het vragen van een vergoeding voor het verstrekken van een afschrift van de publicaties die niet via openbare bronnen zijn te raadplegen, maar waarnaar wel in een vergunningvoorschrift wordt verwezen. NEN-normen zijn volgens de Afdeling 'algemeen verkrijgbaar en dus voldoende kenbaar'. Het verwijzen ernaar is volgens de Afdeling niet in strijd met het beginsel van de rechtszekerheid.[22]

In de kabinetsreactie 'Kenbaarheid van normen en normalisatie' (2011) wordt het standpunt ingenomen dat alleen bij een dwingende verwijzing naar een normdocument geen verschuldigde vergoeding voor het inzien past, want dan moet de norm worden ingezien om de wet te kunnen naleven. Bij een niet-dwingende verwijzing is dat niet zo, omdat ook op een alternatieve wijze aan de wettelijke eisen kan worden voldaan. In beginsel zou in wetgeving op 'niet-dwingende wijze' naar normen moeten worden verwezen. Het uitgangspunt is ook neergelegd in Aanwijzing 91a van de Aanwijzingen voor de regelgeving.[23] Het kabinet heeft ernaar gestreefd overbodig geachte dwingende verwijzingen naar normen voor 1 januari 2014 om te zetten. Bij de toch noodzakelijke dwingende verwijzingen zouden normen kosteloos beschikbaar worden gesteld en zou met NEN een compensatieregeling worden getroffen.[24] Eerst in december 2015 heeft het ministerie van Economische Zaken bekendgemaakt welke NEN-normen met ingang van 1 januari 2016 gratis zijn in te zien, omdat er in wetgeving dwingend naar wordt verwezen.

Het kabinet-Rutte II gaat uit van een ruimer begrip van dwingend verwijzen dan het kabinet-Rutte I in de reactie Kenbaarheid van normen en normalisatie. Niet alleen als de wetgever de adressaat verplicht om aan de norm te voldoen wordt een dwingende verwijzing aangenomen. Zij wordt ook aangenomen als weliswaar een andere oplossing mag worden toegepast zolang deze ten minste gelijkwaardig is aan de norm, maar om dit te kunnen beoordelen de norm ingezien moet worden.[25] Hiermee lijkt tegemoet te worden gekomen aan eerdere rechtswetenschappelijke kritiek.[26]

In het overzicht van NEN-normen die vanaf 1 januari 2016 kosteloos inzichtelijk zijn via de website van het NEN, zijn geen NEN-normen opgenomen waarnaar in het Bouwbesluit 2012 wordt verwezen. De verwijzingen worden, gelet op de

22 ABRvS 13 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD9957, *JM* 2008/106, m.nt. Zigenhorn, *JOM* 2008/700, r.o. 2.5.1; ABRvS 12 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS2185, r.o. 2.4.1.

23 *Stcrt.* 2011, 6602.

24 *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 4-5, 7-8. Zie ook het advies van de Raad van State over toevoeging van Aanwijzing 91a aan de Aanwijzingen voor de regelgeving: *Stcrt.* 2011, 6743, 14 april 2011, p. 51. Zie voor de website van NEN: www.nen.nl.

25 Het kabinet noemt geen voorbeeld, maar gedacht kan hierbij worden aan art. 6.17, eerste lid, Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, zoals dat tot 1 januari 2016 van kracht was. Zie voor het overzicht nationale NEN-normen die per 1 januari 2016 kosteloos inzichtelijk zijn via de website van het NEN: www.rijksoverheid.nl, onder Alle onderwerpen, onder: Certificaten, keurmerken en meetinstrumenten, onder Normen voor producten, diensten of processen, onder Veelgestelde vragen normalisatie en onder Dwingende NEN-normen.

26 Zie Van Ommeren 2012, p. 220-221. Vgl. Van Gestel 2012, p. 253-255.

systematiek van verwijzingen (gelet op art. 1.3 Bouwbesluit 2012 is het ijkpunt een functionele eis), rechtens en feitelijk niet dwingend geacht. Verder kunnen NEN-normen waarnaar nu nog dwingend wordt verwezen en eerst onder de Omgevingswet niet meer dwingend zal worden verwezen, niet reeds vanaf 1 januari 2016 kosteloos worden ingezien. Europese en internationale normen waarnaar dwingend wordt verwezen zijn niet kosteloos in te zien, om inbreuk op het auteursrecht van Europese en internationale normalisatie-instellingen te voorkomen.[27]

3.2.3.2 EU-recht

De hoogte van de voor kennisname van een normalisatienorm verschuldigde vergoeding moet geen drempels opwerpen om van de normen kennis te nemen. Uit een Europese consultatie in 2010 kwam naarvoren dat bedrijven hierover klagen.[28] De Europese Commissie stelde in 2011 dat om efficiëntieverbeteringen in het geval van standaardiseringsovereenkomsten te realiseren, de informatie die vereist is om de norm toe te passen daadwerkelijk beschikbaar moet zijn voor eenieder die de markt wil betreden.[29]

Van Gestel heeft erop gewezen dat als normen waarnaar de wetgever verwijst, niet kosteloos ter hand worden gesteld, dat mogelijk te kwalificeren is als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking als bedoeld in artikel 34 VWEU.[30] Dat zou betekenen dat het niet kosteloos ter beschikken stellen een rechtvaardiging behoeft. De beperking moet dan gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van een van de in artikel 36 VWEU genoemde belangen of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom als bedoeld in dat artikel dan wel om dwingende redenen van algemeen belang.[31] *Zuiver economische* doelstellingen kunnen *geen* rechtvaardiging vormen voor een belemmering van het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van goederen.[32] De vergoedingen kunnen wél gerechtvaardigd zijn omwille van bescherming van commerciële en industriële eigendom als bedoeld in artikel 36 VWEU. Ook is denkbaar dat instandhouding van een systeem van normalisatie bepaalde andere belangen dient die onder artikel 36 VWEU vallen of die zijn aan te merken als 'dwingende redenen van algemeen belang' en dat dit een vergoeding van een bepaalde hoogte rechtvaardigt.

---

27 Zie over dit punt de noot van Stuurman onder de uitspraak Rb. 's-Gravenhage van 31 december 2008, AMI 2009/2, nr. 7. Zie over normen die niet kosteloos kunnen worden ingezien, terwijl er dwingend naar wordt verwezen: www.rijksoverheid.nl, onder Alle onderwerpen, onder: Certificaten, keurmerken en meetinstrumenten, onder Normen voor producten, diensten of processen, onder Veelgestelde vragen normalisatie en NEN-normen niet-dwingend onder Omgevingswet.

28 European Commission, *Public consultation on Standardisation Package*, Brussels 30 June 2010, p. 15; Van Gestel 2012, p. 250.

29 Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011, C 11/64.

30 Van Gestel 2012, p. 250-251.

31 HvJ EG 20 februari 1979, zaak C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).

32 HvJ EG 28 april 1998, zaak C-120/95, ECLI:EU:C:1998:167 (*Decker*), r.o. 39; HvJ EG 10 juli 1984, zaak C-72/83, ECLI:EU:C:1984:256 (*Campus Oil*), r.o. 35.

Een van de vormen van industriële en commerciële eigendom zijn de auteursrechten. Het VWEU heeft geen invloed op het bestaan van rechten van commerciële en industriële eigendom die op grond van wetgeving van de lidstaten zijn verleend. Er zijn echter belangrijke randvoorwaarden waaraan nationale wetgeving die auteursrechten beschermt, moet voldoen. De nationale regels mogen geen 'discriminerend element' bevatten. Dit zal betekenen dat gehanteerde tarieven niet discriminatoir mogen zijn, dus dat er geen prijsverschillen mogen zijn voor identieke activiteiten.[33] Bovendien moet worden aangetoond dat de regels, en dus ook de tarieven, de toets van evenredigheid kunnen doorstaan. De eis van evenredigheid brengt met zich dat de maatregel niet meer belemmeringen mag opwerpen dan noodzakelijk is voor de belangen waarvan bescherming wordt beoogd (het minst belemmerend is) en proportioneel moet zijn ten opzichte van de gestelde doelen.[34]

3.2.3.3 Het EVRM-perspectief

Voor vrijwel alle EVRM-rechten geldt dat een beperking ervan alleen geoorloofd kan zijn als zij is voorzien in het nationale recht. Dat betekent dat een bindende en toegankelijke regeling geldt, dat de gevolgen ervan voor de betrokkene zijn te voorzien en er geen risico is van willekeur in de toepassing.[35] Regels die op behoorlijke wijze zijn gepubliceerd, voldoen volgens het Hof aan het vereiste van toegankelijkheid.[36] Over de vraag of aan dit vereiste is voldaan, als een wetgever naar normen verwijst die alleen tegen vergoeding beschikbaar zijn, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bij mijn weten zich niet uitgelaten. De eisen die het Hof aan toegankelijkheid stelt, zijn echter niet altijd bijzonder hoog. De reikwijdte van deze eis (en die van voorzienbaarheid) is volgens het Hof in aanzienlijke mate afhankelijk van 'de inhoud van het betreffende instrument, het terrein dat het beoogt te bestrijken en het aantal en de status van de personen tot wie het is gericht'. Als regels in hoge mate van technische aard en ingewikkeld zijn en in de eerste plaats zijn bedoeld voor specialisten die weten hoe de voorschriften verkregen kunnen worden, kan waarschijnlijk ook aan de eis van toegankelijkheid worden voldaan als betrokkenen kunnen weten hoe zij de tekst van de regeling kunnen verkrijgen. Van belang zijn de tijd en energie die moet

33 HvJ EG 14 december 1979, zaak C-34/79, ECLI:EU:C:1979:295 (*Henn en Darby*), r.o. 21; HvJ EG 25 juli 1991, gevoegde zaken C-1/90 en C-176/90, ECLI:EU:C:1991:327 (*Aragonesa de Publicidad Exterior*), r.o. 19-26.

34 Vgl. HvJ EG 8 november 1979, zaak C-251/78, ECLI:EU:C:1979:252 (*Denkavit*), r.o. 21-28; HvJ EG 10 juli 1984, zaak C-72/83, ECLI:EU:C:1984:256 (*Campus Oil*) en HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-1/90, ECLI:EU:C:1991:327 (*Aragonesa de Publicidad Exterior*), r.o. 16-18. Zie over eisen van evenredigheid en non-discriminatie ook de noot van De Waele onder het arrest *Fra.bo SpA*, JB 2012/196, onder punt 5.

35 EHRM 14 december 2010, *EHRC* 2011/40, m.nt. H.M. Griffioen (*Ternovszky/Hongarije*), r.o. 23-24; EHRM 25 september 2001, NJ 2003, 670, m.nt. EJD, *EHRC* 2001/76, m.nt. Spronken (*P.G. en J.H./Verenigd Koninkrijk*), r.o. 11-16; EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/95 (*Amman/Switzerland*), r.o. 55-62; EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times*), r.o. 49-53. Op zich is voor het voldoen aan het criterium 'bij wet voorzien' geen wettelijke regeling vereist. Zie r.o. 47 in het arrest *Sunday Times*. Zie hierover Gerards 2011, p. 199-120.

36 EHRM 28 juni 2001, NJ 2002, 181, m.nt. E.J. Dommering, *EHRC* 2001/55, m.nt. L.F.M. Verhey (*Verein gegen Tierfabriken/Zwitserland*), r.o. 54.

worden geïnvesteerd om van de norm kennis te nemen. In hoeverre het toelaatbaar is dat een vergoeding moet worden betaald, is echter niet heel erg duidelijk.[37]

Een andere vraag is of bestraffing wegens overtreding van een wettelijk voorschrift waarin naar een NEN-norm wordt verwezen problematisch kan zijn, gelet op artikel 7, eerste lid, EVRM. Deze bepaling stelt zwaardere eisen aan de wettelijke basis voor 'criminal offences' ofwel bestraffend overheidsoptreden. De wettelijke basis moet solide zijn. Bij 'criminal offences' dient de wetsbepaling zo duidelijk en ondubbelzinnig te zijn dat een burger – eventueel na (juridisch) advies – kan bepalen welke consequenties aan overtreding van de rechtsregel zijn verbonden.[38] De vraag is of voldoende kenbaar is wat verplichtingen in voorschriften inhouden als daarin naar een NEN-norm wordt verwezen waarvan alleen tegen vergoeding kennis kan worden genomen en overtreding van die voorschriften strafbaar is gesteld.[39] Dat de verwijzing niet dwingend is, hoeft aan het belang van deze vraag niet af te doen, want het kan, zoals gezegd, feitelijk onvermijdelijk zijn van de normen kennis te nemen en veel te bewerkelijk zijn om kennis van alternatieven te verwerven.[40] Uit het arrest *Cantoni* volgt dat aan de eis van voorzienbaarheid van artikel 7, eerste lid, EVRM kan zijn voldaan zelfs als de betrokken persoon, in een mate die onder de gegeven omstandigheden redelijk is, juridisch advies nodig heeft om te bepalen welke consequenties voor hem uit een bepaalde gedraging voortvloeien. Dit geldt in het bijzonder voor professionals, nu zij het gewoon zijn te werk te gaan met een grote mate van behoedzaamheid als zij hun beroep uitoefenen.[41] Tegen bestraffing van overtreding van voorschriften waarin naar NEN-normen wordt verwezen lijkt artikel 7, eerste lid, EVRM dus niet zonder meer belemmeringen op te werpen. Aangenomen mag worden dat de vergoedingen die voor NEN-normen verschuldigd zijn, redelijk moeten zijn.

3.2.3.4 Een beleidsmatig perspectief: het profijtbeginsel

De vergoeding voor NEN-normen waarnaar de wetgeving verwijst, mag niet onredelijk hoog zijn, mede gelet op het EVRM en artikelen 34 en 26 VWEU. Voor de bepaling van wat een redelijke vergoeding is, lijkt van belang of marktpartijen

---

37 EHRM 28 maart 1990, NJ 1991, 739, m.nt. EAA (*Groppera Radio AG/Zwitserland*), r.o. 67-68. Zie Gerards 2011, p. 119-120. Vgl. echter de noot van Teunissen onder Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, JB 2009/69 (*Knooble*).

38 EHRM 24 mei 1988, *Series A*, vol. 133 (*Müller e.a.*); EHRM 25 mei 1993, *Series A*, vol. 260 (*Kokkinakis*); EHRM 27 september 1995, NJ 1996, 49, m.nt. Knigge (*G./Frankrijk*). Zie ook ABRvS 3 mei 2006, AB 2006, 317, m.nt. O. Jansen (*Spanbeton BV*).

39 Zo zijn overtredingen van voorschriften in het Bouwbesluit 2012, dus ook die waarin naar een NEN-norm wordt verwezen, een economisch delict (art. 1a, aanhef en onder 2°, WED jo. art. 1b Woningwet).

40 Vgl. Van Ommeren 2012, p. 220-221; Van Gestel 2012, p. 253-255.

41 EHRM 15 november 1996, nr. 17862/91, r.o. 35 (*Cantoni*). Onder verwijzing naar het hierboven besproken *Groppera*-arrest overwoog het Hof eerst dat de reikwijdte van het begrip voorzienbaarheid afhankelijk is van de inhoud van de betrokken tekst, het terrein dat het beoogt te bestrijken en het aantal en de status van de personen tot wie het is gericht. Zie hierover Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak 2006, p. 655-656; Stijnen 2011, p. 111. Vgl. echter Teunissen, onder Rb. 's-Hertogenbosch 5 februari 2010, JB 2010/132 onder punt 2.

zelf veel profijt kunnen hebben van de in de normalisatienormen neergelegde kennis. Normalisatienormen kunnen een nuttige functie in het private rechtsverkeer vervullen en ook de belangen van bedrijven in de betreffende sector dienen.[42] Met toepassing van deze normen kan de kwaliteit en verhandelbaarheid van bepaalde goederen of diensten voor consumenten en producenten gewaarborgd zijn. Zo faciliteren normen in de bouw de communicatie tussen marktpartijen in deze sector.[43] Niet voor alle normen geldt echter dat er een dergelijk profijt is. De mate van profijt voor betrokkenen zou gevolgen moeten hebben voor het antwoord op de vraag of een vergoeding kan worden bedongen voor het inzien ervan en hoe hoog die kan zijn.

3.2.4 Behoorlijke normalisatie

In hoofdstuk 2 werd besproken dat normalisatie-instellingen in beginsel geen openbaar gezag uitoefenen, zodat in beginsel noch zijzelf, noch hun besturen of commissies als bestuursorgaan ex artikel 1:1, aanhef en onder b, Awb kunnen worden gekwalificeerd (par. 2.2.4). Op hun handelen kan dus de Awb in beginsel niet van toepassing zijn.[44] Ook kwam aan de orde dat als de wetgever op zodanige wijze verwijst naar normen dat de normen daardoor bindend zijn geworden (zoals bijvoorbeeld gebeurt in het Bouwbesluit 2012), zij daarmee volgens de jurisprudentie zijn getransformeerd tot (onderdelen van) publiekrechtelijk algemeen geldende rechtsregels. Zij hebben daarmee echter niet de status van algemeen verbindende voorschriften verkregen (par. 2.2.6).[45]

Verwijzingen in algemeen verbindende voorschriften naar normen maken deel uit van die algemeen verbindende voorschriften. Beslissingen tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift van bestuursorganen zijn besluiten ex artikel 1:3 Awb, inclusief de verwijzing daarin naar normen. Daarop zijn hoofdstuk 2, afdeling 3.2 voor zover de aard van het besluit zich daartegen niet verzet en afdeling 3.3 tot en met 3.5 Awb van toepassing (art. 3:1, eerste lid, Awb). Verwijzing daarin naar een norm kan onrechtmatig zijn, bijvoorbeeld als de norm zelf apert onzorgvuldig tot stand is gekomen of de inhoud ervan onevenredig belastend is voor bepaalde belanghebbenden in verhouding tot de ermee te dienen doelen. Dit kan een schending van artikel 3:2 of 3:4 Awb door het orgaan dat ernaar verwezen heeft, opleveren.

Grenzen tussen privaatrecht en bestuursrecht vervagen bij private regulering in het publieke belang. Als de Awb niet van toepassing is, zouden daarvoor vergelijkbare waarborgen moeten gelden.[46] In de 'checklist lastenarm maken normen' van NEN zijn criteria neergelegd waaraan normen moeten voldoen. Als het gaat

42 Vgl. de missie van NEN: www.nen.nl, onder Over NEN, onder Organisatie, onder Missie.

43 Vgl. Scholten 2012.

44 Ik maakte in par. 2.2.6 een uitzondering voor dynamische verwijzing in wetgeving naar van hun afkomstige normen.

45 HR 22 juni 2012, *AB* 2012, 228, m.nt. Van Ommeren (*Knooble*), r.o. 3.8; ABRvS 2 februari 2011, *AB* 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan (*City Crash*), r.o. 2.4.3-2.4.4; Van Ommeren 2008, p. 85.

46 Zie hierover bijvoorbeeld Scheltema & Scheltema 2012, p. 147-148; Scheltema & Scheltema 2013, p. 8-13, 78-84.

om behoorlijkheidscriteria dan kan in het bijzonder worden genoemd dat de te maken keuzen in de norm dienen te zijn afgesteld op het te bereiken doel en een lastenverhoging voor de lasten voor de gebruiker gerechtvaardigd moet zijn. De checklist komt uitgebreid aan de orde in de paragrafen 4.2.4.2 en 4.2.5.1.[47]

Bij behoorlijke normalisatie horen mijns inziens een klachtenregeling en leren van klachten. Artikel 9.3.2 Huishoudelijk reglement bepaalt dat het bureau NEN voor de door hem te leveren diensten, producten en dergelijke een klachtenregeling kent. In de praktijk gaan klachten bijvoorbeeld over tarieven voor NEN-normen of toegankelijkheid van normen, maar ook over het feit dat men zich niet gehoord voelt bij de totstandkoming van een norm.[48]

De wijze van afhandeling van klachten is neergelegd in een intern document, de 'Procesbeschrijving afhandelen van klachten'.[49] Als interne doelstelling wordt genoemd het continue verbeteren van de kwaliteit van producten en dienstverlening en als externe doelstelling het verbeteren van het imago van NEN en het verhogen van de klanttevredenheid. Onder een klacht worden verstaan schriftelijke externe uitingen van ontevredenheid over producten/diensten en eventuele dienstverlening. Klachten kunnen worden ingediend via de website van NEN en de directie. De procesbeschrijving regelt een tijdige afhandeling van de klacht. De klacht moet binnen 30 dagen afgehandeld worden. De klacht wordt voor behandeling gekwalificeerd als klacht van juridische aard of klacht die in de hoedanigheid van klant is ingediend. De procesbeschrijving voorziet in de omschrijving van de klacht, het analyseren van de aard van de klacht, de vaststelling van oorzaken van klachten en het kiezen van een oplossing in de vorm van het definiëren van 'structurele verbetervoorstellen'. Voorstellen voor structurele verbetermogelijkheden worden ter toetsing aan de klager voorgelegd.[50] Aan klager wordt na afloop voorgelegd of hij tevreden is over afhandeling. Aan klagers wordt dan gevraagd of de klachtenbehandeling goed functioneert en of klachten op behoorlijke wijze worden afgehandeld.

Over de uitkomsten van klachtbehandelingen wordt jaarlijks gerapporteerd aan het managementteam van NEN. Nader onderzoek kan uitwijzen in welke mate lering wordt getrokken uit klachten in normalisatieprocessen.[51]

3.3 Waarborgen voor goede conformiteitsbeoordeling

3.3.1 Inleiding

In deze paragraaf worden aspecten besproken die, gelet op beginselen van de democratische rechtsstaat, van belang zijn als conformiteitsbeoordeling (mede)

47 NEN doc. nr. 2012-14, nrs. 1, 2, 6, 7, 10, 11, 13.
48 Met dank aan drs. Ineke ten Wolde.
49 Niet gepubliceerd, namens NEN overgelegd aan de auteur.
50 In de werkinstructie voor de 'procesverantwoordelijke' is opgenomen dat bij een samenvattende analyse die naar aanleiding van de klacht moet worden opgesteld 'eventueel advies voor structurele verbetering (lessons learned)' hoort. Niet gepubliceerd, namens NEN overgelegd aan de auteur.
51 Met dank aan drs. Ineke ten Wolde.

plaatsvindt ter behartiging van bepaalde publieke belangen. Het gaat met name om eisen van behoorlijkheid en openbaarheid.

3.3.2 Behoorlijke conformiteitsbeoordeling

Als algemene eisen waaraan conformiteitsbeoordelende instellingen bij de uitvoering van beoordelingsactiviteiten moeten voldoen, kunnen worden genoemd: niet-discriminatoire toegang en procedures, objectiviteit, specialiteit, onafhankelijkheid, onpartijdigheid, inspraak van belanghebbenden, zorgvuldigheid, procedures voor klachten, beroep en geschillen, openbaarheid en vertrouwelijkheid van gegevens. Deze eisen zijn af te leiden uit internationale en Europese standaarden.[52] De standaarden en eisen zijn afkomstig van private organisaties. Zij krijgen betekenis in een publiekrechtelijke context bij accreditaties.

Voor zover een conformiteitsinstantie een bestuursorgaan is – dus handelingen verricht die zijn aan te merken als uitoefening van openbaar gezag (zie hierover in par. 2.3.6) – is op haar handelen hoofdstuk 2 Awb van toepassing en zijn op haar beslissingen tot verlening, weigering, intrekking, schorsing of beperking van conformiteitverklaringen hoofdstuk 3 en titel 4.1 Awb van toepassing. Belangrijke bepalingen uit deze hoofdstukken zijn in dit verband: het verbod van vooringenomenheid (art. 2:4), het beginsel van zorgvuldige besluitvorming (art. 3:2), de plicht tot belangenafweging (art. 3:4, eerste lid), het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4, tweede lid), het motiveringsbeginsel (art. 3:46 e.v.) en de beslistermijn (art. 4:13 e.v.). Over de betekenis van deze bepalingen is veel literatuur en jurisprudentie beschikbaar. Ik laat verdere bespreking hier achterwege. Nader onderzoek zou moeten uitwijzen of toepassing ervan in de context van conformiteitsbeoordeling specifieke vragen oproept.[53]

Ook de Europese wetgever stelt behoorlijkheidseisen. Hierbij kan in het bijzonder gedacht worden aan de eisen voor de aanwijzing door een daartoe aangewezen aanmeldende autoriteit in een lidstaat (bijvoorbeeld een minister) van een aangemelde instantie, die bepaalde conformiteitscertificaten mag afgeven in de EU en die zijn neergelegd in een EU-verordening of EU-richtlijn (zie par. 2.3.8). In artikel R 27 van bijlage I bij Besluit 768/2008 (Referentiebepalingen voor communautaire harmonisatiewetgeving voor producten) zijn operationele verplichtingen neergelegd waaraan zij dienen te voldoen, in het bijzonder proportionaliteit in de uitvoering van de beoordelingen en voortvarendheid in maatregelen als een product niet aan de eisen voldoet.

---

52 Evers 2002, p. 96-101. Vgl. Gabriël-Breukers 2008, p. 55-60. Relevante internationale standaarden (eisen voor accreditatie van instellingen) voor conformiteitsbeoordeling: ISO/IEC 17020 (inspectie), ISO/IEC17024 (persoonscertificatie), ISO/IEC 17025 (test- en kalibratielaboratoria) en ISO/IEC 17065 (certificering van producten, processen en diensten).

53 Ik merk (ten overvloede?) nog wel op dat een verantwoord *gebruik* van conformiteitsbeoordeling door een bestuursorgaan betekent dat is gewaarborgd *dat de vervulling van taken door het bestuursorgaan* voldoet aan eisen die daaraan door het recht worden gesteld, waaronder voortvarendheid, niet-vooringenomenheid, zorgvuldigheid, een kenbare en deugdelijke motivering en, indien sprake is van beleidsvrijheid, een evenwichtige afweging van de betrokken belangen.

3.3.3 Openbaarheid

Voor conformiteitsbeoordelende instellingen gelden eisen met betrekking tot de openbaarheid van gegevens. Op grond van internationale standaarden dienen zij onder meer informatie te verschaffen over zaken als: de regels en procedures voor het verlenen, verlengen, schorsen en intrekken van conformiteitsverklaringen, de beoordelingscriteria en methoden van onderzoek, de wijze waarop een conformerende instelling financiële steun ontvangt, de kosten van conformiteitsbeoordeling, rechten en plichten van aanvragers, eisen en beperkingen voor houders van conformiteitsverklaringen ten aanzien van het gebruik van het merkteken en de conformiteitsverklaring van de beoordelende instelling. Ik ga nu verder in op openbaarheid van bestanden met conformiteitsverklaringen en van beoordelingsrichtlijnen, de opvraagbaarheid van beslissingen inzake conformiteitsverklaringen en van gegevens die aan een conformiteitsbeoordeling ten grondslag liggen.

Niet voor alle typen conformiteitsbeoordelingen, maar wel voor conformiteitsbeoordelingen van managementsystemen is bepaald dat er een *openbaar bestand* dient te zijn van afgegeven conformiteitsverklaringen. In de internationale standaarden voor certificatie voor personen en die voor certificatie van producten, processen en diensten wordt dit niet voorgeschreven.[54]

Op een conformiteitsbeoordelingsinstantie die een bestuursorgaan is, zijn de *actieve* openbaarheidsverplichtingen van de Wob van toepassing. Actieve openbaarheid betekent uit eigen beweging informatie verschaffen 'zodra dit in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering' (art. 8, eerste lid, Wob). Tot de actieve openbaarheid kan mijns inziens worden gerekend de publicatie op een voor ieder toegankelijke website van verleningen, schorsingen en intrekkingen van conformiteitsverklaringen.

Er blijkt behoefte (bij bestuursorganen en anderen) te bestaan aan een (centraal) databestand waarin alle conformiteitsverklaringen die op grond van wettelijke voorschriften moeten worden afgegeven, zijn opgeslagen. Het opzetten van databestanden blijkt in de praktijk echter met voetangels en klemmen te zijn omgeven.[55]

Door een conformiteitsbeoordelingsinstantie *gehanteerde beoordelingscriteria en methoden* van onderzoek moeten volgens internationale standaarden openbaar zijn. Dit brengt mee dat de inhoud van beoordelingsrichtlijnen die de basis zijn van een

54 De eisen zijn neergelegd in afzonderlijke standaarden voor instellingen die audits en certificatie van managementsystemen of certificatie van personen uitvoeren of certificaten toekennen aan producten, processen en diensten. Zie in het bijzonder voorschrift 4.5 en 8.1.1 in NEN-EN-ISO/IEC 17021-1:2015 (eisen voor instellingen die audits en certificatie van managementsystemen uitvoeren), voorschrift 7.2.2 in NEN-EN-ISO/IEC 17024:2012 (algemene eisen voor instellingen die certificatie van personen uitvoeren) en voorschrift 4.6 in NEN-EN-ISO/IEC 17065:2012 (eisen voor instellingen die certificaten toekennen aan producten, personen en diensten). Zie ook Evers 2002, p. 100-101.

55 *Kamerstukken II* 2003/04, 29304 (Kabinetsstandpunt over het gebruik van certificatie en accreditatie in het kader van overheidsbeleid), nr. 1, p.19-22; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 34, 38-41; Eijlander 2008.

bepaalde conformiteitsbeoordeling openbaar worden gemaakt, dus bijvoorbeeld op een website zijn te vinden.[56] Bepaalde conformiteitsbeoordelende instellingen (of schemabeheerders) doen dat, andere doen dat (nog) niet. Toegankelijkheid op zich is in het belang van transparantie, voor alle marktpartijen. Toezichthoudende ambtenaren hebben iets aan informatie van beoordelende instellingen als die voor hen hanteerbaar is: welke normen zijn toegepast, op welke wijze is de naleving gecontroleerd en is de informatie verzameld en vastgelegd?[57] Concurrentie tussen conformiteitsbeoordelingsinstanties kan belemmeringen opleveren voor openbaarmaking van beoordelingsrichtlijnen. Meer dan tien jaar geleden constateerden Eijlander e.a. dat het met de verkrijgbaarheid van de documenten waaraan de beoordelende instellingen toetsen, soms droevig is gesteld.[58] De vraag is hoe de stand van zaken op dit vlak nu is.

Voor conformiteitsbeoordelingen van managementsystemen en personen is voorgeschreven dat bij de instantie voor een ieder *opvraagbaar* moet zijn of daarvoor een conformiteitsverklaring is afgegeven en wat de status ervan is. De verlening, geldigheid, schorsing en intrekking van deze verklaringen moeten in beginsel voor een ieder kenbaar zijn. Een dergelijk voorschrift is *niet* opgenomen in de internationale standaard voor certificatie van producten, personen en diensten.[59]

In hoeverre *bevindingen van een conformiteitsbeoordelingsinstantie* die ten grondslag liggen aan een beslissing van een conformiteitsbeoordelende instantie opvraagbaar zouden moeten zijn, is een andere kwestie. In de internationale standaarden is vertrouwelijkheid in de relatie tussen cliënt en conformiteitsbeoordelingsinstantie een belangrijke eis.[60] Eisen van openbaarheid in standaarden hebben geen betrekking op bevindingen in onderzoeken die de instantie bij een cliënt heeft uitgevoerd. Die zijn vertrouwelijk, tenzij de cliënt toestemming geeft voor bekendmaking aan een bepaald persoon. In de standaarden wordt ook een uitzondering gemaakt voor gevallen waarin de instantie wettelijk verplicht is bepaalde informatie prijs te geven. Als informatie in verband daarmee wordt prijsgegeven, moet de betrokkene in beginsel vooraf op de hoogte worden gesteld van de informatie die zal worden verstrekt.[61]

---

56 Eveneens voorschrift 4.5 en 8.1.1 in NEN-EN-ISO/IEC 17021-1:2015, voorschrift 7.2.2 in NEN-EN-ISO/IEC 17024:2012 en voorschrift 4.6 in NEN-EN-ISO/IEC 17065:2012.

57 Gabriël-Breukers 2008, p. 326; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 38-40, Evers 2004, p. 210.

58 Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 38-40.

59 Zie in het bijzonder voorschrift 8.1.2 in NEN-EN-ISO/IEC 17021-1:2015, voorschrift 7.2.1 in NEN-EN-ISO/IEC 17024:2012. In laatstgenoemd voorschrift wordt voor bekendmaking op verzoek een uitzondering gemaakt 'where the law requires such information not to be disclosed.' Zie ook Evers 2002, p. 100-101.

60 Zie voorschrift 4.2 in NEN-EN-ISO/IEC 17020:2012, waarin algemene criteria zijn neergelegd voor het functioneren van verschillende instellingen die keuringen uitvoeren, voorschrift 4.6 en 8.4 in NEN-EN-ISO/IEC 17021-1:2015, voorschrift 7.3 in NEN-EN-ISO/IEC 17024:2012 en voorschrift 4.5 in NEN-EN-ISO/IEC 17065:2012.

61 Voorschrift 4.2.2 in NEN-EN-ISO/IEC 17020:2012 en voorschrift 7.3.3 in NEN-EN-ISO/IEC 17020:2012. Zie ook Freriks 2008, p. 214-217.

Ook als een onderzoek heeft geresulteerd in de beslissing een conformiteitsverklaring te weigeren, wordt dat volgens de standaarden niet aan de openbaarheid prijsgegeven, gelet op in acht te nemen vertrouwelijkheid.

Eijlander e.a. stelden in 2003 vast dat, behalve bij een kleine kring van specialisten, vaak tamelijk onbekend is wat precies geschiedt bij een conformiteitsbeoordeling en dat het vaak lastig is om relevante informatie boven tafel te krijgen.[62] Betrouwbaarheid van conformiteitsverklaringen is daardoor soms moeilijk te beoordelen.[63]

Hoever de verplichtingen van conformiteitsbeoordelingsinstanties reiken om *op verzoek* informatie te verstrekken wordt, ingeval zij bestuursorgaan zijn of onder verantwoordelijkheid van een dergelijk orgaan werkzaam zijn, bepaald door de Wob. Ingevolge artikel 3, eerste lid, Wob, kan eenieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. Dit is de zogenoemde *passieve* openbaarheidsverplichting. Artikel 3, derde lid, Wob bepaalt dat verzoeker bij zijn verzoek geen belang hoeft te stellen.[64]

In jurisprudentie wordt het begrip bestuurlijke aangelegenheid ruim uitgelegd.[65] Voor een conformiteitsbeoordelingsinstantie die onder de Wob valt, geldt de passieve openbaarheidsverplichting voor beslissingen van de instelling tot verlening, weigering, schorsing en intrekking van een conformiteitsbeoordeling en de daaraan ten grondslag liggende rapporten en alle documenten die verband houden met de taak die zij op grond van de wet vervult.

In artikel 10 Wob zijn gronden genoemd waarop een verzoek om informatie, al dan niet na een verdere belangenafweging, moet worden afgewezen (relatieve onderscheidenlijk absolute weigeringsgronden).[66] Bij conformiteitsbeoordelingsinstanties kunnen zich in dit kader complicaties voordoen. Openbaarheid kan een spanning opleveren met het uitgangspunt van vertrouwelijkheid en met het belang van effectiviteit van conformiteitsbeoordeling.

Veel belangwekkende Wob-jurisprudentie gaat over de in beginsel absolute weigeringsgrond die is neergelegd in artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob, 'bedrijfs- en fabricagegegevens voor zover deze door natuurlijke of

62 Terwijl de beoordelende private instellingen op grond van internationale normen dienen te beschikken over klacht- en beroepsprocedures om geaccrediteerd te kunnen worden (zie thans art. 9 Verordening (EG) nr. 765/2008), zou in de praktijk voor derden lang niet altijd even duidelijk zijn waar men terecht kan met een klacht, wat de procedure is en hoe en door wie klachten worden afgehandeld. Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 22-23 en 38-39. Is hierin inmiddels verandering ten goede opgetreden? Vgl. Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 74.

63 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 74; vgl. De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1999, p. 96.

64 Zie onder meer ABRvS 25 april 2000, *AB* 2000, 210, m.nt. S.E. Zijlstra; ABRvS 13 augustus 2003, *AB* 2003, 446, m.nt. P.J. Stolk.

65 Zie onder meer ABRvS 1 september 2010, *AB* 2010, 313, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 21 januari 2009, *AB* 2009, 94, m.nt. E.J. Daalder; ABRvS 3 oktober 2007, *JB* 2007/212, m.nt. M.O-V; ABRvS 12 september 2007, *AB* 2007, 338, m.nt. PJS; ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7618. Zie ook Daalder 2011, p. 158-165.

66 De informatie moet ook worden geweigerd indien art. 11 Wob van toepassing is. Ik ga hierop hier niet verder in.

rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld'.[67] Bedrijfs- en fabricagegegevens zijn slechts die gegevens waaruit wetenswaardigheden kunnen worden afgelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces, dan wel met betrekking tot afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers. Deze uitzondering dient volgens de jurisprudentie echter restrictief te worden uitgelegd.[68] Zij kan worden ingeroepen als openbaarmaking een aantasting vormt van het economisch belang dat met bescherming van concurrentiegevoelige gegevens is gemoeid.[69] Openbaarmaking van gegevens die zijn verkregen bij een conformiteitsbeoordeling kan de concurrentiepositie van een bedrijf aantasten. Het kan ertoe leiden dat een bedrijf bij een conformiteitsbeoordelingsinstantie wegloopt.

Van de relatieve weigeringsgronden is het 'belang van inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen' (art. 10, tweede lid, aanhef en onder d, Wob) relevant. Deze uitzonderingsgrond heeft betrekking op de bescherming van bronnen alsmede op de handhaving van de vertrouwelijkheid van de gebruikte methoden om aan informatie te komen.[70] Een afwijzing op deze grond kan eerst slagen als de bemoeilijking van de taakuitoefening door de betrokken instantie voldoende aannemelijk is gemaakt. De Afdeling betrekt bij haar oordeel of de instantie over een zelfstandige bevoegdheid tot het verrichten van onderzoek beschikt, zodat zij niet louter afhankelijk is van vrijwillige meldingen.[71] Aan conformiteitsbeoordelingsinstanties zullen in beginsel geen bevoegdheden zijn toegekend tot aanwijzing van toezichthouders als bedoeld in artikel 5:11 Awb die op hun beurt zijn uitgerust met bevoegdheden als bedoeld in artikel 5:15 e.v. Awb. Informatie wordt door een bedrijf vrijwillig verstrekt om in aanmerking te (blijven) komen voor een conformiteitsverklaring. Dat vergroot wellicht mogelijkheden om een beroep te doen op artikel 10, tweede lid, aanhef en onder d, Wob.

Verstrekken van gegevens door een conformiteitsbeoordelingsinstantie aan in het bijzonder *een (ander) bestuursorgaan of een door dit orgaan aangewezen toezichthouder* ex

67 Indien de vertrouwelijk verstrekte bedrijfs- en fabricagegegevens tegelijk milieu-informatie bevatten, is de weigeringsgrond overigens relatief en moet op grond van art. 10, vierde lid, Wob een afweging plaatsvinden tussen het belang van openbaarmaking en het belang van de bedrijfs- en fabricagegegevens ofwel het economisch belang bij niet-openbaarmaking. Heeft de milieu-informatie betrekking op emissies dan is de weigeringsgrond ingevolge art. 10, vierde lid, Wob niet van toepassing.

68 ABRvS 9 april 2003, *AB* 2003, 201, m.nt. E.J. Daalder; ABRvS 11 juli 2007, *AB* 2007, 273, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 29 april 2008, *AB* 2008, 209; ABRvS 11 maart 2009, *AB* 2009, 142; ABRvS 4 november 2009, *AB* 2010, 28, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 3 februari 2010, *AB* 2010, 130; ABRvS 16 maart 2011, *AB* 2011, 206, m.nt. P.J. Stolk, *Gst.* (2011) 7352, 45, m.nt. C.N. van der Sluis; ABRvS 30 mei 2012, *AB* 2012, 218, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 6 juni 2012, *AB* 2012, 241, m.nt. P.J. Stolk.

69 Zie over de jurisprudentie Daalder 2011, p. 300-316.

70 Daalder 2011, p. 340 en daarin opgenomen jurisprudentieverwijzingen.

71 Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 maart 2006, JB 2006/124, m.nt . O.-V, *AB* 2006, 319, m.nt. PJS, r.o. 2.6; ABRvS 27 april 2011, *AB* 2011, 2014, m.nt. P.J. Stolk, r.o. 2.5; ABRvS 22 maart 2006, *AB* 2006, 319; Rb. Utrecht 5 april 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AT3200; Rb. 's-Hertogenbosch 26 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN3026. Zie over deze weigeringsgrond: Daalder 2011, p. 342-344 en daarin opgenomen jurisprudentieverwijzingen.

artikel 5:11 Awb, kan extra dilemma's opleveren. Bedrijven kunnen terughoudend of calculerend zijn met het verstrekken van informatie aan de instantie, omdat zij er rekening mee houden dat de informatie kan worden doorgegeven. Dit is de zogenoemde 'transparantieparadox'.[72] Dit kan vragen om enige terughoudendheid bij het uitoefenen van bevoegdheden als toezichthouder jegens een conformiteitsbeoordelingsinstantie.[73]

3.4 Betekenis van Unierecht: een open markt

In deze paragraaf wordt besproken welke betekenis mededingingsregels en de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen en diensten en daarmee verband houdende regels in het Unierecht kunnen hebben voor normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Het gaat om een ruwe schets.

3.4.1 Bevoegdheden en procedurele verplichtingen in het belang van het vrije verkeer bij normalisatie

In de al eerder genoemde Verordening betreffende normalisatie (1025/2012)[74] is de positie van de Europese normalisatie-instellingen en de Commissie ten opzichte van de nationale normalisatie-instellingen (iets) verstevigd in vergelijking met die in Richtlijn 98/34/EG (Notificatierichtlijn).[75] Dit werd in het belang geoordeeld van de doelstellingen van de Europese Unie, in het bijzonder het bevorderen van verhandelbaarheid van goederen en diensten. Europese normalisatie wordt gezien als een belangrijk instrument om wetgeving en beleid van de Unie bij het realiseren van deze doelstelling te ondersteunen. Nationale normalisatie moet daar geen nieuwe belemmeringen voor opwerpen. Europese normen kunnen in de plaats komen van nationale normen die handelsbelemmeringen binnen de Unie kunnen opwerpen. De nationale normen kunnen dat belemmerende effect hebben, doordat zij elkaar kunnen tegenspreken of doordat zij hindernissen voor buitenlandse fabrikanten en leveranciers kunnen opwerpen als zij willen toetreden tot een nationale markt.[76]

De Normalisatieverordening voorziet in instrumenten waarmee de Commissie en Europese normalisatie-instellingen kunnen voorkomen dat nationale normalisatienormen de totstandkoming en doorwerking van Europese geharmoniseerde normen blokkeren.

---

72 Van Gestel 2005, p. 10-11; Van Gestel 2008, p. 156; De Moor-van Vugt 2001, p. 23-27.

73 Volgens het kabinetsstandpunt over certificatie en accreditatie zou dan ook bij wettelijk geregelde conformiteitsbeoordeling bepaald dienen te worden dat de informatieplicht van de beoordelende instelling zich moet beperken tot ernstige en incidentele zaken. Hierbij kan worden gedacht aan 'ernstige onrechtmatigheden', schorsingen of intrekkingen van conformiteitsverklaringen of fraudegevallen. *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 17-18. De informatie kan echter wel worden opgevraagd bij certificaathouders. Mocht een conformiteitsbeoordelende instelling blijken haar werk niet goed te doen, dan kan dat worden gemeld bij de RvA. Vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 29304, nr. 5, p. 4.

74 In werking sinds 1 januari 2013 (art. 30 Verordening).

75 *PbEG* 1998, L 204/37.

76 COM (2011)315 definitief, p. 1-2.

De nationale normalisatie-instellingen mogen zich er *niet* tegen verzetten dat een normalisatieonderwerp van hun werkprogramma op Europees niveau wordt behandeld volgens de voorschriften van de Europese normalisatieorganisaties, en geen maatregelen nemen die aan een beslissing ter zake afbreuk kunnen doen (art. 3, vijfde lid, Verordening). Gedurende het opstellen van een geharmoniseerde Europese norm of na goedkeuring ervan mogen nationale normalisatieorganisaties geen actie ondernemen die afbreuk doet aan de nagestreefde harmonisatie en geen nieuwe of herziene norm bekendmaken die niet volledig in overeenstemming is met een bestaande geharmoniseerde norm. Na de bekendmaking van een nieuwe geharmoniseerde Europese norm worden alle strijdige nationale normen binnen een redelijke termijn ingetrokken (art. 3, zesde lid, Normalisatieverordening).[77]

Er is verder in voorzien dat de Commissie en de Europese normalisatie-instellingen op de hoogte kunnen raken van voornemens van de nationale normalisatie-instellingen (art. 3, eerste tot en met vierde lid, Normalisatieverordening) en desgevraagd op de hoogte worden gesteld van de inhoud van hun ontwerpnormen (art. 4, eerste lid, Verordening). Met opmerkingen van Europese of andere nationale normalisatie-instellingen of de Commissie over een ontwerp dienen zij naar behoren rekening te houden (art. 4, tweede lid, Verordening). Als een nationale normalisatie-instelling opmerkingen ontvangt die erop wijzen dat de ontwerpnorm negatieve gevolgen zou hebben voor de interne markt, pleegt zij, alvorens deze vast te stellen, overleg met de Europese normalisatieorganisaties en de Commissie (art. 4, derde lid, Verordening).[78]

De nationale normalisatie-instellingen dienen er verder voor te zorgen dat:

a. hun ontwerpnormen op zodanige wijze bekendgemaakt worden dat in andere lidstaten gevestigde partijen er opmerkingen over kunnen maken;
b. de andere nationale normalisatie-instellingen passief of actief aan de geplande activiteiten kunnen deelnemen door een waarnemer te zenden (art. 4, vierde lid, Verordening).

3.4.2 Fundamentele vrijheden van het VWEU

De fundamentele vrijheden van het VWEU kunnen van betekenis zijn voor normalisatie en conformiteitsbeoordeling wanneer de normalisatienormen of certificaten een gelijke of vergelijkbare werking hebben als wetgeving of bestuursbesluiten. Zij kunnen ook van betekenis zijn als op andere wijze door de overheid wordt bewerkstelligd dat een norm van een normalisatie-instelling wordt gevolgd of dat een product niet wordt verhandeld zonder dat het voorzien is van een bepaalde conformiteitsverklaring.

77 In vergelijking met de Notificatierichtlijn is het instrumentarium mede hierdoor iets omvangrijker.

78 Een dergelijke bepaling ontbrak in de Notificatierichtlijn. Zij ontbrak overigens ook in het oorspronkelijke voorstel voor de verordening (COM (2011)315).

3.4.2.1 Betekenis voor in het bijzonder normalisatie

Nationale normalisatienormen mogen in beginsel betrekking hebben op producten of systemen voor zover daarvoor geen Europese normen zijn vastgesteld. Bij de nationale normalisatienormen kan echter de vraag knellen of zij geen ongerechtvaardigde belemmeringen opwerpen voor grensoverschrijdende handel.

Ingevolge artikel 34 VWEU zijn kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten in beginsel verboden. Beperkingen van het vrije verkeer zijn toegestaan als zij zijn gerechtvaardigd op basis van een van de in artikel 36 VWEU genoemde gronden (bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, enz.) of om dringende redenen van algemeen belang die erkend zijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie.[79] Een beroep op een dwingende reden van algemeen belang is slechts mogelijk als ter zake geen geharmoniseerde regeling bestaat, de maatregel non-discriminatoir is, het belang waarop een beroep wordt gedaan geen economisch belang is en wordt voldaan aan het evenredigheidsvereiste. Het evenredigheidsvereiste houdt in dat een beroep noodzakelijk moet zijn om het nagestreefde belang te beschermen, daarvoor geschikt moet zijn en niet verder mag gaan dan daarvoor nodig is.[80]

Op bepalingen in het VWEU inzake de fundamentele vrijheden (zoals het vrije verkeer van goederen) kunnen particulieren zich ten overstaan van de overheid beroepen. Dit is de zogenoemde (verticale) rechtstreekse werking. Het ligt in de rede dat daarvan ook sprake is voor zover de wetgever in een lidstaat direct naar door nationale normalisatie-instellingen vastgestelde normen verwijst en adressaten aldus aan deze normen gebonden worden, gelijk aan wetgeving. In ieder geval zal de lidstaat zelf kunnen worden aangesproken op inachtneming van het bepaalde in artikelen 34 en 36 VWEU.[81] Dit geldt waarschijnlijk ook voor de betreffende nationale normalisatie-instelling (zoals NEN).

Als de wetgever niet direct naar normen verwijst, maar toepassing van de norm als gevolg van de wettelijke regeling de enige wijze blijkt te zijn om aan te tonen dat aan een bepaalde wettelijke eis wordt voldaan, kunnen artikelen 34 en 36 VWEU door een particulier worden ingeroepen tegen de normalisatie-instelling (horizontale rechtstreekse werking). Dit kan worden afgeleid uit het arrest *Fra.bo SpA*.[82]

---

79 HvJ EG 20 februari 1979, zaak C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Cassis de Dijon*).

80 Zie HvJ EG 20 september 1988, zaak C-302/86, ECLI:EU:C:1988:421 (*Deense flessen*); Barents & Brinkhorst 2012, p. 500, 503-504 en daarin opgenomen verwijzingen.

81 Vgl. HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-112/00, *AB* 2003, 377, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt, *EHRC* 2003/64, m.nt. A. Woltjer, *NJ* 2004, 56 (*Schmidberger*); HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265-95, *AB* 1998, 95, m.nt. F.H. van der Burg (*Spaanse aardbeien*). Ook wanneer het gaat om handelingen van particulieren is de staat aansprakelijk wanneer hij verzuimt om de noodzakelijke maatregelen te nemen teneinde het vrij verkeer van goederen te waarborgen.

82 HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-171/11, *NJ* 2012, 580, *JB* 2012/196, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele (*Fra.bo SpA*). Vgl. Van Gestel & Micklitz 2013, p. 175. Of een instelling volgens het nationale recht als een overheidsorgaan kan worden aangemerkt is voor het Hof op zich niet relevant om te bepalen of een door deze instelling genomen beslissing van de staat afkomstig is. Vgl. HvJ EG 24 november 1982, zaak C-249/81, ECLI:EU:C:1982:402 (*Buy Irish*). Zie over relativering van het onderscheid

Het Oberlandesgericht Düsseldorf zag zich gesteld voor de vraag of een privaatrechtelijke vereniging die onder andere technische normen voor producten op het gebied van de drinkwatervoorziening vaststelt en aan de hand van die normen producten certificeert respectievelijk laat certificeren, de beginselen van het vrije verkeer van goederen in acht moet nemen bij de uitoefening van deze activiteiten, wanneer aan deze gecertificeerde producten op hun beurt het wettelijk vermoeden is verbonden dat zij beantwoorden aan de wettelijke vereisten die gelden voor de op het gebied van de drinkwatervoorziening gebruikte producten. Het Hof van Justitie heeft, naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het genoemde Oberlandesgericht, de vraag naar toepasselijkheid van artikel 34 VWEU (destijds art. 28 EG-Verdrag) in een dergelijke situatie positief beantwoord. Het verklaarde voor recht dat het bepaalde in artikel 34 VWEU aldus moet worden uitgelegd 'dat het van toepassing is op de normerings- en certificeringsactiviteiten van een privaatrechtelijke organisatie wanneer de nationale wetgeving de door deze organisatie gecertificeerde producten als in overeenstemming met de wet beschouwt en dit de verhandeling van producten die door deze organisatie niet zijn gecertificeerd, bemoeilijkt'.[83]

3.4.2.2 Betekenis voor in het bijzonder conformiteitsbeoordeling

Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie als bestuursorgaan kwalificeert, zullen de bepalingen inzake de fundamentele vrijheden (veelal) verticale rechtstreekse werking hebben. De certificerende instelling dient rekening te houden met de toepasselijkheid van artikel 34 VWEU *voor zover de certificering en/of de inspectieschema's niet berusten op Europese normen* en zij belemmeringen kunnen opleveren voor het handelsverkeer. Daarnaast kan artikel 34 VWEU door een particulier tegen een conformiteitsbeoordelingsinstantie worden ingeroepen (horizontale rechtstreekse werking), als de wet bepaalt dat een product alleen verhandeld en gebruikt mag worden als het voldoet aan bepaalde voorschriften en dat het product in beginsel als in overeenstemming met deze voorschriften wordt aangemerkt als het van een bepaald keurmerk van een nationale conformiteitsbeoordelende instantie is voorzien. Ook dit valt af te leiden uit het arrest-*Fra.bo SpA*. Van belang was dat de betreffende wettelijke regeling weliswaar een andere werkwijze dan de certificering door de genoemde privaatrechtelijke instelling toeliet, maar de 'administratieve moeilijkheden' deze andere werkwijze 'weinig tot niet haalbaar maken'. Bovendien was gebleken dat in de praktijk nagenoeg alle Duitse consumenten enkel de door de Duitse instelling gecertificeerde koperfittingen kochten.[84]

Het arrest-*Fra.bo SpA* lijkt op het eerste gezicht geen gevolgen te hebben voor conformiteitsverklaringen die niet wettelijk verplicht gesteld en ook niet feitelijk

---

tussen verticale rechtstreekse werking en horizontale werking en de grens tussen 'publiek' en 'privaat' bijvoorbeeld Lohse 2007, p. 164-167, 179.

83 HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-171/11 (*Fra.bo SpA*), r.o. 29-30, 32. Zie ook de conclusie van A-G Trstenjak, zaak C-171/11, par. 36-39, 47 en 51-60.

84 HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-171/11 (*Fra.bo SpA*), r.o. 29, 30, 32. Vgl. HvJ EG 13 maart 2008, zaak C-227/06, ECLI:EU:C:2008:160 (*Commissie/België*).

verplicht zijn.[85] Het is echter mogelijk dat het Hof in de toekomst een ruimere toepasselijkheid van bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen op handelen van private instellingen aanneemt, dus ook bij vrijwillige conformiteitsbeoordeling toepasselijkheid aanneemt.[86]

3.4.3 EU-mededingingsregels

Normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn economische activiteiten waarop in beginsel het mededingingsrecht van toepassing is. Zij mogen niet bijdragen aan marktafscherming. Uitzonderingen komen in beeld als de normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instelling overheidsactiviteiten verricht. Wanneer dat het geval is, is geen eenvoudige kwestie. Zij komt hieronder – op verkennende wijze – aan de orde.

3.4.3.1 Betekenis voor normalisatie

Op normalisatie-instellingen is in beginsel het EU-mededingingsrecht van toepassing, voor zover zij ondernemersverenigingen zijn in de zin van de artikelen 101 en 102 van het Verdrag.[87] Zij mogen dus geen besluiten nemen of afspraken maken die het doel of effect hebben dat de concurrentie beperkt wordt (art. 101 VWEU).

> Als standaardisatiemaatregelen de opzet hebben om tegen te gaan dat deelnemers aan de standaardisatieregeling elkaar door differentiatie van hun producten concurrentie aandoen, mag dat voor de Commissie een grond zijn vervalsing van vrije mededinging aan te nemen.[88]

Voor zover sprake is van een machtspositie op de markt, mag daarvan geen misbruik worden gemaakt (zie art. 102 VWEU).

In de in 2011 door de Commissie vastgestelde herziene richtsnoeren die ondernemingen moeten helpen om te bepalen of hun samenwerkingsovereenkomsten verenigbaar zijn met de mededingingsvoorschriften en die zijn gebaseerd op art. 101, eerste en derde lid, VWEU, stelt zij vast dat het vaststellen van normalisatienormen onder omstandigheden mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben doordat mogelijk 'de prijsconcurrentie kleiner wordt en de productie, de markten, de innovatie of de technische ontwikkeling worden afgeremd of beperkt. Dit kan zich in hoofdzaak op drie manieren voordoen, te weten door vermindering van de prijsconcurrentie, door afscherming van de toegang tot innoverende technologieën en door uitsluiting van of discriminatie tegen

85 Vgl. HvJ EG 6 juni 2002, zaak C-159/00 (*Sapod Audic*).

86 Vgl. Steyger 2012, p. 2114-2121, i.h.b. p. 2115-2116, 2121; vgl. tevens de noot van De Waele onder het arrest *Fra.bo SpA*, JB 2012/196 onder punt 2 en de daarin opgenomen verwijzingen.

87 Zie COM (2011)315, p. 11; Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011, C 11/1.

88 Zie HvJ EG 11 juli 1989, zaak C-246/86, ECLI:EU:C:1989:301 (*Belasco/Commissie*), r.o. 29-31, 43-45, 49-53; Schepel 2005, p. 309-312.

bepaalde ondernemingen waaraan daadwerkelijke toegang tot de norm wordt ontzegd.' [89]

Aangenomen mag worden dat nationale normalisatie-instellingen als ondernemingsverenigingen zijn te kwalificeren. Het onderdeel vereniging in het begrip ondernemersvereniging wordt niet formeel uitgelegd. Voldoende is dat sprake is van een associatie. Binnen de structuur van een nationale normalisatie-instelling als NEN werken ondernemingen samen, zodat zij is aan te merken als een associatie van ondernemingen. De besluiten die door de associatie worden genomen behoeven voor de toepasselijkheid van de mededingingsregels niet bindend te zijn. Een associatie van ondernemingen valt onder de mededingingsregels als haar beslissingen gevolgen hebben voor activiteiten die binnen de sfeer van het economisch verkeer vallen. Normalisatie is vaak een activiteit waarbij (technische) reken-, meet- of regelmethoden worden gestandaardiseerd waarmee wordt vastgesteld of de prestaties van een product aan bepaalde eisen voldoen en dat heeft gevolgen voor het verkeer in goederen of diensten.[90]

De 'voorbereiding en uitwerking van technische normen als onderdeel van de uitoefening van het openbaar gezag' valt niet binnen het toepassingsgebied van deze richtsnoeren.[91] Dit is het geval als de werkzaamheden van de instantie, wegens de aard en het doel ervan en de regels waaraan zij zijn onderworpen, neerkomen op het uitoefenen van typische overheidsprerogatieven.[92] Wanneer van het laatste sprake is, lijkt niet uitgekristalliseerd te zijn.

Op basis van jurisprudentie over artikel 106, tweede lid, VWEU, is wel een meer algemene schets te geven wanneer mededingingsregels niet van toepassing zijn in verband met de aard van een activiteit (meer over dit artikellid in par. 3.4.3.2). Bij een overheidsmaatregel dient expliciet de behartiging van een bepaalde taak in het algemeen belang te zijn opgedragen aan de betrokken instantie.[93] Nationale autoriteiten en rechterlijke instanties moeten kunnen vaststellen in hoeverre het in verband daarmee nodig is dat mededingingsregels voor vervulling van een taak buiten toepassing blijven en wat dat betekent voor de verhoudingen tussen betrokken marktdeelnemers.[94]

---

89 *PbEU* 2011, C 11/57.

90 Dit wordt erkend in de 'Checklist lastenarm maken normen' van NEN.' NEN doc. nr. 2012-14, nrs. 10 en 12.

91 *PbEU* 2011, C 11/56.

92 Zie onder meer HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 (*Eurocontrol*), r.o. 30; HvJ EG 26 maart 2009, zaak C-113/07, ECLI:EU:C:2009:191 (*Selex Sistemi Integrati*); HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160 (*Diego Calì*), r.o. 23; HvJ EU 28 februari 2012, zaak C-1/12, ECLI:EU:C:2013:81 (*Ordem dos Ténicos Officiais de Contas*), r.o. 40; HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*), r.o. 57; *PbEU* 2011, C 11/56; Barents & Brinkhorst 2012, p. 561 en daarin opgenomen verwijzingen.

93 HvJ EG 27 maart 1974, zaak C-127-73, ECLI:EU:C:1974:25 (BRT/SABAM), r.o. 20-23; HvJ EG 2 maart 1983, zaak C-7/82, ECLI:EU:C:1983:52 (*GVL/Commissie*), r.o. 31-32.

94 HvJ EG 11 april 1989, zaak C-66/86, ECLI:EU:C:1989:140 (*Ahmed Saeed*), r.o. 55-56; HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-159/94, ECLI:EU:C:1997:501 (*Commissie/Frankrijk*), i.h.b. r.o. 55-59, 66, 68, 95, 101.

De hoofdregel is dat mededingingsregels op normalisatie van toepassing zijn. Bij normalisatieactiviteiten van nationale instellingen die door verwijzing door de wetgever of op andere wijze doorwerken in overheidsoptreden en aldus juridisch of feitelijk een verplichtend karakter krijgen, is het de vraag of een uitzondering van toepassing kan zijn. Er moet geen risico zijn dat de mededinging wordt vervalst. Het kan dan ook in ieder geval niet de bedoeling zijn dat de niet-toepasselijkheid van mededingingsregels in voorkomende gevallen aangenomen zou moeten worden enkel en alleen omdat een nationale wetgever naar bepaalde normen verwijst. Uit jurisprudentie van het Hof is op te maken dat mededingingsregels door een lidstaat worden geschonden als ondernemingsgedragingen die in strijd zijn met artikel 101, eerste lid, VWEU, zijn opgelegd of worden bevorderd door een nationale wettelijke regeling en daardoor de gevolgen van die gedragingen worden gewettigd of versterkt. Dat zou betekenen dat als in wetgeving naar een norm wordt verwezen op zodanige wijze dat een verplichting in het leven is geroepen om die norm toe te passen, terwijl die norm een daad is van oneerlijke mededinging doordat zij resultaat is van een normalisatieproces waarin marktafscherming heeft plaatsgevonden, de lidstaat artikel 101 VWEU schendt. De artikelen 101 en 102 VWEU verbieden lidstaten maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepalingen hun nuttig effect kunnen ontnemen.[95] Aangenomen mag worden dat een lidstaat artikel 101 VWEU ook schendt wanneer geen sprake is van een dwingende verwijzing naar een norm in wetgeving, maar wel van wetgeving die tot gevolg heeft dat er feitelijk een verplichting is om een norm toe te passen, terwijl die norm is aan te merken als een resultaat van een daad van oneerlijke mededinging.[96]

Normalisatie komt niet in strijd met mededingingsregels als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. De Commissie stelt in de richtsnoeren dat '(w)anneer deelname aan de standaardisering voor eenieder open staat en de procedure voor de vaststelling van de betrokken norm transparant is, (...) standaardiseringsovereenkomsten die geen verplichting opleggen om zich aan de norm te houden en die op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang verlenen tot de norm, normaal gesproken niet mededingingsbeperkend (zullen) zijn in de zin van artikel 101, lid 1.'[97]

In de 'Checklist lastenarm maken normen' van NEN wordt expliciet aandacht besteed aan het voorkomen van marktafscherming door normen.[98] Het secretariaat van de normcommissies is een verantwoordelijkheid van NEN. Vanuit die hoedanigheid bewaakt NEN wat er op een agenda van een normcommissie komt. Ook dat kan gezien worden als een instrument om te voorkomen dat deelnemers

95 Vgl. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (*CIF*), r.o. 45-46, 50-51, 58. Zie ook HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser*), r.o. 26-27; HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*Elliniki Radiophonia Tileorassi*), r.o. 35.

96 HvJ EG 1 oktober 1987, zaak C-311/85, ECLI:EU:C:1987:418 (*VZW Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*), r.o. 10, 23-24. Vgl. over een en ander Schepel 2015, p. 316-317 en 320-337 inclusief verwijzingen.

97 *PbEU* 2011, C 11/59.

98 Met dank aan mr. Rien Huige.

aan normalisatie gaan proberen zaken onderling te regelen, met uitsluiting van andere belanghebbende groeperingen.[99]

Artikel 101, derde lid, VWEU noemt omstandigheden waaronder het verbod van artikel 101, eerste lid, VWEU buiten toepassing kan worden verklaard. In de richtsnoeren stelt de Commissie dat normen vaak tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen leiden. Zij kunnen transactiekosten voor verkopers en kopers verminderen en de keuzes voor consumenten vergemakkelijken. Normen die communicatie en samenwerking tussen systemen of apparaten bewerkstelligen of ervoor zorgen dat zij samen kunnen worden gebruikt, moedigen vaak concurrentie aan. Normen kunnen zorgen voor innovatie.[100] Bij de beslissing of aan de voorwaarden van artikel 101, derde lid, VWEU wordt voldaan 'moet rekening worden gehouden met de vermoedelijke gevolgen ervan voor de betrokken markt of markten aan de ene kant, en met de reeks van beperkingen die mogelijk verder gaan dan het doel om efficiëntieverbeteringen te bereiken, aan de andere kant. Deelname aan de normalisatie moet in de regel voor alle concurrenten op de betrokken markt of markten openstaan, tenzij de partijen kunnen aantonen dat zulks tot een aanzienlijk efficiëntieverlies zou leiden of tenzij er erkende procedures voor collectieve belangenverdediging voorhanden zijn.' De normen moeten in beginsel niet meer regelen dan noodzakelijk is om het doel ervan te bereiken. Belangwekkend is ook dat wordt opgemerkt dat het in beginsel niet nodig is dat een norm bindend wordt gemaakt en in een bedrijfstak verplicht wordt gesteld. Het toekennen aan een orgaan van een exclusief recht om na te gaan of aan de norm is voldaan, beperkt in beginsel de mededinging.[101]

Als naar normalisatienormen door de wetgever wordt verwezen, zal in ieder geval (ook) de toepasselijkheid van de vrijheden van het VWEU in beeld komen, voor zover dit de verhandeling van producten die niet aan deze normen voldoen, bemoeilijkt. Waar de toepasselijkheid van de bepalingen inzake het vrije verkeer en die van het mededingingsrecht op normalisatieactiviteiten beginnen en ophouden en in hoeverre er overlap kan zijn bij toepasselijkheid van de bepalingen inzake vrij verkeer en van de mededingingsregels op normalisatieactiviteiten, is op dit moment niet duidelijk.[102]

---

99 NEN, doc. nr. 2012-14, nrs. 10 en 12.

100 *PbEU* 2011, C 11/64.

101 *PbEU* 2011, C 11/65. De factoren die onder art. 106, tweede lid, VWEU vallen, kunnen niet zonder meer een rechtvaardiging vormen voor toepassing van art. 101, derde lid, VWEU. Zie bijvoorbeeld GvEA 11 juli 1996, gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, ECLI:EU:T:1996:99 (*Metropole télévision e.a./Commissie*), r.o. 117-124. Zie Schepel 2015, p. 317-320. Als de mededinging wordt beperkt in de zin van art. 101, eerste lid, kan art. 101, derde lid, door de onderneming of ondernemingsvereniging als verweer worden ingeroepen. Op basis van de aangedragen feitelijke argumenten en bewijsstukken moet de Commissie echter kunnen vaststellen of 'voldoende waarschijnlijk is dat met de betrokken overeenkomst al dan niet concurrentiebevorderende voordelen worden gerealiseerd'. *PbEU* 2011, C 11/9-10. De vraag zou ook kunnen rijzen of normalisatieactiviteiten kunnen vallen onder het 'verzachte mededingingsregime' van art. 106, tweede lid, VWEU.

102 Jurisprudentie over de toepasselijkheid van bepalingen inzake het vrije verkeer op privaatrechtelijke organisaties en de betekenis die het mededingingsrecht kan hebben voor overheidsoptreden

3.4.3.2 Betekenis voor conformiteitsbeoordeling

Conformiteitsbeoordelingsinstanties in Nederland zijn in beginsel ondernemingen die rekening moeten houden met het EU-mededingingsrecht. De mededingingsregels in artikel 101 tot en met 106 VWEU zijn van toepassing op economische activiteiten van ondernemingen. Het begrip onderneming omvat volgens het Hof elke eenheid 'die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.[103] Onder 'economische activiteit' moet volgens het Hof worden verstaan 'iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt'.[104] Conformiteitsbeoordeling is in beginsel als economische activiteit (een dienst) aan te merken.[105]

Toepasselijkheid: economische activiteit versus uitoefening van overheidsgezag

Bij de toepasselijkheid van mededingingsregels op conformiteitsbeoordelingsinstanties gaat het met name om toepasselijkheid ervan op conformiteitsbeoordelingsinstanties in de hoedanigheid van ondernemingen. Ook daarbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen het geval waarin wordt gehandeld in de uitoefening van overheidsgezag, en dat waarin economische activiteiten van industriële of commerciële aard worden verricht, bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op de markt. Als handelen kwalificeert als uitoefening van overheidsgezag, zijn de regels voor ondernemingen inzake mededinging (art. 101 tot en met 106 VWEU) in beginsel niet van toepassing. De aard van de activiteiten is bepalend voor het antwoord op de vraag of sprake is van uitoefening van overheidsgezag.[106]

Conformiteitsbeoordelingen geschieden, ook als zij in meer of mindere mate ondersteunend zijn voor besluitvorming door een bestuursorgaan, in de regel krachtens een overeenkomst tussen een particulier en de conformiteitsbeoordelende instantie. De conformiteitsbeoordelende instanties verlenen de diensten tegen betaling, op basis van een reële vraag op de markt. De opdrachten worden gegeven door bedrijven en niet door de overheid. Zij dragen de hieraan verbonden financiële risico's.[107] Er zal in de regel geen sprake zijn van het vervullen van een taak in opdracht van een overheidslichaam bij conformiteitsbeoordeling en dan ligt het niet in de rede uitgevoerde taken aan te merken als uitoefening van overheidsgezag.

---

is nog niet uitgekristalliseerd en biedt in deze kwestie nog weinig houvast. Zie Steyger 2012, p. 2114-2118 en daarin opgenomen jurisprudentieverwijzingen. Steyger wijst erop dat het Hof om het nuttig effect van het Unierecht te vergroten, het strakke onderscheid tussen lidstaten en particulieren als adressaten steeds meer heeft verlaten: 'regels betreffende de interne markt kunnen soms ook particulieren treffen en de overheid krijgt op steeds meer vlakken te maken met het effect van mededingingsbepalingen.' Steyger 2012, p. 2114.

103 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41-90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner & Elser*), r.o.21.

104 Zie onder meer HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*), r.o. 47.

105 Zie GvEA 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96 (*SCK en FNK/Commissie*), r.o. 120-122; Schepel 2005, p. 291-292.

106 Vgl. HvJ EG 16 juni 1987, zaak C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283 (*Commissie/Italië*), r.o. 10- 11; HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160 (*Diego Calì*), r.o. 16-17; HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 (*Eurocontrol*), r.o. 19.

107 Vgl. *Stb.* 2009, 395, p. 39-40.

Op de vraag onder welke omstandigheden activiteiten van een conformiteitsbeoordelende instantie *toch* als uitoefening van overheidsgezag zijn te kwalificeren, zijn op basis van de jurisprudentie alleen voorlopige antwoorden te geven. Deze jurisprudentie heeft geen betrekking op conformiteitsbeoordeling zoals in dit preadvies aan de orde, maar op andere private activiteiten die in een bepaalde relatie tot overheidshandelen stonden. Aannemelijk is dat op conformiteitsbeoordeling die (slechts) ondersteunend is voor de uitoefening van een bepaalde bestuursbevoegdheid de mededingingsregels voor ondernemingen van toepassing zijn.[108] Hiervan zal in ieder geval sprake kunnen zijn bij de toezichts- of indicatievariant of de toelatingsvariant, zoals besproken in paragraaf 2.3.5. Dan betrekt het bevoegd gezag de conformiteitsbeoordeling bij zijn besluitvorming, zonder dat een conformiteitsverklaring het laatste woord is in die besluitvorming. Ook bij de erkenningsvariant als besproken in paragraaf 2.3.5 is verdedigbaar dat in beginsel sprake is van ondersteuning van uitoefening van overheidsgezag. Het bevoegd gezag zal veelal bevoegdheden hebben om vast te stellen of betrokkene over een conformiteitsverklaring beschikt en om handhavend op te treden als geen conformiteitsverklaring kan worden overgelegd en (zodoende) niet is komen vast te staan dat een wettelijke verplichting is nageleefd.

Als een conformiteitsbeoordelende instantie *exclusief* wordt aangewezen om een bepaalde taak in het algemeen belang te verrichten, kan wél sprake zijn van overheidsgezag. Het moet wel gaan om een taak die tot de 'typische overheidsprerogatieven' behoort. Daarbij moeten we denken aan zaken als uitoefenen van toezicht en handhaving op het gebied van veiligheid of bescherming van het milieu.[109] Dat voor de uitvoering van de taken een daaraan duidelijk gerelateerde vergoeding wordt bedongen, maakt dan niet dat het toch om een economische activiteit van een onderneming gaat.[110] Ik meen dat van overheidsgezag in deze zin bij conformiteitsbeoordeling in Nederland waarschijnlijk niet vaak sprake zal zijn. Het zou moeten gaan om een conformiteitsbeoordelende instantie die exclusief een bevoegdheid heeft bindende beslissingen te nemen, inclusief sanctiebesluiten, én daarbij een typische overheidstaak uitoefent. Vaak zal dat niet aan de orde zijn. Als een conformiteitsbeoordelingsinstantie ten opzichte van andere instanties niet in een door de overheid beschermde positie verkeert en in (potentiële) concurrentie opereert, zal in beginsel geen sprake zijn van uitoefening van overheidsgezag.[111] Dit lijkt zeker het geval te zijn als meerdere instanties door een bestuursorgaan zijn aangewezen voor dezelfde werkzaamheden en de aanwijzing

108 Vgl. HvJ EG 27 oktober 1993, gevoegde zaken C-46/90 en C-93/91, ECLI:EU:C:1993:852 (*Lagauche*), r.o. 46-47; Steyger 2015, p. 216.

109 Vgl. HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160 (*Diego Calì*), r.o. 19-25. Het ging om inspectietaken ter voorkoming van verontreiniging en bestrijding in geval van verontreiniging in een (petroleum)haven in Genua, waarmee een privaatrechtelijk lichaam door een havenautoriteit was belast.

110 Vgl. HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7 (*Eurocontrol*), r.o. 28 e.v., en HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160 (*Diego Calì*), r.o. 22-25; HvJ EG 12 juli 2012, zaak C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank*), r.o. 39, 49, 51. Zie over een en ander ook Schepel 2005, p. 314-315.

111 Vgl. HvJ EU 12 december 2013, zaak C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827 (*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e furniture*); r.o. 28-35; HvJ EG 11 november 1986, zaak C-226/84, ECLI:EU:C:1986:421 (*British Leyland Public Limited Company*). Zie Steyger 2015, p. 217.

openstaat voor elke instelling die zich kwalificeert (zie over aanwijzingsbevoegdheden en criteria bij uitoefening par. 2.3.8).

De conclusie is dat jurisprudentie geen uitsluitsel biedt, maar op basis van daarin geformuleerde criteria kan worden aangenomen dat conformiteitsbeoordeling in Nederland hooguit in uitzonderlijke gevallen als uitoefening van openbaar gezag zal zijn te kwalificeren en dus hooguit in uitzonderlijke gevallen het mededingingsrecht niet van toepassing zal zijn.

Conformiteitsbeoordeling en mededingingsregels

Dat op conformiteitsbeoordeling in beginsel de mededingingsregels van toepassing zijn brengt mee dat daarbij geen sprake mag zijn van afspraken die het doel of effect hebben dat de concurrentie tussen bedrijven beperkt wordt (art. 101, eerste lid, VWEU).

> Een certificatiesysteem dat, mede gelet op gehanteerde tarieven en verwijzingen naar (nationale) regelingen waaraan moet worden voldaan, niet open is en door andere systemen geboden gelijkwaardige systemen niet aanvaardt, terwijl een verbod voor deelnemers aan het certificatiesysteem om bedrijven in te huren die niet gecertificeerd zijn het niet-open karakter van het systeem ook nog eens versterkt, levert een schending van artikel 101 VWEU op. Dit geldt ook als dit verbod noodzakelijk mocht zijn om ervoor te zorgen dat het systeem sluitend blijft.[112]

Artikel 101, derde lid, VWEU noemt – zoals gezegd – omstandigheden waaronder het verbod van artikel 101, derde lid, VWEU buiten toepassing kan worden verklaard. Voor systemen van conformiteitsbeoordeling geldt dat een beroep hierop zou kunnen slagen als er meerwaarde is in termen van verbetering van de productie of van technische of economische vooruitgang. Het feit dat met een systeem van conformiteitsbeoordeling een efficiëntere controle op naleving van wettelijke eisen plaatsvindt dan de controle die daarop door overheidsinstanties wordt uitgevoerd, maakt echter niet dat op dit artikellid een beroep kan worden gedaan. Het is in beginsel de taak van de overheid om naleving van wettelijke voorschriften te verzekeren en niet van particuliere instellingen. Het komt anders te liggen als overheidstoezicht ontoereikend is. Verder heeft een systeem van conformiteitsbeoordeling niet reeds een meerwaarde ten gevolge van het enkele feit dat het verplichtingen oplegt waarin in de wet niet is voorzien. Bovenwettelijke eisen moeten zodanig bijdragen aan verbetering van producten (bijvoorbeeld in termen van veiligheid) dat zij mededingingsbeperkingen rechtvaardigen.[113]

---

112 Zie GvEA 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157 (*SCK en FNK/Commissie*), r.o. 132-150; Schepel 2005, p. 289-292. Vgl. HvJ EG 8 november 1983, gevoegde zaken C-96-102, 104, 105 en 110/82, ECLI:EU:C:1983:310 (*IAZ/Commissie*), r.o.18-39. Zie ook *PbEU* 2011, C 11/55-64. Hetgeen hierin is opgenomen over standaardiseringsovereenkomsten is ook van belang voor beoordelingsrichtlijnen en conformiteitsbeoordeling. Zie in het bijzonder *PbEU* 2011, C 11/55, randnummer 257.

113 Zie GvEA 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157 (*SCK en FNK/Commissie*), r.o. 194, 202-203; Schepel 2005, p. 292-293.

Als conformiteitsbeoordelingsinstanties een machtspositie op de markt hebben, mogen zij daarvan geen misbruik maken (zie art. 102 VWEU). Mede op basis van de benadering die uit jurisprudentie van het Hof over mededingingsregels spreekt, kunnen enkele uitspraken over de betekenis van dit verbod in de context van conformiteitsbeoordeling worden gedaan.

Een conformiteitsbeoordelingsinstantie kan zich schuldig maken aan misbruik van machtspositie als zij de toegang van andere conformiteitsbeoordelingsinstanties tot een markt van conformiteitsbeoordeling belemmert. Dit is het geval als andere instanties niet dan wel tegen hoge kosten de beschikking kunnen krijgen over de beoordelingsrichtlijn (certificatieschema) die de instelling hanteert of althans deze alleen tegen een (zeer) hoge vergoeding zelf mogen gaan gebruiken.

> Uit onderzoek op het gebied van kwaliteitsverklaringen in de bouw bleek dat beoordelingsrichtlijnen waarvan stichtingen schemabeheerder zijn, vaak zonder enige vorm van vergoeding beschikbaar zijn, terwijl grotere commerciële certificerende instellingen die tevens schemabeheerders zijn hoge instappremies kunnen vragen, die te duur kunnen zijn voor de kleinere certificerende instellingen die deze beoordelingsrichtlijnen zouden willen hanteren.[114]

Ook jegens partijen die zich op een markt van producten of diensten begeven waarbij gebruik wordt gemaakt van conformiteitsbeoordeling kan een conformiteitsbeoordelende instantie zich schuldig maken aan misbruik van haar machtspositie. Hiervan is sprake als de conformiteitsbeoordelingsinstantie toegang van bepaalde bedrijven tot een markt waarop zij conformiteitsbeoordelingen uitvoert belemmert door bij die conformiteitsbeoordelingen criteria te hanteren die leiden tot marktafscherming. Dit kan spelen als vooral sterke, kapitaalkrachtige marktpartijen invloed hebben bij de vaststelling van de gehanteerde beoordelingsrichtlijnen.

Voor zover een procedure voor totstandkoming van beoordelingsrichtlijnen niet voor ieder blijkt open te staan, zijn dat indicaties voor schendingen van mededingingsregels. Dit geldt zeker als er feitelijk weinig vrijheid zou zijn om producten te ontwikkelen die niet aan de beoordelingsrichtlijnen voldoen en niet in aanmerking komen voor de conformiteitsverklaring. Als de beoordelingsrichtlijnen zonder objectieve noodzaak mededinging door andere marktpartijen op een bepaalde markt belemmeren of uitschakelen, maken conformiteitsbeoordelingsinstanties die deze toepassen zich schuldig aan schending van artikel 102 of artikel 101 VWEU.[115]

Conformiteitsbeoordelingen mogen door marktpartijen (fabrikanten, leveranciers, installatiebedrijven) niet worden gebruikt als vehikel voor mededingingsbeperkende gedragingen. Doen zij dat wel, dan kunnen zij zich schuldig maken aan

---

114 Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 24-25.

115 Vgl. over de vraag wanneer in dit kader sprake is van mededingingsbeperkende gedragingen: Van der Ham 2010, p. 115-117. Vgl. HvJ EG 13 december 1991, zaak C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (RTT), r.o. 14-19. Zie ook HvJ EG 3 oktober 1985, zaak C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394 (*SA Centre belge d'études de marché – télémarketing*), r.o. 27.

schending van artikel 102 VWEU.[116] Evenmin dient gebruikmaking van de conformiteitsbeoordeling onbedoelde remmende effecten te hebben op prijsconcurrentie of de productie, de markten, de innovatie of de technische ontwikkeling op een markt. Dat vraagt om goede procedures voor totstandkoming van beoordelingsrichtlijnen.[117]

Overheidsmaatregelen met betrekking tot conformiteitsbeoordeling en mededingingsregels

Hoewel de artikelen 101 en 102 VWEU zich uitsluitend tot ondernemingen richten, richten zij zich feitelijk ook tot de lidstaten. Zij verbieden hun maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepalingen hun nuttig effect kunnen ontnemen.[118] Lidstaten nemen dergelijke maatregelen als zij het handelsverkeer ongunstig kunnen beïnvloeden. Een dergelijke mogelijkheid is met name aanwezig, wanneer de door de ondernemingen uitgeoefende activiteiten zich kunnen uitstrekken tot de onderdanen of het grondgebied van andere lidstaten.[119]

Overheden hebben dus ook een verantwoordelijkheid voor naleving van mededingingsregels door conformiteitsbeoordelingsinstanties. Die manifesteert zich vooral als zij in nationale wetgeving een bevoegdheid hebben gekregen een dergelijke instantie aan te wijzen. Een dergelijke bevoegdheid betekent op zich nog niet dat de mededinging wordt beperkt. Als in beginsel iedere conformiteitsbeoordelende instantie zich kan kwalificeren om voor een aanwijzing in aanmerking te komen en daarbij geen eisen worden gesteld die de mededinging belemmeren (zoals een eis van vestiging in de lidstaat waarin de activiteit wordt ingevoerd), zal hiervan geen sprake zijn. De gestelde eisen moeten verband houden met onafhankelijkheid, onpartijdigheid en bekwaamheid van de instelling. Een instelling die zelf partij is op een markt van producten of diensten kan in ieder geval niet worden aangewezen als conformiteitsbeoordelingsinstantie voor deze producten of diensten.[120]

Voor de aanwijzing door bestuursorganen van conformiteitsbeoordelingsinstanties is artikel 106 VWEU van belang. Artikel 106, eerste lid, VWEU, bepaalt dat de

116 Een schending van art. 102 VWEU door een ondernemer kan alleen aan de orde zijn als de mededingingsbeperking voortkomt uit eigen initiatief van de ondernemer. Van een eigen initiatief is echter ook sprake als de machtspositie waarin de ondernemer verkeert een gevolg is van de omstandigheid dat wegens wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen mededinging op die markt waarop die onderneming opereert niet of slechts in zeer beperkte mate mogelijk is. HvJ EG 3 oktober 1985, zaak C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394 (*SA Centre belge d'études de marché – télémarketing*), r.o. 18.

117 Zie over certificatieregelingen, marktwerking en misbruik van machtspositie reeds *Kamerstukken II* 1994/95, 21670, nr. 8 (nota 'Normen, Certificaten en Open Grenzen', door de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer aangeboden bij brief van 23 februari 1995, *Kamerstukken II* 1994/95, 21670, nr. 7), p. 33.

118 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser*), r.o. 26-27; HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*Elliniki Radiophonia Tileorassi*), r.o. 35.

119 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser*), r.o. 32-33.

120 HvJ EG 13 december 1991, zaak C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (RTT), r.o. 14-19. Zie ook HvJ EG 3 oktober 1985, zaak C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394 (*SA Centre belge d'études de marché – télémarketing*), r.o. 27; vgl. HvJ EG 1 juli 2008, zaak C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*Motoe*), r.o. 51-53.

lidstaten met betrekking tot de 'openbare bedrijven' en de 'ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen', geen enkele maatregel nemen of handhaven welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109. Dit zijn dus vooral regels met betrekking tot mededinging. Artikel 106, tweede lid, VWEU bepaalt, voor zover relevant, dat de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang vallen onder de mededingingsregels in het VWEU, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.

Ik kan op de betekenis van de begrippen 'uitsluitende en bijzondere rechten' en 'ondernemingen belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang' hier niet uitgebreid ingaan.[121] Over de betekenis van artikel 106 VWEU in de context van conformiteitsbeoordeling biedt jurisprudentie geen uitsluitsel. Wel kan een schets worden gegeven van betekenis en consequenties.

Met een aanwijzing door een bestuursorgaan kan aan een conformiteitsbeoordelingsinstantie (die onderneming is) een bijzonder of uitsluitend recht worden verleend als bedoeld in artikel 106 VWEU, ongeacht of dit recht bestaat uit het uitoefenen van overheidsgezag of het verrichten van een bepaalde economische activiteit. Of een bijzonder of uitsluitend recht wordt verleend zal afhangen van het antwoord op de vraag of daarmee een beperkt aantal conformiteitsinstanties wordt beschermd en daardoor de mogelijkheden van andere instanties om in hetzelfde geografische gebied en onder in wezen gelijkwaardige omstandigheden de betrokken activiteit uit te oefenen aanmerkelijk ongunstig worden beïnvloed.[122] De criteria voor een aanwijzing en de duur van aanwijzingen lijken in dat kader van grote betekenis.

> Kijken we bijvoorbeeld naar de criteria voor aanwijzing van aangewezen en aangemelde instanties in amvb's op grond van de Arbeidsomstandighedenwet en de Warenwet, dan kan iedere instelling zich in beginsel kwalificeren en kan geen sprake zijn van verlening van een bijzonder recht, laat staan van een uitsluitend recht (zie par. 2.3.8).

Alleen nader onderzoek kan uitwijzen of het in Nederland voorkomt dat krachtens de wet door bestuursorganen uitsluitende of bijzondere rechten aan conformiteitsbeoordelingsinstanties worden verleend.

Mocht aan een conformiteitsbeoordelingsinstantie toch bijzondere of uitsluitende rechten zijn toegekend (hetgeen dus in de Nederlandse praktijk vermoedelijk niet snel aan de orde zal zijn), dan handelt een lidstaat in strijd met artikel 106, eerste

121 Zie over de betekenis in de context van conformiteitsbeoordeling en normalisatie onder meer Schepel 2005, p. 315-329 inclusief verwijzingen. Zie verder art. 25a, aanhef en onder b en c, Mededingingswet en *Kamerstukken II* 2000/01, 27870, nr. 3 (MvT voorstel Wijziging van de Mededingingswet (implementatie van een wijziging van de EG-transparantierichtlijn)), p. 7-10.

122 Vgl. Steyger 2015, p. 217; HvJ EU 12 december 2013, zaak C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827 (*Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e furniture*), r.o. 41-43.

en tweede lid, VWEU (en art. 102 VWEU) wanneer de betrokken instantie door de enkele uitoefening van deze rechten misbruik maakt van haar machtspositie of wanneer deze rechten een situatie kunnen creëren waarin zij tot een dergelijk misbruik wordt gebracht. Dit misbruik kan bestaan in discriminerend beleid in het voordeel van de eigen conformiteitsbeoordeling.[123]

Een uitsluiting of beperking van de mededinging op de markt van bepaalde producten kan niet worden geacht haar rechtvaardiging te vinden in de verlening van een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 106, tweede lid, VWEU bij activiteiten die door elke onderneming moeten kunnen worden uitgeoefend.[124] Het belasten van één of meer conformiteitsbeoordelingsinstanties met een bijzonder of uitsluitend recht tot uitoefening van openbaar gezag zal geoorloofd zijn als de dienst die zij verricht daadwerkelijk van algemeen belang is en niet het risico met zich brengt dat de mededinging wordt vervalst. Bij vervalsing zal het ook kunnen gaan om vervalsing op de markt van andere commerciële (conformiteitsbeoordelings)activiteiten die de instantie verricht.[125] Bij het belasten van een conformiteitsbeoordelingsinstantie met een publieke taak, terwijl zij ook (andere) commerciële activiteiten verricht, krijgt de instantie een hybride karakter en dient er op dit punt dus grote alertheid te zijn.[126] Hoofdstuk 4A Mededingingswet is relevant voor zover aan een conformiteitsbeoordelingsinstantie een bijzonder of uitsluitend recht wordt verleend. Het stelt eisen van financiële transparantie aan onder meer ondernemingen waaraan overeenkomstig artikel 106, eerste lid, VWEU een dergelijk recht is verleend.[127]

123 Vgl. HvJ EG 1 juli 2008, zaak C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*Motoe*), r.o. 48-50; HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser*), r.o. 29; HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*Elliniki Radiophonia Tileorassi*), r.o. 34-38; HvJ EG 10 december 1991, zaak C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464 (*Merci convenzionali porto di Genova*), r.o. 16, 17 en 60; HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-323/93, ECLI:EU:C:1994:368 (*Centre d'insémination de la Crespelle*), r.o. 18; HvJ EG 11 december 1997, zaak C-55/96, ECLI:EU:C:1997:603 (*Job Centre*), r.o. 36; HvJ EG 31 januari 2008, zaak C-380/05, ECLI:EU:C:2008:59 (*Centro Europa 7*), r.o. 60. Het misbruik wordt toegerekend aan de conformiteitsbeoordelende instantie. Vgl. HvJ EG 3 oktober 1985, zaak C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394 (*SA Centre belge d'études de marché – télémarketing*), r.o. 18.

124 Vgl. HvJ EG 13 december 1991, zaak C-18/88, ECLI:EU:C:1991:474 (RTT), r.o. 20-28.

125 Vgl. HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 (*Compass-Datenbank*), r.o. 38; Steyger 2015, p. 38. Het verlenen van een uitsluitend en bijzonder recht tot bepaalde conformiteitsbeoordeling kan de instantie op zich niet de hoedanigheid van onderneming als bedoeld in art. 101 e.v. VWEU ontnemen voor zover andere activiteiten die zij verricht als economische activiteiten kwalificeren. De kwalificatie als activiteit die tot de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag behoort of als economische activiteit moet immers voor elke door een bepaalde entiteit uitgeoefende activiteit afzonderlijk gebeuren. HvJ EG 1 juli 2008, zaak C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (*Motoe*), r..o. 25; HvJ EG 24 oktober 2002, zaak C-82/01 P, ECLI:EU:C:2002:617 (*Aéroports de Paris/Commissie*), r.o. 74.

126 Vgl. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2013, p. 51; Bokhorst 2013, p. 19.

127 *Kamerstukken II* 2000/01, 27870, nr. 3 (MvT voorstel Wijziging van de Mededingingswet (implementatie van een wijziging van de EG-transparantierichtlijn)), p. 6-10. Vgl. ook art. 38 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

Conformiteitsbeoordeling valt onder de Dienstenrichtlijn

Voor de aanwijzing krachtens de wet door een bestuursorgaan van instellingen die een bepaalde conformiteitsbeoordeling mogen verrichten is de Dienstenrichtlijn[128] relevant.

De Dienstenrichtlijn heeft tot doel de uitoefening van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging te vergemakkelijken teneinde de interne markt van diensten te voltooien. Zij stelt grenzen aan bevoegdheden van lidstaten om eisen op te leggen aan ondernemingen die op hun grondgebied diensten willen verrichten.[129]

Diensten op het gebied van certificering vallen onder de Dienstenrichtlijn, zo oordeelde het Hof van Justitie in zijn arrest *Rina Services*. Het Hof verwijst daarbij uitdrukkelijk naar overweging 33 in de considerans van de richtlijn.[130] Certificering kan hier in ruime zin worden opgevat, dus als conformiteitsbeoordeling.

Artikel 14 van de richtlijn bevat een lijst met verboden eisen. Hiertoe behoren eisen met betrekking tot de nationaliteit of woonplaats van de dienstverrichter, zijn personeel of aandeelhouders of de statutaire zetel of (hoofd- of neven)-vestigingen van een onderneming (art. 14, eerste lid, van de richtlijn).[131] Vestiging van een dienstverrichter in een lidstaat mag onder geen beding afhankelijk worden gesteld van een van deze eisen. Deze eisen kunnen niet worden gerechtvaardigd.[132] Een eis dat een statutaire zetel van de certificerende instelling op het nationale grondgebied is gelegen, kan niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de doeltreffendheid te waarborgen van het toezicht dat door de overheidsinstanties wordt uitgeoefend op de werkzaamheden van deze instellingen. Dit zou voortvloeien uit de bewoordingen van artikel 14 en uit de algemene opzet van de richtlijn.[133] Wij mogen dus aannemen dat voor alle eisen genoemd in artikel 14 Dienstenrichtlijn geldt dat zij door overheden niet mogen worden gesteld aan conformiteitsbeoordelende instellingen en dat een rechtvaardiging van die eis op grond van het primaire EU-recht niet aan de orde kan zijn.

> Dit is bijvoorbeeld aanleiding geweest om de eis van vestiging in Nederland voor tot de keuring van attractie- en speeltoestellen aangewezen instellingen in artikel 19,

128 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376, p. 36.

129 Art. 4, zevende lid, Dienstenrichtlijn omschrijft welke nationale maatregelen onder het bereik van deze richtlijn vallen zijn. Zie hierover Botman 2015, p. 218-220.

130 HvJ EU 16 juni 2015, zaak C-593/13, *AB* 2015, 263, m.nt. M.R. Botman, r.o. 24.

131 Zie over deze zwarte lijst en de (historische) achtergrond: Botman 2015, p. 302-308.

132 Zie ook HvJ EU 16 juni 2015, zaak C-593/13 (*Rina Services*), r.o. 28. Een beroep op de 'rule of reason', zoals ontwikkeld door het Hof onder het primaire recht, is dus niet mogelijk. Volgens deze jurisprudentie zijn nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken onder bepaalde voorwaarden geoorloofd. Zie o.m. HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhart*), r.o. 35-39; HvJ EG 28 april 1977, zaak C-71/76, ECLI:EU:C:1977:65 (*Thieffry*); HvJ EG 31 maart 1993, zaak C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125 (*Klaus*), r.o. 32.

133 Zie ook HvJ EU 16 juni 2015, zaak C-593/13 (*Rina Services*), r.o. 27-41.

eerste lid, onderdeel b, van het Warenwetbesluit attractie-en speeltoestellen te laten vervallen.[134]

Artikel 15 Dienstenrichtlijn noemt enkele (niet-discriminerende) eisen waarvan lidstaten dienen te onderzoeken of die in hun rechtsstelsel worden gesteld. Hier is relevant dat onder meer worden genoemd eisen die van de dienstverrichter verlangen dat hij een bepaalde rechtsvorm heeft en eisen die de toegang tot de betrokken dienstenactiviteit wegens de specifieke aard ervan voorbehouden aan bepaalde dienstverrichters (het eerste en tweede lid van het artikel).

De lidstaten moeten erop toe zien dat zij verenigbaar zijn met:

1. het discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel;
2. noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang; en
3. evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.

De lidstaten moeten hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aanpassen om de eisen met deze voorwaarden in overeenstemming te brengen (art. 15, eerste en derde lid).

Het hoofdstuk van de richtlijn waarin de artikelen 14 en 15 zijn opgenomen (hoofdstuk III) gaat over de vrijheid van vestiging van dienstverrichters. Het is mogelijk ook van toepassing in situaties waarin een grensoverschrijdend element ontbreekt en sprake is van een zuiver interne situatie. Het Hof heeft zich hierover nog niet expliciet uitgelaten. Het Hof neemt overigens snel een grensoverschrijdende situatie aan.[135]

De regering meent dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op voorschriften die worden gesteld aan certificerende instellingen als hun activiteiten verband houden met de gezondheid en de veiligheid op het werk, omdat het arbeidsrecht op grond van artikel 1, zesde lid, Dienstenrichtlijn buiten de werkingssfeer van de richtlijn valt.[136] De vraag is of dit juist is. Aannemelijk is dat diensten van certificering in het belang van veiligheid en gezondheid op het werk, net als op

134 Art. IV Aanpassingsbesluit dienstenrichtlijn, *Stb.* 2009, 500.

135 Beantwoording van de prejudiciële vragen van de ABRvS van 9 juli 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:2495 (*Harmsen*); ECLI:NL:RVS:2014:2488 (*Trijber*)) en de Hoge Raad van 5 juni 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1467) heeft hier geen zekerheid over verschaft. Zie HvJ EU 1 oktober 2015, gevoegde zaken C-340/14 en C-341/14, *AB* 2015, 437, m.nt. A. Drahmann, *JB* 2015/212, m.nt. A. Looijestijn-Clearie (gevoegde zaken *Trijber en Harmsen*). Zie in het bijzonder de noot van Drahmann onder dit arrest onder punt 3 en 4 en de noot van Looijestijn-Clearie onder hetzelfde arrest onder punt 3 tot en met 5. Zie over de onduidelijkheid ook de noot van Botman onder HvJ EU 16 juni 2015, zaak C-593/13, *AB* 2015, 263 (*Rina Services*), onder punt 4. Inmiddels heeft de Afdeling bestuursrechtspraak aan het Hof een prejudiciële vraag gesteld om verduidelijking te krijgen over de toepasselijkheid van Hoofdstuk III (vrijheid van vestiging) van de Dienstenrichtlijn op zuiver interne situaties: ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75.

136 *Stb.*2009, 395, p. 40.

andere terreinen, onder de richtlijn vallen. De certificeringsactiviteiten op dit terrein zijn geen activiteiten die specifiek door het arbeidsrecht worden gereguleerd, maar door met name het privaatrechtelijk overeenkomstenrecht en sectoraal bestuursrecht.[137]

Betekenis van de vrijheid van vestiging

Mocht de Dienstenrichtlijn op een certificeringsactiviteit niet van toepassing zijn, dan kunnen eisen aan de instellingen die bepaalde certificaten mogen afgeven nog wel een spanning opleveren met artikel 49 VWEU.[138]

Het Hof van Justitie oordeelde in een arrest van 14 december 2006[139] dat een vestigingseis voor een keuringsinstantie voor ketels en drukapparatuur onbetwist een belemmering voor de vrijheid van dienstverrichting vormt. Deze vrijheid kan alleen door nationale maatregelen worden beperkt om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid of een dringende reden van algemeen belang, als de maatregelen noodzakelijk zijn en evenredig aan het beoogde doel. Die rechtvaardiging is er niet als keuringsinstanties die in een andere lidstaat zijn gevestigd en waarop de overheid van de lidstaat waarin de vestigingseis wordt gesteld geen invloed kan uitoefenen, geen dreiging kunnen vormen voor genoemde belangen doordat de keuringsinstanties in elk van de lidstaten aan dezelfde eisen moeten voldoen.

> Voor de Nederlandse rijksoverheid is dit aanleiding geweest certificerende instellingen aan te merken als dienstverleners in de zin van artikel 49 EG en om vestigingseisen voor (aanwijzing van) certificerende instellingen in de nationale wetgeving met ingang van 1 januari 2012 te laten vervallen.[140]

Artikel 49 e.v. VWEU en de Dienstenrichtlijn zijn *niet* van toepassing voor zover conformiteitsbeoordeling in de lidstaat kwalificeert als *uitoefening van openbaar gezag*, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschiedt (art. 51 VWEU en art. 2, tweede lid, aanhef en onder i, Dienstenrichtlijn). Over de precieze betekenis van 'uitoefening van openbaar gezag' in artikel 51 VWEU en de Dienstenrichtlijn in de context van conformiteitsbeoordeling biedt jurisprudentie geen uitsluitsel, maar ik kan op basis van meer algemene lijnen in de jurisprudentie wel een impressie geven van de waarschijnlijke betekenis.

De uitzondering moet beperkt worden uitgelegd. Er moet, gelet op de aard van de krachtens de wet te verrichten werkzaamheden, sprake zijn van een 'rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag'. De activiteiten moeten niet louter ondersteunend en voorbereidend zijn voor eindbeslissingen van een overheidsinstelling en niet staan onder actief toezicht van een bepaalde overheidsinstelling. De beslissingen moeten verder gaan dan tussen particulieren gebruikelijk is. Zij moeten daarvan afhankelijk zijn voor het kunnen verrichten van bepaalde handelingen. Dat bij de werkzaamheden

137 Zie de noot van Botman, *AB* 2015, 263 (*Rina Services*), onder punt 11 en 12.
138 *Kamerstukken II* 2007/08, 25268, nr. 57, p. 15.
139 HvJ EG 14 december 2006, zaak C-257/05, ECLI:EU:C:2006:785 (*Commissie/Oostenrijk*).
140 *Stb.* 2009, 395, p. 39-40; *Stb.* 2011, 429.

van een instantie met het algemeen belang voor ogen wordt gehandeld, volstaat op zich niet.[141] Doorslaggevend zal voor het Hof zeker niet zijn of een instelling volgens het nationale recht al dan niet als een overheidsorgaan kan worden aangemerkt.[142]

Als een instelling een exclusieve bevoegdheid heeft en een particulier afhankelijk is van een beslissing van die instelling voor het verrichten van een handeling, is in de benadering van het Hof toch geen sprake van openbaar gezag als het verrichten van die handeling zelf vrijwillig geschiedt. Daarom zou de notaris geen openbaar gezag uitoefenen als hij op verzoek van partijen akten authentiseert, ook al heeft een authenticatie bewijsrechtelijk consequenties.[143] Welke betekenis dit element van vrijwilligheid zou kunnen hebben voor het aanmerken van een activiteit van een conformiteitsbeoordelende instantie als uitoefening van openbaar gezag is de vraag. Vrijwilligheid zou in ieder geval een contra-indicatie van openbaar gezag kunnen zijn als een conformiteitverklaring niet verplicht is om aan te tonen dat aan een wettelijke eis is voldaan.

3.5 De betekenis van fundamentele rechten

3.5.1 Reikwijdte EVRM

Artikel 1 EVRM bepaalt dat de Hoge Verdragsluitende Partijen eenieder, die ressorteert onder hun rechtsmacht, de rechten en vrijheden verzekeren welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag (de verzekeringsplicht). Schendingen door de wetgever, de uitvoerende macht, de rechter, andere staatsorganen, decentrale, regionale en lokale overheden en publiek- of privaatrechtelijke rechtspersonen die zijn te kwalificeren als publieke entiteit en ambtenaren die onder hun verantwoordelijkheid werkzaam zijn, zijn toerekenbaar aan een verdragsstaat.[144] Het maakt niet uit welke regel of maatregel in het geding is.[145] De wetgever die verwijst naar een norm die door een private instelling is vastgesteld, heeft, als die verwijzing tot gevolg heeft dat de norm algemeen geldend is, verantwoordelijkheid genomen voor de inhoud ervan. Het handelen van een

141 HvJ EG 21 juni 1974, zaak C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68 (*Reyners*); HvJ EG 13 juli 1993, zaak C-42/92, ECLI:EU:C:1993:304 (*Thijssen*), r.o. 8-9, 22; HvJ EG 30 maart 2006, zaak C-451/03, ECLI:EU:C:2006:208 (*Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl*), r.o. 45-49; HvJ EG 29 november 2007, zaak C-393/05, ECLI:EU:C:2007:722 (*Commissie/Oostenrijk*), r.o. 35-36, 41-42, 45-46; HvJ EU 17 maart 2011, gevoegde zaken C-372/09 en C-373/09, ECLI:EU:C:2011:156 en ECLI:EU:C:2009:637 (*Josep Peñarroja Fa*), r.o. 41-45. Vgl. Steyger 2015, p. 212-215, i.h.b. p. 215.

142 Van de Gronden 2012; Steyger 2015, p. 212, 218-219; zie ook: *Kamerstukken II* 2007/08, 25268, nr. 57, p. 15.

143 HvJ EG 1 december 2011, zaak C-157/09, ECLI:EU:C:2011:794 (*Commissie/Nederland*), r.o. 56-70, 90. Kritisch over laatstgenoemd arrest: Van de Gronden 2012.

144 Zie De Kruif 2012, p. 33-51, 56-68.

145 Zie o.m. EHRM 1 maart 2005, *AB* 2006, 258, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2005/54, m.nt. A.M.L. Jansen (*Wo /Polen*), r.o. 60; EHRM 30 januari 1998, nr. 133/1996/752/951 (*United Communist Party of Turkey/Turkije*), r.o. 29; EHRM 25 maart 1993, *NJ* 1995, 725, m.nt. EAA, *NJCM-Bulletin* 1993, p. 570 e.v., m.nt. Van Emmerik (*Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 26.

wetgever in een verdragsstaat zal dan zonder meer onder de reikwijdte van de verzekeringsplicht van artikel 1 EVRM vallen. Dit geldt ook voor handelen van een conformiteitsbeoordelende instantie waaraan krachtens de wet een exclusieve bevoegdheid is toegekend tot conformiteitsbeoordeling die verplicht is gesteld voor het kunnen uitvoeren van bepaalde activiteiten.[146]

3.5.2 Toepasselijkheid van het EVRM als de overheid meer op afstand staat

Het komt voor dat de wetgever zich op een bepaald terrein bewust geheel of gedeeltelijk terugtrekt en regulering overlaat aan private instellingen, zoals normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instellingen of in ieder geval niet naar de tot stand gekomen private regulering verwijst en er ook geen rechtsgevolgen aan verbindt. De wetgever kan de mogelijkheid dat met wettelijke maatregelen kan worden ingegrepen, jegens de betrokkenen dan nog wel gebruiken als stok achter de deur om normen tot stand te brengen (zogenoemde vervangende zelfregulering). Ook kan de wetgever actiever optreden door randvoorwaarden te stellen (een vorm van wettelijk geconditioneerde of wettelijk gestructureerde zelfregulering).[147]

> Zo bestaan er bijvoorbeeld voornemens om taken van het gemeentelijk bouw- en woningtoezicht gedeeltelijk over te hevelen naar private kwaliteitsborgers, maar met een wettelijk geregeld toezicht door een zelfstandig bestuursorgaan op de gehanteerde instrumenten.[148]

Een lastige kwestie is of en wanneer normalisatie of conformiteitsbeoordeling door een instelling vallen onder de verzekeringsplicht van artikel 1 EVRM, als de wetgever er geen rechtsgevolgen aan heeft verbonden.[149] Hierover heeft het Hof zich bij mijn weten niet expliciet uitgelaten. De jurisprudentie biedt echter voldoende aanknopingspunten.

In de eerste plaats kan worden gekeken naar jurisprudentie over de reikwijdte van het klachtrecht. Uit artikel 34, eerste lid, EVRM volgt dat overheidsorganen ('governmental organisations') geen klachtrecht hebben en geen verzoekschrift bij het Hof kunnen indienen. Het Hof blijkt zich er bij de vaststelling of sprake is van een 'governmental organisation' betrekkelijk weinig van aan te trekken hoe het nationaalrechtelijke systeem de organisatie van overheidsorganen en -taken precies heeft geregeld.[150] Voor een kwalificatie van een normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instelling als overheidsorgaan zal relevant zijn of sprake is van een publieke taak die bij wet is gedefinieerd en die onder toezicht van de

146 Vgl. Gerards 2011, p. 263-264.
147 Van Ommeren 2012, p. 213.
148 Zie: www.internetconsultatie.nl/wetkwaliteitsborgingvoorhetbouwen; Kamerstukken *II* 2012/13, 2013/14, 32757, nrs. 50, 52, 56, 63, 80, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 101, 103, 107 en 114.
149 Engelhard heeft het mede in dit kader over het 'grijze gebied': Engelhard 2010, p. 23-24, 43-44.
150 Het Hof geeft dus een 'autonome' uitleg aan het begrip 'governmental organisations'. Zie Jak 2014, p. 210.

overheid wordt uitgeoefend.[151] Of, zoals het Hof het ook wel heeft gezegd, bepalend is of de betrokken entiteit participeert in de uitoefening van overheidsbevoegdheden dan wel onder controle van de overheid een openbare dienst verricht. Voor de vaststelling of hieraan is voldaan, moet rekening worden gehouden met de juridische status van de entiteit en de rechten die daaraan zijn verbonden, de aard van de activiteiten die zij verricht, de context waarin dat gebeurt en de mate van onafhankelijkheid van de politieke autoriteiten.[152] Het behartigen van een publiek belang, overheidsfinanciering of aandeelhouderschap van de overheid of overheidsinvloed op de samenstelling van het bestuur zijn op zich niet doorslaggevend.[153] Rechtspersonenrechtelijke vormgeving is evenmin doorslaggevend.[154] Contra-indicaties voor het zijn van overheidsinstelling zijn het feit dat de instelling opereert in een sector die openstaat voor concurrentie, institutionele onafhankelijkheid van de instelling van de Staat, het feit dat de instelling enkel is onderworpen aan vennootschapsrecht, dat haar handelen valt onder de competentie van de burgerlijke rechter en dat de instelling geen bevoegdheden heeft die verder reiken dan het burgerlijk recht.[155]

Aanknopingspunten kunnen ook worden gevonden in jurisprudentie over de vraag welke schendingen van het EVRM volgens het Hof tot de verantwoordelijkheid van de Staat kunnen worden gerekend. Volgens de jurisprudentie van het EHRM is het EVRM toepasselijk ten aanzien van handelen van private organisaties waarbij sprake is van overwegende overheidsinvloed. Dergelijke organisaties zijn '*public authorities*' in de zin van het EVRM, waarop verplichtingen van het EVRM van toepassing zijn. De instelling hoeft geen overheidsorgaan te zijn. Voldoende is dat zij 'certain State powers' uitoefent.[156] De handelingen van de instelling moeten 'capable of engaging the responsibility of the state' zijn onder het EVRM.[157] Haar handelen of nalaten wordt toegerekend aan de Staat.[158]

Op de vraag of en onder welke omstandigheden normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instellingen als een 'public authority' zouden kunnen worden gekwalificeerd, geeft EHRM-jurisprudentie geen expliciet antwoord. Een impressie van de omstandigheden die het Hof in dat kader relevant zal achten, biedt het arrest *Wos/Polen*. Daarin was handelen van een private instelling aan de orde die andere activiteiten ontplooide dan regulering, namelijk de uitkering van gelden ter compensatie van ten tijde van de Tweede Wereldoorlog verrichte dwangarbeid.

---

151 EHRM 22 februari 2005, *EHRC* 2005/39 (*Novoseletskiy/Oekraïne*), r.o. 79-82; EHRM 14 januari 2010, nr. 54522/00, *EHRC* 2010/34, m.nt. Katan (*Kotov/Rusland*), r.o. 52; EHRM 3 mei 2001, nr. 39032/97 enz. (*Smits, Kleyn e.a./Nederland*), r.o. 37. Zie ook Engelhard 2010, p. 32.

152 Vgl. EHRM 23 september 2003, nr. 53984/00 (*Radio France/Frankrijk*), r.o. 26.

153 Jak 2014, p. 210.

154 EHRM 30 november 2004, nr. 35092/02 (*Mykhaylenki/Oekraïne*), r.o. 45; vgl. EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 374, m.nt. E.A. Alkema (*Holy Monasteries/Griekenland*), r.o. 48-49.

155 EHRM 23 september 2003, nr. 53984/00 (*Radio France/Frankrijk*), r.o. 26; EHRM 12 mei 2015, *AB* 2016, 57, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik *(Ljubljanska Banka/Kroatië)*, r.o. 51-56; Jak 2014, p. 209-210.

156 EHRM 11 oktober 2005, nr. 4773/02 (*Sychev/Oekraïne*), r.o. 54.

157 EHRM 25 maart 1993, *NJ* 1995, 725, m.nt. EAA, *NJCM-Bulletin* 1993, p. 570 e.v., m.nt. Van Emmerik (*Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 28; EHRM 1 maart 2005, *AB* 2006, 258, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2005/54, m.nt. A.M.L. Jansen (*Wos/Polen*), r.o. 74.

158 De Kruif 2012, p. 45.

Als we de daarin genoemde criteria extrapoleren naar de context van normalisatie en conformiteitsbeoordeling, dan zouden de volgende vooral institutioneel en operationeel gekleurde criteria van belang kunnen zijn:

- de mate van betrokkenheid van de Staat bij oprichting van de instelling;
- de aard van de taak waarmee de instelling door de Staat wordt belast;
- de discretie die de instelling heeft bij de invulling van die taak;
- het bestaan van controlemechanismen van staatswege op de instelling;
- de mate waarin de overheid de instelling financiert;
- de mate van betrokkenheid van een bestuursorgaan (een minister) bij het benoemen en ontslaan van leden van de raad van bestuur en de raad van toezicht van de instelling.[159]

Het gaat erom of de Staat een cruciale rol heeft gespeeld bij vaststelling van het kader waarbinnen de instelling opereert.[160] Het arrest leert in elk geval dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een 'public authority', anders dan bij de vaststelling of sprake is van een governmental organisation, overheidsfinanciering, overheidsinvloed op de samenstelling van het bestuur en de aard van de taak (publiek of niet?) een grotere rol spelen.[161]

Als wij de lijnen die in de jurisprudentie van het Hof zijn te herkennen, toepassen op normalisatie- en conformiteitsbeoordelende instellingen, dan ontstaat het volgende beeld. De twee normalisatie-instellingen in Nederland, NNI en NEC, zijn stichtingen, die niet zijn opgericht om typische overheidstaken te verrichten. Een normalisatie-instelling als NNI is onafhankelijk en heeft geen bij wet uitgeoefende taken die onder overheidstoezicht worden uitgeoefend. Als de wet naar de normen verwijst, valt aan te nemen dat dat een handeling *van de wetgever* is die onder verantwoordelijkheid van de Staat valt (zie par. 3.5.1). Er is geen sprake van overheidscontrole. Geen enkele minister heeft een formele rol (zoals bindende voordracht) bij een benoeming van een voorzitter of lid van het bestuur, laat staan bij benoeming van leden van beleids- of normcommissies. Statuten en Huishoudelijk reglement voorzien ook niet in andere beïnvloedingsmogelijkheden van een minister. Een enkele uitzondering is dat wijziging van de statuten of ontbinding van NNI de schriftelijke goedkeuring behoeft van de minister van Economische Zaken. Verder komt het hooguit wel voor dat namens een minister wordt deelgenomen aan een bepaalde normcommissie. Deze zaken kunnen aan de conclusie dat geen sprake is van overheidscontrole niet afdoen. Er is evenmin sprake van substantiële overheidsfinanciering. De Staat levert een structurele financiële

159 EHRM 1 maart 2005, *AB* 2006, 258, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Wos/Polen*), r.o. 62-74; EHRM 8 juni 2006, *EHRC* 2006/99 (*Wos/Polen*). Zie in het bijzonder de noot van Barkhuysen en Van Emmerik onder *AB* 2006, 258 onder punt 3; Van Emmerik 2010, p. 71-72; Jak 2014, p. 211-212; De Kruif 2012, p. 62.

160 Zie Engelhard 2010, p. 33-37, 38-39.

161 Zie ook de heldere conclusies in Jak 2014, p. 214-215. Zie over de kwestie of er verschil zit tussen de benadering van het Hof met betrekking tot ontvankelijkheid enerzijds en met betrekking tot de vraag of een verdragsschending tot de verantwoordelijkheid van de Staat wordt gerekend anderzijds: Jak 2014, p. 212-213.

bijdrage aan 'NEN', maar activiteiten die onder de hoede van het NNI plaatsvinden worden in overwegende mate door marktpartijen gefinancierd en wel in hoofdzaak door verkoop van normbladen.[162] De taakgerichte financiering door het ministerie van EZ ter uitvoering van een overeenkomst tussen de Staat en NEN[163] (zoals beschreven in paragraaf 2.2.3) is zeker niet voldoende om toch te concluderen tot de status van overheidsinstelling.

Geconcludeerd kan worden dat, gelet op de genoemde factoren, geen sprake kan zijn van overwegende overheidsinvloed op normalisatieactiviteiten van het NNI.

Voor instanties die geen wettelijk verplichte conformiteitsbeoordeling verrichten, kan waarschijnlijk worden geconcludeerd dat het EVRM niet op hen van toepassing is, maar alleen nader systematisch onderzoek kan meer zekerheid opleveren. Conformiteitsbeoordeling geschiedt krachtens een overeenkomst tussen de partij die de conformiteitsverklaring aanvraagt en de instelling die de conformiteitsverklaring verleent. Zij is in beginsel een economische activiteit van commerciële aard op een private markt. De instantie opereert (vaak) in concurrentie. Van overheidscontrole of -beïnvloeding zal in beginsel geen sprake zijn. Een bevoegdheid krachtens wet, statuten of overeenkomst van een minister of ander bestuursorgaan tot het benoemen van bestuurders of leden van CvD's, tot goedkeuring van een begroting of rekening of tot het geven van bijzondere aanwijzingen aan een instantie komen in Nederland, althans op het gebied van vrijwillige conformiteitsbeoordeling, vermoedelijk niet of nauwelijks voor.[164] Participatie namens een bestuursorgaan in een college van deskundigen dat de beoordelingsrichtlijnen opstelt komt ook bij vrijwillige conformiteitsbeoordeling wel voor, maar is geen overheidscontrole. Het standaardtoezicht door de RvA, een zelfstandig bestuursorgaan, heeft louter betrekking op bekwaamheidsaspecten en

162 Stuurman 1995, p. 37.

163 *Stcrt.* 2013, 20863.

164 Benoeming door een minister van bestuursleden van een conformiteitsbeoordelende instantie en goedkeuring van hun begroting en tarieven door de minister komen wel voor, maar met name als sprake is van wettelijk geregelde conformiteitsbeoordeling. De instantie zal dan waarschijnlijk sowieso gekwalificeerd moeten worden als bestuursorgaan ex art. 1:1, aanhef en onder b, Awb en de Staat zal dan sowieso onder het EVRM verantwoordelijk zijn voor het handelen van de instantie (zie par. 3.5.1). Zo heeft bijvoorbeeld de Stichting Bloembollenkeuringsdienst een algemeen en dagelijks bestuur waarvan de onafhankelijke voorzitter wordt benoemd door de minister van Economische zaken. De benoeming van de directeur van de BKD wordt door deze verantwoordelijke minister goedgekeurd. De tarieven en begroting zijn aan goedkeuring van het ministerie van Economische Zaken onderworpen. Zie Jaarverslag BKD Bloembollenkeuringsdienst 2014, p. 36. Deze stichting is echter een instantie, bedoeld in de art. 12 en 13 van Richtlijn 98/56/EG, *PbEG* 1998, L 226/16, die onder meer is belast met keuringen om vast te stellen of teeltmateriaal van bloembollen voldoet aan de in deze richtlijn genoemde vereisten. Leveranciers mogen bloembollen slechts in de handel brengen wanneer zij voldoen aan de artikelen 3 tot en met 9 van Richtlijn 98/56/EG en bij of krachtens het Landbouwkwaliteitsbesluit 2007 gestelde regels. Bij die keuring gaat het om conformiteitsbeoordeling in de vorm van inspectie, waarvoor de stichting door de RvA is geaccrediteerd en die een basis heeft in genoemde richtlijn, de Landkwaliteitswet en het Landbouwkwaliteitsbesluit 2007. De Stichting Bloembollenkeuringsdienst is opgenomen in het register van zelfstandige bestuursorganen. Zie https://almanak.zboregister.overheid.nl. Het gaat hier om handelen van een govermental organisation, waarop het EVRM van toepassing is.

maakt niet dat toch van overheidscontrole sprake is. Conformiteitsbeoordeling geschiedt op kosten van de verzoeker; er zal dus in beginsel geen sprake zijn van directe overheidsfinanciering. Er kan wel subsidieverlening plaatsvinden. Subsidies zullen echter doorgaans niet worden verstrekt aan afzonderlijke conformiteitsbeoordelende instanties (dat zou kunnen leiden tot marktverstoring), maar worden verstrekt in het kader van stimulering van totstandkoming van beoordelingsrichtlijnen op een bepaald terrein.[165]

3.5.3 Waarborging EVRM-rechten bij overheveling taken naar private instellingen

Daarmee is het pleit over de kwestie of en wanneer normalisatie of conformiteitsbeoordeling onder de reikwijdte van artikel 1 EVRM valt nog niet beslecht. Volgens het EHRM kan de overheid zich niet ontdoen van haar verplichting de rechten van het EVRM te verzekeren door taken en bevoegdheden over te dragen aan private partijen of individuen. Hoewel het EVRM geen verbod inhoudt om bevoegdheden (voortvloeiend uit internationaal recht) over te dragen aan privaatrechtelijke organisaties, dient ook in dat geval de waarborging van de rechten neergelegd in het EVRM verzekerd te zijn.[166] Uit EVRM-rechten vloeien positieve verplichtingen voort, dat wil zeggen verplichtingen van de overheid om door actief optreden bepaalde grondrechten die uit het EVRM voortvloeien te beschermen.[167] In het kader van dit preadvies is in het bijzonder relevant dat positieve verplichtingen voortvloeien uit het recht op leven (art. 2 EVRM) en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het gezins- en familieleven (art. 8 EVRM). Deze positieve verplichtingen kunnen gevolgen hebben voor mogelijkheden van overheden om normalisatie- of conformiteitsbeoordelende instellingen in te schakelen voor het borgen van een publiek belang.

Artikel 2, eerste lid, eerste volzin, EVRM bepaalt dat het recht van eenieder op leven wordt beschermd door de wet. Het EHRM heeft in het richtinggevende arrest *Öneryildiz* geoordeeld dat deze bepaling een positieve verplichting bevat voor staten om de geëigende stappen te nemen om het leven van degenen die binnen hun jurisdictie vallen te beschermen. Dit brengt mee dat de Staat een wettelijk en bestuurlijk kader moet scheppen om te voorzien in effectieve bescherming tegen levensbedreigende situaties. De keuze van de inhoud van de maatregelen valt binnen de 'margin of appreciation' van de verdragsstaten. Er mag geen disproportionele last worden opgelegd aan overheden. De 'margin' is ruim als het gaat om ingewikkelde sociale of technische kwesties.[168]

---

165 Met dank aan drs. ing. Ed Wieles, hoofd strategie & ontwikkeling, RvA; *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 19.

166 Zie o.m. EHRM 25 maart 1993, NJ 1995, 725, m.nt. EAA (*Costello-Roberts/ Verenigd Koninkrijk*), r.o. 26; EHRM 1 maart 2005, *AB* 2006, 258, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Wos/Polen*), r.o. 60, 73. Zie ook Zijlstra 2008, p. 42.

167 Zie hierover in het algemeen: Gerards 2011, p. 229-232; zie ook bijvoorbeeld Verschuuren 2004, p. 261-276.

168 EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43, m.nt. Woltjer, *EHRC* 2005, 10, NJ 2005, 210, m.nt. EAA, *M&R* 2005, 13, m.nt. MK (*Öneryildiz/Turkije II*), i.h.b. r.o. 71-73, 89-91; EHRM 1 maart 2005, *AB* 2006, 274, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, NJ 2006, 251, *EHRC* 2005, 53 (*Bône/*

Vergelijkbare verplichtingen kunnen worden afgeleid uit het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het familie- en gezinsleven, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM, in het bijzonder met betrekking tot het adequaat informeren van betrokkenen over bepaalde gezondheidsrisico's. De verplichtingen vloeien voort uit dit artikel voor zover aan een bepaalde activiteit bepaalde gezondheidsrisico's zijn verbonden, maar de betrokken activiteit bij iemand nog niet heeft geleid tot een levensbedreigende ziekte.[169]

Als wordt overwogen bepaalde risicovolle activiteiten niet meer aan een systeem van overheidstoestemmingen en -toezicht te onderwerpen, maar de borging van een bepaald publiek belang aan private partijen over te laten, moet een aandachtspunt zijn of de overheid de verantwoordelijkheden die zij op grond van het EVRM heeft, met de beoogde wettelijke regeling kan waarmaken. Het EVRM brengt mee dat de overheid niet op private systemen en sancties mag vertrouwen indien gevaar voor derden daardoor onvoldoende wordt weggenomen.[170]

Daarmee is natuurlijk zeker niet gezegd dat het leggen van verantwoordelijkheden bij private partijen voor borging van belangen van veiligheid of gezondheid zonder meer in strijd is met artikel 2 EVRM (laat staan art. 8 EVRM). Waar het om gaat, is of bevoegdheden die bestuursorganen op grond van de wet hebben voor het beschermen van levens van burgers voldoende zijn om 'EVRM-proof' te zijn. Zo ligt het bij overhevelen van taken op het gebied van veiligheid of gezondheid van overheden naar private partijen in de rede te voorzien in overheidstoezicht.[171]

Het Hof ziet de rechterlijke macht als integraal onderdeel van de Staat. Dat brengt met zich dat de nationale rechter gehouden kan zijn tot toepassing en uitleg van het EVRM in geschillen tussen particulieren. Hij kan hiertoe in beginsel ook gehouden zijn in de verhouding tussen een normalisatie-instelling of conformiteitsbeoordelende instelling en een particulier.[172]

Bij privaatrechtelijke rechtsgeschillen toetst het Hof of de interpretatie door de nationale rechter van 'juridische documenten, zoals een testament, een privaatrechtelijk contract, een publiekrechtelijk stuk, een wettelijke bepaling of een administratieve praktijk' door een nationale rechter niet onredelijk, willekeurig, discriminatoir of anderszins in strijd is met de aan het EVRM ten grondslag liggende beginselen.[173] De geschillen waarin tot een schending van het EVRM werd geconcludeerd, betreffen 'hardcore privaatrechtzaken' op het gebied van

---

Frankrijk); EHRM 20 maart 2008, *AB* 2008, 206, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Budayeva/Rusland*), i.h.b. r.o. 132, 134-135; EHRM 24 juli 2014, *AB* 2015, 37, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2014/240, m.nt. J.M. Emaus (*Brincat/Malta*), i.h.b. r.o. 101. Zie ook Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 86-87; Freriks 2008, p. 184-186.

169 EHRM 24 juli 2014, *AB* 2015, 37, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Brincat/Malta*), i.h.b. r.o. 102. Zie voor de aanvullende betekenis van art. 8 EVRM in dit verband in het bijzonder de noot van Barkhuysen en Van Emmerik onder dit arrest onder punt 3. Vgl. o.m. EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90, *AB* 1996, 56, m.nt. ICvdV (*Lopez Ostra/Spain*), r.o. 51; EHRM 19 februari 1998, *NJ* 1999, 690 (*Guerra and others/Italy*), r.o. 57-60.

170 Freriks 2008, p. 223 en 224.

171 Freriks 2008, p. 209, 224.

172 Vgl. EHRM 30 juli 2009, *EHRC* 2009/113 (*Danilenkov/Rusland*), r.o. 120.

173 EHRM 16 december 2008, *EHRC* 2009/17, m.nt. J.H. Gerards, *AB* 2009, 286, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NJ* 2010, 149, m.nt. E.A. Alkema (*Khurshid Mustafa & Tarzibachi/Zweden*), r.o.

erfrecht en huurrecht en gingen niet over zaken als conformiteitsbeoordeling of normalisatie.[174]

De vraag die zich aandient, is wanneer horizontale werking van EVRM-rechten in de verhouding tussen een normalisatie-instelling of conformiteitsbeoordelende instelling en een particulier in beeld zou kunnen komen. Als het gaat om aansprakelijkheden voor onrechtmatig handelen in het kader van normalisatie, moet worden vastgesteld dat elke NEN-norm een disclaimer bevat waarin is opgenomen dat noch NEN, noch de normcommissie aansprakelijk is voor onjuistheden in een norm.[175] Wanneer dit beding niet zou kunnen worden ingeroepen, met name gelet op het bepaalde in afdeling 6.5.3 BW, is een civielrechtelijke kwestie, waarop ik in het kader van dit preadvies niet in kan gaan. Ik merk wel op dat naleving van een NEN-norm in ieder geval (geheel) vrijwillig is als de wetgever er niet naar verwijst. Het toepassen van een NEN-norm is dan een eigen verantwoordelijkheid van een burger of bedrijf. Zij moeten ook nagaan wat de inhoud van een norm is. De normen zijn in beginsel steeds vatbaar voor discussie.[176] Het ligt niet in de rede dat de rechter op grond van positieve verplichtingen van het EVRM regelmatig gehouden zal zijn aansprakelijkheid *van een normalisatie-instelling* aan te nemen.

Conformiteitsbeoordelende instellingen exonereren hun aansprakelijkheid jegens de aanvrager in de praktijk in vergaande mate. Aansprakelijkheid wegens opzet of roekeloosheid kan in beginsel echter niet worden uitgesloten in algemene voorwaarden. Ook andere aansprakelijkheidsbeperkingen in algemene voorwaarden kunnen onder omstandigheden onredelijk bezwarend zijn als bedoeld in artikel 6:233 BW. Ik kan hierop hier verder niet ingaan. Een conformiteitsbeoordelende instantie kan jegens een derde – in het bijzonder de afnemer van de aanvrager van een conformiteitsverklaring die op de juistheid van de verklaring vertrouwde – aansprakelijk zijn op grond van onzorgvuldig handelen jegens hem, als zij in strijd met de eigen regels de verklaring heeft afgegeven. De derde zal in geval van productcertificatie echter aannemelijk moeten maken dat de toestand van het product ten tijde van de keuring reeds zodanig gebrekkig was dat er geen certificaat had mogen worden toegekend. Het relativiteitsvereiste werpt voor de aansprakelijkheid van conformiteitsbeoordelende instanties (als

---

33; EHRM 13 juli 2004, nr. 69498/01, *EHRC* 2004/87, m.nt. E. Brems, NJ 2005, 508, m.nt. J. de Boer (*Pla & Puncernau/Andorra*), r.o. 59.

174 Gerards 2011, p. 263, 281-286, 290; Van Emmerik 2010, p. 72-73; Sieburgh 2015, p. 505-531, i.h.b. p. 508-515. Zie EHRM 13 juli 2004, NJ 2005, 508, m.nt. J. de Boer (*Pla & Puncernau/Andorra*), r.o. 44-46, 59-63; EHRM 16 december 2008, NJ 2010, 149, m.nt. E.A. Alkema (*Khurshid Mustafa & Tarzibachi/Zweden*), r.o. 30-35, 43-50; EHRM 1 december 2009, *EHRC* 2010/21, m.nt. H. van Hedel, NJ 2010, 206, m.nt. S. Perrick (*Velcea & Mazare/Roemenië*), r.o. 127-134. Zie ook bijvoorbeeld: HR 29 september 2009, NJ 2010, 658, m.nt. E.A. Alkema (*Esthéticienne Beheer/Coöperatie Woningeigenaren Waterpark It Soal*).

175 Zie ook art. 10.2.1. van het Huishoudelijk reglement van NEN dat bepaalt dat NEN voorzitters en leden van raden en commissies, alsmede de organisaties of instellingen op voordracht waarvan de leden zijn benoemd, vrijwaart voor enige aansprakelijkheid voor directe of indirecte schade, ontstaan door of verband houdend met toepassing van de door haar gepubliceerde normen. Art. 10.2.2 van dit reglement bepaalt dat NEN niet aansprakelijk is voor directe of indirecte schade ontstaan door of verband houdend met de toepassing van door haar gepubliceerde normen.

176 Zie Lin Yuen, Technische normen en aansprakelijkheid, www.vandersteenhoven.nl.

zij private instanties zijn) mogelijk geen blokkade op.[177] Zowel bij aansprakelijkheid jegens de aanvrager als jegens de derde is niet ondenkbaar dat aan bepaalde EVRM-rechten een betekenis toekomt.

3.5.4 Betekenis van het EU-Grondrechtenhandvest

Voor de volledigheid ga ik hier ook even in op het EU-Grondrechtenhandvest.[178] Het Handvest is merendeels een codificatie van de reeds binnen het Unierecht geldende rechten: het EVRM, de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, de internationale verplichtingen die de lidstaten gemeen hebben en de door de Unie en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten.[179] Het Handvest richt zich tot de lidstaten uitsluitend wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen (art. 51, eerste lid, Handvest). Dit is het geval waarin de toepasselijke nationale regelgeving uitvoering geeft aan het Unierecht of wanneer een nationale maatregel een beperking oplevert van een van de vier verdragsvrijheden.[180]

Het Handvest kent veel bepalingen die corresponderen met verplichtingen op grond van het EVRM. Zo correspondeert artikel 2 Handvest met artikel 2 EVRM (recht op leven) en artikel 7 van het Handvest met artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven). Artikel 52, derde lid, van het handvest bepaalt dat voor zover dit rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt. Uit de toelichting bij artikel 52, derde lid, blijkt dat inhoud van de in het Handvest gewaarborgde met EVRM-rechten corresponderende rechten niet alleen wordt bepaald door de tekst van het EVRM, maar ook door de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie.[181]

Het Handvest kent ook artikelen die in het bijzonder zijn gebaseerd op de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zo geldt dit voor artikel 16 van het Handvest, dat bepaalt dat de vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken. Dit artikel is gebaseerd op jurisprudentie van het Hof waarin de vrijheid een

177 Verbruggen 2013 inclusief verwijzingen naar jurisprudentie. Zie voor aansprakelijkheid van een conformiteitsbeoordelende instantie jegens een derde in het bijzonder HR 29 juni 2006, *RvdW* 2007/644 (*Stichting Nederlandse Algemene Kwaliteitsdienst Tuinbouw*), r.o. 3.3-3.5. Zie over relativiteit in deze context Rb. Amsterdam 7 juni 2006, *JOR* 2000/153, r.o. 6.3.

178 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, 7 december 2000, *PbEG* 2000, C 364/1.

179 Preambule van het Handvest, *PbEG* 2000, C 364/8.

180 Bulterman 2015, p. 55-62; Van Heijningen & Wissels 2015, p. 139-146; HvJ EU 30 april 2014, zaak C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, *EHRC* 2014/141, *NJ* 2014, 354, m.nt. Mok (*Pfleger*); HvJ EU 8 mei 2014, zaak C-483/12, ECLI:EU:C:2014:304, *EHRC* 2014/162 (*Pelckmans*). Zie Bulterman 2015, p. 61-62.

181 Bulterman 2015, p. 13-16.

economische of een handelsactiviteit uit te oefenen en de contactuele vrijheid zijn erkend[182] en op artikel 119, eerste en derde lid, VWEU.

Of en in hoeverre het Handvest toegevoegde waarde heeft in de context van normalisatie en conformiteitsbeoordeling moet zich nog uitwijzen. In het bijzonder biedt jurisprudentie nog weinig houvast voor beantwoording van de vraag in hoeverre het Handvest in een horizontale relatie tussen een burger en een conformiteitsbeoordelende of normalisatie-instelling van toepassing kan zijn en wat dat kan betekenen.[183]

182 Zie onder meer HvJ EG 14 mei 1974, zaak C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51 (*Nold/Commissie*), r.o. 14; HvJ EG 27 september 1979, zaak C-230/78, ECLI:EU:C:1979:216 (*SpA Eridania e.a./Italië*), r.o. 20 en 31; HvJ EG 5 oktober 1999, zaak C-240/97, ECLI:EU:C:1999:479 (*Spanje/Commissie*), r.o. 99.

183 Zie over horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest: Bulterman 2015, p. 65-67.

4 IJkpunten voor gebruik van normalisatie en conformiteits-beoordeling in het publieke domein

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt nagegaan wat belangrijke ijkpunten zijn bij keuzes van de wetgever of het bestuur inzake inschakeling van normalisatie en conformiteits-beoordeling en welke betekenis zij in dat kader hebben. Daarbij gaat het in de kern om twee keuzemomenten: óf zij worden ingeschakeld en zo ja, op welke manier. Voor de beantwoording van de vraag of een bepaalde manier van inschakelen van deze instrumenten verantwoord is, moeten we verder kijken dan het geldende recht. Een verantwoord gebruik betekent dat het handelen van de wetgever, bestuursorganen, normalisatie- en conformiteitsinstellingen dat gericht is op de behartiging van een bepaald publiek belang in onderlinge samenhang bezien, voldoet aan bepaalde kwaliteitsmaatstaven ofwel ijkpunten.

Bij de bespreking van de hierna volgende ijkpunten bij de beslissingen 'of' en 'hoe' in dit hoofdstuk is geen volledigheid nagestreefd. Het gaat om een verkenning.

4.2 Inspiratiebronnen voor ijkpunten

Bij het bepalen van de inhoud van kwaliteitsmaatstaven waaraan moet worden voldaan bij gebruik van conformiteitsbeoordeling of normalisatie voor behartiging van publieke belangen, kunnen beginselen van behoorlijke wetgeving als inspiratiebron dienen. Als beginselen van behoorlijke wetgeving gelden in het Verenigd Koninkrijk de volgende vijf '*Principles of Good Regulation*':

a. proportionality: regulators should only intervene when necessary. Remedies should be appropriate to the risk posed and costs identified and minimised;
b. accountability: regulators must be able to justify decisions and be subject to public scrutiny;
c. consistency: government rules and standards must be joined up and implemented fairly;
d. transparency: regulators should be open and keep regulations simple and user-friendly;

e. targeting: regulations should be focused on the problem and minimise side effects.[1]

Ook de *Aanwijzingen voor de regelgeving* zijn van belang. Deze zijn vastgesteld bij besluit van de minister-president 'handelend in overeenstemming met het gevoelen van de raad van ministers.'[2] De aanwijzingen zijn bedoeld om in acht te worden genomen door ambtenaren van ministeries. Voor inschakeling van normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn in het bijzonder de aanwijzingen 6, 7 en 8 relevant. De aanwijzingen 6, 7 en 8 kunnen worden gezien als een uitdrukking van de basisgedachte dat burgers zo veel mogelijk in staat moeten worden gesteld zichzelf de wet te stellen.[3]

> Aanwijzing 6 bepaalt dat tot het tot stand brengen van nieuwe regelingen alleen wordt besloten, indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan.
> In aanwijzing 7 is neergelegd welke stappen moeten worden gezet alvorens tot het treffen van een regeling wordt besloten. Belangrijke stappen betreffen (a) kennisvergaring, (b) concrete en nauwkeurige vaststelling van doelstellingen en (c) onderzoek in hoeverre de doelstellingen door middel van zelfregulerend vermogen kunnen worden gerealiseerd dan wel daarvoor overheidsinterventie noodzakelijk is. Indien overheidsinterventie noodzakelijk is, wordt onderzocht hoe de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt (d).
> Aanwijzing 8 bepaalt dat bij het bepalen van de keuze voor een mogelijkheid tot overheidsinterventie om een doelstelling te bereiken zo veel mogelijk wordt aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren.

In de toelichting wordt gesteld dat ook wanneer overheidsinterventie noodzakelijk is, aangesloten kan worden bij het zelfregulerende vermogen door gebruik te maken van normalisatie en certificatie.

> Voor de afweging wanneer en in welke mate dit aanvaardbaar is, is met name paragraaf 2.1 van de aanwijzingen relevant. Daarin zijn aanwijzingen opgenomen over duidelijkheid van de doelstellingen en of die met regelgeving zijn te bereiken (in het bijzonder aanwijzingen 7 en 9), hanteerbaarheid van regels (aanwijzing 10), zo beperkt mogelijke lasten voor burgers, bedrijven en instellingen (aanwijzingen 9 en 13) en proportionaliteit tussen doelen van een regeling en de voor een of meer belanghebbende nadelige gevolgen (aanwijzing 15).

---

1 Dit toetsingskader komt op hoofdlijnen overeen met toetsingskaders die in veel andere Europese landen, waaronder Nederland, worden gehanteerd. De meeste staten hebben geen wet waarin kwaliteitseisen voor wetgeving zijn neergelegd. Een uitzondering is het Verenigd Koninkrijk, waarin deze eisen zijn neergelegd in de 'Legislative and Regulatory Reform Act 2006'. Van Ommeren 2012, p. 108.

2 De huidige aanwijzingen zijn vastgesteld bij besluit van 18 november 1992 (*Stcrt.* 1992, 230) en laatstelijk gewijzigd bij besluit van 1 april 2011 (*Stcrt.* 2011, 6022).

3 Zie in dit kader over het 'gebod van autonomie' voor de wetgever: Witteveen 2015, p. 339-347.

In de toelichting bij aanwijzing 8 worden, voor zover hier relevant, als aandachtspunten genoemd:

- het voorkomen van verstoring van mededinging;
- het voorkomen van dubbele uitvoeringslasten voor de burger of het bedrijfsleven (als gevolg van naast elkaar gelden van publieke en private normen);
- de wetgever moet zo veel mogelijk nagaan of bij totstandkoming van de normen alle relevante belangen betrokken zijn;
- tevoren moet bedacht worden dat de certificerende en accrediterende instellingen bestuursorgaan in de zin van de Awb zijn voor zover hun openbaar gezag is toegekend en of het wenselijk is dat zij zelfstandig bestuursorgaan zijn;
- aanwijzingen 92 (statische en dynamische verwijzing) en 190 (kenbaarheid van normen), zijn van belang voor normen van niet-publiekrechtelijke oorsprong en buitenlandse of internationale normen (zie hierover ook par. 2.2.5 en 2.2.6).[4]

De *beginselen van goed of deugdelijk bestuur* zijn eveneens een uitstekende bron voor een beoordelingskader voor gebruik van normalisatie of conformiteitsbeoordeling door de overheid. Als beginselen van goed of deugdelijk bestuur kunnen worden genoemd:

a. openheid en integriteit. Het bestuur is open en integer en maakt duidelijk wat het daaronder verstaat. Het geeft in zijn gedrag het goede voorbeeld, zowel binnen de organisatie als daarbuiten;
b. participatie. Het bestuur weet wat er leeft in de maatschappij en laat zien wat het daarmee doet;
c. behoorlijke contacten met burgers. Het bestuur zorgt ervoor dat hijzelf en de organisatie zich behoorlijk gedragen in contacten met burgers;
d. doelgerichtheid en doelmatigheid. Het bestuur maakt de doelen van de organisatie bekend en neemt de beslissingen en maatregelen die nodig zijn om de gestelde doelen te behalen;
e. legitimiteit. Het bestuur neemt de beslissingen en maatregelen die het mag nemen en die in overeenstemming zijn met geldende wet- en regelgeving. De beslissingen zijn te rechtvaardigen;
f. lerend en zelfreinigend vermogen. Het bestuur verbetert zijn prestaties en die van de organisatie, en richt de organisatie hier op in;
g. verantwoording. Het bestuur is bereid zich regelmatig en ruimhartig jegens de omgeving te verantwoorden.[5]

4 *Stcrt.* 2000, 191, p. 1, 7. Deze aanvulling is mede gebeurd op basis van de nota 'Internationaal is de norm'. *Kamerstukken II* 1999/2000, 21 670, nr. 10.

5 Nederlandse code voor goed openbaar bestuur. Beginselen van deugdelijk overheidsbestuur, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2009; vgl. Addink 2010, p. 28-31. Addink noemt de mensenrechten, de code niet.

Daarnaast kunnen ook *fundamentele rechten* voor dit beoordelingskader van betekenis zijn, zoals het recht op leven en op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (zie par. 3.5).[6] Fundamentele rechten en beginselen van goed bestuur vertonen overigens enige overlap. In artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is het recht op behoorlijk bestuur neergelegd en uitgewerkt.[7]

Voor de toetsing of bij gebruik van conformiteitsbeoordeling of normalisatie aan bepaalde ijkpunten wordt voldaan, kan gebruik worden gemaakt van wat we uit *(empirisch) onderzoek* weten over het functioneren van systemen van normalisatie en conformiteitsbeoordeling. Daarbij gaat het vooral om het realiseren van gestelde doelen en doelmatigheid. Resultaten van dergelijk onderzoek zijn dan ook in de volgende paragrafen verwerkt.[8]

4.3 IJkpunten bij de beslissing normalisatie of conformiteitsbeslissing te gebruiken

In deze paragraaf bespreek ik de volgende ijkpunten voor de beantwoording van de vraag of normalisatie of conformiteitsbeoordeling door de overheid verantwoord kan worden gebruikt voor de behartiging van publieke belangen:

- formeeldemocratische legitimiteit (par. 4.3.1);
- sociale en marktlegitimiteit en participatie (par. 4.3.2);
- kenbaarheid (par. 4.3.3);
- doeltreffendheid (par. 4.3.4);
- doelmatigheid (par. 4.3.5).

Waar nodig wordt bij een ijkpunt afzonderlijk ingegaan op de betekenis voor normalisatie en die voor conformiteitsbeoordeling.

4.3.1 Formeeldemocratische legitimiteit

Waar in wetgeving naar technische normen wordt verwezen of naar conformiteitsverklaringen, luistert nauw dat de normen of beslissingen inzake conformiteitsverklaringen uiteindelijk democratisch zijn gelegitimeerd.

Democratische legitimatie in enge, meer formele zin opgevat, houdt in dat de burgers bindende beslissingen worden genomen door een vertegenwoordigend

6 Zie ook Addink 2010, p. 28, 31.

7 Over de toepasselijkheid van het Handvest is in par. 3.5.4 een en ander opgemerkt. Ik volsta hier met de opmerking dat art. 41 van het Handvest mede een bron van rechten van burgers tegenover het bestuur kan zijn. Genoemd kunnen worden de rechten van de verdediging, het recht om te worden gehoord en het recht op een onpartijdige behandeling van de zaak. Verhelderend hierover: Timmermans & Schlössels 2015.

8 Zie voor vergelijkbare analyses het preadvies van Scheltema, in het bijzonder par. 2.4, 2.5.4, 2.5.5, 3.3, 5.2 en 5.3.

orgaan, dus waarvan de leden gekozen zijn tijdens vrije en geheime verkiezingen, of door een orgaan dat voor zijn beslissing verantwoording is verschuldigd aan een vertegenwoordigend orgaan. Tegen die achtergrond is verwijzing naar technische normen of resultaten van conformiteitsbeoordeling in wetgeving of bestuursbesluiten kwetsbaar. Als de wetgever naar normen verwijst dienen zij door hem daadwerkelijk vooraf te zijn getoetst op draagvlak, inhoudelijke kwaliteit en overeenstemming met geschreven en ongeschreven recht en moet die toetsing zijn neergelegd in voor ieder toegankelijke documenten.[9] Dit betekent dat in beginsel statisch naar normen wordt verwezen. Bij een statische verwijzing vindt de verwijzing naar een normdocument plaats met vermelding van vindplaats en jaar van uitgaaf. Als de inhoud van het normdocument wijzigt, is het pas bindend als de wetgever naar het gewijzigde normdocument heeft verwezen. Deze wijze van verwijzing is overigens de gebruikelijke (en conform aanwijzing 92, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving).

Als in regelgeving enig rechtsgevolg wordt verbonden aan een bepaalde conformiteitsverklaring, zou moeten zijn voorzien in een bevoegdheid van een minister om de conformiteitsbeoordelende instantie aan te wijzen en daarop toezicht te houden. De minister dient dan te bewaken dat de conformiteitsbeoordelende instelling in haar functioneren blijk geeft van doeltreffendheid ofwel effectiviteit, integriteit, bekwaamheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Afhankelijk van de rechtsgevolgen die aan een conformiteitsverklaring of een norm zijn verbonden, kan het in meer of mindere mate van belang zijn dat bestuursorganen een rol hebben bij de totstandkoming van normen of van beoordelingsrichtlijnen die bij die conformiteitsbeoordeling worden gehanteerd. Door betrokkenheid aan de dag te leggen, kan het bestuursorgaan in een vroeg stadium medeverantwoordelijkheid nemen voor de totstandkoming van duidelijke, adequate en voor de praktijk werkbare normen of beoordelingsrichtlijnen.[10]

4.3.2 Sociale en marktlegitimiteit en participatie

Formeeldemocratische legitimiteit van normen en conformiteitsbeoordeling waaraan rechtsgevolgen worden verbonden is niet voldoende. Democratie is een (veel) ruimer begrip. Het gaat niet alleen om de mogelijkheden voor burgers om invloed op beleid uit te oefenen via vertegenwoordigende organen. Daarbij horen (naar huidige opvatting) ook participatie van alle betrokkenen en de mogelijkheden voor hen om zelf keuzes te maken, verantwoording, transparantie en openbaarheid.[11]

Als voordeel van vormen van zelfregulering als normalisatie en conformiteitsbeoordeling (in vergelijking met wetgeving) wordt juist genoemd dat een grote bereidheid bij geadresseerden kan bestaan om zich te committeren aan bepaalde technische normen of een bepaald systeem van conformiteitsbeoordeling als zij

9 Vgl. Van Gestel & Micklitz 2013, p. 178.
10 Zie hierover, voor zover het gaat om conformiteitsbeoordeling: Evers 2004, p. 210, 213; Eijlander, Evers & Van Gestel, 2003, p. 34; *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 2, 21.
11 Verhelderend in dit kader: Van Ommeren 2008b.

de inhoud van de normen of beoordelingsrichtlijnen kunnen beïnvloeden.[12] Dit brengt mee dat een normcommissie of college van deskundigen evenwichtig moet zijn samengesteld en alle betrokken belangen erin moeten zijn vertegenwoordigd. Het betekent ook dat zij namens degene die zij vertegenwoordigen autonoom een standpunt in kunnen nemen.[13] Wat Europeesrechtelijk, statutair en reglementair en beleidsmatig op dit punt voor normalisatie in Nederland is geregeld en in hoeverre daarmee legitimiteit kan worden gerealiseerd, werd beschreven in paragraaf 3.2.2. Voor conformiteitsbeoordeling bestaan ter zake geen algemene regels; de regels verschillen per gebied en instantie. Bij de beslissingen van de RvA over acceptatie van schemabeheerders en beoordelingsrichtlijnen wordt overigens ook gekeken naar draagvlak en een evenwichtige samenstelling van de commissies die beoordelingsrichtlijnen vaststellen (zie par. 2.3.4.2).

Zowel bij normalisatie en conformiteitsbeoordeling is er een risico dat machtsconcentraties van enkele markpartijen te veel een stempel op de uitkomsten van besluitvorming drukken en innovatie wordt belemmerd.[14] In paragraaf 3.2.2.1 kwam aan de orde dat met name krachtige marktpartijen de keuze maken deel te nemen aan normalisatie. Eerder verricht onderzoek op het gebied van conformiteitsbeoordeling heeft laten zien dat de samenstelling van colleges van deskundigen kwetsbaar is met betrekking tot de evenwichtigheid ervan.[15] De procedures die bij deze colleges worden gehanteerd zijn, anders dan die van de normalisatie-instellingen, vaak niet bekend. Algemene regels ten aanzien van de samenstelling en de procedures ontbreken.[16]

Participatie van alle belanghebbende groeperingen – inclusief belangen- en ideële organisaties – is van belang voor sociale legitimiteit (ofwel maatschappelijk draagvlak) van normalisatie of conformiteitsbeoordeling. Sociale legitimiteit vraagt om regels en procedures die een kader bieden voor open beraadslagingen tussen deze groeperingen.[17] Participatie van alle partijen op een markt en regels en procedures die dat faciliteren zijn daarnaast van groot belang voor de 'marktlegitimiteit' van normalisatie of conformiteitsbeoordeling.

Ook mededingingsrechtelijk brengt eenzijdigheid in samenstelling van normcommissies of colleges van deskundigen – bijvoorbeeld ondervertegenwoordiging van het mkb – risico's met zich. Als de wetgever naar normalisatie of conformiteitsbeoordeling verwijst, is er, net als wanneer wetgever of bestuur zelf regulerend optreden, een risico van inbreuk op het vrij verkeer van goederen en diensten als bedoeld in het VWEU. Een en ander werd besproken in paragraaf 3.4.

Met overheidsdeelname kan het evenwicht tussen de belangen van de betrokken partijen worden bewaakt. Door participatie in normcommissies of colleges van

12 Eijlander 1993, p. 231; Van Ommeren 2012, p. 212-213.
13 Scott 2010, p. 7; Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 19-20, 32; Peeters, Neerhof & De Boer, p. 67; *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p.12-19: Neerhof 2011, p. 309.
14 Zie bijvoorbeeld Scholten & De Wildt 2013, p. 68-72; interview gehouden met Nico Scholten, expert regelgeving en adviseur, Stichting Expertisecentrum Regelgeving Bouw, 27 juni 2014.
15 CvD's zouden niet altijd evenwichtig zijn samengesteld: Evers 2002, p. 104; Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 69-70, 73.
16 Evers 2002, p. 105, 211-213.
17 Schepel 2005, p. 412-413.

deskundigen kunnen bestuursorganen bijdragen aan draagvlak van normen en conformiteitsbeoordeling (in het bijzonder de beoordelingsrichtlijnen) bij alle betrokkenen.[18] Zo is er voor wat betreft beoordelingsrichtlijnen enige empirische basis voor de veronderstelling dat de motivatie in een sector om verantwoordelijkheid te dragen voor goede beoordelingsrichtlijnen en deze na te leven geringer is, als betrokken bestuursorganen niet duidelijk aanwezig zijn in het proces van totstandkoming ervan. Bij normalisatie en bij conformiteitsbeoordeling is er echter de algemene tendens dat overheden afstand houden tot normcommissies en CvD's en daarin veelal niet participeren.[19]

Voor draagvlak van normalisatie en conformiteitsbeoordeling zijn 'modes of control and accountability' nodig.[20] Daarmee kan tegendruk worden geboden aan druk om kosten te reduceren en op kwaliteit te besparen.[21] Die tegendruk kan worden georganiseerd met transparantie over gehanteerde procedures, werkwijzen en betrokken partijen. Wettelijke of reglementaire bepalingen over samenstelling en werkwijzen van commissies en colleges, zoals bijvoorbeeld in de Normalisatieverordening en Statuten en Huishoudelijk reglement van NEN, kunnen daarbij een functie vervullen. Die functie kan echter hooguit een beperkte zijn, zeker als sanctie-instrumenten van overheidswege afwezig of beperkt zijn en, gelet op doelstellingen van zelfregulering, onwenselijk kunnen zijn. Openbaarmaking van de samenstelling van de gremia en gevolgde procedures zijn minstens zo belangrijk.

Voor draagvlak is verder nodig dat normcommissies, schemabeheerders en conformiteitsbeoordelende instanties in gesprek blijven met alle betrokken partijen over de genomen beslissingen en in het openbaar verantwoording afleggen voor tekortkomingen daarin. Er moet ook verantwoording worden afgelegd voor wat er gedaan wordt met inzichten die in de praktijk van toepassing van een norm of conformiteitsbeoordeling zijn verkregen.[22]

4.3.3 Kenbaarheid

In een democratische rechtsstaat moeten burgers kunnen weten aan welke regels zij gebonden zijn.[23] Ook technische normen en beoordelingsrichtlijnen moeten

18 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 83.

19 Daarmee voorkomen overheden dat zij zich binden aan de uitkomsten. Zie voor wat betreft participatie in CvD's: Neerhof 2013, p. 102-103; Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 67; Evers 2002, p. 215.

20 Scott 2010, p. 8.

21 Scott 2010, p. 11. Als de kosten van normalisatie (deelname en gebruik) en van conformiteitsbeoordeling te hoog zijn, staat het draagvlak ook onder druk omdat een te klein deel van een sector deelneemt. Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 19-20, 32; Peeters, Neerhof & De Boer, p. 67.

22 Vgl. Scott 2010, p. 12. In het voorafgaande gaat het om 'democracy beyond the state' en 'democratic legitimacy as a function of communication rather than representation'. Zie Schepel 2012, p. 365-367.

23 Zie over de eis dat wetten openbaar zijn: Witteveen 2015, p. 136-166.

in beginsel kenbaar zijn, in het belang van transparantie van besluitvorming en een open markt.

Over kenbaarheid van *normen* is al veel inkt gevloeid en er is ook in dit preadvies het een en ander over opgemerkt (par. 3.2.3). Noch het EVRM, noch het Unierecht, noch het nationale recht werpt belemmeringen op om een vergoeding voor het inzien te bedingen, ook als de wetgever ernaar verwijst. Vergoedingen kunnen gerechtvaardigd zijn omwille van bescherming van intellectuele eigendom. Zij moeten niet zo hoog zijn, dat zij leiden tot marktafscherming. Vergoedingen kunnen worden bedongen, mits de vergoeding die wordt bedongen redelijk is. Daarbij is mijns inziens van belang dat de normen veelal slechts door professionals kunnen worden begrepen en toegepast. Voor de bepaling van de hoogte van een vergoeding mag meewegen in hoeverre de 'gebruikers' zelf profijt hebben van een norm in de communicatie met andere marktpartijen. Des te meer profijt, hoe hoger de bedongen vergoeding naar mijn mening moet kunnen zijn.

Voor *beoordelingsrichtlijnen* die de basis vormen van conformiteitsbeoordeling bepalen internationale standaarden dat zij openbaar moeten zijn. Hieraan wordt zeker niet altijd voldaan. Het kabinet kondigde in 2003 in zijn standpunt over het gebruik van certificatie en accreditatie in het kader van overheidsbeleid aan in samenspraak met de centrale colleges van deskundigen, conformiteitsbeoordelingsinstanties en de RvA te streven naar een zo groot mogelijk transparantie. De internetsites van instanties zouden het geëigende medium zijn om daaraan gevolg te geven. 'Bij transparantie kan gedacht worden aan de publicatie van formele documenten, werkwijze in de praktijk, procedures en klachtenregelingen, en wellicht ook aan het openbaar maken van de resultaten van individuele certificaties.'[24] Nader onderzoek zou moeten uitwijzen wat terecht is gekomen van deze voornemens.

Er kunnen vergoedingen zijn verschuldigd voor het gebruik van een beoordelingsrichtlijn door een conformiteitsbeoordelingsinstantie. Aandachtpunt is of dit niet leidt tot afscherming van de markt voor conformiteitsbeoordelende instellingen en/of indirect voor producenten die op een bepaalde markt willen toetreden.

4.3.4 Doeltreffendheid

Gebruik van conformiteitsbeoordeling of normalisatie is zinvol als dat doeltreffend is. Onder doeltreffendheid versta ik de mate waarin een gesteld doel wordt bereikt.[25] Voor beantwoording van de vraag moet gekeken worden naar de juridische randvoorwaarden en naar beschikbare kennis over de omstandigheden waaronder deze instrumenten doeltreffend zijn.

4.3.4.1 Randvoorwaarden: juridisch en feitelijk

Eén belangrijk argument dat kan pleiten voor normalisatie of conformiteitsbeoordeling ter borging van publieke belangen is dat bij de private instellingen die deze activiteiten verrichten, anders dan bij de overheid, de kennis in huis is om

24 *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 19.
25 Zie Michiels 1998, p. 6.

ingewikkelde processen, producten of systemen goed te beoordelen. De overheid loopt met name bij snelle technische ontwikkelingen snel achter de feiten aan.[26] Niet voetstoots kan echter worden aangenomen dat dit voordeel zich kan realiseren.

Voor wat betreft het gebruik van normalisatie en conformiteitsbeoordeling kan als eerste voorwaarde worden genoemd iets wat aan het gebruik van zelfregulering door de wetgever in het algemeen wel wordt gesteld. Die voorwaarde houdt in dat de belangen van het individu of de groep waar het om gaat niet te veel moeten verschillen van het belang dat de overheid ermee wil realiseren. Zo kunnen de belangen van een bedrijfstak dermate contrasteren met de publieke belangen, dat de overheid het stellen van regels en het toezicht op de naleving bij zichzelf moet houden.[27]

Een tweede voorwaarde vormen fundamentele rechten. Als wordt overwogen bepaalde risicovolle activiteiten niet meer rechtstreeks aan een systeem van overheidstoestemmingen en -toezicht te onderwerpen, maar normstelling voor en toezicht daarop primair aan private partijen over te laten, moet een aandachtspunt zijn of de overheid haar verantwoordelijkheden gelet op in het bijzonder artikel 2 EVRM en artikel 8 EVRM met de beoogde wettelijke regeling nog kan waarmaken. Het gebruik van conformiteitsbeoordeling is niet aangewezen als direct overheidsoptreden nodig is om voor acute problemen een oplossing te bieden. In gevallen van ernstige risico's voor gezondheid of veiligheid lijkt gebruikmaking van conformiteitsbeoordeling als enige instrument, zonder enige overheidsbetrokkenheid, niet aan de orde.[28]

Verder is gebruik van met name conformiteitsbeoordeling niet geïndiceerd als risico's van onvolledige regelnaleving niet genomen kunnen worden. Dit is het geval als is gekozen voor een reguleringsvorm waarbij regelontduiking meteen de door de norm beoogde effecten frustreert, zoals bijvoorbeeld bij een systeem van verhandelbare emissierechten.[29]

4.3.4.2 Kwaliteit van normen

In een democratische rechtsstaat behoren wetten en regels hanteerbaar te zijn voor alle betrokkenen en bruikbaar te zijn voor degenen die ermee moeten werken.[30] Normen zijn alleen nuttig voor realisatie van een bepaald belang als zij technisch-inhoudelijk geschikt zijn om het ermee beoogde doel te bereiken. In de 'checklist lastenarm maken normen' van NEN is dan ook neergelegd dat de desbetreffende beleidscommissie moet besluiten of de norm het juiste instrument is voor het behalen van het doel dat betrokkenen ermee willen bereiken. De te maken keuzen in de norm dienen te zijn afgesteld op het te bereiken doel. Een norm moet eenduidige eisen en afspraken bevatten die niet voor meerdere uitleg

26 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1 (Kabinetsstandpunt Certificatie en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid), p. 14; Backx 1995, p. 93; Van Ommeren 2012, p. 218 en daarin opgenomen verwijzingen; Eijlander 1993, p. 228.

27 Eijlander, Evers & Van Gestel 2003, p. 19-20, 32; Eijlander 2000, p. 18; De Ridder 2009, p. 39.

28 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p.13-14.

29 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 95.

30 Vgl. Witteveen 2015, p. 308-329, over het gebod van hanteerbaarheid voor de wetgever.

vatbaar zijn. Zij moet in duidelijke taal gesteld zijn en niet onnodig complex zijn, zodat de gebruiker deze goed toe kan passen.[31] Waar mogelijk moet een eenvoudige toepassingsvariant worden opgenomen. Significante technische wijzigingen van een norm ten opzichte van eerdere versies moeten volgens deze checklist worden gespecificeerd en de redenen voor de herziening van de norm moeten in het voorwoord worden gegeven. Een norm moet compatibel zijn met de organisatieprocessen binnen de sector waar hij moet worden toegepast.[32]

Als voordeel van normalisatie wordt vaak genoemd de expertise die daarbij wordt ingebracht door private partijen. Of en wanneer dit voordeel zich daadwerkelijk realiseert, is natuurlijk de vraag.

> Onderzoek *in de bouwwereld* laat zien dat bouwfouten zelden een gevolg zijn van gebrekkige technisch-inhoudelijke kwaliteit van de normen.[33] Toch is er kritiek op de normen in de bouw. De inhoud van die kritiek is nogal technisch van aard, maar kan als volgt worden samengevat. De voorschriften in het Bouwbesluit 2012 zouden in samenhang met de technische normen waarnaar in dat besluit wordt verwezen niet altijd goede vertalingen zijn van de doelstellingen van dit besluit, zoals energiezuinigheid. Dit houdt verband met leemten in technische kennis.[34] Verder blijken de normen (inclusief voorschriften die ernaar verwijzen) vaak complex te zijn en te weinig samenhang te hebben. Daardoor zouden ontwerp- en/of uitvoeringsfouten kunnen ontstaan die op hun beurt kunnen leiden tot instortingen en andere incidenten.[35] De relatie tussen de inhoud van normen en achterliggende doelen en inzichten zou niet goed kenbaar zijn waardoor het kan gebeuren dat de normen 'blind' worden toegepast.[36]
>
> Vereenvoudigen van normen is vaak niet zonder meer mogelijk.[37] Oplossingen zouden vooral moeten worden gezocht in het vergroten van kennis over wet- en regelgeving bij 'gebruikers'.[38] Dit kan door het verder ontwikkelen van praktijkrichtlijnen voor generalisten die bij hun kennis aansluiten en ten minste het beschermingsniveau van de normen opleveren.[39]

Wat hier over kwetsbaarheden van normen voor de bouw wordt gesteld in termen van doeltreffendheid en hanteerbaarheid, kan ook in meer of mindere mate spelen bij normen voor andere sectoren. Voor het krijgen van inzicht in de mate waarin dat het geval is, welke factoren daarop van invloed zijn en welke

---

31 Een norm moet zo weinig mogelijk doorverwijzingen bevatten naar andere normen die voor de toepassing essentieel zijn.

32 NEN doc. nr. 2012-14, nrs. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 en 13.

33 Neerhof 2013, p. 137 en daarin opgenomen verwijzingen.

34 Scholten & De Wildt 2013, p. 68-72; Terwel 2014, p. 1, 21, 23.

35 VROM-Inspectie 2007, p. 18; Kool, Kolner & Van der Meer, 2003, p. 3, 14-15; Terwel, p. 21; VROM-Inspectie 2008, p. 38; Derkink & Mans 2007, p. 17; Derkink, Hamerlinck, Van der Sluis & Mans 2010, p. 22, p. 29-30.

36 Expertisecentrum Regelgeving Bouw 2011, p. 3, 27-29; Derkink & Mans 2007, p. 17; VROM-Inspectie 2007, p. 18.

37 Boot 2011; Derkink, Hamerlinck, Van der Sluis & Mans 2010, p. 29-30.

38 Boot 2011.

39 Derkink, Hamerlinck, Van der Sluis & Mans 2010, p. 29-30; Derkink & Mans 2007, p. 18.

oplossingen mogelijk zijn, is echter nader onderzoek nodig. Daarbij kan ook onder de loep worden genomen wat aansprakelijkheidsrecht zou kunnen bijdragen aan de kwaliteit van normen.[40]

4.3.4.3 Kwaliteit van conformiteitsbeoordeling

De kwaliteit van conformiteitsbeoordeling moet gewaarborgd zijn. Als algemene eisen waaraan conformiteitsbeoordelende instellingen bij uitvoering van beoordelingsactiviteiten moeten voldoen, worden in internationale en Europese standaarden onder meer genoemd: objectiviteit, specialiteit, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en zorgvuldigheid (zie par. 3.3.2).[41] Over de inhoudelijke kwaliteit en betrouwbaarheid van conformiteitsbeoordelingen is een en ander bekend. In hun 'Signalering certificering en toezicht'[42] uit 2015 stellen de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA), de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) en de Inspectie SZW (ISZW) vast dat in de praktijk het bezit van certificaten of keurmerken niet in alle gevallen voldoende zekerheid biedt dat de desbetreffende bedrijven de wet- en regelgeving volledig naleven. Als risico's bij gebruik van certificatie bij een toezichtregime worden genoemd:

- de controles door de certificerende instellingen (CI's) zijn niet (altijd) van voldoende kwaliteit of niet voldoende inzichtelijk voor de Rijkstoezichthouder;
- CI's zijn vaak terughoudend in het nemen van maatregelen of sancties wanneer bedrijven de certificatie-eisen niet of onvoldoende naleven.[43]

Als mogelijke oorzaak wordt genoemd dat CI's commerciële partijen zijn. Een CI wordt door een certificaathouder betaald voor het verkrijgen van het certificaat. Economische omstandigheden leiden er volgens de signalering toe dat er druk is op de CI's om zo goedkoop mogelijk te werken, waardoor de kwaliteit van controles onder druk kan komen te staan.[44]

Het is gebruikelijk dat conformiteitsbeoordelende instanties functioneren op een open markt. Dit geldt veelal ook als overheden er gebruik van maken en bij wet is bepaald dat de instellingen door de minister worden erkend of aangewezen. In beginsel kan iedere instelling zich dan kwalificeren voor een erkenning of aanwijzing.[45] Van een open markt kan een stimulans uitgaan om prijzen naar beneden bij te stellen.[46]

Een open markt levert ook risico's op, waarop de rijksinspectiediensten in hun signalering terecht wijzen en waarop ook door anderen al veelvuldig is gewezen. Wedijver om de gunst van de bedrijven kan worden bevorderd. Bedrijven kunnen

40 Zie hierover Schepel 2005, p. 384-387, 400-401.
41 Evers 2002, p. 96-101. Vgl. Gabriël-Breukers 2008, p. 55-60.
42 Bijlage bij een brief die door de minister van Economische Zaken op 14 januari 2015 naar de Tweede Kamer is gezonden. *Kamerstukken II* 2014/15, 29304, nr. 5.
43 Signaleren certificering in toezicht, p. 5.
44 Signaleren certificering in toezicht, p. 6.
45 Dat de criteria niet helder kunnen zijn, is een andere kwestie.
46 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 72.

dan gaan doen aan 'forumshopping' om een zo gunstig mogelijke beoordeling tegen zo gering mogelijk kosten te verkrijgen. De onafhankelijke positie van de instelling ten opzichte van cliënt kan onder druk komen te staan, waardoor de betrouwbaarheid van de conformiteitsverklaring negatief kan worden beïnvloed.[47]

Wedijver hoeft niet zonder meer ten koste te gaan van kwaliteit. De markt kan ook prikkels bieden voor goede conformiteitsbeoordelingen. Cliënten kunnen zelf belang hebben bij uitgebreide en strenge beoordelingen. Beoordelende instellingen zullen belang hechten aan een betrouwbaar imago.[48] Ook kan van aansprakelijkheidsrisico's bij cliënten druk uitgaan om conformiteitsbeoordelingen zorgvuldig te verrichten. Als de aansprakelijkheidsrisico's in de sector zelf groot zijn, zullen de te controleren bedrijven eerder kiezen voor een hoogwaardige controle.[49] Van aansprakelijkheidsrisico's voor de conformiteitsbeoordelende instellingen zou ook druk kunnen uitgaan. Deze instellingen lijken hun aansprakelijkheid jegens de aanvrager in de praktijk echter in vergaande mate te exonereren (zie par. 3.5.5). Een conformiteitsbeoordelende instantie kan echter ook jegens een derde – in het bijzonder de afnemer van de aanvrager van een conformiteitsverklaring die op de juistheid van de verklaring vertrouwde – aansprakelijk zijn op grond van onzorgvuldig handelen jegens hem, als zij in strijd met de eigen regels de verklaring heeft afgegeven.[50]

Welke effecten marktwerking heeft op de partijdigheid of onpartijdigheid van de instellingen ten opzichte van de klanten en welke rol aansprakelijkheden daarbij kunnen spelen, kan moeilijk zijn in te schatten.[51] Het is echter eerst verantwoord om conformiteitsbeoordeling in te schakelen in het publieke domein als hier een goed beeld van bestaat. Over betrouwbaarheid van erkende kwaliteitsverklaringen voor bouwproducten en -processen (waarmee kan worden aangetoond dat bij de toepassing ervan aan bepaalde eisen uit het Bouwbesluit 2012 wordt voldaan) is het een en ander bekend uit een evaluatie die is uitgevoerd in opdracht van de minister van BZK (2011).

> Daaruit komt naar voren dat de meerderheid van ambtenaren van het gemeentelijk bouw- en woningtoezicht weinig vertrouwen had in de markt van erkende kwaliteitsverklaringen en weinig zicht had op de impact van het stelsel van erkende kwaliteitsverklaringen voor borging van eisen uit de bouwregelgeving. Er zouden mogelijkheden bestaan tot 'frauduleus handelen'. Dat betekent dat erkende kwaliteitsverklaringen zouden kunnen worden afgegeven voor een product of proces en de toepassing, terwijl in werkelijkheid niet is gegarandeerd dat aan nader genoemde eisen uit de

47 Evers 2004, p. 208-210; Evers 2002, p. 105-109, 221-223, 226, 228-229; Van Gestel 2005, p. 6-7; Peeters, Neerhof & De Boer 2003, p. 72-73; vgl. Gabriël-Breukers 2008, p. 153, 170-171, 327. De asbestsector is een voorbeeld van een sector 'waarin het goed mis is gegaan'.

48 Evers 2002, p. 223.

49 Zie onder meer Evers 2004, p. 211. Zie over de prikkelfunctie van het aansprakelijkheidsrecht: Giesen 2005, p. 42-44; Van Rossum 2005, p. 93-95; Hartlief 2003, p. 34.

50 Verbruggen 2013 inclusief verwijzingen naar jurisprudentie. Zie voor aansprakelijkheid van een conformiteitsbeoordelende instantie jegens een derde in het bijzonder HR 29 juni 2006, *RvdW* 2007/644 (*Stichting Nederlandse Algemene Kwaliteitsdienst Tuinbouw*), r.o. 3.3-3.5.

51 Evers 2002, p. 223.

bouwregelgeving is voldaan.[52] De coördinator van het stelsel van erkende kwaliteitsverklaringen, de Stichting Bouwkwaliteit (SBK), zou nauwelijks gebruikmaken van de mogelijkheid bij 'misstanden' certificaten uit het overzicht van erkende kwaliteitsverklaringen te verwijderen.[53] Veelzeggend zijn ook opmerkingen in een rapport van de VROM-Inspectie 'Private kwaliteitsborging in de bouwregelgeving', eveneens uit 2011. Daaruit blijkt dat haar signalen bereiken over mogelijke onregelmatigheden bij certificatie. De signalen 'doen vermoeden dat onder druk van de markt certificatie-instellingen certificaten afgeven die de toets der kritiek niet altijd kunnen doorstaan.'[54]

Het voorgaande ging specifiek over de bouw, maar de ervaringen overstijgen afzonderlijke sectoren. Empirisch onderzoek dat tot nu is verricht laat zien dat de betrouwbaarheid van conformiteitsbeoordeling in het algemeen groter kan worden als er al langer mee wordt gewerkt.[55]

Verder lijkt niet onbelangrijk hoe de RvA zijn taak vervult en of dit college gevoed wordt door relevante informatie van marktpartijen en van betrokken bestuursorganen met een handhavingstaak.[56] Cruciaal is ook of de RvA voldoende capaciteit heeft om zelfstandig onafhankelijk onderzoek te verrichten dat voor een accreditatie nodig is. Marktpartijen dragen de kosten van accreditatie. Dit leidt tot onderhandelingen.[57]

4.3.5 *Doelmatigheid*

Naast de vraag in welke mate gebruik van conformiteitsbeoordeling of normalisatie door de overheid bijdraagt aan gestelde doelen ofwel doeltreffend is, is er de vraag in welke mate het bereiken van het doel geschiedt tegen de geringste kosten. Dit is de vraag naar doelmatigheid.[58] Onder welke omstandigheden met conformiteitsbeoordeling of normalisatie op een doelmatigere wijze publieke belangen worden geborgd dan door middel van (alleen) overheidsoptreden, is uiteraard niet in het algemeen te zeggen. Wel is er een aantal aandachtspunten voor doelmatige inschakeling ervan.

---

52 Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 22. De precieze aard van de onregelmatigheden is een te complexe en te technische kwestie om hier verder te bespreken. Zie met name VROM-Inspectie 2011, p. 18.

53 Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 18.

54 VROM-Inspectie 2011, p. 18. Zie echter voor kritiek op de onderbouwing van de uitspraken: Neerhof 2013, p. 112-113. Vgl. ook reeds Scholten 2001a, p. 443-455 en Scholten 2001b, p. 139-140 over de kwaliteit van erkende kwaliteitsverklaringen.

55 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 74-77.

56 Als bestuursorganen hun bevindingen met betrekking tot conformiteitsbeoordelingsinstanties bij de RvA overleggen, kan de RvA daaraan bij zijn controles bij deze instanties extra aandacht besteden zodat de kwaliteit van de conformiteitsbeoordeling nog beter wordt bewaakt. *Kamerstukken II* 2014/15, 29304, nr. 5, p. 4.

57 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 79-83; Evers 2002, p. 110-111, 225-227.

58 Zie Michiels 1998, p. 6.

4.3.5.1 Normalisatie en doelmatigheid

In de 'checklist lastenarm maken normen' van NEN is neergelegd dat bij de vaststelling van een norm 'een weloverwogen keus' wordt gemaakt van de te maken afspraken en dat het proportionaliteitsprincipe hierop van toepassing is. Een norm mag niet leiden tot niet gerechtvaardigde verhoging van de (administratieve en nalevings)lasten voor de gebruiker. De lasten dienen in een gezonde verhouding te staan tot het te bereiken doel. De norm zal in principe geen eisen stellen die strenger zijn dan de in een wet vastgelegde eisen. Normen behoren geen onnodige beproevingen, onnodige eisen of onnodige keuringsfrequenties voor te schrijven. In een norm moet er extra aandacht zijn voor de processen van organisaties die de norm uiteindelijk gebruiken.[59]

Het vervangen van overheidsregulering door normalisatie kan onder omstandigheden zowel voor de overheid als voor particulieren een kostenbesparing opleveren. Of dat zo is, zal per bedrijfssector verschillen. Een kernfunctie van normalisatie is de communicatie in het economisch verkeer te vereenvoudigen en uniformeren. Daarmee kan worden bijgedragen aan het vermijden van onnodige kosten. Hierover weten we het een en ander op het gebied van het bouwen.

> Scholten heeft erop gewezen dat de technische normen het maatschappelijk verkeer *in de bouw* vele malen goedkoper maken dan wanneer die normen er niet zouden zijn. De 'gehele bouwkolom' zou er in de jaren tachtig op hebben aangedrongen dat de wetgever aansluit bij wat de bouw via normalisatie tot stand brengt, 'om te voorkomen dat door regelgeving die daar niet of onvoldoende op aansluit, extra werk moet worden gedaan waardoor bouwwerken duurder in stichtingskosten worden en bouwprocessen stroperiger'. De twee afgelopen decennia zou de verbeterde wijze van formuleren van NEN-normen bovendien een forse verbetering opgeleverd hebben ten aanzien van de eenduidigheid van technische specificaties en daarmee tot een forse kostenbesparing hebben geleid. De kosten die zijn gemoeid met aanschaf van normbladen zouden, afgezet tegen het telkens opnieuw via onderhandeling moeten specificeren van producten en bouwwerken, beperkt zijn. Scholten geeft (impliciet) aan dat die kosten ook geringer zijn dan die welke gemaakt zouden worden als de wetgever niet zou aansluiten bij normalisatie en de regulering van bouwkwaliteit geheel zelf op zich zou nemen. Dan zou de wetgever onvoldoende de communicatie en het handelsverkeer tussen bij de bouw betrokken partijen (kunnen) faciliteren.[60] Het is niet onaannemelijk dat normalisatie ook in andere sectoren de functie kan vervullen zoals zij die in de bouw vervult.

Of en in hoeverre met normalisatie een kostenbesparing wordt gerealiseerd in vergelijking met overheidsregulering waarin niet bij normalisatie wordt aangesloten, vraagt om nader onderzoek.

---

59 Zie voor de aanleiding tot de checklist en het daarin opgenomene over lasten: *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193 (Kabinetsreactie op kenbaarheid van normen en normalisatie), p. 6. In par. 4.2.4 genoemde eisen van eenduidigheid en leesbaarheid (duidelijke taal, niet onnodig complex, waar mogelijk een eenvoudige toepassingsvariant) kunnen ook in de sleutel van proportionaliteit worden geplaatst. NEN, doc. nr. 2012-14, nrs. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 13.

60 Scholten 2012.

4.3.5.2 *Conformiteitsbeoordeling en doelmatigheid*

In het algemeen draagt conformiteitsbeoordeling, als die wordt ingezet voor de borging van publieke belangen, het risico in zich van een administratieve lastenverschuiving van de overheid naar de sector zelf. Het vervangen van overheidstoezicht door meer conformiteitsbeoordeling kan de overheid besparingen opleveren, terwijl de kosten voor bedrijven en instellingen wel toenemen. Ook hoeft de inzet van conformiteitsbeoordeling niet zonder meer te betekenen dat de lasten van het toezicht door bestuursorganen ermee verminderen: het toezicht kan er ook vooral anders in plaats van minder door worden.[61] De minister van Economische zaken schrijft in een brief van 14 januari 2015 aan de Tweede Kamer dat per stelsel moet worden bekeken 'hoe het publieke toezicht en de certificatie het best op elkaar kunnen aansluiten. De uitdaging hierbij is dat er geen onnodige (dubbele) lasten ontstaan en er tegelijkertijd wel voldoende toezicht is om de naleving van wet- en regelgeving effectief te borgen'.[62]

Van kostenbesparingen die met conformiteitsbeoordeling zou kunnen worden gerealiseerd in vergelijking met 'puur' overheidstoezicht, kan ik geen algemeen beeld schetsen. Er is het een en ander bekend uit de wereld van de bouw.

> Van het eerder genoemde stelsel van erkende kwaliteitsverklaringen in de bouw is in een evaluatieonderzoek (2011) vastgesteld dat de *lastenverlichting* die het teweegbrengt voor de leveranciers, installatie- en bouwbedrijven en ambtenaren van bouw- en woningtoezicht gering is. Bij een uitgevoerde enquête was de score alleen bij leveranciers wat hoger.[63]

4.4 Enkele ijkpunten bij de keuze hoe normalisatie of conformiteitsbeoordeling te gebruiken

Hierboven kwam de vraag aan de orde of en wanneer normalisatie of conformiteitsbeoordeling kan worden gebruikt voor het realiseren van publieke belangen. Een vervolgvraag is *hoe* het instrument van normalisatie of conformiteitsbeoordeling hiervoor het best kan worden gebruikt. Bij beide instrumenten doen zich daarbij keuzemomenten voor. Welke condities moet de wetgever formuleren waaraan moet worden voldaan? Moeten rechtsgevolgen worden verbonden aan een conformiteitsverklaring en zo ja, welke? Ik bespreek van een drietal van de ijkpunten die ook in paragraaf 4.3 aan de orde kwamen, welke betekenis zij hebben voor achtereenvolgens de wijze van gebruik van normalisatie en van conformiteitsbeoordeling voor de overheid. Dit zijn:

- doeltreffendheid (par. 4.4.1);
- formeeldemocratische legitimiteit (par. 4.4.2);
- sociale en marktlegitimiteit (eveneens in par. 4.4.2).

61 Vgl. Van Montfort & Van der Voort 2004, p. 233, 239.

62 *Kamerstukken II* 2014/15, 29304, nr. 5, p. 3.

63 Andersson, Elffers & Felix 2011, p. 23-24. Van belang is dat de respons bij de enquête laag was.

De ijkpunten kenbaarheid en doelmatigheid komen in deze paragraaf dus niet aan de orde.

4.4.1 *Doeltreffendheid*

4.4.1.1 *Wijze van gebruikmaken van normen*

Bij de inzet van normalisatie ter borging van publieke belangen zijn er twee belangrijke aandachtspunten die van doen hebben met doeltreffendheid. Het eerste aandachtspunt is of verwijzing naar de betreffende normen in de wet noodzakelijk is. De wetgever kan ervoor kiezen de normen door betrokkenen zelf tot stand te laten brengen en de mogelijkheid om wettelijke maatregelen te nemen slechts te gebruiken als drukmiddel om te bewerkstelligen dat zij tot stand komen en aan bepaalde kwaliteitseisen voldoen. Verwijzing naar normen wordt achterwege gelaten. Er is dan sprake van een vorm van vervangende zelfregulering.[64] Hoe meer in de praktijk normen tot stand blijken te komen die een bepaald publiek belang dienen, hanteerbaar zijn en daadwerkelijk worden toegepast, des te meer de wetgever afstand kan houden.[65] Dat sluit aan bij de Aanwijzingen voor de regelgeving, in het bijzonder de aanwijzingen 6, 7 en 8 (zie par. 4.2).[66]

Met een verwijzing naar normen drukt de wetgever explicieter uit verantwoordelijkheid te nemen voor de inhoud van de normen. Dat heeft tot gevolg dat toezicht op naleving en handhaving ervan in beginsel een overheidstaak wordt. Dit kan aangewezen zijn als de normen betrekking hebben op activiteiten die voor gezondheid of veiligheid risicovol zijn.

Het tweede aandachtspunt is op welke manier zal worden verwezen, als eenmaal de keuze is gemaakt om te verwijzen: dwingend of niet-dwingend. Voor wat betreft de wijze van verwijzing is in paragraaf 3.2.3.1 gesignaleerd dat beleid van het kabinet is dat in beginsel in wetgeving op 'niet-dwingende wijze' naar normen moet worden verwezen. Niet-dwingende verwijzing zou aansluiten bij 'het vrijwillige karakter van normalisatie en bij de Nieuwe Aanpak richtlijnen in Europees verband'. Deze niet-dwingende wijze zou echter alleen werken als in de wet duidelijke en concrete doelvoorschriften zijn geformuleerd, waaraan de normen waarnaar wordt verwezen vervolgens inhoud geven.[67]

Soms kiest de wetgever ervoor om dwingend naar een norm te verwijzen. Dit betekent dat om aan de gestelde eisen te voldoen, volgens de wet ook aan de norm moet worden voldaan. Een dwingende verwijzing zou volgens de regering steeds moeten worden beargumenteerd. Als mogelijke redenen worden genoemd: de implementatie van internationale wetgeving waarin dwingend naar een norm wordt verwezen of de wenselijkheid dat er één bepaalde meetmethode wordt

64 Van Ommeren 2012, p. 213.

65 Daarbij is ook van belang welke betekenis de rechter aan de normen toekent. Van Ommeren 2012, p. 211-212.

66 *Strct.* 2011, 6602. Zie in dit kader ook het 'gebod van autonomie' voor de wetgever: Witteveen 2015, p. 339-347.

67 *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 4-5, 7. Zie ook Aanwijzing 91a Aanwijzingen voor de regelgeving, *Stcrt.* 2011, 6602.

gebruikt die is vastgelegd in een norm.[68] Veel houvast biedt met name de laatstgenoemde mogelijke reden niet.

4.4.1.2 *Wijze van gebruik van conformiteitsbeoordeling*

Bij de keuze van de status die een conformiteitsbeoordeling moet krijgen in het rechtsverkeer met een bestuursorgaan, moet steeds een belangrijke overweging zijn wat de doelstellingen zijn die worden nagestreefd en op welke wijze die het best kunnen worden bereikt.

Bij de keuze tussen de erkennings-, toelatings- of toezichtsvariant is een belangrijke overweging dat het lonend moet zijn om over een bepaalde conformiteitsverklaring te beschikken. Het kan aantrekkelijk zijn dat een toezichthoudende ambtenaar minder frequent controlebezoeken aflegt of dat de controles minder intensief zijn. De 'handhavingsdruk' wordt dan minder. Het kan voor bedrijven nóg aantrekkelijker zijn dat een bestuursorgaan in beginsel op een conformiteitsverklaring *moet* afgaan. Welke keuze ook wordt gemaakt, zij moet voor burgers in ieder geval duidelijk zijn.[69]

De keuze voor een erkennings- of toelatingsvariant kan eerst verantwoord zijn, als de beoordelende instellingen volledig open zijn over de gehanteerde normen en werkwijzen. Als nog risico's zijn verbonden aan het opereren van de beoordelende instellingen op een markt, is het aangewezen dat de betrouwbaarheid van conformiteitsbeoordelingen door een bestuursorgaan wordt gecontroleerd en dat toezichthouders zelf onderzoek doen. Dan komt de toezichtsvariant eerder in beeld. Bedrijven kunnen dan worden geprikkeld alleen genoegen te nemen met betrouwbare conformiteitsbeoordelingen.

Een andere keuzevraag is die tussen het vrijwillige of verplichte karakter van de conformiteitsbeoordeling. Wanneer wordt aangenomen dat in een sector een bepaald zelfregulerend vermogen aanwezig is, ligt vrijwillige conformiteitsbeoordeling in de rede.[70] Vrijwillige conformiteitsbeoordeling kan als voordeel hebben dat bedrijven meer echte bereidheid hebben mee te werken aan controles door de beoordelende instelling. Dan moeten bedrijven echter wel de positieve consequenties van deelname ondervinden, doordat de verkregen informatie wordt gebruikt voor prioritering van het toezicht.[71] De beoordelingen moeten bovendien betrouwbaar zijn. Bij vrijwilligheid kan echter ook het risico bestaan dat de band tussen beoordelende instelling en bedrijf te innig wordt, zodat te gemakkelijk wordt aangenomen dat wordt voldaan aan de gestelde eisen.[72]

Bij verplichte conformiteitsverklaring is er een gevaar dat de beoordelende instelling als een verlengstuk van de overheid wordt ervaren en markpartijen zich daarnaar gaan gedragen. De aansluiting van de regels bij de praktijk kan afnemen. Een bedrijf kan zich niet meer onderscheiden met een

68 *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 5.
69 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 67, 83.
70 Het kabinet heeft in 2003 een voorkeur uitgesproken voor vrijwillige conformiteitsbeoordeling. *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 14.
71 Gabriël-Breukers 2008, p. 152, 177.
72 Gabriël-Breukers 2008, p. 152.

conformiteitsverklaring. Het is mogelijk dat bedrijven minder verantwoordelijkheid nemen voor naleving van de voorschriften. Er kan een grotere kans zijn dat calculerend gedrag ontstaat.[73] De concurrentieslag tussen beoordelende instellingen als gevolg daarvan zou kunnen leiden tot kwaliteitsverlies van de beoordelingen.[74] De kans op calculerend gedrag kan overigens kleiner worden als de toepasselijke regelgeving (wetgeving, normalisatienormen, beoordelingsrichtlijnen) duidelijk is.[75]

Als de wet direct rechtsgevolgen verbindt aan een conformiteitsverklaring (erkenningsvariant) en/of als een conformiteitsverklaring wettelijk verplicht is gesteld, neemt de overheid een verantwoordelijkheid op zich dat de conformiteitsbeoordeling betrouwbaar is. Daar hoort bij dat wettelijke eisen worden gesteld aan de instanties, dat een instantie op basis van een toetsing aan die eisen op grond van de wet wordt aangewezen om conformiteitsbeoordeling uit te voeren, dat op de naleving ervan moet worden toegezien en handhavend wordt opgetreden als dat niet het geval is.[76]

Zeker bij de keuze voor de erkeningsvariant en/of verplichte conformiteitsbeoordeling past dat bestuursorganen conformiteitsbeoordelende instellingen prikkelen kwaliteit te leveren. Bij de beoordelende instelling, de RvA en/of het CvD moet een klacht worden ingediend bij niet functioneren van het systeem van de conformiteitsbeoordeling.[77] Als vertegenwoordigers van bestuursorganen deelnemen aan de beraadslagingen over beoordelingsrichtlijnen van een CvD kunnen zij in een vroeg stadium medeverantwoordelijkheid nemen voor goede schema's (zie ook par. 4.3.1).[78] Niet alleen vanuit een legitimiteitsperspectief, ook vanuit een doeltreffendheidsperspectief kan overheidsbetrokkenheid dus aangewezen zijn.

Bij alle van de eerder besproken varianten (erkenning, toelating en toezichtsondersteuning ofwel indicatie) moet van een bestuursorgaan worden verlangd dat het zich ervan vergewist wat de exacte reikwijdte is van de uitspraak die in de

---

73 Signaleren certificering in toezicht, p. 6. De signalering van de rijkstoezichthouders is deels gebaseerd op een risicogestuurde selectie van bedrijven en is daarmee dus niet representatief voor de gehele 'certificeringssector'. Signaleren certificering in toezicht, p. 1.

74 *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 14; Van Erp, Peters & Verberk 2004, p. 244-245.

75 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 65-66. Zie over de keuze tussen vrijwillige en verplichte conformiteitsbeoordeling in dezelfde zin eerder Neerhof 2011, p. 316.

76 Peeters, Neerhof & De Boer 2009, p. 49, 74. Van Gestel plaatst hierbij (terecht) de kanttekening 'dat de flexibiliteit en doelmatigheid binnen het proces van certificatie verloren dreigen te gaan wanneer de overheid in wetgeving verantwoordelijk wordt gemaakt voor de inhoudelijke beoordeling vooraf of achteraf van private regels op basis waarvan wordt gecertificeerd of de kwaliteit van het toezicht door de RvA.' Van Gestel 2008, p. 153. Vgl. bijv. ook Engelhard 2010, p. 27.

77 Evers 2004, p. 211.

78 Van Gestel 2008, p. 153. Ook bij de toezichtsvariant kan het van belang zijn dat een bestuursorgaan betrokkenheid heeft bij de vaststelling van de normen of beoordelingsrichtlijnen die de beoordelende instellingen hanteren. Evers 2004, p. 210, 213; Eijlander, Evers & Van Gestel, 2003, p. 34; *Kamerstukken II* 2003/04, 29304, nr. 1, p. 2, 21. Overheidsbetrokkenheid is in beginsel niet nodig als de beoordelingen geen rol hebben bij toezicht en handhaving en zij alleen een informatiefunctie in het maatschappelijk verkeer vervullen. Het is de markt die dan zijn werk kan doen.

conformiteitsverklaring is gedaan, alvorens erop af te gaan.[79] We stuiten hier overduidelijk op een kwetsbaarheid.

> Er is interessant onderzoek gedaan naar de wijze waarop wordt omgegaan met erkende kwaliteitsverklaringen voor bouwproducten of bouwprocessen door het gemeentelijk bouw- en woningtoezicht. De VROM-Inspectie wees er in 2011 in een rapport (nog eens) op dat het bouw- en woningtoezicht in de praktijk 'vaak ophoudt bij de controle of er onder certificaat geleverd en/of gewerkt wordt. Het toezicht gaat slechts zeer sporadisch verder door ook te controleren of aan de uitgangspunten en toepassingsvoorwaarden van de certificaten in het concrete werkveld wordt voldaan.'[80] Dit zou in ieder geval betekenen dat de certificaten beter moeten worden bestudeerd. Maar het kan ook met zich brengen dat gemeentebesturen moeten inzetten op meer 'buitentoezicht' door toezichthoudende ambtenaren, waarbij controles worden uitgevoerd of aan de toepassingsvoorwaarden van een certificaat is voldaan.

4.4.2 *Legitimiteit*

4.4.2.1 *Wijze van gebruikmaken van normen*

Bij *de wijze van verwijzen* naar een norm is de legitimiteit van een norm van belang. In de eerste plaats is de markt- en sociale legitimiteit daarbij een aandachtspunt. Hoe groter het risico is dat een norm (ook) innovatiebelemmerend kan werken en hoe minder overtuigend het draagvlak is voor een norm, des te meer contra-indicaties dat oplevert voor dwingend verwijzen. Daar staat tegenover dat een niet-dwingende in plaats van een dwingende verwijzing weinig verschil uitmaakt als betrokkenen om een keuze te maken tussen toepassing van de norm of een alternatieve methode om de wet na te leven, feitelijk eerst van de inhoud van de normen kennis moeten nemen.[81]

In de tweede plaats is de formeeldemocratische legitimiteit van belang voor de keuzes inzake verwijzen. Deze legitimiteit is van belang voor de vraag welke inhoudelijke beoordeling de wetgever moet uitvoeren, voordat wordt besloten om in een wet naar een norm te verwijzen. In hoeverre zou wetgeving condities moeten stellen waaraan normen moeten voldoen? Voor verantwoorde inschakeling van normalisatie voor de borging van publieke belangen, lijkt een algemeen wetgevingsbeleid op dit punt nodig.[82] Zoals in paragraaf 2.2.5 al naar voren kwam heeft het kabinet-Rutte I uitgesproken dat de overheid, voordat zij in wet- en regelgeving naar normen verwijst, moet toetsen of de normen inhoudelijk en procedureel voldoen aan de daaraan te stellen eisen.[83] De wetgever zou dienen na te gaan of bij de totstandkoming van de norm alle relevante belangen betrokken zijn. Als dit niet zo is, zou dat in beginsel een reden zijn niet naar de norm te

79 *Kamerstukken II* 2014/15, 29304, nr. 5, p. 5.
80 VROM-Inspectie 2011, p. 19.
81 Van Ommeren 2012, p. 220; Van Gestel 2012, p. 252-255.
82 Vgl. Van Gestel 2012, p. 252
83 *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 2. Vgl. Backx 1995, p. 93-94.

verwijzen.[84] Procedurele condities waaraan normalisatie moet voldoen, alvorens naar normen kan worden verwezen, worden echter niet vaak in wetgeving gesteld.

> Artikel 25 Besluit bodemkwaliteit stelt ze wel, maar de Woningwet en het Bouwbesluit 2012 of de Wet milieubeheer en het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer stellen ze bijvoorbeeld niet.[85] In artikel 25 Besluit bodemkwaliteit zijn criteria opgenomen zoals vaststelling door organen waarin alle betrokken partijen zich konden laten vertegenwoordigen en voldoende draagvlak bij de betrokken partijen.

Bij de condities waaraan normalisatie moet voldoen alvorens de wetgever tot verwijzing overgaat, zou het ook om inhoudelijke condities kunnen gaan. De keuzes om bepaalde inhoudelijke criteria al dan niet te formuleren zou in ieder geval weloverwogen moeten zijn. Een belangrijk element in die afweging zou moeten zijn dat naarmate de wetgever door inhoudelijke criteria de uitkomsten van een normalisatieproces meer probeert te beïnvloeden, meer afbreuk wordt gedaan aan het voordeel dat zelfregulering kan hebben. Dit voordeel is gelegen in de inbreng van de belanghebbenden en het gunstige effect dat die hebben op het nalevingsgedrag. Als zwaarwegende belangen als gezondheid, veiligheid en milieu in het geding zijn, kan het echter zaak zijn dat de wetgever waar nodig inhoudelijke criteria stelt en zo verantwoordelijkheid neemt voor de inhoud van de normen.[86] Dit zien wij weinig in de wetgeving waarin naar technische normen wordt verwezen. Ik merk wel op dat verwijzing naar normen in wetgeving niet zelden geschiedt ter implementatie van Europese wetgeving en dat het dan gaat om verwijzing naar Europese normen die al door de Commissie moeten zijn getoetst.

Als de wetgever naar normen verwijst, is vanuit een oogpunt van formeeldemocratische legitimiteit van de beslissing ook van belang wat de overheid zelf kan doen om te bevorderen dat normen tot stand komen waarnaar verantwoord kan worden verwezen. Daarom is ook *participatie in norm- en beleidscommissies* een aandachtspunt. Ook op het punt van participatie door bestuursorganen in normen beleidscommissies ontbreekt op dit moment een duidelijk beleid: wanneer is dat aangewezen? Als in wetgeving naar normen wordt verwezen, ligt het – zeker als die verwijzing dwingend is – voor de hand dat zowel organen die bij de voorbereiding van die wetgeving een centrale rol hebben en bestuursorganen die deze wetgeving moeten uitvoeren, vertegenwoordigd zijn in de normcommissies.

---

84 *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193, p. 5-6. Zie ook de toelichting bij aanwijzing 8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. *Stcrt.* 2000, 191, p. 9.

85 Art. 1.5, eerste lid, Bouwbesluit 2013 bepaalt dat bij ministeriële regeling voorschriften kunnen worden gegeven over de toepassing van een in dit besluit genoemde norm. Daarbij kan het, gelet op de nota van toelichting, ook gaan om correcties of aanvullingen op een norm. Er is echter niet aangegeven wanneer aanleiding zou zijn voor een dergelijke correctie of aanvulling. *Stb.* 2011, 416, p. 193.

86 Backx 1995, p. 94.

Hiermee wordt medeverantwoordelijkheid genomen voor de inhoud van de betreffende normen.

4.4.2.2 *Wijze van gebruikmaken van conformiteitsbeoordeling*

Voor een goede beoordeling en afweging of aan conformiteitsbeoordeling bepaalde rechtsgevolgen kunnen worden verbonden is vanuit een oogpunt van formeeldemocratische legitimiteit ervan van belang dat de wetgever vooraf goed nagaat of bepaalde doelen met een keuze voor een specifieke variant (in het bijzonder de erkennings- of toelatingsvariant) kunnen worden gerealiseerd. Ook dient de gemaakte keuze regelmatig te worden geëvalueerd aan de hand van die doelen. Dat vraagt om een goede communicatie tussen degenen die toezichts- en handhavingstaken vervullen, wetgever en bestuur.

Zoals de minister van Economische zaken in zijn brief aan de Tweede Kamer van januari 2015 bijvoorbeeld opmerkt: 'Als in de toelatingsvariant de eis te beschikken over een certificaat naar de mening van inspectiediensten onvoldoende zekerheid biedt dat de hiermee beoogde doelen van de wetgever worden gediend, is uiteraard wenselijk dat inspectiediensten hieromtrent hun ervaringen delen met degenen die verantwoordelijk zijn voor de wet- en regelgeving.'[87]

4.5 Belangrijkste conclusies

Rond de laatste eeuwwisseling speelde de discussie of het niet aantrekkelijk zou zijn algemene wettelijke voorwaarden voor het gebruik van normalisatie en certificatie vast te stellen. Dergelijke voorwaarden werden niet haalbaar geacht, 'omdat de bestuurlijke thema's, waarbij dat aan de orde kan komen, te divers zijn'.[88] In dit preadvies is desalniettemin nagegaan wat belangrijke ijkpunten zijn bij keuzes van wetgever en bestuur inzake gebruik van normalisatie en conformiteitsbeoordeling ter behartiging van publieke belangen en welke uitwerking zij in dat kader moeten krijgen. Het gaat om formeeldemocratische legitimiteit, sociale en marktlegitimiteit en participatie, kenbaarheid, doeltreffendheid en doelmatigheid van regels, normen, beslissingen en verklaringen. De ijkpunten zijn in het bijzonder ontleend aan beginselen van behoorlijke wetgeving en van goed bestuur en aan de Aanwijzingen voor de regelgeving. Ook wordt met de ijkpunten uitwerking gegeven aan belangrijke vertrekpunten van de moderne sociale en democratische rechtsstaat en van de interne markt van de Europese Unie.

De menukaart voor zelfregulering biedt de overheid een variatie aan modaliteiten in de sfeer van rechtsgevolgen die aan normalisatie of conformiteitsbeoordeling kunnen worden verbonden, verantwoordelijkheden die kunnen worden genomen in de totstandkoming van normen en beoordelingsrichtlijnen en betrokkenheid bij de instanties die deze toepassen. Waar het om gaat is dat de keuzes die in dezen worden gemaakt adequaat zijn onderbouwd, met inachtneming van alle relevante aspecten.

87 *Kamerstukken II* 2014/15, 29304, nr. 5, p. 3.
88 *Kamerstukken II* 2000/01, 24036, nr. 176, p. 3; *Stcrt.* 2000, 191, p. 9.

Ik kom tot de volgende belangrijkere conclusies:

1. Normalisatie en conformiteitsbeoordeling hebben als voordeel de expertise die daarbij wordt ingebracht door private partijen. Conformiteitsbeoordeling is echter in beginsel een economische activiteit en normalisatie kan gevolgen hebben voor het economisch verkeer. Bij beide is er een risico dat machtsconcentraties van enkele markpartijen te veel een stempel op de uitkomsten van besluitvorming drukken en dat innovatie wordt belemmerd. Participatie van alle betrokken belanghebbende groeperingen (waaronder alle markpartijen), openbaarheid van gehanteerde procedures, werkwijzen en deelnemende partijen en publieke verantwoording van gemaakte keuzes zijn dan ook aangewezen als de overheid er gebruik van wil maken voor het realiseren van bepaalde publieke belangen.
2. Als wetgever of bestuur in regelgeving naar normen verwijzen of aan conformiteitsbeoordeling door bepaalde instanties enig rechtsgevolg verbinden, dient vooraf en vervolgens periodiek een toetsing plaats te vinden op draagvlak bij belanghebbende groeperingen, afwezigheid van marktverstorende werking en op de mate waarin de normen dan wel de conformiteitsbeoordeling en de daarvoor verantwoordelijke instanties bijdragen aan gestelde doelen. Op deze aspecten zijn conformiteitsbeoordeling en normalisatie kwetsbaar. De toetsing moet intensiever zijn als aan toepassing van een norm of een conformiteitsverklaring meer direct rechtsgevolgen worden verbonden en als zij wettelijk of feitelijk verplicht zijn.
3. Als de overheid gebruikmaakt van conformiteitsbeoordeling, functioneren de conformiteitsbeoordelende instanties veelal op een open markt. Dat levert risico's op, omdat van wedijver om de gunst van bedrijven een perverse prikkel kan uitgaan op de betrouwbaarheid van conformiteitsverklaringen. Als de overheid conformiteitsbeoordeling inschakelt voor publieke belangen, moet zij er een actueel beeld van hebben of er ongewenste effecten uitgaan van marktwerking op de werkwijzen van conformiteitsbeoordelende instanties en op basis daarvan besluiten nemen over inschakeling van conformiteitsbeoordeling.
4. Als wetgever of bestuur in regelgeving naar normen verwijzen of aan conformiteitsbeoordeling door bepaalde instanties enig rechtsgevolg verbinden, dient, op grond van overwegingen van legitimiteit en doeltreffendheid, steeds overwogen te worden of de overheid vertegenwoordigd moet zijn in de normcommissie die de norm vaststelt dan wel in het College van Deskundigen dat de beoordelingsrichtlijn vaststelt.
5. Als wordt overwogen bepaalde activiteiten die risico's opleveren voor veiligheid of gezondheid niet meer rechtstreeks aan een systeem van overheidstoestemmingen en -toezicht te onderwerpen, maar regelstelling voor en toezicht daarop primair aan private partijen over te laten, moet een aandachtspunt zijn of de overheid haar verantwoordelijkheden gelet op in het bijzonder artikel 2 EVRM en artikel 8 EVRM met de beoogde regulering voldoende kan waarmaken. Daarbij kan worden gedacht aan een vorm van overheidstoezicht.
6. Het bedingen van een vergoeding voor het kunnen inzien van normen waarnaar de wet verwijst, is rechtsstatelijk gezien en gelet op het Unierecht en fundamentele rechten in beginsel niet problematisch, mits de hoogte van de

vergoeding redelijk is. Zij dient te zijn afgestemd op profijt dat betrokken burgers en bedrijven hebben bij toepassing ervan.

7. In het bijzonder normalisatie kan een nuttige bijdrage leveren aan verhandelbaarheid van goederen en diensten en communicatie tussen markpartijen. Als de overheid op een bepaalde wijze gebruik wil maken van normalisatie of conformiteitsbeoordeling dient zij er echter op bedacht te zijn wat de gevolgen zijn voor de lasten voor burgers of bedrijven en voor bestuurslasten.

5 Stellingen voor de discussie

Ik rond af met een viertal stellingen om verdere discussie en gedachtevorming te stimuleren:

1. Voor het realiseren van publieke belangen van veiligheid, gezondheid en milieu kunnen normalisatie en conformiteitsbeoordeling niet worden gemist.
2. Private organisaties die op het gebied van normalisatie en conformiteitsbeoordeling actief zijn, opereren vaak marktgericht. Dat betekent niet dat borging van publieke belangen niet aan hen kan worden toevertrouwd.
3. Als normalisatie en conformiteitsbeoordeling worden ingeschakeld voor het realiseren van publieke belangen, moet de overheid voldoende afstand houden. Anders wordt afbreuk gedaan aan voordelen die eraan kunnen zijn verbonden in termen van draagvlak, doeltreffendheid en vermindering van lasten.
4. Als normalisatie en conformiteitsbeoordeling worden gebruikt voor het realiseren van publieke belangen, moet de overheid een vinger aan de pols houden. Anders kan mededinging tussen conformiteitsbeoordelende instanties of bedrijven op ongeoorloofde wijze worden verstoord en komt een goede borging van deze belangen in gevaar.

Geraadpleegde literatuur

Addink 2008
G.H. Addink, 'Goed bestuur: een norm voor het bestuur of een recht van de burger?', in: G.H. Addink (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 3-25.

Addink 2010
G.H. Addink, *Goed bestuur*, Deventer: Kluwer 2010.

Andersson, Elffers & Felix 2011
H. Andersson, J. Elffers & P. Felix, *Evaluatie Tripartiete Stelsel*, Utrecht 2011.

Van Angeren 2006
J.R. van Angeren, 'Bestuursrechtelijke aspecten van de CO^2-emissiehandel', in: *Klimaatverandering en rechtsontwikkeling anno 2005* (Preadviezen en verslag van de 89e ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht op 30 september 2005), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 129-172.

Backx 1995
H.A.M. Backx, 'Normalisatie en certificering als alternatieven voor en in wettelijke regelingen', *RegelMaat* 1995/3, p. 89-100.

Barents & Brinkhorst 2012
R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Barkhuysen & Van Emmerik 2005
T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving', *Overheid en aansprakelijkheid* 2005/8, p. 76-88.

Bokhorst 2013
M. Bokhorst, *Effectiveness of certification and accreditation as a public policy instrument in the Netherlands*, Paper ecpr Reykjavik, 2013.

Boot 2011
W.F. Boot, 'Constructieve schade. Een analyse van oorzaken aan de hand van jurisprudentie', *TBR* 2011/6, p. 41-49.

Botman 2015
M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland. De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Bröring 1993
H.E. Bröring, *Richtlijnen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

Bulterman 2015
M. Bulterman, 'Ontwikkelingen in de Luxemburgse rechtspraak', in: J.H. Gerards, H.C.F.J.A. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, SteR-reeks deel 26, Deventer: Kluwer 2015, p. 55-80.

Van Calis & Coppens 2007
P.W. van Calis & E.G.C. Coppens, *Euroklassen*, Bodegraven: PRC 2007.

Daalder 2011
E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Derkink, Hamerlinck, Van der Sluis & Mans 2010
M. Derkink, R. Hamerlinck, H. van der Sluis & D.G. Mans, *Falende constructies. Case-onderzoek naar structurele oorzaken van falen en maatregelen die dat tegengaan*, Gouda: CUR Bouw & Infra 2010.

Derkink & Mans 2007
M.F.A. Derkink & D.G. Mans, *Leren van instortingen. Tussenrapportage*, Gouda: CUR Bouw & Infra 2007.

Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak 2006
P. van Dijk, F. van Hoof, A.van Rijn & L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006.

Elferink 1999
M.H. Elferink, 'Naschrift', NJB 1999/38, p. 1815-1816.

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

Elferink 2007
M.H. Elferink, 'Auteursrecht op normalisatienormen revisited', in: D.J.G. Visser & D.W.F. Verkade (red.), *Een eigen oorspronkelijk karakter (Spoor-bundel)*, Amstelveen: DeLex 2007, p. 79-90.

Expertisecentrum Regelgeving Bouw 2011
Expertisecentrum Regelgeving Bouw, *Verder na Dekker. Innovatie van de bouwregelgeving*, Rapport R. 2011. ERB - R001, Delft 2011.

Elzinga, De Lange & Hoogers 2014
D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Emmerik 2010
M. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaat- en publiekrecht', *Overheid en aansprakelijkheid* 2010/2, p. 69-74.

Engelhard 2010
E.F.D. Engelhard, '(Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het "grijze" gebied', in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid* (Publicaties van de Staatsrechtkring. Staatsrechtconferenties 14), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 11-58.

Van Erp, Peters & Verberk 2004
J.G. van Erp, K. Peters & S. Verberk, 'Het kabinetsstandpunt Certificatie en Accreditatie en de beleidspraktijk', *Bestuurskunde* 2004/5, p. 242-247.

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

Evers 2003
G.J.M. Evers, 'Kanttekeningen bij het gebruik van productcertificatie in relatie tot de handhaving van bouwvoorschriften', *Bouwrecht* 2003/11, p. 935-945.

Evers 2004
G.J.M. Evers, 'De toepassing van certificatie in overheidsbeleid', *Bestuurskunde* 2004/5, p. 205-216.

Eijlander 1993
Ph. Eijlander, *De wet stellen. Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving* (diss. KUB), W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993.

Eijlander 2000
Ph. Eijlander, *De verbindende wetgever* (oratie KUB), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Eijlander 2003
Ph. Eijlander, G. Evers & R. van Gestel, *De inkadering van certificatie en accreditatie in beleid en wetgeving. Een onderzoek in opdracht van het ministerie van Economische Zaken*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2003.

Eijlander 2008
Ph. Eijlander, 'Over de groei en bloei van certificatie. Haarlemmerolie voor het handhavingstekort?', *TBR* 2008/119.

Freriks 2008
A.A. Freriks, 'Private handhaving – bestuursrechtelijke betekenis van (semi)private figuren in de handhaving van publieke normstelling', in: *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 163-229.

Gabriël-Breukers 2008
S.K. Gabriël-Breukers, *Hulp bij de handhaving. Een onderzoek naar de mogelijkheden om de handhaving af te stemmen op privaatrechtelijke systemen van kwaliteitsborging, in het bijzonder door middel van het vorderend van informatieoverdracht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Gerards 2011
J. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Van Gestel 2005
R.A.J. van Gestel, 'Self-regulation and environmental law', *Electronic Journal of Comparative law* 2005, vol. 9.1.

Van Gestel 2008
R.A.J. van Gestel, 'In de schaduw van het bestuursrecht', in: *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 95-161.

Van Gestel 2009
R.A.J. van Gestel, 'Kenbaarheid van NEN-normen waarnaar in wetten wordt verwezen. Over het wetsbegrip, zelfregulering, "panjurisme" en de vraag wie opdraait voor de kosten van openbaarheid', *NJB* 2009/6, p. 370-373.

Van Gestel 2012
R.A.J. van Gestel, 'Hoge Raad is duur', *RegelMaat* 2012/4, p. 249-259.

Van Gestel & Micklitz 2013
R.J.A. van Gestel & H. Micklitz, 'European integration through standardization: how judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies', *Common Market Law Review* 2013, p. 145-182.

Giesen 2005
I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

De Greef & De Voogd 2012
R.J.M.H. de Greef & M.C. de Voogd, 'Kroniek bestuurlijke organisatie', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2012/8, p. 241-249.

Van de Gronden 2012
J.W. van de Gronden, 'De notarissen en de vrijheid van vestiging: het notarisambt is niet verbonden met het openbaar gezag maar valt onder de EU-regels voor de interne markt', *NTBR* 2012/5, p. 21-25.

Van Gulijk & Neerhof 2014
S. van Gulijk & A.R. Neerhof, *Constructieve veiligheid: een onderzoek naar communicatie en borging in bouwprocessen. Voorkomen is beter dan genezen* (Preadviezen van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 42), Amsterdam: WEKA Uitgeverij 2014.

Van der Ham 2010
M. van der Ham, 'Standaardisering onder het Europees mededingingsrecht: water en vuur of brothers in arms?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2010/5, p. 113-120.

Hartlief 2003
T. Hartlief, 'De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-76.

Van Heijningen & Wissels 2015
L. van Heijningen & C. Wissels, 'Doorwerking EU-Handvest in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State: van vorm naar inhoud?', in: J.H. Gerards, H.C.F.J.A. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, SteR-reeks deel 26, Deventer: Kluwer 2015, p. 137-156.

Heldeweg 2014
M.A. Heldeweg, 'Levensmiddelenrecht onder een transnationale en private rule of law?', *Ars Aequi* 2014, p. 488-497.

Huizink, Klein Wassink & Zijlstra 2004
J.B. Huizink, A.J.M. Klein Wassink & S.E. Zijlstra, 'De Nederlandse corporate governance code in de wet: statisch, dynamisch of problematisch', *Nederlands Juristenblad* 2004/9, p. 425-430.

Jak 2014
N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Kool, Kolner & Van der Meer 2003
E.J. Kool, W.P.P. Kolner & J. van der Meer, *Instorting van lichte platte daken* (nr. 15056/177), VROM-Inspectie 2003.

De Kruif 2012
C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht* (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen 2012.

Lohse 2007
E.J. Lohse, 'Fundamental freedoms and private actors towards an "indirect horizontal effect"', *European Public Law* 2007, 13, p. 159-190.

Michiels 1998
F.C.M.A. Michiels, 'Inleiding', in: F.C.M.A. Michiels (red.), *Recht op het doel af. Opstellen over doelmatigheid en doeltreffendheid van het overheidshandelen in een democratische rechtsstaat*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 3-10.

Van Montfort & Van der Voort 2004
C.J. van Montfort & B. van der Voort, 'Certificatie en ministerieel toezicht: Enkele kanttekeningen', *Bestuurskunde* 2004/13, p. 233-241.

De Moor-van Vugt 2001
A.J.C. de Moor-van Vugt, *Toezicht achter matglas* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

De Moor-van Vugt & Van Ommeren 1993
A.J.C. de Moor-van Vugt & F.J. van Ommeren, 'Certificering als reguleringssysteem?', *SEW* 1999/3, p. 89-96.

Munneke, Neerhof, Van Ommeren & Senftleben 2009
S.A.J. Munneke, A.R. Neerhof, F.J. van Ommeren & M.R.F. Senftleben, 'De juridische status en bekendmaking van de NEN-normen waarnaar het Bouwbesluit verwijst. De wetgever aan zet', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2009/7, p. 605-612.

Neerhof 2011
A.R. Neerhof, 'Gebruik van private beoordelingen bij bestuursrechtelijke handhaving: kansen en bedreigingen', *NTB* 2011/10, nr. 44, p. 307-318.

Neerhof 2013a
A.R. Neerhof, *Certificering en normalisatie in het publieke bouwrecht*, Den Haag: IBR 2013.

Neerhof 2013b
A.R. Neerhof, 'Standardization in construction law: an example of successful decentring of regulatory governance?', in: A.L.B. Colombi Ciacchi, M.A. Heldeweg, B.M.J. van der Meulen & A.R. Neerhof (eds.), *Law & Governance – Beyond the public-private law divide?*, NILG Conference Volume 2011, Den Haag: Eleven International Publishers 2013, p.139-157.

Neerhof 2014
A.R. Neerhof, 'Een grotere rol van private kwaliteitsborging in het bouwtoezicht: gaat dat werken?', in: H.B. Winter, A. Tollenaar & A.T. Marseille (red.), *Ridderorde. Beschouwingen over bestuurlijke organisatie, toezicht en juridisering*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 151-166.

Neerhof & Hoogers 2010
A.R. Neerhof & H.G. Hoogers, 'Het NEN-normenfeuilleton', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2010, p. 133-151.

Neerhof, Van der Woerd & Van der Grijp 2009
A.R. Neerhof, K.F. van der Woerd & N.M. van der Grijp, 'De stand van de professionalisering van de milieuhandhaving', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2009-1, p. 7-22.

Van Ommeren 2008a
F.J. van Ommeren, 'Bestuurswetgeving en haar alternatieven: een verkenning van beleidsregels, algemene voorwaarden van de overheid en normalisatienormen als prototypen', *RegelMaat* 2008/3, p. 74-87.

Van Ommeren 2008b
F.J. van Ommeren, 'Gebonden keuzevrijheid en actieve openbaarheid. De betekenis van de democratie-idee voor het bestuursrecht', in: C.W. Noorlander, J.L.W. Broeksteeg, N.S. Efthymiou & H.G. Hoogers, *Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21e eeuw*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 213-241.

Van Ommeren 2012
F.J. van Ommeren, 'Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 149-236.

Peeters, Neerhof & De Boer 2009
M.G.W.M. Peeters, A.R. Neerhof & J. de Boer, *De rol van conformiteitsbeoordelingen bij de handhaving van het milieurecht* (STEM publicatie 2008/2), Arnhem 2009.

Peters 2013
H. Peters, 'Een Januskop in het bestuursrecht', *NTB* 2013, p. 205-208.

De Ridder 2009
K. de Ridder, 'Privaat toezicht en de regulering van milieubelastend gedrag', in: A. Mein e.a., *Toezicht door private partijen: panacee voor alle kwalen?*, Verslag van het Erasmus Instituut Toezicht & Compliance Symposium 26 maart 2009, Rotterdam 2009, p. 29-40.

Rogier 2002
L.J.J. Rogier e.a., *Nalevingstoezicht. Monografieën Financieel-economisch bestuursstrafrecht. Deel 2*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Van Rossum 2005
A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht', in: *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005-I), Deventer: Kluwer 2005, p. 5-133.

Scheltema & Scheltema 2012
M. Scheltema & M.W. Scheltema, 'Wat kan het privaatrecht leren van het bestuursrecht? Vervagende grenzen tussen bestuurs- en privaatrecht', *JBplus* 2012, p. 139-149.

Scheltema & Scheltema 2013
M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Schepel 2005
H. Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the regulation of Integrating Markets*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2005.

Schepel 2012
H. Schepel, 'Private Regulators in Law', in: J. Pauwelyn, R.A. Wessel & J. Wouters (red.), *Informal international lawmaking*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 356-367.

Scholten 2012
N.P.M. Scholten, 'De plaats en het doel van normalisatie in de bouw en de bouwregelgeving', *TBR* 2012/156.

Scholten & De Wildt, m.m.v. De Jong & Brands 2013
N.P.M. Scholten & R. de Wildt, m.m.v. A. de Jong & S.A. Brands, *Erkende technische oplossingen: deemed to satisfy/tot nut en genoegen van de gebruiker* (rapportnummer 2013-ERB-R011), Delft: ERB 2013.

Scholten 2001a
N.P.M. Scholten, *Technische en juridische grondslagen van de technische bouwregelgeving in Woningwet en Bouwbesluit* (diss. Delft), Amsterdam 2001.

Scholten 2001b
N.P.M. Scholten, *Technische en juridische grondslagen van de technische bouwregelgeving in Woningwet en Bouwbesluit. Bijlagen* (diss. Delft), Amsterdam 2001.

Scott 2010
C. Scott, 'Regulatory governance and the challenge of constitutionalism', *EUI Working papers*, No. 7, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2010.

Sieburgh 2015
C. Sieburgh, 'Het EU-Handvest voor de grondrechten en het algemene vermogensrecht', in: J.H. Gerards, H.C.F.J.A. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, SteR-reeks deel 26, Deventer: Kluwer 2015, p. 505-531.

Smits 2009
J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Spoor 2005
J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Steyger 2012
E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging. Toenadering van privaat- en publiekrecht', *NJB* 2012/30, p. 2114-2121.

Steyger 2015
E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: openbaar gezag', *NTB* 2015/7, p. 212-220.

Stuurman 1995
C. Stuurman, *Technische normen en het recht: beschouwingen over de interactie tussen het recht en technische normalisatie op het terrein van informatietechnologie en telecommunicatie* (diss. Amsterdam VU), Reeks Informatica en Recht. Deel 17, Deventer: Kluwer 1995.

Stijnen 2011
R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Terwel 2014
K.C. Terwel, *Structural safety. Study into critical factors in the design and construction process* (diss. Delft), Delft 2014.

Timmermans & Schlössels 2015
L. Timmermans & R. Schlössels, 'Het Unierecht op behoorlijk bestuur. Achtergrond, juridisch karakter en toepassingsbereik van artikel 41 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie', in: J.H. Gerards, H.C.F.J.A. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, SteR-reeks deel 26, Deventer: Kluwer 2015, p. 245-275.

Uylenburg 2011
R. Uylenburg, 'Handhaving onder de Wabo', in: R. Uylenburg & M.J.C. Visser (red.), *Het omgevingsrecht gehandhaafd*, Groningen: Europa Law Publishing 2011.

Verbruggen 2013
P.W.J. Verbruggen, 'Aansprakelijkheid van certificatie-instellingen als private toezichthouders', *NTBR* 2013/39.

Verschuuren 2004
J.M. Verschuuren, 'Invloed van het EVRM op het materiële omgevingsrecht in Nederland', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*' (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 243-311.

Vogelezang-Stoute, Van der Grijp, Van der Flier & Priems 2009
E.M. Vogelezang-Stoute, N.M. van der Grijp, A. van der Flier & N.A.M. Priems, *Openbaarmaking van milieu-informatie. Evaluatie van de uitvoering van verplichtingen uit het Aarhus-verdrag en van richtlijn 2003/4/EG* (STEM publicaties 2008/4), Arnhem 2009.

Van der Voort 2011
H.G. van der Voort, 'Confrontaties van coregulering', *Tijdschrift voor Toezicht* 2011 (2)2, p. 52-71.

Van der Voort 2013
H.G. van der Voort, *Naar een drie-eenheid van co-regulering. Over spanningen tussen drie toezichtregimes* (diss. Delft), Nootdorp: Sandedruk 2013.

De Vries 1999
H.J. de Vries, *Standards for the Nation, Analysis of National Standardization Organizations* (diss. Rotterdam), Delft 1999.

VROM-Inspectie 2007
VROM-Inspectie, *Kasteel of kaartenhuis?*, Den Haag 2007.

VROM-Inspectie 2008
VROM-Inspectie, *Weg met de zwakke schakels*, Den Haag 2008.

VROM-Inspectie 2011
VROM-Inspectie, *Private kwaliteitsborging in de bouwregelgeving*, nr. VI-2010-40, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu 2011.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 1988
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rechtshandhaving* (WRR-rapport nr. 35), Den Haag 1988.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2013
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Toezien op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht* (WRR-rapport nr. 89), Den Haag/Amsterdam 2013.

Witteveen 2007
W.J. Witteveen, 'Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever', in: *Alternatieve regelgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007-I), Deventer: Kluwer 2007, p. 1-65.

Witteveen 2015
W.J. Witteveen, *De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht*, Amsterdam: Boom 2015.

Zijlstra 2001
S.E. Zijlstra, 'De notaris is een bestuursorgaan. Is dat erg?', in: *De notaris en/in het bestuursrecht* (Preadviezen KNB), Den Haag: Koninklijke Vermande 2001, p. 101-113.

Zijlstra 2008
S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Zijlstra 2009
S.E. Zijlstra, Bestuurlijk organisatierecht, Deventer: Kluwer 2009.

Zijlstra 2012
S.E. Zijlstra, 'Algemene vormgevingsaspecten', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.

Zijlstra 2014
S.E. Zijlstra, 'De maakbare overheid. Nieuw beleid inzake zelfstandige bestuursorganen', *NTB* 2014-9/10, p. 279-289.

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
Mw. mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H. E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H. F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R. J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)

XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1959)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M. J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)

LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1974)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1977)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H. Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J. N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A. M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)

z.nr.	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H. W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K. J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E. J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th. M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)
118	mr. C.P.J. Goorden mr. M. M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof. mr. F. A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor-van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)
124	prof. mr. C.A.J.M. Kortmann prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)
126	mr. B.J. van Ettekoven mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)

128	mr. J.E. Hoitink prof. mr. G. E. van Maanen mr. drs. B.P. M. van Ravels prof. mr. B.J. Schueler	Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad	(2002)
130	prof. mr. B.M.J. van der Meulen mr. A.T. Ottow	Toezicht op markten	(2003)
132	mr. T. Barkhuysen mr. A.B. Blomberg mr. M.K. Bulterman prof. mr. J.M. Verschuuren	De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht	(2004)
134	prof. mr. B. Hessel mr. J.R. van Angeren mr. drs. W. den Ouden mr. G.J. van Slooten	Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht	(2005)
136	mr. drs. Th.G.M. Simons mr. dr. A.T. Marseille prof. mr. B.W.N. de Waard	De voorlopige voorziening in het bestuursrecht	(2006)
138	prof. mr. L.J.J. Rogier mr. M.A.D.W. de Jong mr. drs. C.M. Bitter prof. mr. F.W. Bleichrodt	Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme	(2007)
140	prof. mr. S.E. Zijlstra prof. mr. R.A.J. van Gestel prof. mr. A.A. Freriks	Privaat bestuur?	(2008)
142	prof. mr. R.J.N. Schlössels mr. dr. Y.E. Schuurmans mr. dr. R.J. Koopman mr. drs. D.A. Verburg	Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?	(2009)
144	mr. J.C.A. de Poorter prof. mr. G.T.J.M. Jurgens mr. H. J.M. Besselink	De toegang tot de rechter beperkt	(2010)
146	mr. dr. M.M. Groothuis prof. mr. J.E.J. Prins dr. mr. C.J.M. Schuyt	De digitale overheid	(2011)
148	prof. mr. M.J. Jacobs prof. dr. H.E. Bröring prof. dr. C. W. Backes mr. dr. M.R.T. Pauwels	Tijd voor verandering	(2012)
150	prof. mr. F.J. van Ommeren mr. P.J. Huisman mr. G.A. van der Veen mr. K.J. de Graaf	Het besluit voorbij	(2013)

152	mr. dr. C.L.G.F.H. Albers mr. dr. M.L. van Emmerik mr. C.M. Saris mr. drs. F.J. P.M. Haas	Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?	(2014)
VAR 75 jaar	Ben Schueler & Rob Widdershoven (red.)	Europeanisering van het algemeen bestuursrecht	(2014)
154	prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. dr. R. Ortlep mr. dr. A. Tollenaar	Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter	(2015)