

## **Uitleiding: de eerste bevindingen**

### **1 Opzet**

In deze Uitleiding brengen wij onze eerste bevindingen voor het voetlicht en bespreken wij de belangrijkste kwesties die naar aanleiding van de hiervoor opgenomen bijdragen, inleidingen en de gedachtewisseling met de deelnemers aan de studiemiddag aan de orde zijn gekomen.<sup>1</sup> Zoals uiteengezet in de Verantwoording, is die discussie niet per rechtsgebied gevoerd, maar per instrument. Steeds is een voorzet gegeven in een inleidend referaat dat de, vaak uiteenlopende, verspreiding en betekenis van ieder instrument in de diverse rechtsgebieden in beeld heeft gebracht en van een eerste kort commentaar heeft voorzien.

Die referaten bespreken vragen als: Is het betreffende instrument geschikt om een zodanige begeleiding bij het gebruik van overheidswetgeving te creëren dat de voortdurende behoefte aan vernieuwing, aanvulling en bijstelling bevredigd kan worden? Welke zijn de voor- en nadelen van zo'n instrument? Kunnen er algemene(re) conclusies worden getrokken over de mogelijkheden en voorwaarden om de instrumenten toe te passen, bijvoorbeeld ook op rechtsgebieden waarop dit tot nu toe niet of veel minder gebeurt? In overeenstemming met de opzet van het project, een explorerend onderzoek, heeft de discussie zich vooral hierop toegespitst.

Hieruit volgt dat niet thematisch aan de orde zijn gekomen de verder reikende vragen over nut, wenselijkheid en theoretische fundering van onze gedachte dat de begeleiding bij de hantering van overheidswetgeving (codificatie) meer nadruk verdient, en al evenmin of de door ons geselecteerde instrumenten daarbij wel de eerst of meest in aanmerking komende zijn. Desondanks zullen wij aan het slot van deze bundel iets over deze vragen zeggen, omdat wij daarop natuurlijk uiteindelijk ook een antwoord willen.

Alleen wanneer tijdens de studiemiddag was gebleken dat onze benadering zodanig vreemd, zinloos of onuitvoerbaar is dat wij er maar beter mee kunnen ophouden, zouden wij hieraan niet meer zijn toegekomen, maar die overtuiging hebben wij geenszins gekregen. Wij hadden ook eigenlijk niet anders verwacht,

---

\* Ivo Giesen is universitair hoofddocent privaatrecht bij de Vakgroep Privaatrecht en het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht en postdoc bij de Onderzoeksschool voor Wetgevingsvraagstukken (OvW) van de UvT. Jan Vranken is hoogleraar Methodologie van het Privaatrecht aan de UvT. Met dank aan de overige auteurs voor hun commentaar op en suggesties naar aanleiding van eerdere versies van deze Uitleiding.

<sup>1</sup> Het verslag van de discussie, opgemaakt door Cees A.H. van de Sanden, student-assistent bij de Vakgroep Privaatrecht van de UvT, is uitermate waardevol geweest.

omdat wij ons mede hebben gebaseerd op wat er in de diverse rechtsgebieden al daadwerkelijk gebeurt. Anderzijds heeft kennisneming van de praktijk ons ook, zo mogelijk nog scherper, bewust gemaakt van de immense problematiek die wij hebben aangesneden: uitdagend tot op het bot, maar met nog een lange weg te gaan.

Indien wij vervolgens de eerste stappen op die weg willen zetten, kan gepoogd worden om de hiervoor geïdentificeerde vragen één voor één na te lopen. Ook kan echter geprobeerd worden om een aantal overkoepelende kwesties bloot te leggen. Wij hebben voor deze laatste optie gekozen (§§ 3-7), erop vertrouwend dat de vragen zoals hier gesteld daarmee ook tot op zekere hoogte een antwoord zouden vinden. Een terminologische kwestie gaat aan dat alles vooraf (§ 2).

## 2 Vooraf: terminologie

Tijdens de diverse studiemiddag zijn enkele terminologische onzuiverheden aan het licht gekomen. Bepaalde termen kregen bijna per spreker een wisselende betekenis. Ook was niet steeds duidelijk of er voor alle rechtsgebieden over drie of vier instrumenten gesproken kon worden.<sup>2</sup> Voor een deel zijn deze terminologische onzuiverheden al opgeheven in de aanpassingen van de diverse bijdragen. Daarop zullen wij dan ook niet meer ingaan. Uitzonderingen zijn de begrippen 'uitvoeringsmaatregel' en 'zelfregulering'. Het eerste thema is door Groenhuijsen in zijn referaat over die uitvoeringsmaatregelen bij de kop gepakt. Wij verwijzen op deze plaats graag naar die bijdrage. Nadere duiding van de term zelfregulering vergt een boek op zich en omdat dergelijke boeken eigenlijk ook al geschreven zijn, zullen wij dat karwei hier niet trachten over te doen.<sup>3</sup> Wij volstaan hier met de constatering dat het begrip door diverse auteurs anders ingevuld wordt,<sup>4</sup> en dat de crux zit in de strengheid bij de invulling van het begrip 'zelf'.

Hoewel wij ons derhalve realiseren dat er wellicht nog wel onduidelijkheid zou kunnen ontstaan over bepaalde termen, zijn wij er inmiddels ook van overtuigd

- 
- 2 Dat leverde echter wel weer de nodige flexibiliteit op, flexibiliteit die ontbroken zou hebben bij dichtgetimmerde begrippen. Zodoende konden ook ontwikkelingen aan bod komen die anders wellicht niet aan bod zouden zijn gekomen.
  - 3 Zie bijvoorbeeld B. Baarsma (e.a.), *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, Amsterdam 2003; R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven*, diss. KUB 2000, Den Haag 2000, en A. Ogus, Self-Regulation, in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham 2000, 9400.
  - 4 Waar het bijvoorbeeld over de nieuwe Nederlandse corporate governance code gaat, lopen de meningen van M.J.G.C. Raaijmakers, 'Zelfregulering' van corporate governance van beursondernemingen, *WPNR* 6563 (2004), p. 67 e.v., alsmede hiervoor in deze bundel (geen zelfregulering), en van J.B. Huizink, A.J.M. Klein Wassink & S.E. Zijlstra, De Nederlandse corporate governance code in de wet: statisch, dynamisch of problematisch, *NJB* 2004, p. 425 e.v., m.n. p. 429 (wettelijk geconditioneerde zelfregulering), nogal uiteen.

dat volstreekte terminologische eenduidigheid hier niet te bereiken is. Wij zullen die dan ook niet nastreven en ons in plaats daarvan op de inhoud richten.

### **3 Begeleiding leidt niet tot minder regels**

#### *3.1 De paradox van meer regels*

Een eerste opvallende bevinding is deze. Helpdesks, leidraden, nadere regelgeving door de betrokken belangengroepen zelf en een infrastructurele inbedding van de begeleidingsinstrumenten hebben in elk geval één ding gemeen. Alle vier bewerkstelligen zij dat de met hun hulp beoogde betere hantering van overheidswetgeving en codificaties gepaard gaat met een woud aan *nieuwe regels*. De mate van detaillering waartoe de overheidswetgever zich terecht niet wil laten verleiden bij het opstellen van de regels, lijkt nu paradoxaal genoeg wel plaats te vinden bij de begeleiding van de hantering van diezelfde regels. Begeleiding bij de hantering van regels leidt dus in elk geval niet tot minder regels.

Is dat dan nog winst? In het huidige tijdsgewricht zal dat niet snel als zodanig ervaren worden ('minder regels' lijkt immers het devies te zijn). Enige nuance is hier echter op zijn plaats. In elk geval is immers vast te stellen dat er in deze gevallen blijkbaar ergens een onduidelijkheid bestond die, na ontdekt te zijn, bijvoorbeeld door een vraag aan een helpdesk, door een nieuwe regel oplosbaar was en dat zulks dan ook geschied is. Dat is winst in termen van kenbaarheid, duidelijkheid en rechtszekerheid. In lijn hiermee wordt terugkoppeling aan de wetgever van de informatie die via vragen binnen komt, dan ook als een noodzakelijk element gezien van de begeleiding bij de hantering van regels.

#### *3.2 Fragmentarisering en zoeken naar de balans*

Niet minder belangrijk is de (vervolg)vraag of een grotere inzet op de begeleiding van regels niet leidt tot een (te) vergaande *fragmentarisering* van regelgevende bevoegdheid. Veel regulerende en zelfregulerende organisaties van publieke, semi-publieke, of private aard komen op deze wijze immers naast of zelfs tegenover de instanties te staan wier bevoegdheid tot wetgeving direct of indirect op de grondwet berust. Die organisaties voegen allerlei lagen en tussenlagen toe, maar dat roept diverse vragen op. Hoe is hun onderlinge verhouding? En wat zijn de rechtsgevolgen van hun bezigheden? Mag een burger bijvoorbeeld vertrouwen op de informatieverstrekking door die partijen? Of vanuit een ander perspectief gevraagd: wie bewaakt het geheel en wie heeft nog overzicht?

Wanneer wij de discussie tijdens de studiemiddag op ons laten inwerken, blij-

ken dit in de kern de steeds terugkerende kwesties te zijn. Dat die kern nu bloot is komen te liggen, is uiteraard op zichzelf al winst, maar daarmee is nog niet alles gezegd. Men vreest namelijk voor ten onrechte gewekte, overspannen verwachtingen, voor overregulering, voor wildgroei, voor niet-kenbare normen en voor nieuwe machtsblokken zonder voldoende uitgekristalliseerde 'checks and balances'.

Echter, zoals zo vaak, vormen juist de mogelijke nadelen van een nieuwe ontwikkeling tevens de meest vruchtbare aanknopingspunten bij het zoeken naar oplossingen. Als trefwoorden noteren wij 'kanaliseren', 'ordenen', en 'coördineren'. Of in de woorden van Westerman:<sup>5</sup> doen waar juristen goed in zijn en dat is het ontwerpen van metaregels teneinde samenhang te bewerkstelligen in al die loshangende regelsystemen die het gevolg zijn van de vergaande fragmentarisering van regelgevende bevoegdheid. De metaregels die, hoewel niet als zodanig benoemd, maar toch herkenbaar in de discussie tijdens de studiemiddag aan de orde zijn geweest, betreffen met name de rol van de overheid, de waarborgen voor legaliteit en representativiteit, en de enorme vlucht van toezicht en het aantal toezichthouders. Dat die metaregels onderling nauw verbonden zijn, zal niet verbazen. Wij bespreken ze hierna dan ook alleen apart in de wetenschap dat die onderlinge samenhang een vaststaand gegeven is.

## 4 De rol van de overheid

### 4.1 Heeft de overheid nog een rol?

Bij alle instrumenten die de hantering van wetgeving en codificaties zouden kunnen versoepelen, zo lijkt een tweede constatering te moeten zijn, speelt de overheid (nog steeds) een *rol*, hoewel die rol nog wel verschilt per rechtsgebied en per instrument. Bij het opstellen van regelingen door particuliere belangengroepen in het privaatrecht, zoals bijvoorbeeld bij het ontwikkelen van regelingen voor het schadevergoedingsproces, is die rol soms niet meer dan dreiging op de achtergrond: regulering 'in the shadow of government action' zouden wij dat kunnen noemen. De private partijen gaan over tot een eigen invulling omdat zij de adem van de overheid in hun nek voelen. Als ze het niet zelf regelen, zal de overheid het doen en dat is altijd nadelig(er), want dan voltrekt zich het proces buiten hen om.<sup>6</sup> De overheid is dan

5 P. Westerman, *Twee pleidooien voor formalisering*, Den Haag 2003, p. 53-55. Zie ook A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, oratie UU, Deventer 1972, p. 20, die stelt dat juristen goed zijn in het ontwerpen van procedures en daarmee waarschijnlijk hetzelfde bedoelt als Westerman.

6 Vgl. ook de bijdrage van Verschuuren aan deze bundel, en W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, diss. UVT 2004, p. 142-143 (die voor het schaderegelingsproces zelfregulering prefereert boven overheidsregulering, zie p. 138).

dus met name van belang voor het 'waarom en wanneer' van invulling door belangengroepen. Zonder deze invloed te willen onderschatten, is de rol van de overheid ten aanzien van andere instrumenten veelal echter groter.

Het instellen, instandhouden en gebruik maken van de vruchten van een helpdesk is in beginsel, of ten minste in de meeste gevallen, een echte overheidsverantwoordelijkheid. Datzelfde geldt voor het opstellen en 'invoeren' van leidraden, etc., net zoals dat geldt voor het in het leven roepen en ondersteunen van bijvoorbeeld een commissie met regelgevende bevoegdheden. Een en ander betekent dat ook als er een element of extra laag zou worden toegevoegd aan het schema wetgeving-rechtspraak, dat nieuwe schema (wetgeving-private regulering-rechtspraak) dan toch (nog steeds) niet zal kunnen ontsnappen aan de band met overheidsoptreden.<sup>7</sup>

#### *4.2 Hoe groot is die rol?*

De mate waarin de overheid een rol speelt, kan danig verschillen, zo bleek. De scheidslijn loopt in elk geval ten dele parallel met de scheidslijn tussen privaatrecht en publiekrecht. Het legaliteitsbeginsel heeft in het publiekrecht, hoewel het wellicht tegenwoordig soms een andere invulling heeft gekregen,<sup>8</sup> een onmiskenbare invloed: het mag en kan eenvoudigweg niet genegeerd worden. Dat uitgangspunt bepaalt niet alleen de gang van zaken ten aanzien van de eventueel te benutten nieuwe instrumenten om met wetgeving om te gaan, alsmede de beoordeling van die instrumenten, maar betekent daarenboven dat er steeds een legitimatie op het niveau van wetgeving door de overheid gevonden moet worden voor die nieuwe instrumenten.

In het privaatrecht lijkt dit alles in beginsel anders, bijvoorbeeld op het terrein van het schadevergoedingsrecht. Dat is echter slechts 'in beginsel' het geval omdat de bindende kracht van overeenkomsten die in het privaatrecht het legaliteitsbeginsel als het ware vervangt, natuurlijk uiteindelijk ook op de wet is terug te voeren; overeenkomsten strekken de partijen tot wet, noemde het oude BW dat tot 1992 (art. 1374 eerste lid OBW).<sup>9</sup> Dat het burgerlijk procesrecht zich hier enigszins in het midden tussen privaatrecht en publiekrecht bevindt, is niet vreemd als wij bedenken dat dat rechtsgebied op zijn minst stevige raakvlakken heeft met het publiekrecht.<sup>10</sup>

De invloed van de overheid als 'oorspronkelijke regelgever' en het onder-

---

7 Zie al daarover en in deze zin J.B.M. Vranken, Niets in het recht is blijvend, behalve verandering, *WPNR* 6560 (2004), p. 1 e.v.

8 Zie nader de bijdrage in deze bundel van Essers over het legaliteitsbeginsel in het belastingrecht.

9 De bepaling is als zodanig niet teruggekeerd in het nieuwe BW, maar de strekking ervan is niet aangetast, vgl. art. 6:1 BW.

10 Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, *Burgerlijk procesrecht als publiekrecht*, Oratie UvA, Zwolle 1993.

scheid tussen publiekrecht en privaatrecht speelt ook nog een rol in die zin dat de status van bepaalde informatie hoger is, of althans hoger wordt ingeschat, als die informatie van de overheid afkomstig is; er wordt eerder op vertrouwd, ook als dat wellicht nog niet terecht is, met alle gevolgen van dien.<sup>11</sup> De Waard constateert dan ook terecht dat de overheid soms beter niet betrokken kan zijn; een minder officiële status voor een regel kan soms wenselijk zijn.<sup>12</sup> In het privaatrecht speelt dit een wel zeer pregnante rol. Men is zelfs regelmatig op zoek naar normen, leidraden voor handelen, 'best practices', etc. die juist niet bindend zijn in de gebruikelijke zin.<sup>13</sup> Hetzelfde geldt voor de ontwikkelingen op Europees vlak, ten minste in elk geval daar waar het gaat om de ontwikkeling van en naar een 'Europees privaatrecht'. Vooralsnog is het streven op dat vlak over het algemeen niet gericht op bindende regels maar veeleer op 'soft law'.<sup>14</sup>

Op internationaal vlak, nu wij toch buiten de landsgrenzen zijn getreden, is de rol en de positie van de overheid toch al een andere dan binnen het nationale publiekrecht. In een internationale setting gaat het immers om een overheid die gebonden is aan regels van hogere orde, bijvoorbeeld vanuit de Europese Unie.<sup>15</sup> Het speelveld wordt daarmee beperkter want veel van wat mogelijk zou kunnen zijn op nationaal niveau, is dat misschien niet op Europees niveau. De rol van de overheid kan in deze setting wellicht ook een geheel andere worden: zou het bijvoorbeeld niet mogelijk zijn dat de overheid als 'partij op de internationale markt' een 'privaatrechtelijke' overeenkomst sluit met andere soortgelijke 'partijen' en organisaties en via die overeenkomst de afspraak maakt om bepaalde gedragsnormen of andersoortige regels te volgen? Dat is nu nog een open vraag.<sup>16</sup>

## **5 Legaliteit, draagvlak en representativiteit**

### *5.1 Legaliteit en art. 79 RO*

De overheid heeft derhalve nog steeds veel invloed, en speelt nog overal een grote rol, een rol die zij ook niet kwijt zal willen of kunnen raken omdat het uiteindelijk,

11 Nader J.M. Barendrecht e.a., *Overheidsaansprakelijkheid voor informatieverstrekking*, Den Haag 2002.

12 Zie de schriftelijke uitwerking van de inleiding van De Waard zoals opgenomen in deze bundel.

13 Zie hierover bijvoorbeeld I. Giesen, De 'bindendheid' van normen bij nommering van schadevergoeding, *TVP* 2002, p. 127 e.v., en de Leidraad 'Onpartijdigheid van de rechter' (<[www.nvvr.org](http://www.nvvr.org)>) als recent voorbeeld.

14 Expliciet zo P. Widmer, Swiss Tort Law also is European Tort Law, in M. Faure (e.a.) (red.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerpen, 2002, p. 235. Vgl. verder M.W. Hesselink, Naar een coherenter Europees contractenrecht?, *NJB* 2003, p. 2094.

15 Zie de bijdrage van Verschuuren aan deze bundel.

16 Maar een positief antwoord ligt niet meteen voor de hand. Zo is het bijvoorbeeld uitgesloten voor de overheid om lid te worden van het FSC-keurmerk, vgl. de bijdrage van Verschuuren aan deze bundel.

ongeacht het niveau waarop de norm in zijn details uiteindelijk neergeschreven wordt, (mede) gaat om de legaliteit van die norm (gebaseerd op de wet of een overeenkomst). Regelgeving kan zijn afkomst niet verloochenen en het schema wetgeving-rechtspraak blijkt niet volledig vermijdbaar te zijn.

Gevolg daarvan is dan wel, zo constateren wij ten derde, dat de *status* van een norm of regel, de mate van legaliteit, steeds weer een thema is. Vandaar ook dat de regeling van art. 79 RO hier regelmatig de kop op steekt. Daarbij valt ons met name op dat indien, zoals in het privaatrecht, de legaliteit van een regel ook op partijafspraken (een overeenkomst) gebaseerd kan worden, de beoordeling of aan de norm van art. 79 RO voldaan is, strenger lijkt te zijn. Onze indruk is althans dat die toets veel minder streng is waar het om bijvoorbeeld het belastingrecht gaat.<sup>17</sup>

De verklaring voor dat verschil zou kunnen zijn dat het in het privaatrecht niet nodig is om coulant te zijn bij de vraag of aan de voorwaarden van art. 79 RO is voldaan. Er is immers een alternatieve 'bron', een 'juridische tussenschakel', aanwezig – te weten: de overeenkomst – die het mogelijk maakt om de rechtmatigheid en juistheid van een regel of norm te kunnen (laten) toetsen. Art. 79 RO als 'breekijzer' om tot een 'rechtmatigheidstoets' te kunnen komen, is dus in een situatie waarin er een overeenkomst is gesloten, die immers privaatrechtelijk getoetst kan worden, niet nodig. Op andere rechtsgebieden ontbreekt die mogelijkheid en dient er derhalve coulant(er) omgegaan te worden met de vraag of bepaalde normen als rechtsregels in de zin van art. 79 RO getoetst kunnen worden, omdat er anders helemaal geen rechtsbescherming mogelijk zou zijn.

## *5.2 Draagvlak en representativiteit*

Een ander thema als het gaat om legaliteit, betreft *draagvlak en representativiteit*. Draagvlak speelt overal in zekere mate een rol, zo lijkt het, maar in elk geval en met name daar waar de legaliteit niet op de gebruikelijke wijze (door wetgeving, al dan niet gedelegeerd) doorwerkt. Dat er draagvlak is voor een bepaalde norm, aspiratie of regel, vervangt dus eventueel de normale wijze van legaliteitsverkrijging (of vult deze aan).

In zekere zin mag dat niet verbazen, want het is uiteindelijk hetzelfde mechanisme dat hier zijn werking doet gelden. Net als bij legaliteit door wetgeving, waarbij de opvatting van de meerderheid van de democratisch gekozen vertegenwoordigers de doorslag geeft, is draagvlak afhankelijk van de instemming met een bepaalde koers of keuze van ten minste de meerderheid (maar in beginsel zelfs een overgrote meerderheid) van de vertegenwoordigers van belanghebbenden. De meerderheid beslist. Een voorbeeld van hoe dit kan doorwerken, ontwaren wij ten

---

17 Zie de bijdrage van Essers aan deze bundel.

aanzien van de kritiek op de Nederlandse corporate governance code waarbij de afwezigheid van draagvlak voor de (samenstelling van de) Commissie-Tabaksblat cruciaal lijkt te zijn.<sup>18</sup> Hetzelfde speelt in het schadevergoedingsrecht: zonder draagvlak komt er geen afspraak fatsoenlijk van de grond.<sup>19</sup>

Doordat draagvlak zo belangrijk is, is ook meteen de zeer nauw daaraan verbonden vraag naar de representativiteit van degene die een regeling tot stand brengt, wezenlijk.<sup>20</sup> Indien de vertegenwoordiging die instemt met een private regeling of norm en die het draagvlak ervoor aanreikt, eigenlijk niet representatief is voor de achterban, is dat draagvlak er uiteindelijk natuurlijk niet. Daarmee faalt de poging de hantering van de regelgeving te vereenvoudigen.

## 6 Toezicht

Heden ten dage lijkt het antwoord op elk maatschappelijk probleem en op elk maatschappelijk falen, in één woord te vatten te zijn: *toezicht*. De toezichthouders schieten dan ook als paddestoelen uit de grond, ook als het om de begeleiding bij de hantering van regelgeving en codificaties gaat, zo merken wij ten vierde op. Bovendien krijgen zij steeds meer taken en bevoegdheden. Zo worden de toezichthouders de nieuwe machthebbers; ze hebben misschien wel teveel macht, doordat teveel hoedanigheden en taken in één persoon verenigd worden. De AFM heeft bijvoorbeeld een regelstellende, opsporende en bestraffende hoedanigheid. Dat dit op weerstand stuit, mag niet verbazen.<sup>21</sup>

Dat probleem en de moeite die men daarmee terecht heeft, zijn niet nieuw. Toezichthouders worden dan ook geacht tot op zekere hoogte transparant te zijn: duidelijk moet zijn wat ze doen en hoe ze dat doen. Verder wordt, in modern Nederlands, hun 'accountability' in de gaten gehouden. Het voordeel van toezicht is dat die 'accountability' of verantwoordelijkheid betrekkelijk goed te kanaliseren is: de minister is politiek verantwoordelijk als het mis gaat<sup>22</sup> (deze heeft om die verantwoordelijkheid ook waar te kunnen maken, nog altijd op een bepaalde manier invloed op de betreffende toezichthouder); de toezichthouder zelf is eventueel

18 Dat leidt er in elk geval toe dat, los van kritiek op de inhoud, de verheffing van die code tot 'wetgeving' door middel van een AMvB erg veel scepsis treft, zie nader de literatuur genoemd in noot 4. Men kan zich echter afvragen of de kritiek inzake het (ontbreken van) draagvlak nog steeds valide is indien de wetgever alsnog zijn stempel van goedkeuring verleent, zoals bij de code lijkt te gaan gebeuren. Legaliteit via draagvlak is dan immers weer vervangen door legaliteit via wetgeving.

19 Meer daarover in de bijdrage van Giesen aan deze bundel.

20 M.J.G.C. Raaijmakers, 'Zelfregulering' van corporate governance van beursondernemingen, *WPNR* 6563 (2004), p. 73 en p. 79, stelt die vraag zeer pertinent.

21 Zie bijvoorbeeld de bijdrage van Groenhuijsen aan deze bundel.

22 Wat wel opvalt, is dat tot op heden de toezichthouders iedere keer weer meer bevoegdheden hebben gekregen als er ergens iets mis ging; er is nog geen minister op gebrek aan toezicht gestruikeld.



civielrechtelijk aansprakelijk.

Is toezicht door een (bijzondere) toezichthouder hier dan de enige weg? Op het eerste gezicht kan dat niet het geval zijn, want hoe zouden wij het anders ooit hebben kunnen redden voordat 'toezicht' in zijn moderne, veelomvattende variant uitgevonden was? Een eerste alternatief is dan dat de wetgever de taken die hier opdoemen, weer of alsnog naar zichzelf toe trekt. Als er een toezichthouder is die nadere regels ontwerpt en implementeert, kan de wetgever dat natuurlijk zelf ook. Het ligt er maar net aan waar het betreffende personeel ingezet wordt, bij de wetgever of bij de toezichthouder. Dat dit echter lastig van de grond zal komen, zal ook duidelijk zijn, want de nadere regelgeving is niet voor niets niet meteen op het departement gemaakt toen ook de bovenliggende regeling tot stand kwam. De al dan niet bewuste 'delegatie' aan het maatschappelijk veld had natuurlijk een reden.

En de rechter? Die kan natuurlijk altijd nog inspringen en de reddende engel spelen, maar dat is eigenlijk ook geen antwoord op de vraag of er een alternatief voor toezicht is, want wat doet die rechter in wezen anders dan toezicht (of beter: meta-toezicht) uitoefenen? Voorlopig lijkt het erop dat als de legaliteit gewaarborgd is, het instandhouden van een toezichtsmechanisme volstaat als laatste 'check and balance', mits het takenpakket van die toezichthouder kritisch bezien wordt. De noodzakelijke balans (§ 3.2) lijkt dan, hoewel wankelend, gevonden te zijn.

## **7 Nut en noodzaak: is begeleiding bij hantering van regels wel vruchtbaar?**

### *7.1 Winst ondanks overregulering...*

De versoepeling van de omgang met regelgeving doordat daar op allerlei manieren een verdere uitwerking aan gegeven wordt, zonder dat op de wetgever of de rechter gewacht hoeft te worden, levert inhoudelijke gezien winst op. Het nadeel van overregulering weegt hier niet tegen op. De reden voor deze positieve balans is te duiden in termen van kenbaarheid en zekerheid ten aanzien van het recht. Bovendien zou die nadere regulering anders ook wel ontstaan zijn, maar dan waarschijnlijk pas na een lang en slepend proces van trachten wetgeving tot stand te brengen of wachten op een finaal rechterlijk oordeel.

Dat er hierbij wellicht minder waarborgen aanwezig zijn en er juist een zekere 'stuurloosheid' lijkt rond te waren, doet hieraan niet af. Ons inziens duiden de ontwikkelingen zoals ze tot nu toe verlopen erop dat een en ander niet uit de hand zal lopen. Legaliteit wordt niet zomaar opgeofferd, hoewel dat beginsel wellicht af en toe wel in het geding is. Daar komt dan nog bij dat al gebleken is dat het schema wetgeving-rechtspraak zo sterk is dat het uiteindelijk niet te omzeilen is, zodat er steeds een waarborg is. De omgang met dit soort nieuwe vormen van niet-statelijke

regelgeving en normstelling dient zich echter wel nog verder te ontwikkelen en te groeien. Dat heeft tijd nodig.

### 7.2 ...ook gezien vanuit de kostenkant...

Bekijken wij nut en noodzaak ook vanuit het kostenaspect, dan lijkt een bruikbare maatstaf dat het efficiënt zou zijn om (nadere) regelgeving daar te ontwikkelen en bedenken waar dat tegen de laagste kosten kan. Vaak zal dat bij de inhoudskundige zijn (de milieu- en belangengroepen, het OM, de NV-bestuurders, de toezichthouder, etc) en niet per se bij de wetgever.<sup>23</sup> Het kostenplaatje pleit dus zeker niet tegen verdere normstelling buiten de officiële wetgever om, te meer niet omdat verwacht mag worden dat het in eigen kring ontwikkelen van normen waardoor (extra) draagvlak ontstaat, compleet met eigen handhavingsmogelijkheden, het beroep op de rechter zal doen verminderen. Dat gevolg van zelfregulering levert dus nog een extra besparing op voor de Staat.

De reden waarom dit vervolgens toch nog niet altijd helemaal lukt, is waarschijnlijk dat normen en regels 'public goods' zijn, zodat private partijen niet snel zelf met de ontwikkeling ervan aan de slag zullen gaan ('free rider'-gedrag loont).<sup>24</sup> Deze houding verandert alleen indien die partijen weten dat overheidsingrijpen duurder of anderszins onvoordeliger voor hen is, hetgeen echter niet snel het geval zal zijn omdat de kosten van regelgeving nu eenmaal niet doorgerekend worden. Dat gegeven maakt dat de overheid zou kunnen bijsturen door aan te geven aan zelfregulering te denken, met als sanctie (strengere) overheidsregulering als partijen er niet in slagen om dat van de grond te krijgen. Tevens zou nog gedacht kunnen worden aan het verstrekken van subsidies om partijen te bewegen tot zelfregulering te komen.<sup>25</sup>

### 7.3 ...maar met een nog verder te ontwikkelen gebruiksaanwijzing

Een paar concrete en algemenere gebruiksaanwijzingen om de verdere omgang met gelaagde normstelling, private regelgeving of hoe het ook genoemd wordt, te faciliteren, kunnen hier dan al direct gegeven worden. Ten eerste, heel concreet. Helpdesks zijn een tamelijk onschuldig en breed inzetbaar instrument, mits men er duidelijk een 'disclaimer' bij verstrekt. De antwoorden op vragen kunnen teveel of te hoge verwachtingen wekken, maar dat is een probleem dat redelijk beheersbaar

---

23 Zie bijvoorbeeld Weterings, *a.w.*, p. 139-140, en Ogus, *a.w.*, p. 590-591, met verdere verwijzingen.

24 Zie nader daarover Weterings, *a.w.*, p. 157, en P. McNutt, Public Goods and Club Goods, in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham 2000, 0750, p. 927 e.v.

25 Vgl. over beide opties Weterings, *a.w.*, p. 158 en p. 156 en 159.

is. Ten tweede, ook nog concreet. Qua inhoud mag de verdere uitvoering en uitwerking op detailniveau van een hogere regel nooit, op welke wijze dan ook, buiten de markering en reikwijdte van de onderliggende, hogere regel treden. Waar dat wel gebeurd is,<sup>26</sup> is een correctie nodig.

Ten derde, op algemener niveau. Het is niet nodig om terughoudend te zijn bij de erkenning dat de overheid hier nog steeds een rol speelt. Het is dan ook zinvol die overheid bij het proces te betrekken waar dat kan.<sup>27</sup> Daarbij aansluitend, ten vierde. Waar legaliteit in klassieke zin niet aanwezig is, dient ten minste draagvlak aanwezig te zijn als substituut daarvoor. Degene die gebonden wordt, dient er (als groep) in grote lijnen mee akkoord te zijn, ermee te kunnen leven, zodat er ook naar geleefd kan worden. Ten vijfde, ook algemeen. Een vorm van toezicht, op wel een niveau onder dat van 'een beroep doen op de rechter', lijkt wenselijk zolang er daarvoor geen alternatieven bestaan.

## **8 Afronding**

Binnen de vooralsnog beperkte opzet van deze eerste fase van ons onderzoek naar een (meer) dynamische omgang met codificaties hebben wij getracht om op de volgende vragen een antwoord te vinden.<sup>28</sup> Zijn de door ons onderscheiden instrumenten geschikt voor het beoogde doel? Wat zijn de voor- en nadelen ervan? Is de toepassing van die instrumenten op andere rechtsgebieden een reële mogelijkheid? Wat is het uiteindelijke nut van meer nadruk op begeleiding? En is die nadruk dan wel wenselijk? Tot slot: hoe kan een en ander theoretisch gefundeerd worden? Een aantal van die vraagpunten is hier vrij expliciet aan bod gekomen, andere kwesties bleven meer verborgen. Het zijn dan ook die kwesties die de onderzoeksagenda voor de komende tijd vooral zullen gaan bepalen.

---

26 Zie voor voorbeelden de bijdrage van Groenhuijsen aan deze bundel.

27 Zie echter de relativering van De Waard in zijn schriftelijke uitwerking van inleiding zoals opgenomen in deze bundel: soms is het beter dat de overheid slechts op afstand, faciliterend of meedenkend opereert.

28 Zie ook al de opsomming van onderzoeksvragen in § 1.