

Wetgeving en andere normenstelsels: zes aanwijzingen aan de Nederlandse wetgever

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2015). Wetgeving en andere normenstelsels: zes aanwijzingen aan de Nederlandse wetgever. *RegelMaat*, 30(5), 354-365. <https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2015030005004>

Document status and date:

Published: 01/01/2015

DOI:

[10.5553/RM/0920055X2015030005004](https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2015030005004)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Wetgeving en andere normenstelsels: zes aanwijzingen aan de Nederlandse wetgever*

J.M. Smits

1. Inleiding

Het doel van deze bijdrage is om na te gaan hoe de nationale wetgever heeft te reageren op de toename van rechtens relevante normenstelsels. Als gevolg van toegenomen europeanisering, globalisering en privatisering is de nationale wetgever immers nog slechts één van de mogelijke normstellers. Veel meer dan in het verleden moet hij zich daarom afvragen of hij aan zet is, of dat het stellen (en de eventuele handhaving) van regels aan andere actoren moet worden overgelaten. In deze bijdrage ligt de nadruk op de beleidsmatige gevolgen van deze toenemende complexiteit: nadat in paragraaf 2 verder is ingegaan op het concept van een veelgelaagde rechtsorde, worden in de zes daaropvolgende paragrafen evenzovele thema's verkend waar de nationale wetgever praktisch mee heeft te rekenen. Daarbij wordt steeds onderzocht of dat ook kan leiden tot een 'aanwijzing' aan de Nederlandse wetgever. Dat kan een ambtelijke technische aanwijzing zijn in de zin van de 'Aanwijzingen voor de regelgeving' (Ar),¹ maar ook een meer principiële vingerwijzing aan de formele wetgever zelf. Hoewel de aard van deze bijdrage niet toestaat om op alle zes de thema's even uitgebreid in te gaan, doe ik toch een poging om voor elk een normatieve aanbeveling te doen voor toekomstig handelen van de Nederlandse wetgever. Ik doe dat vanuit het standpunt van de relatieve buitenstaander die geen bijzondere voorkennis heeft van wetgevingsleer, maar wel op kritische wijze (en soms met verwondering) kijkt naar de Haagse praktijk.

2. Nationale wetgeving en andere normenstelsels: een verkenning

Het is een gemeenplaats dat elke samenleving de wetten krijgt die zij verdient. Niet alleen hebben maatschappelijke ontwikkelingen grote invloed op de inhoud van wetgeving, bovendien wordt in elk tijdvak een eigen betekenis toegekend aan de aard en functie van wetten. Witteveen sprak in dit verband van de 'maatschap-

* Deze bijdrage is gebaseerd op de voordracht gehouden op het congres 'Denk mee over wetgeving in een veranderende wereld: uitdagingen, dilemma's en vernieuwing', Ministerie van Veiligheid en Justitie, Den Haag, 24 november 2014. Een gewijzigde versie, met de nadruk op hoe de zes besproken thema's rechtssociologisch te duiden, verschijnt in *Recht der Werkelijkheid 2015-2*.

1 Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, zoals later gewijzigd. Zie over hun functie Ph. Eijlander & W. Voermans, 'Nieuwe aanwijzingen voor de regelgeving', *NJ* 1993, p. 169-174 en S.E. Zijlstra e.a. (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.

pelijke betekenisconstructie' van wetgeving:² het is de veranderende maatschappij die steeds opnieuw een eigen betekenis moet verschaffen aan inhoud en functie van de wet. Het is evident dat ook een wetgevingsleer dit moet reflecteren.³ Dat roept de vraag op in welke maatschappelijke constellatie nationale wetgeving heden ten dage heeft te functioneren. Zonder te willen beweren dat dit de enige tendens is die de speelruimte van de nationale wetgever bepaalt – technologische ontwikkeling en een sterk toegenomen aandacht voor de effecten van recht op menselijk gedrag⁴ zijn twee andere – is de toenemende meergelaagdheid van het recht wel de meest in het oog springende.

Dat ons recht meergelaagd is, wil zeggen dat het een pluralisme van normeringsbronnen kent.⁵ De bekendste vorm van meergelaagdheid bestaat op territoriaal niveau, waarbij nationale overheidswetgeving (inclusief algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen) al lange tijd staat naast subnationale regulering door lagere overheden, als ook naast Europees recht en supranationaal verdragsrecht. Deze territoriale meergelaagdheid is met name problematisch indien de hiërarchie tussen de diverse bronnen niet helder is. Hoewel dat op nationaal niveau doorgaans geen probleem oplevert, is dit anders in de verhouding tussen Europees en nationaal recht. Zo maken de Europese en de nationale constitutionele rechtsorde beide aanspraak op geldigheid zonder dat er één instantie is die kan beslissen over de vraag welke rechtsorde in geval van een conflict prevaleert.⁶

Een andere vorm van meergelaagdheid is functioneel van aard: naast de toename van bindende normeringsbronnen (de zojuist besproken nationale, Europese en sub- en supranationale regulering) wordt in de praktijk in toenemende mate betekenis gehecht aan niet-officiële regels. Private regulering, gedragsregels, netwerken, certificering, *principles* en andere vormen van *soft law*, zowel op nationaal als op internationaal⁷ niveau, hebben in de afgelopen decennia een grote vlucht genomen. Er zijn weinig terreinen van het maatschappelijk leven waar deze tendens niet zichtbaar is. Vaak genoemde voorbeelden liggen op het terrein van het ondernemingsrecht, de voedselveiligheid en het milieurecht,⁸ maar er is veel en veel meer. Zo kan het, met name op het terrein van het familierecht, ook gaan om

2 W.J. Witteveen, *De wet als kunstwerk*, Amsterdam: Boom 2014. Dit boek biedt een inspirerend overzicht van de vele wijzen waarop in de afgelopen 2500 jaar tegen wetgeving is aangekeken.

3 Zie ook R.A.J. van Gestel, 'Kwaliteit van wetgeving', *RegelMaat* (28) 2013, p. 258-266, op p. 263.

4 Zie in Nederland bijv. W.H. van Boom e.a. (red.), *Capita civilologie: handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 en, toegespitst op wetgeving, R.A.J. van Gestel, 'De wetgever als keuzearchitect', *RegelMaat* (28) 2013, p. 22-38.

5 Zie bijv. W. van Gerven & S. Lierman, *Beginselen van Belgisch privaatrecht I. Algemeen deel: veertig jaar later*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 109.

6 Zie over constitutioneel pluralisme bijv. N. Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', *Modern Law Review* (65) 2002, p. 317-359 en Van Gerven & Lierman 2010, p. 153.

7 Teubner spreekt van 'private global norm-production': G. Teubner, 'Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems', *American Journal of Comparative Law* (45) 1997, p. 149-169, op p. 157.

8 Zie resp. (achtereenvolgens nationaal en internationaal) Corporate Governance Code (Code Tabaksblat) en VN Global Compact, BRC/IFS-certificering en Codex Alimentarius, en milieuenvenanten en Forest Principles.

religieuze normen. Dat maakt het gevaarlijk om de grote variëteit aan alle niet van overheidswege bindende regels over één kam te scheren.

Een derde type meergelaagdheid bestaat op die terreinen waar een rechtskeuze mogelijk is. Op het terrein van commercieel recht kiezen partijen in toenemende mate voor toepasselijkheid van een ander rechtstelsel dan dat van rechtswege van toepassing zou zijn op hun verhouding.⁹ Dit komt niet alleen door de groeiende behoefte van partijen om de eigen rechtsverhouding zo veel als mogelijk te regelen, maar ook door het beleid van sommige landen om een keuze voor hun rechtstelsel expliciet te bevorderen.¹⁰ Dit 'rechtstoerisme' bestaat ook in het consumenten- en familierecht. Het leidt ertoe dat het 'eigen' nationale recht nog slechts één van de mogelijk toepasselijke rechtstelsels is.

Er is op dit moment geen theorie die deze drie typen van meergelaagdheid met elkaar in verband brengt en beschrijft wat dit betekent voor ons idee van recht.¹¹ Aan die theorie bestaat voor deze bijdrage ook geen behoefte. Wel is duidelijk dat, zoals Slaughter ooit opmerkte, een systeem van horizontale en verticale netwerken zonder één duidelijk middelpunt de toekomst heeft.¹² Praktisch beschouwd betekent dat een toenemende fragmentatie van regels, die op haar beurt leidt tot overlap en inconsistenties.¹³ Daarmee kunnen de eenheid, kenbaarheid en coherentie van het recht in gevaar komen.

Wat moet nu de rol zijn van de nationale wetgever in deze meergelaagde rechtsorde? Opvallend genoeg is die vraag tot nu toe grotendeels onbeantwoord gebleven. Hoewel zeker is nagedacht over hoe om te gaan met het bestaande pluralisme van rechtsbronnen – zo kan men trachten om pluralisme te elimineren, te bevorderen of te coördineren¹⁴ – is de belangrijker vraag die naar wanneer de nationale wetgever aan zet is en wanneer niet. Wat moet hij overlaten aan de Europese instituties, aan verdragsrecht of aan private actoren en wanneer moet

- 9 Zie bijv. G. Cuniberti, 'The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws', *Northwestern Journal of International Law & Business* (34) 2014, p. 455-517 en S. Vogeanauer, 'Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence', *European Review of Private Law* (21) 2013, p. 13-78.
- 10 Bekend zijn de brochures uitgegeven door de Law Society of England and Wales (*England and Wales: The Jurisdiction of Choice*, Londen 2007) en het Duitse ministerie van Justitie (*Law - Made in Germany*, Berlin 2008).
- 11 Vgl. W. Twining, *General Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 362: 'A reasonably inclusive cosmopolitan discipline of law needs to encompass all levels of relations and of ordering, relations between these levels, and all important forms of law including supra-state (e.g. international, regional) and non-state law (e.g. religious law, transnational law, chthonic law i.e. tradition/custom) and various forms of "soft law".'
- 12 A.-M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press 2004. Zie ook M. de Visser, *Network-Based Governance in EC Law*, Oxford: Hart Publishing 2009.
- 13 Zie daarover bijv. J. Smits, 'Coherence and Fragmentation of Private Law', *European Review of Private Law* (20) 2012, p. 153-168.
- 14 Zie, met verwijzingen, J. Smits, 'Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live with Legal Diversity?', in: R. Brownsword e.a. (red.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 323-335.

hij zelf regels stellen? Dat type 'wie doet wat'-vraag wordt te weinig gesteld.¹⁵ Men zou verwachten dat in een sterk internationale en geprivatiseerde samenleving als de onze de wetgever zelf een uitgewerkt idee heeft van wanneer hij actief moet zijn en wanneer niet. Voor zover daarover al discussie plaatsheeft, wordt die echter vooral bepaald door de politieke actualiteit, zoals in geval van de 'subsidiariteitsexercitie', waarin de Nederlandse regering 54 onderwerpen inventariseerde die bij voorkeur óf nationaal óf Europees moeten worden geregeld.¹⁶ Maar ook over private regulering – wat in Den Haag al lang op de agenda staat – is een fundamentele discussie nodig.¹⁷ De zes vragen die ik thans de revue laat passeren, doen een poging om die aan te zwengelen. Samenhang bestaat tussen die vragen niet per se, anders dan dat zij alle voortvloeien uit de opkomst van recht als meer-gelaagd rechtssysteem.

3. Vraag 1: wanneer overheidsregulering en wanneer private regulering?

Van de zes vragen die hier worden besproken, heeft die naar de verhouding tussen overheidsregulering en private regulering van de Nederlandse regering de meeste aandacht gekregen. De discussie over alternatieve reguleringsmodellen staat al sinds de nota 'Zicht op wetgeving' uit 1991 op de Haagse agenda.¹⁸ Bovendien luidt Ar 8 dat bij het bepalen van de keuze voor een mogelijkheid tot overheidsinterventie zo veel mogelijk wordt aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector. Uit de Toelichting blijkt dat hier bijvoorbeeld wordt gedacht aan normalisatie, certificatie en ketengarantiestelsels. De Toelichting bij Ar 7 sub c biedt in dit kader zelfs een principiële uitgangspunt: 'slechts voor zover het zelfregulerend vermogen van de maatschappij tekortschiet, moet worden gedacht aan overheidsmaatregelen'. Het Integraal Afwegingskader Beleid en Regelgeving (IAK) noemt in dit verband vier factoren die overheidsingrijpen rechtvaardigen: een uitgesproken taak van de rijksoverheid, herverdeling van welvaart, reden voor gedragscorrectie en marktfalen.¹⁹

De praktijk is echter anders dan deze aanwijzingen doen vermoeden. Zo hebben Van Gestel en Menting overtuigend aangetoond dat de 'nuloptie' (geheel afzien

15 Zie voor een recente poging om die vraag voor het privaatrecht te beantwoorden: B. Akkermans e.a. (red.), *Who Does What? On the Allocation of Regulatory Competences in European Private Law*, Cambridge/Antwerpen: Intersentia 2015. Over het belang van het vinden van het juiste reguleringsniveau: A.W. Katz, 'Taking Private Ordering Seriously', *University of Pennsylvania Law Review* (144) 1996, p. 1745-1763 en hierna, par. 3 en 4.

16 Brief van 21 juni 2013, MIN-BUZA-2013.184321, inclusief Nederlandse lijst van actiepunten.

17 Ook Van Gestel en Menting wijzen terecht op het belang van zo'n 'alternatievenonderzoek': R. van Gestel & M.-C. Menting, 'Alternatievenonderzoek bij voorgenomen regelgeving', *Ars Aequi* 2011, p. 452-462.

18 *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, 1-2. Zie later ook de nota's 'Bruikbare rechtsorde', *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, 9, p. 1 en 'Vertrouwen in wetgeving', *Kamerstukken II* 2008/09, 31731, 1. Zie voor de EU het Action Plan 'Simplifying and improving the regulatory environment', COM(2002)278 final.

19 Zie <www.kcwj.nl/kennisbank/integraal-afwegingskader-beleid-en-regelgeving>.

J.M. Smits

van overheidsregulering) nooit wordt overwogen.²⁰ Gewenst is dan ook dat de Nederlandse wetgever meer systematisch nagaat of enigerlei vorm van private regulering een gesteld doel beter kan verwezenlijken dan overheidsingrijpen. Hier wreekt zich wellicht dat de eisen die aan regelgeving worden gesteld nog altijd lijken te zijn ingegeven door wat men gewend is van klassieke wetgeving. Zolang het ideaalbeeld van regelgeving is dat deze algemeen, toegankelijk, duidelijk, niet-tegenstrijdig en duurzaam moet zijn,²¹ zal private regulering altijd op de tweede plaats komen. Daarmee wordt echter voorbijgegaan aan de zinvolle factoren die in de literatuur zijn ontwikkeld om na te gaan of enigerlei vorm van private regulering de voorkeur verdient ter invulling of aanvulling van of als alternatief voor wetgeving.²² Het argument dat private regulering nodig is omdat die de regeldruk vermindert, zoals de regering betoogt,²³ is daarbij nog wel het slechtste argument: het leidt immers enkel tot een ander type regels, niet tot minder regels. Wél zinvolle factoren, waarvan de afweging per vraagstuk anders zal uitvallen, zijn het met de regeling te bereiken doel,²⁴ de mate waarin democratische legitimatie van de regeling vereist is, de wijze van totstandkoming (inclusief de representativiteit en deskundigheid van de makers), het publieke belang van de regeling, de handhaafbaarheid, de mate waarin de legitieme belangen van betrokkenen worden beschermd en de economische efficiëntie.²⁵ Ik ben er voorstander van om deze (en mogelijk andere) factoren op te nemen in de Aanwijzingen voor de regelgeving, voorzien van voorbeelden van hoe die kunnen worden toegepast in concrete gevallen.

Ik volsta hier met één voorbeeld. De nationale en Europese wetgever gaan er haast automatisch van uit dat bescherming van de consument een zaak is van de wetgever. Toch is de vraag of dit doel soms niet beter op andere wijze kan worden bereikt. Zo kent de wet in enkele precies omschreven gevallen een herroepingsrecht toe aan de consument-koper.²⁶ Die kan onder meer in geval van koop op afstand de koop binnen veertien dagen ontbinden. Vraag is evenwel of de belangen van koper en verkoper het beste worden gediend met een dwingendrechtelijke regel. Onderzoek toont namelijk aan dat op terreinen (zoals koop in de winkel) of in landen (zoals de Verenigde Staten) waar geen dwingend herroepings-

20 Van Gestel & Menting 2011, p. 456. Dat sluit aan bij de bevindingen van I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht 8), Deventer: Kluwer 2007a, p. 39 v. Positiever zijn A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen, 'Private normstelling: criteria voor toepassing van private regelgeving in de rechtszaal', *RegelMaat* (24) 2009, p. 199-214.

21 Zie over eisen aan behoorlijke wetgeving bijv. Ph. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000; Van Gerven & Lierman 2010, p. 175 v., gebaseerd op het bekende werk van L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press 1969.

22 Zie Van Gerven & Lierman 2010, p. 292 v. en 309 v., F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Den Haag: Kluwer 2006.

23 Zie o.m. de in voetnoot 18 genoemde nota's.

24 Zie reeds Ar 7 sub c.

25 Zie o.a. I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: *Alternatieve regelgeving* (Handelingen NJV 2007), Deventer: Kluwer 2007b en Giesen 2007a, p. 39 v.; B.J. Koops e.a., *Starting Points for ICT Regulation. Deconstructing Prevalent Policy One-Liners*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2006.

26 Zie art. 6:230g e.v. BW (implementatie van Richtlijn 2011/83 betreffende consumentenrechten).

recht bestaat, de termijn die de verkoper *vrijwillig* aan de consument gunt doorgaans langer is (oplopend tot drie maanden of zelfs een jaar). Dit valt te verklaren vanuit de wens van de verkoper om zich positief te onderscheiden van de concurrent: hij kan hiermee het vertrouwen van de koper winnen en zo zijn omzet vergroten.²⁷ Bovendien blijkt dat in geval van dergelijke 'vrijwillige' herroepingsrechten de consument minder snel geneigd is om de gekochte zaak terug te sturen. De koper die weet dat hij een recht dankzij de 'goede wil' van de verkoper kreeg, zal zich immers ook vriendelijker jegens de verkoper gedragen. Met andere woorden: wetgeving kan hier een *averechts* effect hebben omdat zij al bestaande sociale normen doorkruist.²⁸ Hiermee is niet gezegd dat de wetgever nooit dwingend-rechtelijke consumentenbescherming mag invoeren, maar wel dat dit altijd een *evidence-based* beslissing moet zijn die rekening houdt met alternatieven. Dat is in de kern wat Ar 6 al aangeeft;²⁹ wie de parlementaire geschiedenis van de diverse consumentenbeschermende maatregelen beziet, moet echter helaas constateren dat die aanwijzing in de wetgevingspraktijk geen grote rol speelt.

4. Vraag 2: wanneer nationale en wanneer Europese, subnationale of supranationale regelgeving?

Ook tot de categorie 'wie doet wat'-vragen behoort de vraag op welk geografisch niveau een kwestie moet worden geregeld: nationaal, subnationaal, Europees of supranationaal? Opvallend genoeg handelen de Aanwijzingen voor de regelgeving alleen over de verhouding nationaal en subnationaal³⁰ en ontbreekt elke verwijzing naar de verhouding nationaal-Europees. Dat is jammer, omdat ook hierover wel degelijk meer valt te zeggen. Naast het recente politieke debat over bevoegdhedenverdeling naar aanleiding van de initiatieven van Cameron en Rutte³¹ is immers mogelijk om meer objectieve factoren te identificeren die deze keuze sturen. Zo is goed voorstelbaar dat het optimale niveau van regulering afhangt van factoren als lokale preferenties (als die te zeer verschillen is er minder ruimte voor Europees ingrijpen), de mate waarin informatie beschikbaar kan worden gemaakt voor de bevoegde autoriteit (indien dit lastig is voor de Europese Unie (hierna: EU) pleit dat voor een lager niveau van regulering), de behoefte aan het internaliseren van externaliteiten, het vermogen van de overheid in kwestie om

27 P. Rekaiti & R. Van den Bergh, 'Cooling-Off Periods in Consumer Law', *Journal of Consumer Policy* (23) 2000, p. 371-408, op p. 380.

28 Zie J.M. Smits, 'Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law', *Penn State International Law Review* (29) 2011, p. 671-684, alwaar verdere verwijzingen.

29 Die luidt: '1. Tot het tot stand brengen van nieuwe regelingen wordt alleen besloten, indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan.'

30 Zie Ar 16: 'Taken en bevoegdheden worden op decentraal niveau gelegd, tenzij het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door decentrale organen kan worden behartigd.'

31 Zie Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, *Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union*, 2012 en de in voetnoot 16 aangehaalde brief met als motto: 'Europees wat Europees moet, nationaal wat nationaal kan.'

J.M. Smits

effectief regels te stellen,³² uit te voeren en af te dwingen, het behalen van schaalvoordelen, de behoefte om te experimenteren met verschillende mogelijke oplossingen, het risico van een *race to the bottom*, democratische legitimering van de regel en juridisch-systematische argumenten.³³ Uiteraard kan dat niet leiden tot één juiste verdeling voor eens en voor al, maar waarde heeft zo'n afwegingskader wel degelijk. De Aanwijzingen voor de regelgeving kunnen dit reflecteren.

5. Vraag 3: wat is de rol van de nationale wetgever bij het realiseren van de kenbaarheid en coherentie van recht?

Er werd al op gewezen dat de kenbaarheid en coherentie van recht in een meergelaagde rechtsorde gemakkelijk in gevaar kunnen komen. Het ideaal dat burgers en bedrijven (of hun adviseurs) alle op hen toepasselijke regels op eenvoudige wijze kunnen vinden, staat door toenemende fragmentatie van regelgeving steeds meer onder druk. Toch is de wijze waarop de overheid informatie verschaft over toepasselijk recht nog steeds buitengewoon traditioneel. De Aanwijzingen voor de regelgeving kennen in dit verband enkel het Staatsblad en de Staatscourant en de (thans alleen nog bestaande) elektronische versies daarvan zijn niet anders geordend dan wanneer het om papieren bronnen zou gaan.³⁴ Daarmee worden de mogelijkheden die 'e-overheid' (het gebruik van ICT door de overheid) biedt niet benut.³⁵ Dat is jammer, omdat ICT veel mogelijkheden biedt om bestaande wetgeving op een veel interactiever manier aan de burger te communiceren, náást de al wel ontstane praktijk om een internetconsultatie te houden over nieuwe wetsvoorstellen. Bovendien ben ik van oordeel dat de taak van de overheid niet enkel is om de door haar zélf afgekondigde regels toegankelijk te maken, maar ook om informatie te verschaffen over alle in het meergelaagde stelsel toepasselijke regels, ongeacht de rechtsbron. Het kenbaar houden van het recht is een essentiële taak van de overheid en de huidige praktijk dat de overheid enkel zorg draagt voor de publicatie (zonder verdere ordening) van nationale wetgeving en rechtspreek getuigt van een te ouderwetse visie op ons rechtssysteem.

Hiermee wordt aangesloten bij het werk van Richard Susskind, die heeft gesuggereerd dat toegang tot recht (*access to justice*) niet alleen gaat over geschillenbeslechting, maar vooral ook over het *voorkomen* van geschillen: 'readier, cheaper, and more widespread access to legal guidance should give rise to a more just society'.³⁶ Er is behoefte aan online juridische informatiesystemen die de burger

32 Dat is uiteraard een belangrijke reden waarom het supranationale niveau vaak niet geschikt is voor het stellen van regels: de 'regulatory capacity' ontbreekt. Certificering op wereldniveau is daarentegen wel mogelijk. Vgl. T. Bartley, 'Institutional Emergence in an Era of Globalization: The Rise of Transnational Private Regulation of Labor and Environmental Conditions', *American Journal of Sociology* (113) 2007, p. 297-351.

33 Zie J. Smits, 'Wie doet wat? Over de rede van David Cameron en de verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten', *NtER* 2013, p. 213-218.

34 Zie <www.officielebekendmakingen.nl>.

35 Tot nu toe wordt ICT sowieso op een nogal traditionele wijze ingezet, bijv. ter vervanging van de traditionele loketfunctie. Zie voor een overzicht <www.digitaleoverheid.nl>.

36 R. Susskind, *The End of Lawyers?*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 231.

de weg wijzen door het recht. Die zullen het recht op een innovatieve manier moeten presenteren, waarbij niet de traditionele juridische rechtsterreinen (privaatrecht, bestuursrecht, enzovoort) leidend zijn, maar veeleer – zoals Susskind dat noemt – ‘life events that citizens will immediately recognise as matching their position or predicament’.³⁷ Dat gaat dus niet alleen over het vrijelijk ter beschikking stellen van wetgeving en rechtspraak, maar over veel meer dan dat.

6. Vraag 4: wat is de beste wijze van implementatie van EU-richtlijnen?

Het is geen geheim dat veel onvrede bestaat over implementatie van EU-richtlijnen in het Nederlandse recht. Het belangrijkste bezwaar vanuit de rechtspraktijk is waarschijnlijk dat implementatie het recht er niet per se consistent op maakt en overheid en private actoren steeds opnieuw worden genoopt tot aanpassingen.³⁸ Deels is dat onvrede waar de Nederlandse wetgever, die slechts in beperkte mate invloed heeft op de totstandkoming van EU-recht, niet veel mee kan. Toch is de vraag of de huidige wijze van implementatie de best mogelijke is in een meergelaagd rechtssysteem. In Nederland worden Europese regels haast behandeld alsof zij afkomstig zijn van de nationale wetgever. Dat blijkt niet alleen uit de wens om de implementatie zo veel mogelijk te laten aansluiten bij bestaande regelgeving,³⁹ maar ook uit het standpunt van regering en Raad van State dat implementatiewetten worden aangenomen conform de regels voor gewone wetgeving. Zo zou de centrale rol van het parlement worden behouden.⁴⁰ Praktisch werkt dit vaak zo uit dat krampachtig wordt geprobeerd om een Europese richtlijn in te passen in het systeem van het Nederlandse recht. Zeker op privaatrechtelijk terrein, waar wordt getracht om het Burgerlijk Wetboek (BW) systematisch ‘zuiver’ te houden, leidt dat tot ongelukken en tot de noodzaak van welhaast constante wijziging. Zo werden recent als gevolg van de EU-richtlijn consumentenrechten de belangrijke bepalingen inzake consumentenkoop verplaatst van Boek 7 naar een nieuwe afdeling 2B in Boek 6 titel 5 BW,⁴¹ mede om meer consistentie te bereiken.

Ik vind dat dit soort vergeefse pogingen om de coherentie van het BW te behouden moet worden opgegeven. Het leidt tot een zeer complex wetboek in permanente staat van wijziging, waarbinnen vaak onduidelijk is wat precies van Europese oorsprong is en waarin incoherentie op de loer blijft liggen door de andere (veel gedetailleerder) aard van de implementatiebepalingen en de noodzaak van ‘Europese’ interpretatie daarvan. Al in 2005 werd in de Eerste Kamer opgemerkt:

37 Susskind 2008, p. 243. Zie uitgebreider J.M. Smits, ‘Het privaatrecht van de toekomst’, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2015 (te verschijnen).

38 Die ervaring lijkt identiek in alle rechtsgebieden. Zie recent nog B. Hessel, ‘De Dienstenrichtlijn: nieuwe hoofdbreken bij de implementatie door de (gemeentelijke) wetgever’, *RegelMaat* 2011, p. 256-271.

39 Zie Ar 333.

40 Zie bijv. *Kamerstukken I* 2004/05, 29200 VI, F en R. van Gestel, ‘The “Deparliamentarisation” of Legislation: Framework Laws and the Primacy of the Legislature’, *Utrecht Law Review* (9) 2013, p. 106-122, op p. 114. Ar 334 geeft redenen voor een uitzondering.

41 Wet van 12 maart 2014, *Stb.* 2014, 140 (Implementatiewet richtlijn consumentenrechten).

J.M. Smits

‘Er wordt telkenmale een weg gekozen die demonstreert hoe bekwaam het beste jongetje van de Europese klas is, waardoor in vele gevallen wordt afgeweken van de geest van de Richtlijn en een langdurig en uitgebreid wetgevingstraject wordt ingeslagen.’⁴²

Ik geef grif toe dat één ideale wijze van implementatie niet bestaat, maar nadenken over alternatieven is hoognodig. Daarbij kan te rade worden gegaan bij Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk, die het elk voor zich op een andere manier doen dan Nederland.⁴³ Zo kunnen richtlijnen eerst bij aparte wet worden geïmplementeerd alvorens ze gezamenlijk in het wetboek te integreren (Duitsland), kunnen richtlijnen in een aparte code worden opgenomen (Frankrijk) en kan elke richtlijn apart worden geïmplementeerd (Verenigd Koninkrijk).

7. Vraag 5: (hoe) moet de nationale wetgever verwijzen naar gedragscodes, certificering, normalisatienormen, enzovoort?

Een belangrijke vraag is of de nationale wetgever op enigerlei manier moet verwijzen naar toepasselijke private regulering. Moet bijvoorbeeld een wettelijke status worden gegeven aan regelgeving die door internationale organisaties zoals de International Civil Aviation Organization (ICAO) of de International Maritime Organization (IMO)⁴⁴ is opgesteld? Een soortgelijke vraag kan worden gesteld ten aanzien van normalisatienormen, ketenafspraken, gedragscodes, certificering en zogenaamde BREF-documenten.⁴⁵ Ar 91a handelt alleen over normalisatienormen en stelt dat daar in beginsel alleen op een ‘niet-dwingende’ wijze naar mag worden verwezen.

Duidelijk is dat deze vraag niet kan worden beantwoord zonder een duidelijk beeld van de functie van de private regulering: dient die bijvoorbeeld ter vervanging of aanvulling van overheidsregulering (zoals in geval van wettelijk geconditioneerde zelfregulering), of ligt die op een terrein waar de overheid zich niet mee wil bemoeien? In het laatste geval ligt enige wettelijke status van de regels niet voor de hand. Zo bestaan ten aanzien van voedselveiligheid alle drie de vormen: wettelijke regulering in Europese richtlijnen en in (onder meer) de Warenwet, noodzakelijke aanvulling daarvan in ketenkwaliteitssystemen binnen de betrokken sector en ten slotte onder meer vrijwillige certificering voor halal of kosjer voedsel.⁴⁶ Alleen die laatste vorm behoeft mijns inziens geen verwijzing in de wet. Dat ligt weer anders indien zelfregulering uitdrukkelijk bedoeld is ter anticipatie op wetgeving met het doel om overheidsingrijpen te voorkomen.

42 Kamerlid Rabbinge, *Handelingen I* 2005, p. 17-750.

43 Alternatieven worden ook genoemd in: Minister van Justitie, *Handleiding Wetgeving en Europa*, 2009, p. 93 v.

44 Zie hierover de bijdrage van Kohll e.a. aan deze aflevering van *RegelMaat*.

45 BREF staat voor Best Available Techniques Reference Document en is een uitwerking van EU-Richtlijn 2010/75 inzake industriële emissies en diens voorganger.

46 Zie <www.halal.nl/bedrijven/halal-certificering> en <www.nik.nl/2010/06/kosjer-kosher-certificering>.

In overeenstemming met wat al is opgemerkt in paragraaf 5 ben ik hiermee voorstander van een zo groot mogelijke kenbaarheid van toepasselijke regelgeving. De overheid heeft mijns inziens als taak om zelfregulering toegankelijk te maken indien deze dient ter vervanging of noodzakelijke aanvulling van wetgeving. Dat behoeft uiteraard niet via wetgeving, maar kan ook via het eerder voorgestelde online informatiesysteem.⁴⁷ Dat geldt ook voor de veelbesproken NEN-normen van het Nederlands Normalisatie Instituut (NNI), waarnaar onder meer in het Bouwbesluit wordt verwezen. De uitspraak van de Hoge Raad dat het NNI zijn auteursrecht op die normen kan handhaven jegens diegenen die de normen nodig hebben,⁴⁸ getuigt van onvoldoende begrip voor wat een meergelaagde rechtsorde met zich brengt. De kern daarvan is nu juist dat niet alle recht bestaat uit 'algemeen verbindende voorschriften' en dat de eisen die aan die klassieke vorm van regelgeving worden gesteld (zoals de eis van bekendmaking) soms ook hebben te gelden voor andere typen regels. Dat is ook de kern van Witteveens pleidooi om de wet te zien als een maatschappelijke betekenisconstructie waarvan de functie met de tijd verandert. Het argument dat normalisatienormen slechts facultatief gelden, kan daarbij niet worden aanvaard: zodra het volgen van de norm het vermoeden oplevert dat aan een wettelijke eis is voldaan, ligt het voor de hand om te hameren op het belang van kenbaarheid van die norm.⁴⁹ Dat private regulering soms alleen in het Engels beschikbaar is, is daarbij geen probleem, zolang de personen die actief zijn in de betrokken sector geacht kunnen worden die taal te kennen.⁵⁰

8. Vraag 6: dient de Nederlandse wetgever bij het maken van regels rekening te houden met de positionering van Nederlands recht op de 'rechtsmarkt'?

Een laatste vraag die in deze bijdrage aan de orde komt, betreft de positie die de Nederlandse wetgever moet innemen tegenover het derde type meergelaagdheid besproken in paragraaf 2: de toegenomen mogelijkheden van rechtskeuze. Daar werd duidelijk dat sommige landen (zoals Engeland en Duitsland) er expliciet voor kiezen om het eigen rechtsstelsel bij buitenlandse partijen aan te prijzen en waar mogelijk aantrekkelijk te maken.⁵¹ Moet Nederland dezelfde weg gaan? Daarover is het in Den Haag oorverdovend stil. Terwijl in de jaren negentig en

47 Vgl. Ar 190: de beste garantie dat de kenbaarheid van de normen 'voor alle betrokkenen voldoende verzekerd' is, ligt in overheidsbemoediging.

48 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (*Knooble/Staat en NNI*).

49 In andere zin: Toelichting bij Ar 91a. De daar gevolgde redenering is dat omdat normalisatienormen alleen tegen betaling kunnen worden verkregen, het dwingend opleggen van die normen minder wenselijk is. Ik draai dat liever om: indien het gebruik van deze normen gewenst is, is het minder wenselijk dat daarover auteursrecht wordt betaald.

50 Zelfs voor de handhaving van strafrechtelijke voorschriften: aldus terecht wet van 16 oktober 2013 tot wijziging van enige wetten in verband met de handhaving van voorschriften in de Engelse taal, *Stb.* 2013, 415.

51 Zie over deze 'rechtsmarkt' bijv. H. Kötz, 'The Jurisdiction of Choice: England and Wales or Germany?', *European Review of Private Law* (18) 2010, p. 1243-1257, alwaar verdere verwijzingen.

tweeduizend Nederland vooroplep met het adviseren van vooral Oost- en Centraal-Europese regeringen over hervorming van hun rechtssysteem, lijkt de recente tendens om zich niet langer tot overheden maar *rechtstreeks* tot private actoren te richten niet tot Den Haag doorgedrongen. Enerzijds wordt er weinig gedaan aan expliciete marketing van het bestaande Nederlands recht in het buitenland, anderzijds lijkt herziening van wetgeving om de juridische concurrentiepositie van Nederland te verbeteren niet erg voortvarend te worden opgepakt.⁵² Maar weinig wetsvoorstellen besteden expliciet aandacht aan de mate waarin de voorgestelde regels ook aan buitenlandse partijen appelleren. Zo werd dit motief bijvoorbeeld in het geheel niet gebruikt bij de totstandkoming van de Wet collectieve afwikkeling massaschade 2005 (WCAM) en de wijziging daarvan in 2013.⁵³ Dat wekt verbazing omdat de WCAM algemeen wordt gezien als een product dat ook voor buitenlandse partijen zeer aantrekkelijk zou kunnen zijn (met name indien enkele IPR-problemen worden opgelost).⁵⁴ De rechterlijke macht heeft het belang van de positionering van Nederlands recht wél opgepakt.⁵⁵ De belangrijke strategische vraag voor de Nederlandse wetgever is hiermee of hij bij het maken van regelgeving die potentieel ook voor buitenlandse partijen interessant is, wil inzetten op een Europese regeling (waarbij een eventuele Nederlandse wet aan Europa ten voorbeeld kan worden gehouden) of primair een eigen regeling wil maken die ook aantrekkelijk is voor buitenlandse partijen. Mij is niet bekend of daar een expliciet beleid aan ten grondslag ligt, maar de huidige praktijk lijkt te zijn dat vooral wordt ingezet op de eerste optie.⁵⁶ Het is echter misschien niet altijd verstandig om de vaak moeizame en langdurige Europese weg met onzeker resultaat te kiezen indien de Nederlandse wetgever ook zelf een internationaal aantrekkelijke regeling kan ontwerpen. In elk geval dient de wetgever meer expliciet rekening te houden met gebruik van Nederlands recht in grensoverschrijdende gevallen en in situaties waarin partijen in het geheel geen band met Nederland hebben.⁵⁷

- 52 Zie, met verwijzing naar ondernemings- en belastingrecht, bijv. recent D.F.M.M. Zaman, 'Het ondernemingsrecht als katalysator voor de economie?', *Ondernemingsrecht* 2015/53, p. 281-290, op p. 285 v.
- 53 Zie respectievelijk Wet collectieve afwikkeling massaschade, *Stb.* 2005, 340 (MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, 3) en Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, *Stb.* 2013, 255 (MvT, *Kamerstukken II* 2011/12, 33126, 3).
- 54 Waarover T. Arons & W.H. van Boom, 'Beyond Tulips and Cheese: Exporting Mass Securities Claim Settlements from the Netherlands', *European Business Law Review* (21) 2010, p. 857-883.
- 55 Zie het recente pleidooi van de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak voor de introductie van een Engelstalige commerciële rechter binnen het Nederlandse rechtssysteem, waarover H.N. Schelhaas, 'Een *commercial court* in Nederland?', *NTBR* (31) 2014, p. 353-354 en H. Koster, 'Naar een Free Zone en Commercial Court aan de Zuidas?', *Ondernemingsrecht* 2015/53, p. 279-280.
- 56 Zie op het terrein van massaschade bijv. de brief van de Minister van Justitie van 23 oktober 2008 inzake evaluatie van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, *Kamerstukken II* 2008/09, 31762, 1, p. 8.
- 57 Zoals bekend vindt over die laatste situatie wel discussie plaats op het terrein van het belastingrecht. Zie Algemene Rekenkamer, *Belastingontwijking: een verdiepend onderzoek naar belastingontwijking in relatie tot de fiscale regels en het verdragennetwerk*, Den Haag 2014.

9. Ten slotte

Onder invloed van internationalisering en privatisering is het aantal rechtens relevante normenstelsels in de afgelopen decennia flink toegenomen. In deze bijdrage is een aantal vragen die de Nederlandse wetgever zich dientengevolge moet stellen de revue gepasseerd. De voorzichtige conclusie is dat de wetgever zich tot nu toe onvoldoende realiseert wat het betekent om in een meergelaagd rechtssysteem te functioneren. Reflectie op de veranderende rol van het recht is er in de academische literatuur genoeg,⁵⁸ maar de praktische gevolgen daarvan voor de nationale wetgever zijn nog onvoldoende doordacht. Dat blijkt onder meer uit de huidige Aanwijzingen voor de regelgeving, waarin problemen van meergelaagdheid maar mondjesmaat aan de orde komen. Het zou goed zijn indien door politici en wetgevingsjuristen een fundamentele discussie wordt gevoerd over onder meer de 'wie doet wat'-vraag, de kenbaarheid en coherentie van het recht, de implementatie van EU-recht, verwijzing naar private regulering en de positionering van Nederland op de internationale 'rechtsmarkt'. Eén ding moet daarbij vooropstaan: een meergelaagde rechtsorde is geen bedreiging voor de nationale wetgever, maar biedt vooral een kans om opnieuw invulling te geven aan de eisen die in een rechtsstaat aan regelgeving moeten worden gesteld. Deze bijdrage biedt daartoe geen grootse vergezichten,⁵⁹ maar vraagt de wetgever vooral om na te denken over een aantal concrete vragen. Dat is hoognodig.

58 In plaats van vele anderen: Twining 2009 en B. Tamanaha, *Law As a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

59 Conform de aanbeveling van W.H. van Boom, 'Privaatrechtswetenschap en de wetgever (1992-2012)', *RegelMaat* (27) 2012, p. 279-290, op p. 290.