

## REDACTIONEEL

# Onbekende regels en regelgevers

*C. Riezebos, S.A.J. Munneke & D.R.P. De Kok*

De opkomst van diverse vormen van regulering door het bestuur of andere overheidsinstellingen, en de daarmee gepaard gaande afnemende betekenis van de klassieke wetgeving, is bepaald geen nieuw verschijnsel. Ook in *RegelMaat* is aan diverse verschijningsvormen daarvan de afgelopen jaren aandacht geschonken.<sup>1</sup> Deze ontwikkeling is nog niet ten einde. Zo klinkt in veel reacties op de toeslagenaffaire door dat het bestuur meer mogelijkheden zou moeten hebben om van de wet af te wijken. Zonder twijfel zal dat vervolgens leiden tot een verschuiving van een deel van de materiële normstelling naar beleidsregels en andere vormen van beleid. Op zich een bekend verschijnsel, zeker als die nieuwe ‘regulerende taak’ bij de bekende klassieke bestuursorganen terecht komt: de minister, de colleges van burgemeester en wethouders enzovoort.

De regulerende taak komt echter niet alleen daar terecht. Ook allerlei minder zichtbare bestuursorganen en verbanden kunnen door deze verschuivingen juridisch dan wel feitelijk met een normstellende taak worden belast. Soms gaat het om een eigen regelgevende bevoegdheid, soms om interne regels met een externe verschijningsvorm, en soms om niet meer dan gebruiken en praktijken, die echter, vanwege het gezag van de instantie in kwestie, toch sturend werken. Denk ook aan de invulling die toezichthouders en handhavers in de praktijk geven aan open normen, soms door geschreven instructies. De praktijk laat van dit alles verschillende voorbeelden zien, en het thema ‘onbekende regels en regelgevers’ staat dan ook centraal in dit nummer.

De betekenis van deze onbekende regels en regelgevers kan moeilijk worden overschat. Hun achtergrond, totstandkomingswijze, juridische vorm, functie en doorwerking lopen uiteen. Het is onmogelijk een volledig beeld te schetsen van het verschijnsel ‘onbekende regels’. De belangrijkste overeenkomst is dat zij niet passen in het klassieke begrippenkader rond wet- en regelgeving, of zich ontwikkelen op een wijze waardoor dit kader weer aangepast wordt. In dit nummer worden enkele voorbeelden voor het voetlicht gebracht.

*Herman Bröring* geeft in zijn bijdrage een rijk overzicht van verschillende vormen van niet-wettelijke regels: beleidsregels, buitenwettelijke beleidsregels en tegenwettelijk beleid, en instructies (intern beleid) in relatie tot de vaste gedragslijn (extern beleid). Bijzondere aandacht geeft hij aan het eroderende onderscheid tussen lagere regelgeving en beleidsregels. Hij leidt ons langs een aantal ‘curiositeiten’ uit de rechtspraktijk en eindigt met elf conclusies. Het artikel maakt onder meer dui-

1 Bijv. *RegelMaat* 2019, afl. 2: bestuursakkoorden, *RegelMaat* 2020, afl. 2: algemeenverbindendverklaring, en *RegelMaat* 2022, afl. 1: budgetrecht.

delijk dat onbekende regelgeving een caleidoscopisch begrip is. Zij heeft veel verschillende vormen en uiteenlopende implicaties. Als er in hoofdzaak over de definitie wel overeenstemming bestaat, is er daarmee nog geen overeenstemming over de juridische betekenis. Een voorbeeld dat Bröring bespreekt, is de vraag of beleidsregels moeten worden gerekend tot de rechtsgronden in de zin van artikel 8:42, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, zodat de bestuursrechter ze ambtshalve zou moeten aanvullen. Volgens Bröring is het antwoord positief, maar zo ver is het nog niet. Een bijzondere situatie is die waarin bestuursorganen verschillende vormen van beleid combineren. Dat geldt bijvoorbeeld voor het Instituut Mijnbouwschade Groningen (IMG), een zelfstandig bestuursorgaan. Het IMG heeft een wettelijke opdracht om een werkwijze voor de afhandeling van schade te ontwikkelen en openbaar te maken. Die opdracht wordt wettelijk ingekaderd door enerzijds een koppeling aan de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker (NAM) en anderzijds de boodschap dat de afhandeling ‘ruimhartig’ dient te gebeuren. Tegenstrijdige kaders, die in de praktijk dan ook tot spanning leiden, ook in de mate van bemoeienis door de politiek. Bröring geeft een mooi, actueel overzicht van deze categorieën regelgeving, met telkens ook aandacht voor de vraag wat de betekenis van de keuze voor de ene of de andere vorm is voor de wetgevingsjurist.

*Maite van Dongen* behandelt een internationale dimensie van het verschijnsel ‘onbekende regelgeving’. Zij besteedt aandacht aan de aard en status van de regels die worden vastgesteld door het Certification Authority Browser Forum (hierna: Forum). Doel van dit internationale gremium is zorgen voor de veiligheid van het internet door het uitgeven van certificaten. Naast de partijen die certificaten verstrekken, nemen ook andere private partijen erin deel. Het grote belang van het internet rechtvaardigt niet alleen de vraag hoe de spelregels van dit Forum doorwerken in private verhoudingen, maar ook welke impact zij hebben voor de wetgever. Van Dongen stelt de vraag of de normen die het Forum stelt gekwalificeerd kunnen worden als ‘recht’ in de zin van artikel 79 van de Wet op de rechterlijke organisatie en als algemeen verbindend voorschrift. In het licht van de geldende jurisprudentie beantwoordt zij de eerste vraag positief en de tweede negatief.

*Geerten Boogaard* gaat in op de onbekende wetgevende rol van het Veiligheidsberaad ten tijde van de coronacrisis. Dit beraad heeft geen wettelijke bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften vast te stellen. Daarmee lijkt de zaak afgedaan: zonder bevoegdheid geen algemeen verbindend voorschrift. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert echter een afwijkend wetsbegrip in artikel 3 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, waarbij een hoge mate van betrokkenheid bij de vaststelling van regelgeving, ook zonder wettelijke basis, kan leiden tot de kwalificatie ‘onderdeel van de wetgevende macht’, waarvoor artikel 3 verkiezingen voorschrijft. Dat het Veiligheidsberaad daadwerkelijk invloed heeft gehad op de inhoud van de (model)noodverordeningen en de interpretatie daarvan, zeker in de beginfase van de crisis, staat wel vast. Boogaard stelt dat die invloed verder ging dan enkel advisering en dat het Veiligheidsberaad daarmee deel werd van de wetgevende macht. Een andere interessante invalshoek waarop

Boogaard ingaat, is die van het Veiligheidsberaad als burgemeestersparlement. Hij laat zich daarbij inspireren door literatuur over zogenoemde *intergovernmental councils* in vooral federale staten. Daarbij ligt het accent op de coördinerende rol van een gremium ingeval tussen de bestuurslagen wederzijdse afhankelijkheid en gedeelde verantwoordelijkheid bestaan. Het belang van die coördinatie wordt groter naarmate de verantwoordelijkheden met meer zelfstandigheid kunnen worden uitgeoefend en de afhankelijkheid groter is. Om zijn doelen te kunnen bereiken (zoals de afkondiging van de lockdown) was het kabinet voor de uitvoering van maatregelen afhankelijk van burgemeesters, die in hoge mate zelfstandig verantwoordelijk waren voor het bereiken van resultaat in hun gemeente. De zware coördinerende rol die het Veiligheidsberaad in deze context kreeg, maakt dat het beraad mogelijk tot onderdeel van de wetgevende macht moet worden gerekend.

Gezamenlijk bieden deze bijdragen een breed palet aan ‘onbekende regelgevers’, de verschillende karakters van de – al dan niet algemeen verbindende – regels die zij stellen, en de dilemma’s die deze onbekendheid van de regelgever, de regels en het juridische karakter oplevert. Eén ding maken al deze bijdragen wel duidelijk: blijkbaar leidt een steeds complexere samenleving ook tot steeds complexere regelgevingsstructuren. We zullen zien of dit een tendens is die verder doorzet, of dat er een wal is die het schip keert.