

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<https://hdl.handle.net/2066/214705>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-16 and may be subject to change.

Reguleren en procederen

*Bijdragen aan het seminar ter gelegenheid
van de pensionering van Tetty Havinga*

anita böcker en paul minderhoud (red.)

REGULEREN EN PROCEDEREN

Reguleren en procederen

Bijdragen aan het seminar ter gelegenheid van
de pensionering van Tetty Havinga

Anita Böcker en Paul Minderhoud (red.)



Reguleren en procederen.

Bijdragen aan het seminar ter gelegenheid van de pensionering van Tetty Havinga.

Anita Böcker en Paul Minderhoud (red.)

ISBN: 978-94-6240-549-3

Layout: Hannie van de Put en Jeske Jansen

Published by

Wolf Legal Publishers (WLP)

Talent Square 13

5038 LX Tilburg

info@wolfpublishers.nl

www.wolfpublishers.com

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit Nijmegen 2020

Het auteursrecht van de afzonderlijke bijdragen berust bij de auteur(s).

Inhoudsopgave

<i>Voorwoord</i> Paul Minderhoud & Anita Böcker	1
<i>Regulering en het belang van het bedrijfsleven</i> Tetty Havinga	3
<i>Private normen, risicoregulering en aansprakelijkheid</i> Paul Verbruggen	15
<i>Transnationale zorgarrangementen: intermediairs en hun omgang met risico's en regels</i> Anita Böcker	35
<i>Procederen voor de hoogste rechter: empowerment of vervreemding?</i> Jos Hoevenaars	49
<i>Sociologie en verduurzaming. Hoe de unieke kennis van de rechtssociologie kan bijdragen aan sturing van transformaties naar een duurzame samenleving</i> Mark Wiering	61
<i>Over de auteurs</i>	69

Voorwoord

Paul Minderhoud & Anita Böcker

Op 28 juni 2019 werd ter gelegenheid van het ‘afcheid’ van Tetty Havinga als universitair hoofddocent Rechtssociologie aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen het seminar ‘Reguleren en procederen’ gehouden. Dit boekje bevat de uitgeschreven teksten van de op dit seminar gehouden presentaties.

Tetty heeft zich in de 36 jaar dat ze bij de rechtenfaculteit werkzaam was met vele onderwerpen bezig gehouden, van de regulering van collectief ontslag tot de ervaringen van grote bedrijven met gespecialiseerde rechtspraak en van de sociale werking van de gelijkebehandelingswetgeving tot de regulering van voedselveiligheid. Daarom werd voor het afscheidseminar voor het brede thema ‘reguleren en procederen’ gekozen.

Hoewel Tetty nu de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt mogen we van haar nog niet spreken van een ‘afcheid’, omdat er nog zoveel interessant werk te doen is. Dat heeft in ieder geval als voordeel dat haar aanwezigheid op de derde verdieping van het Grotius gebouw nog een tijdje gewaarborgd blijft. Voor velen is Tetty jarenlang een belangrijk anker in hun professionele bestaan geweest. Een rechtssociologische rots in de branding die ons op het rechte wetenschappelijke pad hield.

Dat Tetty nog niet gaat stoppen blijkt onder andere uit de twee onderzoeksprojecten waar ze nu en ook de komende tijd bij betrokken is. Allereerst het project ‘externe uitdagingen voor gebiedsgebonden politiewerk’, waarbij vragen centraal staan als wat betekent de digitalisering van de sociale werkelijkheid voor gebiedsgebonden politiewerk en hoe gaat de politie om met superdiversiteit in bepaalde stadswijken? Dit onderzoek verricht ze samen met Jan Terpstra, Renze Salet en Ivo van Duijneveldt in opdracht van Politie en Wetenschap.

Daarnaast loopt een onderzoeksproject naar convergentie van uitvoeringsstijlen in de Europese Unie. Vanwege de gemeenschappelijke wetgeving verwachten sommige auteurs dat beleidsstijlen en uitvoeringsstijlen steeds meer zullen convergeren tussen de lidstaten. Anderen verwachten echter dat de verschillen tussen de nationale stijlen zullen blijven bestaan ondanks de druk tot convergentie. Op basis van bestaand empirisch onderzoek (over o.a. waterbeheer, voedselveiligheid) onderzoekt Tetty samen met Mark Wiering of sprake is van convergentie en wat de oorzaken zijn van convergentie of het ontbreken daarvan.

Het was overigens nog lastig om de faculteit ervan te overtuigen dat Tetty weliswaar pensioengerechtigd werd maar nog geen afscheid wilde nemen. Voor ze het wist was haar persoonspagina op de facultaire website verdwenen. Maar gelukkig is Tetty via de constructie van een *fellowschap* weer verbonden aan de faculteit en weer zichtbaar en vindbaar.

De vijf bijdragen aan dit boekje bestrijken verschillende terreinen, van voedsel en water tot zorg, en richten de aandacht op verschillende actoren, van gebruikers tot toepassers en makers van regelgeving. Twee zijn afkomstig van promovendi van Tetty (Mark Wiering en Jos Hovenaars) die beiden na hun promotie hun carrière in de wetenschap succesvol hebben voortgezet. Twee zijn er van naaste collega’s. Allereerst

Anita Böcker met wie Tetty meer dan 30 jaar intensief heeft samengewerkt op zowel het gebied van rechtssociologisch onderzoek als onderwijs. En daarnaast Paul Verbruggen, expert onder andere op het terrein van regulering van voedselveiligheid, die nu bij de Universiteit van Tilburg werkt. Daarvoor heeft hij echter in Nijmegen gewerkt en vormde daar het perfecte onderzoeksmaatje voor Tetty, die verder vooral omringd werd door alleen op migratie georiënteerde collega's. En *last but not least* een bijdrage van de 'gepensioneerde' zelf, inmiddels als *fellow* drukker dan ooit.

Regulering en het belang van het bedrijfsleven

Tetty Havinga

1. Regulering van bedrijven door de overheid

Economische activiteit is al eeuwenlang onderworpen geweest aan regels en normen. Een deel van die regels is vastgesteld door de overheid. Denk hierbij aan steden en gemeenten, nationale overheden, maar tegenwoordig ook aan de Europese Unie en andere internationale gouvernementele organisaties. Neem bijvoorbeeld de visserij. De Europese Unie heeft ter voorkoming van overbevissing vangstquota vastgesteld voor bepaalde vissoorten. Het probleem van overbevissing is echter niet nieuw. Eind negentiende eeuw speelde een vergelijkbaar probleem, sommigen vreesden zelfs het ‘doodvisschen der Noordzee’ (Beajon 1885, 304 aangehaald in Van der Windt & Knegtering 2005). Dit leidde tot Nederlandse wetgeving en internationale afspraken (Van der Windt & Knegtering 2005).¹ In Nederland is ook de slacht en verkoop van vlees al sinds de middeleeuwen gereguleerd door gilden, steden, vorsten en staten (Koolmees 1997).

Wanneer sprake is van bewuste interventie via regelgeving in de vrije markt spreekt men wel van regulering.² Economische activiteiten van bedrijven kunnen publieke belangen schaden. Vervuiling van lucht, water of bodem kan de volksgezondheid in gevaar brengen en heeft negatieve gevolgen voor de biodiversiteit en het klimaat. Verontreinigde grondstoffen en onvoldoende aandacht voor hygiëne en temperatuurcontrole kunnen leiden tot voedselveiligheidsincidenten met soms ernstige gevolgen. Aandeelhouders en bankklanten kunnen hun geld kwijtraken door riskant financieel beheer door de bank. Ondeugdelijk materiaal, ondeskundige constructeurs en tijdsdruk tijdens de bouw kunnen leiden tot instortingsgevaar van gebouwen en huizen. Om maar enkele voorbeelden te noemen. Overheden maken regels met de bedoeling die negatieve gevolgen van bedrijvigheid te vermijden of af te zwakken. Daarom zijn er bouwvoorschriften, milieuregels en voedselveiligheidseisen.

De regulering van bedrijven kan aanleiding geven tot interessante vragen, zoals:

- Hoe worden regels door bedrijven nageleefd? Welke factoren verklaren de naleving van wettelijke voorschriften door bedrijven?
- Welke invloed hebben bedrijven of het georganiseerde bedrijfsleven op inhoud en uitvoering van wet- en regelgeving?
- Maken werknemers en consumenten in de praktijk gebruik van hun rechten en welke belemmeringen zijn er?

1 Nederlandse visserijwetgeving (Stb 1881, 76; Stb 1883, 202, Visserijwet 1908 Stb 1908, 311) en de afspraken van zeven Noordzeelanden in de Conventie van Den Haag 1882.

2 Er zijn vele definities van het Engelstalige concept ‘regulation’. Deze variëren naar wat er wordt gereguleerd (markten en economische activiteiten of allerlei vormen van gedrag), wie reguleert (de wetgever of juist andere instanties, overheid of ook private organisaties) en hoe wordt gereguleerd (via regels en voorschriften of ook op andere wijze), zie bijvoorbeeld Baldwin, Cave & Lodge 2012, 2-3; Braithwaite 2008, 1; Haines 2011, 7-8; Levi-Faur 2011, 3-6.

Dit soort vragen behoort tot het terrein van de rechtssociologie.

Ik heb me in de loop der tijd bezig gehouden met onderzoek op het terrein van veel verschillende onderwerpen. Een deel van dat onderzoek gaat over de regulering van bedrijven om publieke belangen te beschermen. In deze bijdrage wil ik het hebben over de vraag welke rol bedrijven spelen bij de bescherming van publieke belangen. In hoeverre draagt regulering door het bedrijfsleven bij aan de bescherming van publieke belangen? Kan de overheid hiervan gebruik maken door samen te werken met reguleringssystemen van bedrijven?

2. Regels en publieke belangen negeren

Regulering en het belang van het bedrijfsleven, dat is de titel van mijn bijdrage. Ik zal betogen dat we belang hebben bij de medewerking van bedrijven wanneer we publieke belangen willen beschermen. Publieke belangen kunnen het best beschermd worden door en in samenwerking met bedrijven. Dat vraagt om een andere benadering dan het opstellen en handhaven van strikte regels.

Echter, dat is slechts één kant van het verhaal. Bedrijven kunnen er belang bij hebben of denken te hebben om regels te omzeilen of te negeren. Voorbeelden daarvan zijn er genoeg. Denk aan de sjoemelsoftware van Volkswagen waarmee het bedrijf ten onrechte de indruk wilde wekken dat de uitstoot van dieselauto's onder de Europese norm bleef (Aurand et al 2018; Mansouri 2016). Later bleek dat ook dieselauto's van andere merken de voorgeschreven emissiewaarden overschreden. Andere voorbeelden betreffen bedrijven in de financiële sector, de chemische industrie en de voedselproductie die regels negeren en overtredingen verdoezelen. Deze schandalen laten zien dat de betreffende bedrijven zich niet bepaald maatschappelijk verantwoordelijk gedragen. Van Rooij en Fine (2018) spreken in dit verband van een giftige bedrijfscultuur (*toxic corporate culture*). Dergelijk onverantwoordelijk gedrag is overigens niet voorbehouden aan bedrijven. Ook overheidsorganisaties en andere niet-commerciële instellingen nemen soms een loopje met de regels of negeren signalen van onveilige of onwenselijke situaties. Defensie is daarvan een sprekend voorbeeld (Kuijpers 2018; Onderzoeksraad voor Veiligheid 2017). Het recente onderzoeksrapport over geweld in de Nederlandse jeugdzorg laat zien dat justitiële jeugdinrichtingen en andere (semi) publieke jeugdzorginstellingen de aan hen toevertrouwde minderjarigen niet afdoende bescherming boden tegen geweld en onveilige situaties (Commissie-De Winter 2019).

3. Bedrijven met oog voor publieke belangen

Ondanks al deze voorbeelden van bedrijven en organisaties die regels overtreden en geen prioriteit geven aan de negatieve maatschappelijke gevolgen van hun handelen, wil ik het nu hebben over bedrijven die wel aandacht lijken te hebben voor publieke belangen. Want die voorbeelden zijn er ook. Op diverse terreinen zijn er initiatieven van bedrijven, al dan niet gestimuleerd of verplicht door de overheid, om hun activiteiten te reguleren. De achtergronden hiervan zijn divers. Zo speelt hier de neoliberale politiek een rol, het idee dat de markt het beste zichzelf kan reguleren en dat de overheid zich terughoudend moet opstellen. Maar niet alleen de overheid kan bedrijven

stimuleren hun activiteiten te reguleren. Zo heeft bijvoorbeeld onderzoek naar ondernemingen op het terrein van de mijnbouw en papierindustrie in de Verenigde Staten laten zien dat het voor dergelijke bedrijven van levensbelang is dat zij beschikken over draagvlak in de lokale gemeenschappen waar zij hun mijnen en fabrieken hebben. Dit wordt wel omschreven als de *social licence to operate* (Prno & Slocombe 2012). Het idee is dat bedrijven moeten zorgen dat omwonenden voldoende vertrouwen in het bedrijf hebben en houden: door klachten serieus te nemen, door afspraken na te komen en door omwonenden mee te laten profiteren. Bedrijven die hieraan onvoldoende aandacht besteden lopen het risico op protesten en verzet van omwonenden en actiegroepen en dit kan hoge kosten met zich meebrengen voor het bedrijf en de mensen die bij het bedrijf werken. Onderzoek hiernaar laat zien dat de druk vanuit omwonenden en sociale bewegingen een belangrijke stimulans voor bedrijven is om te streven naar een *social license to operate* (Gunningham et al 2004). Maatschappelijke discussies over duurzaam bosbeheer en duurzame visserij leiden bijvoorbeeld tot de ontwikkeling van certificeringsprogramma's zoals FSC (Forest Stewardship Council) voor houtproductie (Bartley 2003) en MSC (Marine Stewardship Council) voor visserij (Gulbrandsen 2009). Ook de opkomst van het idee van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen past in deze trend (MVO Nederland 2019; Vogel 2005).

4. Regulering voedselveiligheid door bedrijfsleven

Laten we nu eens nader kijken naar enkele ontwikkelingen op het terrein waar ik de laatste jaren onderzoek heb gedaan: de regulering van voedsel. Ook hier nemen bedrijven allerlei initiatieven. Opvallend is dat actiegroepen en consumentenorganisaties vrijwel geen rol lijken te hebben gespeeld bij het ontstaan van initiatieven gericht op voedselveiligheid (Fuchs et al 2011; Havinga 2015). Maatschappelijke organisaties zijn wel betrokken bij andere onderwerpen rondom voedsel zoals bijvoorbeeld dierenwelzijn (plofkip, beter leven-keurmerk dierenbescherming) of fair trade (Max Havelaar koffie) (Brown 2015; Wilson & Mutersbaugh 2015).

Wanneer het gaat om voedselveiligheid, dan hebben grote supermarktketens en grote voedselproducenten een sleutelrol. Zij staan aan de wieg van certificeringsprogramma's voor voedselveiligheid. Deze ontwikkeling begon in de jaren '90 na een reeks voedselincidenten. Grote supermarktbedrijven startten de ontwikkeling van private voedselveiligheidsstandaarden zoals BRC, IFS en GlobalGAP om het vertrouwen van de consument in voedsel te herstellen (Havinga 2003, 2015). De overheid was niet betrokken bij deze ontwikkeling en er was geen sprake van de dreiging van wettelijke regulering. Integendeel, het bedrijfsleven vond de regulering van de voedselveiligheid door de overheid tekortschieten.

De private standaarden bevatten een meer concrete uitwerking van wettelijke normen en daarnaast worden striktere normen voorgeschreven en normen over onderwerpen die niet door wetgeving worden gedekt. Supermarkten en multinationale voedselproducenten leggen deze normen op aan hun leveranciers. Op deze manier worden anderen in de voedselketens verplicht zich te houden aan deze private normen. Het is weliswaar niet wettelijk verplicht, maar wel contractueel verplicht. Voor de grote multinationals is het een manier om de productvereisten ten opzichte van leveranciers te standaardiseren en de controle daarop door te schuiven naar certificeringsorganisaties.

Een ander voordeel is dat het de leveranciers zijn die een certificeringsorganisatie moeten inhuren en betalen. De supermarkt of multinational hoeft zulke controles dan niet meer zelf te organiseren en te betalen.

5. Private en publieke regulering

Naast de overheidsregulering van voedselveiligheid zijn deze certificeringsprogramma's de afgelopen 30 jaar steeds belangrijker geworden. Hierdoor is een complex en hybride systeem van voedselveiligheidsregulering ontstaan (Verbruggen & Havinga 2017). Deze hybridisatie van food governance sluit aan bij de ontwikkeling van wat wordt genoemd *regulatory capitalism*. Parker en Nielsen (2009) onderscheiden twee kenmerken van *regulatory capitalism*.

- een pluriform en gedecentraliseerd netwerk van regelgeving;
- *responsibilization of business*.

Dit laatste betekent dat de verantwoordelijkheid bij bedrijven wordt gelegd. De huidige wetgeving in de Europese Unie stelt expliciet dat voedselbedrijven primair verantwoordelijk zijn voor het waarborgen van voedselveiligheid en verplicht hen tot het ontwikkelen en gebruiken van een voedselveiligheidssysteem.³ Bedrijven moeten een inventarisatie maken van de risico's, bedenken hoe ze die risico's kunnen beheersen en in de gaten houden dat dat ook gebeurt.⁴ Dit kan worden gezien als een voorbeeld van *responsibilization of business*. Henson (2008) ziet publieke regelgeving die de verantwoordelijkheid voor voedselveiligheid naar het bedrijfsleven verschuift als een stimulerende factor voor de toename van private voedselveiligheidsnormen.

Jarenlang bestonden er twee systemen om voedselveiligheid te reguleren naast elkaar: een publiek systeem, bestaande uit wet- en regelgeving, toezicht en handhaving en een privaat systeem bestaande uit voedselveiligheidsstandaarden, certificering en marktwerking. Sinds het begin van deze eeuw worden van beide kanten pogingen ondernomen om private en publieke systemen te integreren. Van de kant van het bedrijfsleven is vooral de Global Food Safety Initiative, een transnationale organisatie van de voedingsindustrie, erg actief bezig om overheden te overtuigen van het nut van hun aanpak met de bedoeling dat in het publiek toezicht rekening zal worden gehouden met private voedselveiligheidslicenties (Havinga & Verbruggen 2017). Van de kant van de overheid werken voedselautoriteiten en -inspecties in bijvoorbeeld Nederland, Canada, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk samen met private voedselveiligheidsprogramma's (Verbruggen & Havinga 2018). In Nederland heeft de Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) inmiddels een aantal private kwaliteitssystemen geaccepteerd en houdt hiermee rekening in haar toezicht (Havinga 2018, 81-84).⁵

3 Algemene Levensmiddelen Verordening nr 178/2002, art 17 en preambule 30.

4 Europese Hygiëneverordening (EG) 852/2004, art. 5.

5 Zie voor actuele informatie: <https://www.nvwa.nl/onderwerpen/kwaliteitssystemen-zelfcontrolesystemen-en-toezicht-nvwa>.

6. Pluspunten privaat-publieke samenwerking

Uit een enquête onder medewerkers van voedselveiligheidsautoriteiten in diverse landen blijkt dat de meesten voordelen zien in samenwerking met private certificeringssystemen (Havinga 2018). De belangrijkste voordelen zijn tweeledig. Allereerst vormen private audits een welkome aanvulling op de beperkte inspectiecapaciteit van overheidsorganisaties. Overheidsinspecties hebben vrijwel altijd te weinig mensen en middelen om frequent toezicht te houden op alle bedrijven die voedsel produceren en verkopen. Veel certificeringsprogramma's vereisen een jaarlijkse of halfjaarlijks controlebezoek aan het bedrijf. Door gebruik te maken van deze private controles kunnen overheidsinstanties hun beperkte middelen richten op de hoogste risico's. Bovendien verwachten respondenten dat de samenwerking met private systemen zal resulteren in een algehele verbetering van de voedselhygiëne en dat het levensmiddelenbedrijven helpt bij het naleven van hun wettelijke verplichtingen. Private voedselveiligheidssystemen dragen dus bij aan het uiteindelijke doel van de overheidsregelgeving voor voedselveiligheid, namelijk veiliger voedsel.

Samenwerking tussen privaat en publiek toezicht lijkt dus voor iedereen een goed idee:

- Publieke toezichthouders kunnen hun menskracht en geld besteden aan de 'rotte appels' en de hoge risico's.
- Geaccepteerde private systemen verkrijgen meer legitimiteit en versterken hun marktpositie.
- Levensmiddelenbedrijven krijgen meer keuzemogelijkheden (wel of niet deelnemen aan een privaat systeem?, welk privaat systeem?, afspraken over controle en begeleiding).
- Het uitgangspunt van wetgeving en beleid dat bedrijven primair verantwoordelijk zijn voor voedselveiligheid wordt onderstreept doordat bedrijven duidelijk verantwoordelijkheid krijgen voor voedselveiligheid.

7. Risico's van samenwerking met private regulering

Maar er zijn wel wat risico's verbonden aan de integratie van private certificeringssystemen in publiek toezicht. Private systemen zullen niet overal werken. Zeer waarschijnlijk werken zulke systemen het minst goed daar waar regulering het meest nodig is. Bovendien, hoe voorkom je als overheid dat dingen alleen op papier goed op orde zijn of dat je wordt belazerd?

De eerdergenoemde survey onder voedselautoriteiten laat zien dat veel respondenten vrezen dat dit soort samenwerking het vertrouwen van de consument in het hele voedselveiligheidssysteem in gevaar kan brengen (Havinga 2018). Er bestaat een potentieel risico van verlies van vertrouwen in voedselregulering wanneer de onafhankelijkheid van de auditor en inspectiediensten in twijfel wordt getrokken. Van de overheid wordt verwacht dat ze de voedselveiligheid volledig onder controle heeft. De overheid zal verantwoordelijk worden gehouden op het moment dat er ergens iets mis gaat of wanneer de onafhankelijkheid en effectiviteit van private controles in opspraak raken. Respondenten zeggen dat het vaak moeilijk is om aan consumenten en zelfs aan hun

eigen ministerie uit te leggen waarom samenwerking met particuliere borgingssystemen een nuttige benadering is.

8. Bedrijfscultuur

Recent zien we een nieuwe ontwikkeling. Mensen in de voedingsindustrie zijn tot de conclusie gekomen dat het niet genoeg is om gewoon de regels te volgen. In november 2018 publiceerde de Global Food Safety Initiative een *position paper* over ‘een cultuur van voedselveiligheid’ (GFSI 2018).

“Food industry laws and formalised standards have done much to make the global food supply safer [...] However, The Global Food Safety Initiative believes that to be successful and sustainable, food safety must go beyond formal regulations to live within the culture of a company.” (GFSI 2018, 32)

Regels opstellen is niet genoeg. Een voedselveiligheidscultuur moet bijdragen aan de naleving van voedselveiligheidsregels door bedrijven.

Niet alleen binnen de voedselindustrie maar ook bijvoorbeeld in de financiële wereld wordt in toenemende mate belang gehecht aan de cultuur binnen een organisatie. De Nederlandse Bank heeft naar aanleiding van de financiële crisis geconcludeerd dat gedrag en cultuur binnen een instelling grote invloed kunnen hebben op het risicoprofiel van de instelling (DNB 2015). Veel problemen en incidenten bleken een gemeenschappelijke gedragsoorzaak te hebben. Om een volgende financiële crisis te voorkomen is meer nodig dan het aanscherpen van regels en wetten, aldus DNB. Sinds 2011 houdt de Nederlandse Bank daarom toezicht op gedrag en cultuur. Het toezicht wil duurzame verandering in plaats van symptoombestrijding en meer vooruitkijken. DNB verwacht dat instellingen voortdurend stilstaan bij de effecten van het eigen gedrag en de eigen cultuur en streven naar verbetering. Er is ook een gedragscode tot stand gekomen (de Code Banken), deze is wettelijk verankerd.⁶ Bij de banken lijkt deze ontwikkeling vooral tot stand te komen door externe druk van onder andere De Nederlandse Bank. Bij de private regeling rond voedselveiligheid lijkt (een deel van) het bedrijfsleven een meer actieve initiërende rol te spelen.

9. Beperkingen van een bedrijfscultuurbenadering

Echter, een benadering gericht op bijvoorbeeld de voedselveiligheidscultuur, heeft zeker ook beperkingen en risico’s:

- Is voedselveiligheidscultuur meer dan een discussie? Heeft het enige praktische invloed op de gang van zaken binnen de voedingsindustrie?
- Effectieve bescherming van voedselveiligheid door een goede voedselveiligheids-cultuur zal alleen werken wanneer sprake is van een sterk gevoel van gemeenschappelijk belang met het publieke belang van voedselveiligheid. Daar waar dit ontbreekt, voedselveiligheid geen prioriteit heeft en niet is geïnstitutionaliseerd in de bedrijfsprocessen, is een voedselveiligheidscultuur een illusie.

6 Code Banken (www.nvb.nl).

- De bedrijven die een verbetering van de voedselveiligheidscultuur het hardst nodig hebben, zullen die cultuur waarschijnlijk niet gemakkelijk ontwikkelen. Een betere voedselveiligheidscultuur is het meest nodig wanneer een intrinsieke motivatie ontbreekt. Die ontbreekt bij personen en organisaties die alleen letten op voedselveiligheid wanneer ze daarop worden gecontroleerd. Het is niet waarschijnlijk dat zij een dergelijke cultuur zullen ontwikkelen.
- Het idee van een voedselveiligheidscultuur zal waarschijnlijk minder werken in bijvoorbeeld economisch marginale bedrijven en bedrijven in ontwikkelingslanden omdat het dergelijke bedrijven ontbreekt aan de benodigde middelen en kennis.
- Het is paradoxaal, en voelt nogal vreemd om een cultuur te ontwikkelen door richtlijnen te schrijven en checklists en meetinstrumenten te ontwikkelen. Wat zal er gebeuren wanneer GFSI- en certificeringsprogramma's eisen met betrekking tot de voedselveiligheidscultuur opnemen in hun richtlijnen? Leidt dat uitsluitend tot lippen dienst, vakjes controleren en afvinken, doelverschuiving? Of kan hiermee inderdaad de aanzet worden gegeven voor de ontwikkeling van een voedselveiligheidscultuur binnen bedrijven?

10. Conclusie

Nu kom ik aan het beantwoorden van mijn vraag: Welke rol spelen bedrijven bij het beschermen van de voedselveiligheid? Bedrijven doen meer dan naleven van de voedselveiligheidswetgeving. Dit blijkt zowel uit de verspreiding en inhoud van certificeringsprogramma's als uit de recente aandacht binnen de voedingsindustrie voor een goede voedselveiligheidscultuur.

- Veel certificeringsprogramma's bevatten vereisten die niet zijn opgenomen in de wetgeving.
- Voedingsbedrijven participeren 'vrijwillig' in een certificeringsprogramma voor voedselveiligheid. (Het is niet wettelijk verplicht, maar de markt kan bedrijven dwingen mee te doen).
- De naleving wordt gecontroleerd door audits en controles namens en betaald door de levensmiddelenindustrie.
- De industrie (of tenminste een deel daarvan) ziet het belang van een sterke en positieve voedselveiligheidscultuur.

Regulering door het bedrijfsleven kan zo inderdaad een bijdrage leveren aan voedselveiligheid. Maar leiden commerciële belangen niet tot een race naar beneden? Private certificeringsprogramma's en certificeringsbedrijven zouden geneigd kunnen zijn milder te zijn dan hun concurrenten om een groter marktaandeel te veroveren of te behouden. Het tegenovergestelde lijkt echter het geval te zijn, in ieder geval voor de certificeringsprogramma's die door de GFSI zijn geaccepteerd. In de loop der jaren zijn de opeenvolgende versies van de GFSI benchmark richtlijnen en van de door GFSI gebenchmarkte certificeringsprogramma's omvangrijker en strikter geworden.

Is de rol van de overheid dan uitgespeeld? Nee, wat mij betreft zeker niet. Wel vraagt het om een andere rol van de overheid. De overheid moet een vinger aan de

pols houden, stimuleren en meedenken over de manier waarop publieke belangen worden geborgd. Tenslotte, en dat is niet onbelangrijk, moet de overheid waar nodig frequent toezicht houden en zo nodig streng handhaven (naleving van wettelijke vereisten blijft een absoluut minimum). Want zeker niet alle bedrijven zullen spontaan rekening houden met publieke belangen.

Bovendien, bedrijven zijn commerciële ondernemingen en bescherming van publieke belangen kost vaak geld. Zeker op de korte termijn kan dat op gespannen voet staan met economische belangen van bedrijven. Op wat langere termijn ziet het plaatje er vaak al anders uit. Voor Volkswagen is de sjoemelsoftware van winstverhogend veranderd in een kostenpost: juridische procedures, dalende beurskoersen, dreigende schadevergoedingen, omzetverlies en reputatieschade (Cavico & Mujtaba 2016).

Maar wat echt belangrijk is, is niet dat de regels worden nageleefd, maar hoe mensen binnen een organisatie omgaan met de regels en met het onderliggende doel van de regels (in dit geval veilig voedsel). Het hebben van een sterke voedselveiligheidscultuur in bedrijven die voedsel produceren of leveren, kan belangrijker zijn dan naleving van de regels om het publieke doel van een veilige voedselvoorziening te realiseren. Het gaat meer om de geest dan om de letter van de wet. Het belangrijkste is dat mensen binnen bedrijven weten waar ze mee bezig zijn en welke verantwoordelijkheid zij hebben. Een van de bevindingen van de commissie-Sorgdrager die de achtergronden van de fipronilcrisis heeft onderzocht is dat voedselveiligheid weinig prioriteit heeft in de primaire sector (Sorgdrager 2018, 103). Veel eierboeren richten zich op het welzijn en de gezondheid en productiviteit van hun kippen, maar zien zichzelf niet zozeer als producenten van voedsel. Voedselveiligheid was voor hen geen punt van zorg.

In onderzoek, maar ook in politieke discussies en beleid gaat het vaak om naleving van wet- en regelgeving. Maar is naleving wel het meest geschikte concept? Naleving lijkt een binair concept te zijn - u voldoet aan de regels of niet. Veel regels hebben echter geen stabiele, vaststaande betekenis onafhankelijk van de context van hun gebruik. Dit geldt meer in het bijzonder voor algemene verplichtingen zoals een zorgplicht en op beginselen gebaseerde regels zoals bijvoorbeeld de verplichting voor bedrijven om een voedselveiligheidssysteem te hebben of te zorgen dat al het voedsel dat zij op de markt brengen veilig is. Dergelijke open normen moeten nog geconcretiseerd worden in de praktijk. Onderzoek naar hoe bedrijven rekening houden met publieke belangen in hun dagelijkse werkzaamheden, is dan ook interessanter dan onderzoek naar *compliance* en niet-naleving.

Een benadering gericht op het ontwikkelen van een goede bedrijfscultuur waarin bijvoorbeeld veiligheid en andere maatschappelijke waarden een grote rol spelen, zal in bepaalde sectoren en voor bepaalde publieke belangen niet werken. Een van de eerste onderzoeken waaraan ik heb meegewerkt biedt hiervan een illustratie. Ons onderzoek ging over ontslagbescherming van werknemers bij collectief ontslag en dan met name de vraag in hoeverre bij collectief ontslag buitenlandse werknemers naar verhouding meer werden ontslagen dan hun autochtone Nederlandse collega's (Havinga 1989). Begin jaren '80 ging het slecht met de traditionele maakbedrijven. Dat was dan ook de achtergrond van de collectieve ontslagen. De bedrijven waren primair gericht op economisch overleven. Ze wilden vooral een zo sterk mogelijk personeelsbestand overhouden. Ook werd ingezet op instemming, of in ieder geval geen protesten van de vakorganisaties. Het vermijden van discriminatie of het naleven van overheidsregels over de correcte ontslagvolgorde was helemaal geen prioriteit. Overigens zijn ook de

publieke belangen in zo'n geval niet eenduidig. Het behoud van werkgelegenheid na reorganisatie was bijvoorbeeld voor arbeidsbureaus minstens zo belangrijk als de vraag welke werknemers op straat zouden komen te staan.

Concepten zoals een 'social license to operate', 'maatschappelijk verantwoord ondernemen' en een 'integere en verantwoordelijke bedrijfscultuur' zijn voor een deel niet meer dan reputatiemanagement en schone schijn. Desondanks hebben deze concepten potentie om meer te zijn dan *window dressing*. Ze kunnen een veranderingsperspectief bieden, want alleen naleven van regels is niet genoeg.

Ik besluit met een citaat van Christopher Hodges (2015, 697):

"Law and legal systems can never be the ultimate means of controlling behaviour. It is the ethical values of the group in which the rules are applied, and of the individuals in that group, which ultimately matter."

Literatuur

- Aurand, T., W. Finley, V. Krishnan, U. Sullivan, J. Abresch, J. Bowen, M. Rackauskas, R. Thomas & J. Willkomm (2018) 'The VW Diesel Scandal: A Case of Corporate Commissioned Greenwashing', *Journal of Organizational Psychology* 18(1), <https://doi.org/10.33423/jop.v18i1.1313>.
- Baldwin, R., M. Cave & M. Lodge (2012) *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- Bartley, T. (2003) 'Certifying Forests and Factories. States, Social Movements, and the Rise of Private Regulation in the Apparel and Forest Products Fields'. *Politics & Society* 31(3), p. 433-464.
- Braithwaite, J. (2008) *Regulatory capitalism. How it works, ideas for making it work better*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Brown, K. (2015) 'Consumer politics, political consumption and fair trade'. In: L.T. Reynolds & E.A. Bennett (eds), *Handbook of research in fair trade*. Cheltenham: Edward Elgar, p. 157-173
- Busch, L. & J. Bingen (2006) 'Introduction: A New World Of Standards'. In: J. Bingen & L. Busch (eds), *Agricultural Standards: The Shape of the Global Food and Fiber System*. Dordrecht: Springer, p. 3-28.
- Cavico, F.J. & B.G. Mujtaba (2016) 'Volkswagen Emissions Scandal: A Global Case Study of Legal, Ethical, and Practical Consequences and Recommendations for Sustainable Management'. *Global Journal of Research in Business & Management* 4(2), p. 303-311.
- Commissie-De Winter (Commissie Onderzoek naar Geweld in de Jeugdzorg) (2019) *Onvoldoende beschermd. Geweld in de Nederlandse jeugdzorg van 1945 tot heden*. Den Haag: Commissie Onderzoek naar Geweld in de Jeugdzorg.
- De Nederlandse Bank (2015) *Gedrag en Cultuur in de Nederlandse financiële sector*. Brochure, Amsterdam: DNB, dnb.nl.
- Fuchs, D., A. Kalfagianni & T. Havinga (2011) 'Actors in Private Food Governance: The Legitimacy of Retail Standards and Multistakeholder Initiatives with Civil Society Participation'. *Agriculture and Human Values* 28(2), p. 353-367.

- GFSI (2018) *A Culture of Food Safety. A position paper from the Global Food Safety Initiative*. <https://mygfsi.com/>.
- Gulbrandsen, L.H. (2009) 'The Emergence and Effectiveness of the Marine Stewardship Council'. *Marine Policy*, 33(4), p. 654-60.
- Gunningham, N., R.A. Kagan & D. Thornton (2004) 'Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance'. *Law and social inquiry* 29(2), p. 307-341.
- Haines, F. (2011) *The Paradox of Regulation. What Regulation Can Achieve and What it Cannot*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Havinga, T. (1989) *Arbeidsbureau en collectief ontslag, Een empirisch onderzoek naar het functioneren van de ontslagprocedure*. Groningen: Wolters-Noordhoff.
- Havinga, T. (2003) 'Private regulering voedselveiligheid. De supermarkt als regelgever en handhaver'. *Recht der Werkelijkheid* (themanummer Zelfregulering), p. 189-212.
- Havinga, T. (2015) 'Retail driven Food Safety regulation?'. In: A. Hammoudi, C. Grazia, Y. Surry & J.-B. Traversac (eds), *Food safety, market organization, trade and development*. Cham etc: Springer, p. 59-76.
- Havinga, T. (2018) 'The integration of private certification in governmental food controls. A Survey on Public-Private Collaboration in Food Safety Governance'. *Nijmegen Sociology of Law Working Papers Series* 2018/01. Nijmegen: Radboud University Nijmegen. <http://hdl.handle.net/2066/198979>.
- Havinga, T. & P. Verbruggen (2017) 'The Global Food Safety Initiative and state actors: Paving the way for hybrid food safety governance'. In: P. Verbruggen & T. Havinga (eds), *Hybridization of food governance: Trends, types and results*. Cheltenham: Edward Elgar 2017, p. 183-214.
- Henson, S. (2008) *Public and Private Incentives to Adopt Enhanced Food Safety Controls*. FERG Working Paper No. 7_FS, Guelph: University of Guelph International Food Economy Research Group.
- Hodges, C. (2015) *Law and Corporate Behaviour. Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Koolmees, P.A. (1997) *Symbolen van openbare hygiëne. Gemeentelijke slachthuizen in Nederland 1795-1940*. Rotterdam: Erasmus Publishing.
- Kuijpers, D. (2018) 'Defensie weet al kwart eeuw van strafbare feiten rondom chroom-6'. *Follow the money* 28 juli, <https://www.ftm.nl/>.
- Levi-Faur, D. (2011) 'Regulation and regulatory governance'. In: D. Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar, p. 3-21.
- Mansouri, N. (2016) 'A Case Study of Volkswagen Unethical Practice in Diesel Emission Test', *International Journal of Science and Engineering Applications*, 5(4), p. 211-216.
- MVO Nederland (2019) *Wat is MVO Nederland?*, Utrecht: MVO Nederland, <https://www.mvonderland.nl/>.
- Onderzoeksraad voor Veiligheid (2017) *Mortierongeval Mali*. Den Haag: Onderzoeksraad voor Veiligheid.
- Parker, C. & V. Nielsen (2009) 'The Challenge of Empirical Research on Business Compliance in Regulatory Capitalism'. *Annual Review of Law and Social Science* (5), p. 45-70.
- Prnoa, J. & D.S. Slocombe (2012) 'Exploring the origins of 'social license to operate' in the mining sector. Perspectives from governance and sustainability theories'. *Resources Policy*, 37(3), p. 346-357.

- Rooij, B. van & A. Fine (2018) 'Toxic corporate culture: assessing organizational processes of deviancy'. *Administrative Sciences*, 8(23). doi:10.3390/admsci8030023.
- Sorgdrager, W. (2018) *Onderzoek fipronil in eieren*. Den Haag: Commissie onderzoek fipronil in eieren.
- Verbruggen, P. & T. Havinga. (2017) 'Hybridization of food governance: An analytical framework'. In: P. Verbruggen & T. Havinga (eds), *Hybridization of food governance: Trends, types and results*. Cheltenham: Edward Elgar, p. 1-27.
- Verbruggen, P. & T. Havinga (2018) *Transnational Business Governance Interactions in Food Safety Regulation: Exploring the Promises and Risks of Enrolment*. Transnational Business Governance Interactions Project Working Paper No. 32, Vancouver: Peter A. Allard School of Law, University of British Columbia, <http://hdl.handle.net/2429/66452>.
- Vogel, D. (2005) *The market for virtue. The potential and limits of Corporate Social Responsibility*. Washington DC: Brookings Institution Press.
- Wilson, B.R. & T. Mutersbaugh (2015) 'Fair trade certification, performance and practice'. In: L.T. Reynolds & E.A. Bennett (eds), *Handbook of research in fair trade*. Cheltenham: Edward Elgar, p. 281-297.
- Windt, H. van der & E. Knegtering (2005) 'Inheemse wilde diersoorten in de Nederlandse wetgeving tussen 1860 en 1995'. *Jaarboek voor Ecologische Geschiedenis*, p. 81-110.

Private normen, risicoregulering en aansprakelijkheid

Paul Verbruggen*

1. Ten geleide

Tetty Havinga is een internationaal gerenommeerde onderzoeker op het brede terrein van voedselregulering. Haar empirische studies naar de opkomst, legitimiteit en werking van private normen betreffende dat terrein zijn vermaard in binnen- en buitenland.¹ Tijdens het schrijven van mijn proefschrift raakte ik bekend met haar werk. Toen ik nadien in Nijmegen landde, kon het niet anders dan dat ik de samenwerking met Tetty opzocht. Die samenwerking is vruchtbaar gebleken. Met de toekenning van een KNAW-congresbeurs als startschot in 2013, volgden er negen gezamenlijke bijdragen, twee geredigeerde bundels en een themanummer, dat alles verspreid over een periode van zo'n vijf jaar.² Ik heb in die tijd enorm veel van Tetty geleerd en bovenal genoten van haar kritische geest en toewijding voor het vak.

Het werk van Tetty brengt grondig in kaart welke fundamentele invloed private normen vandaag de dag hebben in de regulering van risico's verbonden met de internationale productie, distributie en verkoop van voedsel. Deze normen, die in de internationale literatuur doorgaans 'private food safety standards' worden genoemd, zijn opgekomen in de jaren '90. Ze zijn onder meer een reactie van de industrie op de globalisering van handelsketens in voedsel, de groeiende dominantie van grote supermarktketens, een reeks van grote uitbraken van voedselinfecties en –vergiftigingen (inclusief BSE), en wijzigingen in wetgeving betreffende voedselveiligheid.³ Wat betreft die wetswijzigingen, zijn er in de Europese Unie belangrijke nieuwe regels opgesteld die het risico voor bedrijven op bestuursrechtelijke aansprakelijkheid (d.w.z. boetes, recalls en bedrijfssluiting) en civielrechtelijke aansprakelijkheid (d.w.z. de verplichting

* Deze bijdrage maakt deel uit van het NWO Veni-project 'De constitutionalisering van private regulering' en verschijnt in gewijzigde vorm in het themanummer 'Risicoregulering via het aansprakelijkheidsrecht' van *RMThemis* 2020, (1) onder de titel 'Civiele aansprakelijkheid voor private normstelling'.

1 Ik vermeld hier in het bijzonder T. Havinga, 'Private Regulation of Food Safety by Supermarkets,' *Law & Policy* 2006 (4), p. 515-533; D. Fuchs, A. Kalfagianni & T. Havinga, 'Actors in Private Food Governance: The Legitimacy of Retail Standards and Multistakeholder Initiatives with Civil Society Participation', *Agriculture and Human Values* 2010 (3), p. 353-367; en T. Havinga & F. van Waarden, *Veilig voedsel: Toezicht toevertrouwen?*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Webpublicatie nr. 70, <https://www.wrr.nl/publicaties/publicaties/2013/03/14/veilig-voedsel-toezicht-toevertrouwen-sectorschets-toezicht-in-de-voedselsector---70> (laatst geraadpleegd 1 juli 2019).

2 Voor onze bijdrage 'Metatoezicht op voedselveiligheid' in het *Tijdschrift voor Toezicht* (2013 (1), p. 6-32) ontvingen we zelfs de publicatieprijs van Vide, de beroepsvereniging voor professionals in het veld van toezicht, inspectie, handhaving en evaluatie.

3 P. Verbruggen & T. Havinga, 'Hybridization of food governance: an analytical framework', in: P. Verbruggen & T. Havinga (red.), *Hybridization of Food Governance: Trends, Types and Results*, Cheltenham: Edward Elgar 2017, p. 1-27, p. 1.

tot vergoeding van schade ontstaan door een gebrekkig product op grond van productaansprakelijkheid) aanzienlijk hebben vergroot.⁴ Betwijfeld kan worden of deze veranderingen daadwerkelijk hebben geleid tot het aannemen van meer aansprakelijkheid.⁵ Niettemin is de perceptie van de industrie in ieder geval geweest dat meer controle op de voorschakels in handelsketens noodzakelijk was teneinde het risico op aansprakelijkheden te beheersen.⁶ Private normen voor voedselveiligheid zouden aan het bereiken van dat doel bijdragen.

In mijn bijdrage aan deze feestbundel wil ik doorpakken op de rol van private normen in de regulering van risico's en hun relatie met aansprakelijkheidsrecht. Ik wil deze gelegenheid gebruiken om een bespiegeling te geven op welk aansprakelijkheidsrisico private normstellers zelf lopen indien de normen die zij ontwikkelen ondermaats blijken en leiden tot schade. Deze vraag ziet niet alleen op private normen voor voedselveiligheid, maar treft elke industrie of sector waarin bedrijven verantwoordelijkheid nemen door zelf productveiligheidsnormen te ontwikkelen. Het is ook een strikt privaatrechtelijke vraag, die voor haar beantwoording een juridische discussie van centrale concepten in het aansprakelijkheidsrecht vergt. Ik leid mijn verhaal daarom eerst in met een casus, om het dogmatische probleem van civielrechtelijke aansprakelijkheid voor private normstelling helder te duiden.

2. Casus en probleemstelling

Dat er op 27 mei 2017 geen doden of zwaargewonden vielen, mag een wonder heten. Op die dag stortte de in aanbouw zijnde parkeergarage bij Eindhoven Airport in. De bouwers waren net naar huis en op het moment van instorten waren er geen passanten. Uit het onderzoek dat de Onderzoeksraad voor Veiligheid eind 2018 publiceerde, bleek dat de oorzaak van de instorting gelegen was in de beperkte sterkte van de betonverbindingen van het specifieke type breedplaatvloer – de 'bollenplaatvloer' – die werd gebruikt voor de bouw van de parkeergarage.⁷ De norm NEN-EN-1992-1-1 + C2:2011 bepaalde hoe de sterkte van de betonverbindingen berekend moest worden. Deze private norm is ontwikkeld door het Europees Comité voor Normalisatie (CEN) en uitgegeven door het Nederlands Normalisatie-instituut (hierna: NEN). De norm beoogt de constructieve veiligheid van betonconstructies te waarborgen.⁸ Ten tijde van

4 Zie uitgebreid P. Verbruggen, 'Private food safety standards, private law, and the EU: Exploring the linkages in constitutionalization', in: M. Cantero Gamito & H.W. Micklitz (red.), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering – Standards, Contracts and Codes*, Cheltenham: Edward Elgar 2019, te verschijnen.

5 Wat betreft de invloed van productaansprakelijkheid gaat Tetty voorop: T. Havinga, 'Draagt aansprakelijkheidsrecht bij aan de voedselveiligheid? Over de preventieve werking van schadeclaims en aansprakelijkheidsverzekering', *Recht der Werkelijkheid* 2010 (31) 1, p. 6-27.

6 L. Fulponi, 'Private voluntary standards in the food system: The perspective of major food retailers in OECD countries', *Food Policy* 2006 (31), p. 1-13, p. 9.

7 Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Bouwen aan constructieve veiligheid. Lessen uit instorting parkeergebouw Eindhoven Airport*, Den Haag: Onderzoeksraad voor Veiligheid 2018, p. 30-32, <https://www.onderzoeksraad.nl/nl/page/4758/bouwen-aan-constructieve-veiligheid---lessen-uit-instorting> (laatst geraadpleegd 1 juli 2019) en Bijlage C (Technisch Onderzoek).

8 NEN EN-1992-1-1 + C2:2011, Eurocode 2: Ontwerp en berekening van betonconstructies - Deel 1-1: Algemene regels en regels voor gebouwen, [https://www.nen.nl/NEN-Shop/Norm/NENEN-](https://www.nen.nl/NEN-Shop/Norm/NENEN-1992-1-1-C2-2011)

de instorting was de norm bij wet verplicht gesteld voor de bouw van betonconstructies.⁹

Het ontwerp van de constructie voldeed niet aan de rekenregels van NEN-EN-1992-1-1. De norm bood echter ook de mogelijkheid aan ontwerpers om via alternatieve wijzen de benodigde sterkte van de betonverbindingen te waarborgen. Hoe precies en welke extra controles daarvoor nodig waren, schreef de norm echter niet voor. Hoofdaannemer BAM stelt dat in de praktijk zowel constructeurs als toezichthouders het belang van deze alternatieve hechtheid van breedplaatvloeren onvoldoende onderkennen. Een duidelijkere normstelling en nadere toelichting door NEN zou volgens BAM de toepassing van de norm bevorderen.¹⁰ Ook TNO en de Onderzoeksraad wijzen er in hun rapportages op dat de norm op dit vlak zwijgt en ter discussie staat.¹¹ Gelet op het belang van de norm in de bouwsector is die onvolledigheid opmerkelijk te noemen.

Het instorten van de parkeergarage, het belang van de private norm NEN-EN-1992-1-1 voor constructieve veiligheid, en de onduidelijkheid waarvoor deze norm in de praktijk zorgt, doen de vraag rijzen wat de verantwoordelijkheden van CEN, NEN en andere private normstellers zijn in het ontwikkelen van technische normen voor veiligheid. Betrof dit geval een onduidelijke of onvolledige norm, in andere gevallen leidde een ronduit foute norm tot grote schade.¹²

Waar begint en eindigt de civielrechtelijke zorgplicht van private, niet-statelijke actoren bij het ontwikkelen en formuleren van normen? Deze vraag is relevant en actueel in het licht van de centrale rol die deze actoren innemen wat betreft het definiëren van veiligheids- en andere kwaliteitsnormen voor producten en diensten. Internationale markten voor bijvoorbeeld bouwmaterialen, elektronica, speelgoed en voedsel worden in grote mate beheerst door technische normen ontwikkeld door commerciële consortia, brancheorganisaties en andere private clubs. Ook voor professionele dienstverlening in accountancy, medische zorg, persoonsgegevensbeveiliging en transport geldt dat (internationale) private kwaliteitsnormen leidend zijn voor de manier waarop deze

199211C22011-nl.htm (laatst geraadpleegd 1 juli 2019). De norm is inmiddels vervangen door NEN-EN-1992-1-1+C2:2011/NB:2016.

9 Artikel 1.5 Bouwbesluit 2012 jo. artikel 1.2 en Bijlage II Regeling Bouwbesluit 2012.

10 BAM, *Onderzoeksresultaten bekend van technische oorzaak gedeeltelijke instorting parkeergarage Eindhoven Airport*, Bunnik: BAM 2017, <https://www.bam.com/nl/pers/persberichten/2017/9/onderzoeksresultaten-bekend-van-technische-oorzaak-gedeeltelijke> (laatst geraadpleegd 1 juli 2019).

11 TNO, *Onderzoek naar de technische oorzaak van de gedeeltelijke instorting van de in aanbouw zijnde parkeergarage P1 Eindhoven Airport*, Delft: TNO 2017, <https://www.bam.com/nl/flexpaper/704156> (laatst geraadpleegd 1 juli 2019), p. 54-55, 61 en 68; Onderzoeksraad voor Veiligheid 2018 (n 1), p. 38-39.

12 Dit is de achtergrond van een recente zaak die voor de Supreme Court van het Verenigd Koninkrijk speelde: *MT Højgaard A/S v E.ON Climate & Renewables UK Robin Rigg East Limited and another* [2017] UKSC 59. In dat geval ging het om een private norm die een verkeerde draagkrachtberekening voorschreef voor betonverbindingen gebruikt in de bouw van offshore windmolenparken. Als gevolg van die fout moesten herstelwerkzaamheden plaatsvinden ten bedrage van €26.250.000,-. De aansprakelijkheid van de betrokken private normsteller was echter niet in geschil: de rechtsvraag in de zaak voor de Supreme Court was of een bouwer aansprakelijk kan zijn voor de herstelkosten vanwege het opleveren van een non-conform windpark, ondanks dat hij wel degelijk voldeed aan de specifieke instructies in het contract, te weten de private norm, maar die norm achteraf foutief bleek te zijn.

diensten aangeboden worden.¹³ Private standaarden zijn dus werkelijk overal. Volgens sommigen leven wij daarom in een ‘World of Standards’.¹⁴

In deze bijdrage onderzoek ik de mogelijke civielrechtelijke aansprakelijkheid voor private normstelling die schade tot gevolg heeft onder gebruikers van producten ontwikkeld op basis van inadequate private normen. Deze normen worden in de internationale literatuur doorgaans ‘technical standards’ genoemd. Ik spits de analyse concreet toe op de vraag welke zorgplicht een private normsteller jegens derden heeft bij de ontwikkeling van zijn normen. Ik richt mij hier op de buitencontractuele aansprakelijkheid voor de ontwikkeling van normen voor productveiligheid.¹⁵

De vraag naar de civiele aansprakelijkheid voor private normstelling inzake productveiligheid is, voor zover ik heb kunnen nagaan, niet aan de orde gesteld in Nederlandse rechtspraak en literatuur.¹⁶ Zij raakt wel aan discussies over aansprakelijkheid wegens gebrekkige producten, verstrekking van onjuiste informatie, falend toezicht en onrechtmatige wetgeving. Waar relevant put ik uit deze debatten, alsmede uit de buitenlandse, overwegend Amerikaanse rechtspraak en literatuur op het thema.¹⁷ Het doel daarbij is steeds te onderzoeken welke zorgplicht een private normsteller heeft jegens derden in het ontwikkelen van zijn normen. Ter illustratie van de invulling van deze plicht grijp ik terug op de rekenregels voor betonverbindingen volgend uit NEN-EN-1992-1-1.

13 Zie bijv. J. Braithwaite & P. Drahos, *Global business regulation*, Cambridge: Cambridge University Press 2000; H. Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford: Hart Publishing 2005; T. Bütthe & Mattli, *The New Global Rulers. The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton: Princeton University Press 2011.

14 N. Brunsson & B. Jacobsson, *A World of Standards*, Oxford: Oxford University Press 2001.

15 Er zijn situaties waarin de benadeelde een contractuele relatie heeft met de normsteller. Zo kan hij de normsteller een opdracht geven een norm te ontwikkelen of kan hij een normdocument kopen van de normsteller. Een vordering ter vergoeding van schade als gevolg van inadequate private normstelling moet dan in beginsel worden gebaseerd op de toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 BW) en aanvullende regels inzake opdracht en non-conformiteit. Een contractuele relatie zal echter doorgaans ontbreken (zie ook paragraaf 4 hierna). Een groot verschil in de beoordeling van aansprakelijkheid is er overigens niet. Zowel binnen als buiten contract draait het voor het bestaan van een schadevergoedingsverplichting om de vraag of de private normsteller onzorgvuldig heeft gehandeld en aldus de op hem rustende zorgplicht jegens de benadeelde heeft geschonden. Zie over deze tendens: T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid’, *RMTthemis* 2019, afl. 1, p. 26-32.

16 Wel aan de orde kwamen vragen betreffende civielrechtelijke aansprakelijkheid van derden wegens schending van intellectueel eigendomsrechten rustende op private normen (bijv. HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW/0393, Knooble BV/Staat) en mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid vanwege de ontwikkeling van private normen (bijv. HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp, ECLI:EU:C:2015:477, m.nt. M. van Roey, *SEW* 2016/3). Hoewel een schending van het mededingingsrecht kan leiden tot een vordering uit onrechtmatige daad, laat deze bijdrage deze opvolgende vorm van civiele aansprakelijkheid onbesproken.

17 Ik bouw hier voort op mijn eerdere analyse in P. Verbruggen, ‘Liability for Standards Development in the United States and European Union’, in: J. Contreras (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law: Volume II: Further Interactions of Public and Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 60-88.

3. Private normstelling als instrument voor risicoregulering

De ontwikkeling van private normen, ook wel ‘normalisatie’ of ‘technische standaardisatie’ genoemd, kent vele voordelen voor bedrijven, consumenten en de samenleving in het algemeen. De normen maken het mogelijk dat producten en diensten op elkaar aansluiten en uitwisselbaar zijn, ze bevorderen productontwikkeling en -innovatie, en vergroten zo de productkeuze voor bedrijven en consumenten.¹⁸ Zo maakte normalisatie al in de 19^{de} eeuw telegraaf- en telefoonverbindingen mede mogelijk en vandaag de dag staat zij nog steeds aan de basis van moderne ICT-producten.¹⁹ Productnormen kunnen zien op de fysieke kenmerken van producten (gewicht, maatvoering, materiaal, vormgeving, samenstelling) en op hun prestaties (belasting, interoperabiliteit, levensduur, vermogen, veiligheid). Van recentere datum zijn normen die (tevens) aspecten van duurzaamheid, gezondheid en veiligheid van productie voor mens, dier en milieu betreffen en regels stellen voor het beheersen van de daarin bestaande.²⁰

Private normen worden als vrijwillig gepresenteerd.²¹ Zich binden aan de norm voor product of productie is een vrije keuze van bedrijven en ondernemers.²² Die vrijheid wordt echter op tal van wijzen beperkt. Zo kan de markt verlangen dat bedrijven en ondernemers zich conformeren aan de norm willen zij effectief kunnen concurreren. Groothandelaren, retailers en andere afnemers kunnen via commerciële contracten producenten en leveranciers dwingen tot het leveren van producten die voldoen aan specifieke normen.²³ Ook kan de overheid via wet- en regelgeving naleving van private normen bemoedigen of verlangen, waardoor de normen *de facto* of *de jure* verplicht worden. Het incorporeren van private normen door de wetgever, zoals ook het geval is voor NEN-normen inzake de bouw van betonconstructies, is wijdverbreid.²⁴ Deze praktijk leidt tot een samenloop van publieke en private regulering van risico’s voor gezondheid, milieu en veiligheid en aanpalende vragen over de verantwoordelijkheden van de betrokken actoren.²⁵

18 J. Contreras, ‘Introduction’, in: J. Contreras (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law: Volume I: Competition, Antitrust and Patents*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 2.

19 De ICT-sector in het bijzonder wordt beheerst door private normen. Voor bekende normen als Bluetooth, GSM en WiFi geldt dat zij de technologie zijn en de basis vormen voor productinnovatie.

20 Zie over de gevolgen van die trend voor aansprakelijkheidskwesities D.A. Kysar, ‘Preferences for Processes’, *Harvard Law Review* 2004 (118), p. 525.

21 NEN zegt het zo: “Een norm is een vrijwillige afspraak tussen partijen over een product, dienst of proces. Normen zijn geen wetten, maar ‘best practices’. Iedereen kan - op vrijwillige basis - hier zijn voordeel mee doen.” NEN, *Wat is normalisatie*, Delft: NEN, <https://www.nen.nl/Normontwikkeling/Wat-is-normalisatie.htm> (laatst geraadpleegd 1 juli 2019).

22 F. Cafaggi, ‘New Foundations of Transnational Private Regulation’, *Journal of Law and Society* 2011 (38) 20, p. 22.

23 Zie voor een bespreking van bestaande praktijken P. Verbruggen, ‘Private Regulatory Standards in Commercial Contracts: Questions of Compliance’, in: R. Brownsword, R. van Gestel & H.-W. Micklitz (eds), *Contract and Regulation A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2017, p. 284-322.

24 Zie voor de Amerikaanse praktijk E.S. Bremer, ‘Incorporation by Reference in an Open-Government Age’, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 2013 (36), p. 131-210.

25 Zie voor fundamentele inzichten G. Teubner, ‘After Privatization? The Many Autonomies of Private Law’, *Current Legal Problems* 1998 (51), p. 393 en J. Freeman, ‘The Private Role in Public Governance’, *New York University Law Review* 2000 (75), p.543.

Productregulering in de Europese Unie (EU) leunt ook sterk op private normen. Het in de jaren '80 ontwikkelde wetgevingsprogramma de 'Nieuwe Aanpak' vormt de kern van deze regulering.²⁶ Het programma houdt in dat algemene 'fundamentele voorschriften' waaraan bepaalde producten moeten voldoen om vrijelijk te mogen worden verhandeld binnen de interne Europese markt, bepaald worden in richtlijnen, verordeningen en andere EU-wetgevingsinstrumenten. De technische specificaties voor de desbetreffende producten worden vervolgens neergelegd in een geharmoniseerde norm opgesteld door een erkende Europese normalisatieorganisatie.²⁷ Nadat de Europese Commissie de verwijzing naar deze geharmoniseerde norm heeft gepubliceerd in het *Publicatieblad van de EU*, wordt verondersteld dat producten die voldoen aan die norm, voldoen aan de fundamentele voorschriften van de richtlijn of verordening. Lidstaten mogen dan geen verdere voorwaarden stellen aan handel in deze producten op hun grondgebied, een en ander in overeenstemming met het vrije verkeer van goederen.

Het gevolg van deze wijze van (co-)regulering is dat naleving van de specifieke geharmoniseerde normen voor bedrijven de belangrijkste manier is geworden om te laten zien dat hun producten voldoen aan de algemeen geldende Europese risicoregulering. Hoewel in theorie andere mogelijkheden bestaan, kiezen bedrijven er in de praktijk doorgaans voor de conformiteit te laten zien door naleving van de geharmoniseerde norm.²⁸ Dat naleving van deze – in de kern – private normen ook rechtsgevolgen heeft in de vorm van een vermoeden van conformiteit met fundamentele publiekrechtelijke voorschriften, werd recentelijk erkend door het Hof van Justitie van de EU. Deze overweging vormde een van de kernargumenten voor het Hof om zijn bevoegdheid om het Unierecht uit te leggen, uit te breiden naar deze normen.²⁹

Ook op terreinen die buiten het werkingsbereik van de Nieuwe Aanpak liggen, spelen private normen een centrale rol in de risicoregulering van producten en productieprocessen, al dan niet in samenhang met publiekrechtelijke regulering. Voedselveiligheid is hier een sprekend voorbeeld. Als gezegd hebben private normen hier een zeer bepalende invloed op de verdeling van risico's en verantwoordelijkheden in internationale handelsketens voor voedsel en voedingsmiddelen.³⁰ Steeds meer overheden betrekken private voedselveiligheidsnormen – en de daaraan gekoppelde certificatieschema's – in hun reguleringsbeleid met als voornaamste doel hun toezichts- en handhavingsactiviteiten efficiënter in te richten.³¹

26 Zie uitgebreid Schepel 2005 (n 13).

27 Erkend zijn de privaatrechtelijke organisaties CEN (Europees Comité voor Normalisatie), CENELEC (Europees Comité voor Elektrotechnische Normalisatie) en ETSI (Europees Instituut voor Telecommunicatienormen). Zie artikel 2 lid 2 juncto Annex I of Verordening (EU) 1025/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie (PbEU 2012, L 316/12).

28 B.J. Van Leeuwen, *European Standardisation of Services and its Impact on Private Law*, London: Hart Publishing 2017, p. 42 en H. Schepel, 'The new approach to the New Approach: the juridification of harmonised standards in EU law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013 (20), p. 521, 528.

29 HvJEU 27 oktober 2016, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821 (James Elliott Construction Ltd/Irish Asphalt Ltd), r.o. 41-42.

30 Zie de literatuur vermeld onder voetnoten 1 t/m 6 (alle met verdere verwijzingen).

31 T. Havinga, *The integration of private certification in governmental food controls. A Survey on Public-Private Collaboration in Food Safety Governance*, (2018), Nijmegen Sociology of Law Working Papers Series 2018/02.

4. Civiele aansprakelijkheid voor private normstelling: enkele voorvragen

4.1. Motieven

Waarom zouden gebruikers van een product dat ontwikkeld is op basis van onduidelijke, incomplete of foutieve normen zich richten tot de betrokken private normsteller ter vergoeding van de schade die zij geleden hebben? Het enkel ontwikkelen, stellen en afkondigen van een private norm die betrekking heeft op de veiligheid van een product, veroorzaakt nog geen schade. Producenten, verkopers of andere aanbieders moeten de norm eerst toepassen in het fabriceren, verkopen of anderszins in het handelsverkeer brengen van hun product, waardoor het product de specifieke kenmerken verkrijgt waarop de norm ziet. Als het veiligheidsgebrek in de norm leidt tot een gebrekkig product, staat primair de weg open voor productaansprakelijkheid van de fabrikant. Als alternatief kan de aansprakelijkheid van de verkoper op basis van regels inzake conformiteit gelden. Deze grondslagen bieden de benadeelden geijkte mogelijkheden hun schade van de direct betrokken, primaire dader vergoed te krijgen.

Toch kunnen er voor benadeelden goede redenen zijn om de pijlen (tevens) op de private normsteller te richten, die naast de fabrikant of verkoper als 'secundaire dader' of 'zijdelingse laedens' te bestempelen is.³² Deze motieven zijn voornamelijk van praktische aard. Een eerste motief betreft solvabiliteit, in die gevallen waar het vermogen of de verzekering van de normsteller het beter mogelijk maakt om na toewijzing van de schadevordering de vergoeding daadwerkelijk te innen. Een tweede beweegreden kan erin gelegen zijn dat de primaire dader onbekend of onvindbaar is. Vooral bij merkloze producten die door veel verschillende partijen worden aangeboden, kan dit motief een rol spelen.³³ Een derde punt betreft de korte(re) verjarings- en vervalttermijnen die krachtens art. 6:191 BW gelden voor schadevergoedingsvorderingen wegens productaansprakelijkheid.

Andere, meer inhoudelijk gedreven motieven zijn gelegen in de beperkte mogelijkheden om de aansprakelijkheid van de fabrikant of verkoper te vestigen. Een vordering van een consument tegen een fabrikant heeft geen kans van slagen indien het gebrek van het product gelegen is in een bij wet verplicht gestelde private norm.³⁴ De fabrikant die een normconform product op de markt brengt, gaat in dat geval vrijuit en dus komt de betrokken private normsteller in beeld. Ook kunnen in commerciële relaties exoneratiebedingen de aansprakelijkheid van fabrikanten of verkopers jegens andere professionals op verregaande wijze beperken, waardoor een vordering jegens de normsteller

32 Cfm. W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, afl. 34, p. 1676. Zie recenter: K.L. Maes, 'De reikwijdte van de primaire en secundaire private zorgplicht: gelijke monniken, gelijke kappen?', *AV&S* 2016/2, afl. 1, p. 4-17. De private normsteller kan onder omstandigheden ook als primaire dader worden gezien, met name daar waar hij een grote controle uitoefent op de naleving van zijn normen in het veld en de normen eng geformuleerd zijn en een verplichtende aard hebben. In deze gevallen heeft de producent of verkoper weinig tot geen mogelijkheid zelfstandig te oordelen over de vraag of en hoe hij normen zal toepassen. Zie over deze omstandigheden ook par. 5.1 en 5.2.

33 Beide overwegingen sluiten aan bij de beweegredenen toezichthouders aansprakelijk te stellen. Zie I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 40.

34 Cfm. de zogenaamde *regulatory compliance defense* neergelegd in artikel 6:185 lid 2 onder d BW.

interessanter wordt.³⁵ Een laatste drijfveer voor aansprakelijkheidsstelling kan gelegen zijn in de wens van fabrikanten of verkopers om bij de desbetreffende private normsteller regres te zoeken nadat zij de schade hebben gecompenseerd die gebruikers hebben geleden na gebruik van normconforme, maar daardoor juist schadeveroorzakende producten.

4.2. *Aansprakelijkheid wegens nalaten*

Omvat de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor private normstelling zowel aansprakelijkheid voor het stellen, als voor het niet-stellen van normen? Deze tweede vraag moet worden bezien tegen de achtergrond van het conceptuele onderscheid tussen buitencontractuele aansprakelijkheid wegens een doen of nalaten. Veel schadeveroorzakende gebeurtenissen kunnen zowel in termen van een doen als een nalaten worden beschreven: het stellen van incorrecte normen is evenzeer te omschrijven als het nalaten om correcte normen te stellen. In dergelijke gevallen valt een andere benadering voor de vestiging van aansprakelijkheid dan ook niet te billijken. Een meer terughoudende benadering wordt echter wel gerechtvaardigd geacht in situaties van ‘zuiver nalaten’.³⁶ Deze te onderscheiden categorie van nalaten ziet op de situatie dat de aangesprokene geen actieve bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van het gevaar of risico dat tot schade heeft geleid: zij heeft slechts het intreden van dat gevaar of risico niet tegengehouden of heeft er niet voor gewaarschuwd.³⁷ Betrokken op het geval van private normstelling voor productveiligheid zou het verwijt dan zijn dat de normsteller geen productnorm heeft gesteld, indien het redelijkerwijs voorzienbaar is dat het betrokken product geproduceerd en verkocht door derden onveilig voor gebruikers is.

Anders dan bij toezichthouders, zal de aansprakelijkheid bij zuiver nalaten voor private normstellers jegens derden slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kunnen bestaan. Buitencontractuele aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten veronderstelt namelijk een anterieure verplichting tot handelen.³⁸ Een dergelijke verplichting kan voortvloeien uit een wettelijke plicht tot handelen of uit het ongeschreven recht. Algemene zorgplichten voor het welzijn van het publiek worden bij wet eerst en vooral opgelegd aan overheidsorganen: een wettelijke plicht tot normstelling voor private actoren bestaat zelden. Voor zover er al een wettelijke regeling over private normstelling bestaat, betreft het doorgaans een discretionaire bevoegdheid voor organisaties om normen te

35 Deze redenering gaat niet op in consumentenverhoudingen en daar waar het exoneratiebeding schade veroorzaakt door opzet of grove schuld, of letselschade betreft. Zie R.H.C. Jongeneel, ‘Aansprakelijkheidsbeperking’, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 395-425.

36 Cfm. HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975, 149 (Struikelende broodbezorger). Een soortgelijke regel geldt naar Amerikaans en Engels recht. Zie voor Amerikaans recht D.B. Dobbs, P.T. Hayden & E.M. Bublick, *Hornbook on Torts*, Minnesota: West Academic Publishing 2016, p. 615 en E.M. Bublick, Restatement (Third) of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm) § 37, *Wake Forest Law Review* 2010 (44), p. 1335-1353. Zie voor Engels recht J. Steel, *Tort Law: Tekst, Cases, and Materials*, 4th ed., Oxford: OUP 2016, p. 169-172 en inmiddels het standaardarrest Mitchell v. Glasgow City Council [2009] UKHL 11, para. 81-83 (Lord Brown).

37 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Preadvies voor de NVvR*, Deventer: Kluwer 1995, p. 94-101; Giesen 2005, p. 63-66 en T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Nalaten als onrechtmatige daad’, *NJB* 2007, afl. 40, p. 2543-2544.

38 Giesen 2005, p. 49 en Tjong Tjin Tai 2007, p. 2541.

ontwikkelen. In het geval van de Nieuwe Aanpak bijvoorbeeld, nodigt de Europese Commissie de erkende Europese normalisatieorganisaties uit tot normalisatie, maar er is geen juridische verplichting tot handelen zoals Lidstaten die wel kennen ter implementatie van secundair Unierecht.³⁹

Een verplichting tot handelen kan ook voortvloeien uit het ongeschreven recht. Het *Struikelende broodbezorger*-arrest leert dat een dergelijke verplichting kan bestaan indien 'de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen' of indien de aangesprokene een speciale relatie heeft met het slachtoffer of de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet.⁴⁰ Een normsteller is geen directe waarnemer in situaties van gevaar zoals in dit arrest, maar staat buiten deze situaties, op verre afstand. Ook ontbreekt doorgaans een speciale relatie tot de plaats van het gevaar wanneer de toepasselijke jurisprudentie wordt gezien.⁴¹ Een speciale relatie met een slachtoffer veronderstelt dat de normsteller zicht heeft op wie risico loopt bij het gebruik van de gevaarlijke producten. Van een contractuele of feitelijke relatie tussen de normsteller en een benadeelde is doorgaans geen sprake. Bovendien kennen normstellers in tegenstelling tot veel toezichthouders niet een taakstelling die specifiek gericht is op het voorkomen van gevaar of schade voor de benadeelde.⁴² Voor zover zij het waarborgen of bevorderen van de veiligheid van de benadeelde ten doel hebben gesteld, zal die doelstelling een rol spelen in de beoordeling van de in acht genomen zorgvuldigheid bij het opstellen van normen (een doen), of bij het nalaten reeds opgestelde normen te herzien in het licht van nieuwe inzichten en gevaren (een 'nalaten in het doen').⁴³ Voor aansprakelijkheid van private normstellers wegens zuiver nalaten lijkt zonder een reeds bestaande publiekrechtelijke plicht tot normstelling in beginsel dan ook geen plaats.⁴⁴

4.3. *Beheersing van aansprakelijkheidsrisico's*

Een derde punt betreft dat van het managen en beheren van aansprakelijkheidsrisico's. Hoewel er – naar mijn beste weten – geen Nederlandse jurisprudentie over aansprakelijkheid van private normstellers op het terrein van productveiligheid bestaat, houden normstellers (en hun juristen) wel degelijk rekening met het bestaan van dergelijke aansprakelijkheid. Zo hebben meerdere normalisatieorganisaties in Europa aansprakelijkheidsverzekeringen afgesloten.⁴⁵ NEN probeert verder in haar algemene voorwaarden eventuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door haar normen af te wenden

39 Zie HvJ EG, 19 november 1991, gevoegde zaken C-6-90 en C-9-90, ECLI:EU:C:1991:428 (Franco-vich).

40 HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975, 149 (Struikelende broodbezorger).

41 Zie in het bijzonder HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (Veenbroei), HR 28 mei 2004, *RvdW* 2004, 76 (Jetblast).

42 Vgl. Giesen 2005, p. 66 en 74.

43 Zie voor die categorisering en rechtsvergelijkende inzichten ook Giesen 2005, p. 61 en Tjong Tjin Tai 2007, p. 2541-2542. Voor de invulling van de zorgplicht, zie paragraaf 5.

44 Vgl. ook het uitgangspunt dat geldt voor overheidsaansprakelijkheid wegens niet-wetgeven: de schending van een publiekrechtelijke plicht tot regelstelling levert onrechtmatigheid op. Andersom leidt de afweging om geen regel te stellen in afwezigheid van een dergelijke plicht niet tot onrechtmatigheid. Zie R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 44-45.

45 H. Schepel & J. Falke, *Legal Aspects of Standardisation in the Member States of the EC and EFTA, Volume 1: Comparative report*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2000, p. 238.

via verstrekkende exoneratie- en vrijwaringsbedingen.⁴⁶ Deze bedingen zijn uiteraard slechts van toepassing in de contractuele relatie die NEN onderhoudt met de benadeelde (een bedrijf of brancheorganisatie), bijvoorbeeld omdat de benadeelde NEN de opdracht gaf een veiligheidsnorm te ontwikkelen voor een product. De clausules werken in beginsel niet door jegens derden (zowel consument als niet-consument) die schade hebben geleden door koop of gebruik van het betrokken product, zeker niet als het letselschade betreft.⁴⁷ De vrijwaringsbedingen zorgen er wel voor dat eventuele aansprakelijkheid jegens derden alsnog kan worden doorgeschoven naar de opdrachtgever.⁴⁸ Ook in de verhouding met leden wijst NEN iedere schade ontstaan door toepassing van door haar gestelde normen af.⁴⁹ De bezorgdheid over aansprakelijkheid bestaat dus nog steeds en zij verdient dan ook verdere aandacht.

5. Een zorgplicht voor private normstelling?

Rust er een zorgplicht op een private normsteller jegens benadeelde derden en, zo ja, wat omvat die zorgplicht dan? Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht geeft op deze vraag voorsnog geen eenduidig antwoord. Deze vaststelling rechtvaardigt een onderzoek naar de Amerikaanse literatuur en jurisprudentie, waarin eerder discussies zijn gevoerd over de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor private normstelling en de wenselijkheid daarvan.⁵⁰ Bezien wordt in hoeverre de inzichten die deze discussies hebben voorgebracht, kunnen worden gehanteerd ter beantwoording van de onderhavige onderzoeksvraag, namelijk welke zorgplicht een private normsteller binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht heeft jegens derden in het ontwikkelen van zijn normen.

5.1. *Negligence*

Een *negligence action* jegens een private normsteller slaagt in de Verenigde Staten als de benadeelde aantoont dat hij schade heeft geleden die voldoende direct veroorzaakt is door de schending van de *duty of care* die de normsteller jegens hem had. Het bestaan van die zorgplicht is in het algemeen afhankelijk van diverse beleidsoverwegingen, waaronder:

46 <https://www.nen.nl/Home/Algemene-voorwaarden-2.htm> (Versie 6, 15 april 2019). NEN sluit aansprakelijkheid voor gevolgschade, afgeleide schade en immateriële schade geheel uit (Art. 12.4), terwijl de omvang van de schadevergoedingsplicht is beperkt tot de prijs van de dienstverlening of product, althans nooit meer dan het bedrag dat door de (beroeps)aansprakelijkheidsverzekering(en) van NEN in het geval wordt uitgekeerd (Art. 12.2). Bovendien geldt een verkorte verjaringstermijn van drie maanden (Art. 12.7). Ten slotte vrijwaart de opdrachtgever NEN tegen alle aanspraken van derden, welke direct of indirect, middellijk of onmiddellijk met de uitvoering van de opdracht samenhangen (Art. 12.6 juncto Art. 5.3).

47 Zie voetnoot 35 supra.

48 Zie voornoemde Artt. 12.6 en 5.3 NEN Algemene voorwaarden.

49 <https://www.nen.nl/Over-NEN.htm> (Statuten en Huishoudelijk reglement, april 2019), Artikel 10.2.2.

50 Zie voor een eerste fundamentele bespreking van deze vraag Editorial Note, 'Developments in the Law: Judicial Control of Actions of Private Associations', *Harvard Law Review* (1963) 76, p. 983.

- De voorzienbaarheid van schade voor de benadeelde als gevolg van het litigieuze handelen van de aangesprokene;
- De nabijheid van dat handelen en de schade van de benadeelde;
- De morele verwijtbaarheid van dat handelen;
- Het mogelijke preventieve effect van het aannemen van aansprakelijkheid voor toekomstige gevallen;
- De beschikbaarheid en kosten van verzekering van het aansprakelijkheidsrisico;
- De last die aansprakelijkheid met zich brengt voor de aangesprokene en de gemeenschap;
- En de potentiële last die aansprakelijkheid voor de rechtspraak betekent in de afhandeling van vele vergelijkbare zaken (het 'floodgates' argument).⁵¹

Punten als deze (en hun onderlinge weging) vormen tegelijkertijd de argumenten voor rechters om te bepalen of het gerechtvaardigd is de normsteller een zorgplicht jegens de benadeelde op te leggen en hem bijgevolg bloot te stellen aan potentiële aansprakelijkheid. Potentieel, omdat voor de vestiging van aansprakelijkheid ook nog de schending van die zorgplicht en het causaal verband tussen die schending en de gevorderde schade dient te worden vastgesteld, doorgaans door een jury.⁵²

In het merendeel van de *negligence actions* tegen private normstellers werd het opleggen van een zorgplicht jegens de benadeelde door Amerikaanse rechters niet gerechtvaardigd geacht.⁵³ Een zorgplicht wordt in het normale geval aangenomen indien de aangesprokene een direct of voorzienbaar risico op letsel- of zaakschade voor een ander creëert.⁵⁴ Als gezegd roept het ontwikkelen van een private norm zo'n risico niet in het leven: de private normsteller staat als secundaire dader op afstand.⁵⁵ De overwegingen over de voorzienbaarheid van schade en de nabijheid van het litigieuze handelen en schade, waaraan doorgaans veel gewicht toekomt, pleiten in dat geval tegen het aannemen van een zorgplicht.

De mate waarin de private normsteller controle heeft over het handelen van een fabrikant of verkoper, d.w.z. de primaire dader, kan echter betekenen dat een zorgplicht jegens de benadeelde toch gerechtvaardigd is. De gedachte daarbij is tweeledig. Ten eerste kan worden gesteld dat de normsteller door inadequate normen te ontwikkelen die steevast worden opgevolgd in de branche, derden blootstelt aan een verhoogd risico op schade. Een tweede idee is dat de aangesprokene in de bijzondere positie verkeert het risicovolle handelen van de primaire dader te sturen en dat onbehoorlijk heeft gedaan door inadequate normen te ontwikkelen.⁵⁶ Zo bezien is in beide situaties schade van de benadeelde voorzienbaar en bewerkstelligt de genoemde controle de voldoende nauwe connectie tussen die schade en de normstelling.

51 Dobbs, Hayden & Bublick, *Hornbook on Torts*, p. 208-209 (met verwijzing naar jurisprudentie en literatuur).

52 *Ibid.*, 204 en Bublick, *Restatement (Third) of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm)*, § 7, cmt. i.

53 Zie voor een overzicht Verbruggen 2019 (n 17), p. 64-75.

54 Dobbs, Hayden & Bublick, *Hornbook on Torts*, p. 204 (met verdere verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur). Zie ook Bublick, *Restatement (Third) of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm)*, § 7 (2010).

55 Zie paragraaf 4.1.

56 Dobbs, Hayden & Bublick, *Hornbook on Torts*, p. 634-637 en 656-661.

De hamvraag wordt daarmee of en in hoeverre de private normsteller ‘controle’ heeft over de naleving en implementatie van zijn normen in het veld. Blijkens diverse uitspraken ontbreekt die controle in beginsel als de normen vrijwillig zijn, in niet-verplichtende bewoordingen zijn gesteld of slechts als minimum standaard moeten worden gezien.⁵⁷ In die gevallen is de informatie die de norm behelst niet gericht en sturend genoeg. Ook als enig toezicht op de naleving van de normen afwezig is, bijvoorbeeld via certificatie of accreditatie, volgt het oordeel dat van controle geen sprake is en dat een *duty* derhalve niet gerechtvaardigd kan zijn.⁵⁸

Een reeks van zaken waarin wel is geoordeeld dat de private normsteller leidend was in het veld betreft vorderingen ingesteld tegen de *American Association of Blood Banks* (AABB). Ten tijde van de ontdekking van aids in de jaren 80 domineerde deze vereniging met haar normen de wijze waarop bloeddonatie en –transfusie in de Verenigde Staten moest plaatsvinden. In hun acties stelden patiënten die na een transfusie besmet raakten (of hun nabestaanden) dat de AABB onrechtmatig had nagelaten haar normen tijdig aan te passen toen duidelijk werd dat aids via bloeddonatie en -transfusie verspreid kon worden. De AABB schreef in feite de regels voor waar de branche zich aan conformeerde. Haar dominantie werd onderschreven door haar toezicht op de bloedbanken, de steun die haar normen en reguleringsactiviteiten kregen van de overheidsinstanties en haar eigen presentatie als leider van de branche. Naast het punt van controle sloegen rechters in New Jersey, New York, Louisiana en Virginia ook acht op het feit dat de normen ook ten behoeve van de veiligheid en gezondheid van patiënten werden ontwikkeld.⁵⁹

In California is deze lijn niet gevolgd. De appelrechter oordeelde in een zaak van een minderjarig meisje dat na een hartoperatie door een bloeddonatie Hiv-positief raakte, dat de dominante positie van de AABB belangrijk was voor de vestiging van aansprakelijkheid. Niettemin was naar oordeel van de rechter de stand van zaken in de wetenschap over de oorzaak en verspreiding van aids op het moment van besmetting

57 Bijv. *Bailey v. Hines*, 719 NE.2d 178 (Ill.App.1999), waarin geoordeeld werd dat een branchevereniging die een norm voor dakconstructies had ontwikkeld geen zorgplicht jegens een aantal timmerlieden had, die na het begeven van een constructie die overeenkomstig de norm geproduceerd was, zwaargewond raakten. De appelrechter in Illinois overwoog daartoe dat de norm slechts een richtlijn betrof, dat het fabrikanten vrij stond die norm in de productie te volgen en dat de vereniging die fabrikanten niet kon verplichten tot het volgen van die norm. Zie ook *Beasock v. Dioguardi Enterprises Inc.*, 494 NYS.2d 974 (N.Y. Misc. 1985) (inzake normen voor uitwisselbaarheid van banden en velgen) en *Meyers v. Donnatacci*, 531 A.2d 398 (N.J.Super. 1987) (inzake veiligheidsnormen voor de bouw en vormgeving van zwembaden).

58 Zie bijv. *Commerce and Industry Ins. Co. v. Grinnell Corp.*, 1999 WL 508357 (E.D.La. 1999), waarin werd geoordeeld dat een branchevereniging die veiligheidsnormen voor brandveiligheid ontwikkelde, geen zorgplicht had jegens de eigenaren van een gebouw dat, hoewel gebouwd conform die normen, toch in vlammen was opgegaan, omdat zij geen controle had over de naleving van deze normen tijdens de bouw. De federale rechter overwoog daartoe dat de vereniging “does not list, inspect, certify or approve any products or materials for compliance with its standards. It merely sets forth safety standards to be used as minimum guidelines that third parties may or may not choose to adopt, modify or reject.” (p. 4). Zie ook *Howard v. Poseidon Pools* 133 Misc.2d 50 (N.Y.Misc. 1986) (inzake veiligheidsnormen voor de bouw en vormgeving van zwembaden) en *Sizemore v. Georgia-Pacific Corp.*, 1996 WL 498410 (D.S.C. 1996) (inzake normen voor de brandwerendheid van multiplex platen).

59 *Snyder v. American Ass’n of Blood Banks*, 676 A.2d 1036 (N.J. 1996), *Weigand v. University Hospital of New York*, 659 NYS.2d 395 (N.Y. Misc. 1997), *Douglass v. Alton Ochsner Medical Foundation* 696 So.2d 136 (La.App. 5th Cir. 1997) en *Jappell v. American Ass’n of Blood Banks*, 162 F.Supp.2d 476 (E.D.Va. 2001).

dusdanig onduidelijk, dat de schade van de benadeelde onvoorzienbaar was. Bovendien zou de normsteller ten aanzien van beslispunten waarover in de wetenschap discussie bestaat een ruime beleids- en beoordelingsruimte moeten toekomen. Ook andere overwegingen zoals de last die aansprakelijkheid voor de AABB als organisatie zou betekenen en haar negatieve invloed op de bereidheid om in de toekomst normen voor de branche te ontwikkelen, hetgeen in beginsel een wenselijk fenomeen is, weerhielden de rechter van het opleggen van een zorgplicht.⁶⁰

5.2. *Voluntary undertakings*

Een alternatieve wijze om een zorgplicht in *negligence* aan te nemen is via het leerstuk van de *voluntary undertaking rule*. Deze regel is ontwikkeld tegen de achtergrond van de beperkte mogelijkheid om aansprakelijkheid aan te nemen wegens (zuiver) nalaten. Slechts in een beperkt aantal gevallen bestaat aansprakelijkheid wegens het niet voorkomen van schade ontstaan door een gevaar of risico veroorzaakt door een ander.⁶¹ De *voluntary undertaking rule* is een van die gevallen. De regel houdt kort gezegd in dat de aangesprokene een zorgplicht heeft jegens de benadeelde indien hij vrijwillig een activiteit onderneemt gericht op het voorkomen of verminderen van een risico ingeroepen door een ander. Toegepast op private normstelling rust er een zorgplicht op de normsteller indien hij met de ontwikkeling van productnormen beoogt reeds bestaande veiligheids- of gezondheidsrisico's gecreëerd door anderen (hier: fabrikanten of verkopers die gebrekkige producten in de markt zetten) te voorkomen of te verminderen.⁶²

Ook in dit kader hebben rechters overwogen dat de mate van controle die de normsteller *de facto* of *de jure* heeft over de naleving van zijn normen in het veld heeft, van groot belang is bij de beoordeling van de vraag of hij een zorgplicht heeft.⁶³ Het ontbreken van een dergelijke controlemogelijkheid leidt ook hier in de regel tot het afwijzen van zorgplicht. In een enkel geval sloegen rechters echter geen acht op de invloed die een normsteller in het veld had. In het aannemen van een zorgplicht stelden zij het beschermingsdoel van de private normen voorop. Zo overwoog de hoogste rechter in Alabama dat een branchevereniging die normen ontwikkelde voor de bouw en vormgeving van particuliere zwembaden, een zorgplicht had jegens zwemmers die als gevolg van het duiken in een normconform zwembad ernstig en blijvend lichamelijk letsel hadden opgelopen, of zelfs waren overleden.⁶⁴ Centraal in zijn overweging was dat de litigieuze normen beoogden de veiligheid van consumenten te waarborgen.⁶⁵ Eenzelfde overweging kwam naar voren in een actie ingesteld door de ouders van een meisje dat bekneld raakte in het koord van een zonwering en vervolgens stikte. De

60 N.N.V. v. American Ass'n of Blood Banks, 75 Cal.App.4th 1358 (1999).

61 Zie voetnoot 36.

62 Een versie van deze regel staat in Bublick, *Restatement (Third) of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm)* § 43(b) (2010), die in een groot aantal staten wordt toegepast.

63 Cfm. Commerce and Industry Ins. Co. (voetnoot 58), p. 4 ("Under the Restatement analysis advanced by plaintiffs, most courts have focused on the amount, if any, of control a trade association wields over the behavior of its members concerning, for example, the proper implementation of its standards.")

64 King v. National Spa and Pool Institute, Inc., 570 So.2d 612 (Ala. 1990), 615-616.

65 Als bekrachtigd in Meneely v. S.R. Smith, Inc., 5 P.3d 49 (Wash.Ct.App. 2000). Contra: Lockman v. S.R. Smith, LLC, 405 Fed.Appx. 471, (11th Cir. 2010) (per curiam) WL 5158571.

aangesproken branchevereniging had het op zich genomen om namens haar leden veiligheidsnormen te ontwikkelen gericht op het waarschuwen tegen verstikkingsgevaar. Mede gelet op dat doel achtte de rechter een zorgplicht hier op zijn plaats.⁶⁶

Opgemerkt moet worden dat de toepassing van de *voluntary undertaking rule* haar grenzen kent in dezelfde algemene beleidsoverwegingen die ten grondslag liggen aan het bestaan van een zorgplicht in een gewone *negligence action*.⁶⁷ Zelfs als de dominantie van de aangesproken normsteller in het veld en de beschermingsdoeleinden van de litigieuze normen wijzen in de richting van het aannemen van een zorgplicht, dan nog kunnen deze overwegingen aan het opleggen daarvan in de weg staan.⁶⁸

5.3. Wanneer past een zorgplicht?

Uit deze Amerikaanse jurisprudentie rijst het beeld dat rechters terughoudend zijn in het aannemen van een zorgplicht van een private normsteller jegens gebruikers van producten ontwikkeld op basis van vermeend gebrekkige private normen. In het algemeen pleit het op afstand opereren van de normsteller en de onvoorzienbaarheid van schade als gevolg van zijn handelen tegen een zorgplicht. Daar komt bij dat een normsteller een bepaalde beleids- en beoordelingsruimte moet toekomen. Het stellen van normen impliceert noodgedwongen dat er keuzes moeten worden gemaakt tussen conflicterende belangen van de beheerders, gebruikers en begunstigden van de normen.⁶⁹ Zo zullen belangen op het vlak van gezondheid en veiligheid moeten worden afgewogen tegen overwegingen betreffende product(ie)kosten, gebruiksgemak en/of productkeuze. Niet voor niets stellen bestuurskundigen dat normstelling een inherent politiek proces is.⁷⁰ Het opleggen van een zorgplicht legt druk op de beleids- en beoordelingsruimte en maakt die wellicht kleiner dan nodig is. Het politieke karakter van normstelling pleit daarom tegen het al te lichtvaardig aannemen van een zorgplicht. De last die aansprakelijkheid voor de private normsteller zou betekenen en haar negatieve invloed op de bereidheid van zo'n organisatie om in de toekomst private normen te (blijven) ontwikkelen, zijn verdere argumenten om terughoudend te zijn.⁷¹

De gevallen waarin een zorgplicht is aangenomen, zijn beperkt tot gevallen waarbij een foutieve norm tot de dood of ernstig lichamelijk letsel leidde.⁷² De soort en ernst

66 Rountree v. Ching Feng Blinds Industry Co. Ltd., 560 F.Supp.2d 804 (D.Alaska 2008).

67 Dobbs, Hayden & Bublick, *Hornbook on Torts*, p. 630 en Bublick, *Restatement (Third) of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm)*, § 43, cmt. b.

68 Zie voor een toepassing bijv. Rountree (voetnoot 66), p. 810-811 (waarin de rechter overweegt dat de overige beleidsoverwegingen niet in de weg staan aan het opleggen van een zorgplicht inzake het adequaat ontwikkelen van veiligheidsnormen gericht op het waarschuwen tegen verstikkingsgevaar bij zonweringen).

69 Zie ook R.H. Heidt, 'Damned for their Judgment: The Tort Liability of Standards Development Organizations', *Wake Forest Law Review* 2010 (45), p. 1227-1232.

70 Büthe & Mattli, *The New Global Rulers. The Privatization of Regulation in the World Economy*, p. 12.

71 Die gedachte is niet denkbeeldig. Na de Meneely-uitspraak (voetnoot 65), zag de betrokken normsteller zich geconfronteerd met claims die samen meer dan \$50 miljoen bedroegen. Als gevolg daarvan was hij gedwongen faillissement aan te vragen. De normstellende activiteiten werden uiteindelijk vervolgd door een nieuw opgetuigde branchevereniging. Zie Heidt 2010 (voetnoot 69), p. 1231.

72 De enige uitzondering betreft Prudential Property and Cas. Ins. Co. v. American Plywood Ass'n 1994 WL 463527 (S.D.Fla. 1994), waarin een zorgplicht jegens een benadeelde die zaaksschade had geleden werd verondersteld.

van de schade speelt dus een grote rol. Ook moet de private normsteller met zijn normen beogen de gezondheids- of veiligheidsbelangen van kwetsbare derden als consumenten, patiënten en kinderen te beschermen, niet slechts de commerciële of economische belangen van de sector. Indien de normsteller vervolgens in grote mate kan bepalen of en in hoeverre fabrikanten of verkopers in het veld zijn normen naleven en aldus een bepaald veiligheidsniveau bezigen met betrekking tot de door hen verhandelde producten, past een zorgplicht. Die controle kan formeel, juridisch van aard zijn, bijvoorbeeld door het kunnen afdwingen van naleving in lidmaatschapsverhoudingen. Ook informeel kan dominantie bestaan, bijvoorbeeld omdat de markt of overheidsinstanties in feite geen andere norm dan die van de aangesproken normsteller accepteren. Als we de Amerikaanse jurisprudentie en literatuur op dit onderwerp overzien, is slechts in deze beperkte set van gevallen een zorgplicht wenselijk.

6. Invulling van de zorgplicht

De inzichten uit bovenstaande analyse bieden een perspectief om de zorgplicht die een private normsteller naar Nederlands recht jegens benadeelden zou kunnen hebben, nader aan te duiden. Anders dan in het Amerikaanse *common law* stelsel, wordt in Nederland een zorgplicht van de aangesprokene jegens de benadeelde verondersteld onder de algemene onrechtmatigheidsgrond van ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’. Terwijl het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht steeds een specifieke *duty of care* van de aangesprokene jegens de benadeelde verlangt, draait het in ons stelsel om de concrete invulling van de immer aanwezige algemene maatschappelijke zorgplicht.

De *Kelderluik*-factoren bieden voor die concrete invulling het startpunt.⁷³ Deze afwegingsfactoren kunnen in het geval van private normstelling echter nader worden gekwalificeerd door factoren die van belang zijn geacht bij de vestiging van buitencontractuele aansprakelijkheid wegens onjuiste informatieverstrekking.⁷⁴ Het ontwikkelen en afkondigen van private productnormen betreft in essentie niet meer dan het verstrekken van informatie over de vormgeving en prestaties van producten. Het stellen van een inadequate norm betekent dan zoveel als het verstrekken van onjuiste informatie. Jansen formuleerde op basis van een analyse van literatuur en rechtspraak het uitgangspunt dat aansprakelijkheid voor onjuiste informatieverstrekking (slechts) kan bestaan indien de benadeelde, die door de verstrekte informatie op het verkeerde been is gezet, onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht vertrouwen op de

73 HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (Kelderluik). Vgl. Van Boom/Giesen 2001, p. 1678-1679 en Maes 2016, p. 6, die allen stellen dat de Kelderluik-factoren ook als uitgangspunt ter invulling van de zorgplicht van secundaire daders moeten gelden. De factoren krijgen echter een andere concrete toepassing dan bij primaire daders. Maes stelt terecht dat dit verschil vanuit juridisch-dogmatisch oogpunt niet tot een principieel restrictievere beoordeling van de zorgplicht en dus een beperktere aansprakelijkheid van de secundaire dader zou moeten leiden. Maes 2016, p. 12-15.

74 Zie voor een overzicht van literatuur en rechtspraak: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Asers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 204 en J.M. Barendrecht e.a., *Overheidsaansprakelijkheid voor informatieverstrekking. Nederlands recht, rechtsvergelijking en de aansprakelijkheid van particuliere informatieverstrekkers*, Den Haag: Bju 2002.

juistheid van die informatie.⁷⁵ Voor het bestaan van dergelijk gerechtvaardigd vertrouwen is de deskundigheid van de betrokken partijen van belang, alsmede de aard van de verstrekte informatie. Aan algemene informatie die gericht is tot een breed publiek kan minder vertrouwen worden ontleend dan aan specifieke informatie gericht tot een individu of bepaalde groep. Op geclausuleerde instructies mag bovendien niet zonder meer worden afgegaan. Ook de aard van de betrokken belangen moet een rol spelen: aansprakelijkheid is minder snel gerechtvaardigd bij puur commerciële belangen dan bij een publiek belang als veiligheid.⁷⁶ Als beperkende voorwaarde stelde Jansen dat de verstrekker wist of behoorde te weten dat de door hem verschaft informatie relevant was voor de benadeelde. Indien onvoldoende kenbaar is wie de informatie gebruikt en voor welk doel, is de reikwijdte van de zorgplicht rustend op de verstrekker onwenselijk groot.⁷⁷

Met deze aanvullende factoren wordt het voor de invulling van de concrete zorgplicht voor een private normsteller relevant wat de formulering van de productnorm in kwestie is en hoe en aan wie die wordt gecommuniceerd. Een norm die overwegend adviserend, niet-verplichtend van aard is en gericht op een gehele sector, zal minder snel aanleiding geven tot aansprakelijkheid dan wanneer hij sturend en dwingend is voor een select aantal producenten. Ook is relevant welk doel de norm dient, omdat het doel aangeeft welke belangen de norm zal dienen en wie er redelijkerwijs mag vertrouwen op de correctheid van die norm (alleen de gereuleerden, of ook derden die vertrouwen op de veiligheid van de met de norm overeenstemmende producten). De voorgaande analyse van de jurisprudentie in de Verenigde Staten gaf reeds aan dat ook Amerikaanse rechters deze elementen in hun beoordeling betrekken.

In het licht van het bovenstaande ben ik van mening dat bij de invulling van de zorgplicht voor private normstellers voornamelijk betekenis moet toekomen aan:

- De aard en ernst van het gevaar en de te verwachten schade in het licht van het doel van de normstelling en de daarbij betrokken belangen;
- De grootte van het risico op verwezenlijking van die schade, mede in het licht van de status van de normsteller en zijn normen in het veld, de aard van de normen en de beschikbare kennis over de risico's die de normen voor benadeelden creëerden;
- De kosten van voorzorgsmaatregelen voor de normsteller; en
- De beleidsvrijheid die de normsteller toekomt in het ontwikkelen van de norm.⁷⁸

Deze afwegingsfactoren licht ik toe aan de hand van de rekenregels van NEN-EN-1992-1-1 ter bepaling van de sterkte van de betonverbindingen zoals die van toepassing waren voor de bouw van de ingestorte parkeergarage bij Eindhoven Airport. De relevante en ter discussie staande rekenregels zagen op de bepaling van de lengte van de zogenaamde metalen 'koppelstaven' tussen de breedplaatvloerdelen van de parkeergarage, alsmede de 'afschuifspanning' in het koppelvlak tussen die vloerdelen.⁷⁹ Het is

75 K.J.O. Jansen, 'Aansprakelijkheid voor onjuiste informatieverstrekking', *NTBR* 2013/7, afl. 2, p. 55-69.

76 *Ibid.*, p. 66-67.

77 *Ibid.*, p. 67.

78 Vgl. Verbruggen 2019 (voetnoot 17), pp. 87-88.

79 Specifiek ging het om paragraaf 6.2.5, 8.4.2 (2), 8.4.3 (2) en 8.7.3 (1) van NEN-EN-1992-1-1.

uitdrukkelijk niet de bedoeling om de zorgplicht van NEN in deze casus te definiëren.⁸⁰ De inzet is te laten zien dat hetgeen waartoe een private normsteller gehouden is, niet eenduidig vast te stellen is en afhankelijk is van een weging van verschillende factoren.

De aard en ernst van het gevaar en de te verwachten schade worden in het geval van private normstelling gekleurd door het doel en de strekking van de normstelling. NEN-EN-1992-1-1 schrijft beginselen en toepassingsregels voor over de veiligheid, bruikbaarheid en duurzaamheid van betonconstructies en gebouwen.⁸¹ Zouden deze normen inadequaat blijken, ontstaat het risico dat architecten en aannemers onveilige ontwerpen en gebouwen maken, wat vervolgens tot onder meer zaakschade en zuivere vermogensschade leidt. Bij (gedeeltelijke) instorting van de constructie volgt mogelijk ook ernstig letsel of de dood. De belangen gediend door een norm als NEN-EN-1992-1-1 betreffen dus ook publieke veiligheidsbelangen. Dit pleit voor een ruimere zorgplicht.

De grootte van het risico op verwezenlijking van deze schadeposten en dus de voorzienbaarheid van schade, is bij private normstelling onder meer afhankelijk van de status van de normsteller en zijn normen in het veld. NEN en zijn normen genieten een hoge status in de bouwsector, al was het maar omdat veel van zijn normen – waaronder NEN-EN-1992-1-1 – verplicht zijn gesteld bij wet. Daardoor kan een fout in de norm direct consequenties hebben in de sector en leiden tot de schade zoals zojuist omschreven. Dit risico wordt echter gekwalificeerd door de aard van de norm en de mate waarin de norm aldus gerechtvaardigd vertrouwen oproept onder zijn gebruikers. Hoewel de norm juridisch verplicht kan zijn, kan de inhoud daarvan bestaan uit open normen. De norm is dan minder specifiek en sturend, maar voor invulling afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. De rekenregels van NEN-EN-1992-1-1 zijn van die aard en behelzen bijvoorbeeld veel variabelen.⁸² De regels zijn bovendien toepasbaar op een grote variatie van betonproducten en producenten en zijn niet specifiek geschreven voor plaatvloeren als gebruikt voor de bouw van de ingestorte parkeergarage. Met andere woorden, ze zijn breed geformuleerd en kennen een groot bereik.⁸³ Tenzij de rekenregel in de kern fout is (bijvoorbeeld door een verkeerde standaardfactor voor te schrijven),⁸⁴ ligt de verantwoordelijkheid voor de beheersing van de risico's in die omstandigheden voornamelijk bij de sector. In dit geval past een beperkte zorgplicht voor de normsteller.

De voorzienbaarheid van schade omvat ook de vraag of de normsteller wist of had moeten weten van de risico's die zijn normen voor benadeelden creëerden. Voor de

80 Daartoe ontbreekt de nodige informatie. Een ander belangrijk punt is dat deze norm weliswaar door NEN wordt beheerd, maar niet is ontwikkeld. De Europese normalisatie-organisatie CEN is de ontwikkelaar en NEN heeft de geharmoniseerde norm in Nederland geïmplementeerd door een Nederlandse taalverschil op te stellen.

81 Voorwoord en paragraaf 1.1.1 (Ontwerp en toepassingsgebied Eurocode 2) NEN-EN-1992-1-1.

82 De rekenregel om de afschuifspanning in het koppelvlak tussen breedplaatvloerdelen te bepalen is bijvoorbeeld $vR_d = c \cdot f_{ctd} + \mu \cdot \sigma_n + \rho \cdot f_{yd} \cdot (\mu \cdot \sin \alpha + \cos \alpha) < 0,5 \cdot v \cdot f_{cd}$ (paragraaf 6.2.5 van NEN-EN-1992-1-1). Zie voor een bespreking van deze regel en onderliggende variabelen. S. van Hellenberg Hubar, P. Korthagen & M. Verbatan, 'Handvatten voor een constructief veilig ontwerp breedplaatvloeren bij nieuwbouw: Detailengineering Plaatnaden breedplaatvloeren', *VNconstructeurs* 2019/1, p. 83-88.

83 Zie de uitspraken onder voetnoot 57.

84 Zoals in *MT Højgaard A/S v E.ON Climate & Renewables UK Robin Rigg East Limited and another* [2017] UKSC 59.

beantwoording van die vraag is van belang de stand van de techniek en wetenschap rondom deze risico's, en wat daarvan bij de normsteller bekend is of zou moeten zijn.⁸⁵ Ook moet een rol spelen of de normsteller toezicht houdt op de naleving van zijn normen in het veld en derhalve zicht heeft op welke risico's deze normen in de praktijk creëerden. Immers, als de normsteller toezicht houdt, kan hij geacht worden te weten hoe de normen worden toegepast en tot welke resultaten of risico's dat in de praktijk leidt. Indien die risico's voldoende concreet zijn, behoeven de normen aanpassing.⁸⁶ Ten aanzien van NEN-EN-1992-1-1 houdt NEN bijvoorbeeld geen toezicht, waardoor een verregaande zorgplicht niet wenselijk is.

Het punt van voorzorgsmaatregelen betreft de vraag wat, in het licht van het aldus bestaande risico op schade, van de normsteller gevegd kon worden om dat risico te beperken of weg te nemen. Te denken valt aan de kosten van het uitvaardigen van waarschuwingen en het zorgdragen voor de effectiviteit van die waarschuwingen. Waar normen een breed bereik hebben, brengt het effectief waarschuwen en instrueren van gebruikers van de norm meer kosten met zich. Ook het intrekken of herzien van bestaande normen of het ontwikkelen van nieuwe normen is relevant.⁸⁷ De periodieke herziening van normen, zoals dat ook gebeurt bij NEN-EN-1992-1-1, maakt het mogelijk om nieuwe inzichten over de bestaande risico's en de toepassing van de normen te verwerken.⁸⁸

Tot slot, bij de beoordeling van de factoren betreffende de voorzienbaarheid van schade en de te vergen voorzorgsmaatregelen past een terughoudende toetsing door de rechter, mede in het licht van de beleids- en beoordelingsvrijheid die normstelling noodzakelijkerwijs impliceert. Dat betekent concreet dat niet beoordeeld moet worden of, achteraf gezien, het handelen van de normsteller beter had gekund, maar of hij in de omstandigheden en met de kennis van toen, de betrokken belangen in aanmerking genomen, in redelijkheid tot zijn handelen heeft kunnen komen. De keuzevrijheid van een normsteller moet evenwel afnemen naarmate het risico op schade en de voorzienbaarheid daarvan groter is.

Samenvattend moet gesteld worden dat het hier besproken toetsingskader nauw aansluit op uitgangspunten zoals die thans gelden voor het leerstuk van toezichthoudersaansprakelijkheid.⁸⁹ De grondnorm van zorgvuldigheid in dat kader luidt 'de eisen

85 In Snyder (voetnoot 59) stelt de Supreme Court of New Jersey ten aanzien van de voorzienbaarheid van schade: "By 1983, ample evidence supported the conclusion that blood transmitted the AIDS virus. In early 1984, the AABB knew that AIDS was a rapidly spreading, fatal disease and that apparently healthy donors could infect others. The AABB also knew that blood and blood products probably could transmit AIDS and that each infected blood donor could infect many donees. Thus, the AABB knew, or should have known, in 1984 that the risk of AIDS infection from blood transfusions was devastating" (p. 1049).

86 Zie de uitspraken onder voetnoot 58. Zie ook Meneely (voetnoot 65).

87 In Meneely (voetnoot 65) stelt Court of Appeals of Washington "NSPI has promulgated specific safety standards relating to diving boards. And, it failed to change the standard after it knew of the risk [of serious personal injury /PVJ]" (p. 58).

88 Het rapport van TNO geeft aan dat rekenregel uit NEN-EN-1992-1-1 ter bepaling van de afschuifspanning in het koppelvlak tussen breedplaatvloerdelen te bepalen op dit moment herzien wordt. TNO 2017 (voetnoot 11), p. 68.

89 Zie uitvoerig HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, NJ 2015/217 (Band/AFM), HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (X/Staat), en recentelijk Rechtbank Den Haag, 10 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6810, (LTO Nederland/NVWA).

die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld.⁹⁰ Die zorgvuldigheidsnorm zou wat mij betreft ook de toetssteen voor de aansprakelijkheid voor private normstelling moeten vormen. Gelet op de wijze waarop deze grondnorm in de rechtspraak over toezichthouders is toegepast, zal aansprakelijkheid dan tot een strak omliggende categorie van gevallen beperkt blijven. Voor private normstelling betreft het vermoedelijk dan slechts gevallen waarin sprake is van zeer ernstige letselschade aan de zijde van benadeelden die binnen het gestelde beschermingsbereik van de litigieuze norm vallen, terwijl die schade voorzienbaar was rekening houdende met de sturende invloed ('controle') die de normsteller binnen de sector heeft en wat er op het moment van het intreden van de schade objectief bekend was over de risico's waaraan benadeelden door de norm bloot werden gesteld.

7. Conclusie

In deze bijdrage ben ik ingegaan op de mogelijke civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade geleden door derden als gevolg van inadequate private normen. Centraal stond de vraag welke zorgplicht een private normsteller jegens derden heeft. Op basis van Amerikaanse jurisprudentie en literatuur is inzicht verkregen in de omstandigheden waarin een dergelijke zorgplicht wenselijk is. Met name de aard en ernst van de schade, de controle van de private normsteller op de naleving van zijn normen in het veld, de aard van die normen, de belangen die hij met de normen beoogt te beschermen en de voorzienbaarheid van de schade in het licht van de bekendheid met bestaande risico's, blijken de belangrijkste factoren te zijn voor het aannemen van een zorgplicht. In de Nederlandse context kleuren diezelfde factoren de zorgplicht van de normsteller, die bij de ontwikkeling van normen tevens een ruime beleids- en beoordelingsruimte zal toekomen. Zo bezien, is het risico op aansprakelijkheid voor private normstelling op het terrein van productveiligheid beperkt.⁹¹

Een beperkt risico op aansprakelijkheid betekent ook dat het aansprakelijkheidsrecht slechts beperkt van invloed is op de wijze waarop risicoregulering via private normstelling plaatsvindt. Wellicht dat de perceptie van (het risico op) aansprakelijkheid leidt tot een verandering in de handelwijze van de private normsteller, maar de feitelijke dreiging van aansprakelijkheid doet dat – bij gebreke van concrete schadevorderingen en rechtspraak – logischerwijs niet.⁹² Ook kan de bestuurlijke en politieke complexiteit van private normstelling (veel verschillende actoren zijn betrokken, met ieder eigen verantwoordelijkheden, in procedures met lange looptijden) en de beperkte juridische bekendheid met aansprakelijkheid bij besluitvormers (chemici, ingenieurs, medici en

90 HR: Band/AFM, r.o. 3.4.2.

91 In deze bijdrage is niet ingegaan op andere constitutieve vereisten voor aansprakelijkheid, zoals de elementen van toerekenbaarheid en causaliteit, die het bestaan en de omvang van aansprakelijkheid verder kunnen beperken. Niettemin speelt de invulling van de zorgplicht doorgaans ook een rol bij de invulling van deze overige vereisten.

92 Zie voor een vergelijkbare conclusie wat betreft de sturende invloed van productaansprakelijkheid op de ontwikkeling van private voedselveiligheidsnormen: Havinga 2010 (voetnoot 5).

andere niet-juridisch onderlegde experts die doorgaans de normen stellen) er voor zorgen dat de mogelijk sturende signalen van aansprakelijkheid verstomd raken.⁹³ Andere krachten die invloed hebben op de wijze waarop private normen voor productveiligheid worden ontwikkeld en onderhouden, zijn derhalve nodig.⁹⁴ Vooralnog is het sturende potentieel van het aansprakelijkheidsrecht in het hier onderzochte domein gering.

93 Zie voor dergelijke inzichten over het effect van aansprakelijkheid op de vorming van regels en beleid: F.A. van Tilburg, *Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid: Empirisch onderzoek naar de invloed van civielrechtelijke aansprakelijkheid op het beleid van de burgemeester en politie als handhavens van de openbare orde* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2012, p. 184-189.

94 Hierbij valt te denken aan het organiseren van tegenspraak in de ontwikkeling van normen om te voorkomen dat een bepaald commercieel belang te veel de overhand krijgt en ten koste gaat van publieke belangen zoals de veiligheid en gezondheid van derden. Vertegenwoordiging door verschillende gebruikersgroepen is dus belangrijk, ook om de legitimiteit van private normstelling te borgen. Zie ook Fuchs, Kalfagianni & Havinga 2011 (voetnoot 1).

Transnationale zorgarrangementen: intermediairs en hun omgang met risico's en regels

Anita Böcker

1. Inleiding

Gedurende haar lange carrière in de rechtssociologie heeft Tetty Havinga zich met heel veel verschillende onderwerpen beziggehouden, van de rol van arbeidsbureaus bij collectieve ontslagen tot de sociale werking van gelijkebehandelingswetgeving en van ervaringen van ondernemingen met specialistische gerechten tot privaat-publieke samenwerking bij de regulering van voedselveiligheid.

In haar omvangrijke publicatielijst komt het onderwerp zorg echter niet voor. De afgelopen tijd heb ik onderzoek naar dit onderwerp gedaan in het kader van het onderzoeksproject ESTRANCA. Dit acronym staat voor 'Emergence and Significance of Transnational Care Arrangements'. Het onderzoek was gericht op zorgarrangementen waarin thuiswonende ouderen worden verzorgd door buitenlandse zorgverleners die bij hen inwonen. Dit zorgarrangement is wijdverbreid in Italië, waar ouderen traditioneel worden verzorgd door (vrouwen binnen) de familie. In Italië is dat onder invloed van de vergrijzing en de toename van het aantal buitenshuis werkende vrouwen vaak een 'migrant in de familie' geworden.¹ Minder bekend is dat ook in Duitsland en Oostenrijk substantiële aantallen ouderen een inwonende buitenlandse zorghulp hebben. In Nederland komt het nog weinig voor dat ouderen of hun mantelzorgers voor dit zorgarrangement opteren. Er zijn echter al wel enkele tientallen bedrijven die het aanbieden in de verwachting dat de markt ervoor ook hier zal groeien.

ESTRANCA was een internationaal vergelijkend project, met veldwerk in Nederland en Duitsland.² De vergelijking met Duitsland is interessant omdat het Nederlandse stelsel voor langdurige zorg door de hervormingen van de afgelopen jaren – met name de hogere drempels en de hogere eigen bijdragen voor verpleeghuiszorg – meer op het Duitse stelsel is gaan lijken. Door onderzoekers op het terrein van zorg wordt daarom wel voorspeld – of gewaarschuwd – dat de vraag naar dit zorgarrangement ook hier zal toenemen.³

In het tweede deel van deze bijdrage ga ik in op hoe bedrijven die dit zorgarrangement aanbieden, omgaan met risico's en regels, waaronder regels op het gebied van zorg en arbeid en de Europese vrijverkeersregels. In het eerste deel schets ik de opkomst, verbreiding en kenmerken van dit zorgarrangement in Duitsland en Nederland.

1 Bettio et al. 2006; Rugulotto et al. 2017.

2 Het onderzoek werd uitgevoerd met fondsen van de Nederlandse en Duitse organisaties voor wetenschappelijk onderzoek (NWO en DFG). Het Duitse deelonderzoek werd uitgevoerd door dr. Vincent Horn en prof. Cornelia Schweppe (Gutenberg Universität), het Nederlandse deelonderzoek door dr. María Bruquetas Callejo en dr. Anita Böcker (Radboud Universiteit Nijmegen).

3 Zie bijvoorbeeld Tonkens 2011.

2. Opkomst, verbreiding en kenmerken in Duitsland en Nederland

In Duitsland kwam dit zorgarrangement al in de jaren negentig van de vorige eeuw op. Sindsdien heeft het zich ontwikkeld tot een substantiële pijler van de Duitse ouderenzorg. Van de thuiswonende zorgontvangers heeft inmiddels een op de negen – en van de zorgbehoevenden met de zwaarste zorgbehoefte ruim een op de vijf – een inwonende Oost-Europese verzorgster, zo bleek uit een representatief onderzoek onder zorggerechtigden.⁴ Volgens een andere schatting maken misschien wel 300.000 oudere Duitsers gebruik van deze vorm van zorg.⁵ Schattingen voor Nederland komen uit op minder dan duizend zorgbehoevenden die gebruik maken van dit zorgarrangement.⁶ Zowel in Duitsland als in Nederland zijn de inwonende zorgverleners bijna altijd vrouwen, veelal van middelbare leeftijd, en afkomstig uit Polen, Slowakije en andere Midden- en Oost-Europese (MOE) landen.

In de jaren negentig begonnen Poolse vrouwen die in eigen land werkloos waren geraakt op toeristenvisa naar Duitsland te reizen om er aan de slag te gaan als inwonende zorghulpen. Ze werden geworven via informele netwerken en soms ook via katholieke organisaties.⁷ Na de eeuwwisseling, met de naderende uitbreiding van de Europese Unie naar Midden- en Oost-Europa, begonnen steeds meer commerciële bemiddelaars hun diensten aan te bieden. Er zijn nu meer dan 250 aanbieders actief in Duitsland.⁸ Ze werken in de regel samen met wervings- en uitzendbureaus in Polen en andere MOE-landen, die de zorghulpen werven en vaak ook als werkgevers fungeren; de zorghulpen worden dan naar Duitsland gedetacheerd. Ondanks hun grote aantal, dekken deze commerciële bemiddelaars slechts een beperkt deel van de Duitse markt voor inwonende zorg. De meeste MOE-zorghulpen in Duitsland worden nog altijd via informele netwerken geworven en zwart betaald door ouderen en hun mantelzorgers.⁹

In Nederland komt het weinig voor dat ouderen of hun mantelzorgers zelf buitenlandse zorghulpen werven en inhuren. Zwart inhuren door families lijkt helemaal weinig voor te komen. De markt voor dit zorgarrangement is hier grotendeels gebaseerd op de activiteiten van commerciële intermediairs. Dat zijn er een kleine twintig, waaronder enkele die al vanaf 2005 of 2006 actief zijn.¹⁰ De meeste werken voor de werving van de zorgwerkers samen met bedrijven in MOE-landen. Vaak fungeren die partnerbedrijven ook als detacheerders. Bij andere aanbieders werken de zorgwerkers als zelfstandige, of zijn ze in dienst bij de aanbieder zelf of bij de cliënt.

De verschillen in omvang en kenmerken van het fenomeen hebben te maken met verschillen in de zorgstelsels van beide landen. Daarbij valt niet alleen aan wetgeving en beleid te denken, maar ook aan cultureel bepaalde opvattingen over hoe en door wie zorg moet worden georganiseerd, geleverd en gefinancierd. In het Duitse stelsel voor langdurige zorg wordt een groter deel van de verantwoordelijkheid, ook financi-

4 Hielscher, Kirchen-Peters & Nock 2017.

5 Arend & Klie 2017.

6 Van Grafhorst 2014; Da Roit & Van Bochove 2015; Böcker & Buquetas Callejo 2019.

7 Lutz & Palenga-Möllnbeck 2010; Emunds 2016.

8 Stiftung Warentest 2017.

9 Krawietz 2014; Emunds 2016; Stiftung Warentest 2017.

10 Böcker & Bruquetas Callejo 2019.

eel, bij de zorgbehoevende en diens familie gelegd. In Nederland ligt de verantwoordelijkheid nog altijd meer bij de overheid. In surveys wordt in Duitsland ook een grotere voorkeur voor mantelzorg door familieleden gemeten, terwijl Nederlanders vaker de voorkeur geven aan professionele zorg.¹¹

De Duitse langdurigezorgverzekering (*Pflegeversicherung*) dekt een beperkter deel van de kosten van zorg in natura dan de Nederlandse Wlz (Wet langdurige zorg). De meeste zorggerechtigden in Duitsland kiezen voor uitkeringen in geld, niet voor zorg in natura. In Nederland is het andersom. Het Duitse *Pflegegeld* is met maximaal 900 euro per maand veel lager dan het Nederlandse pgb (persoonsgebonden budget) voor Wlz-zorg, dat gemiddeld 3.400 euro per maand bedraagt. Maar het gebruik van het Nederlandse pgb is wel veel meer gereguleerd. De pgb-houder moet zorgovereenkomsten sluiten die door het regionale Zorgkantoor en de SVb (Sociale Verzekeringsbank) worden gecontroleerd; de SVb beheert ook het budget. Het Duitse *Pflegegeld* wordt aan de zorggerechtigde zelf uitgekeerd en is naar eigen inzicht te besteden. Het wordt vaak gebruikt om mantelzorgers te betalen. En in een aanzienlijk aantal gevallen wordt het gebruikt om een of meer migranten zwart in te huren als inwonende verzorgers. Voor de mantelzorgers die door onze collega's in Duitsland werden geïnterviewd, vormden financiële motieven een belangrijke reden om voor deze vorm van tewerkstelling te kiezen. Inhuren via een bemiddelingsbureau of de migranten zelf wit inhuren zou veel duurder zijn. De Duitse overheid treedt niet op tegen deze irreguliere tewerkstellingspraktijken; ze lijkt een stilzwijgend gedoogbeleid te voeren.¹² Ingrijpen tegen zorgbehoevende ouderen zou commotie veroorzaken, en zou uiteindelijk ook tot hogere publieke uitgaven voor langdurige zorg leiden.

Deze verschillen tussen de nationale zorgstelsels verklaren waarom zwarte tewerkstelling in Nederland een veel minder voor de hand liggende optie voor zorgbehoevenden is. Ze verklaren ook waarom dit zorgarrangement hier veel minder voorkomt dan in Duitsland. Wat daar ook aan lijkt te hebben bijgedragen, is de sterke weerstand die in Nederland bestaat tegen 'vreemde handen aan het bed'. In de hele naoorlogse periode heeft de Nederlandse zorgsector slechts in beperkte mate arbeidsmigranten geworven, maar de komst van buitenlandse zorgwerkers leverde steevast onevenredig veel politieke ophef op, zo blijkt uit de studie van De Lange over de regulering van arbeidsmigratie naar Nederland. De Lange sprak van 'protectie van de nationale zorgmarkt'.¹³ Ook over inwonende thuiszorg door migranten zijn al herhaaldelijk Kamervragen gesteld, vorig jaar nog naar aanleiding van berichten over malafide Bulgaarse bedrijven die dit type zorg aanboden in Nederland en België.¹⁴ In 2013 leidden berichten over een aanbieder die op zijn website had vermeld dat Nederlanders niet hoefden te solliciteren ook tot vragen in de Kamer.¹⁵ En in 2009 werden er al vragen gesteld over een aanbieder die Poolse 'gezelschapshulpen' plaatste bij Nederlandse cliënten.¹⁶ Kamerleden vreesden voor verdringing van Nederlandse zorgwerkers en voor ondermaatse

11 Eurobarometer 2007, p. 67, p. 97; zie ook Van den Broek 2016, hst. 5.

12 Lutz & Palenga-Möllnbeck 2010.

13 De Lange 2007, p. 398; zie ook De Lange & Pool 2004; Van Hooren 2012.

14 Hofkens & Post 2018; *Kamerstukken II* 2017/18, 23235, p. 176; *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 2960.

15 *Handelingen II* 2013/14, 10, item 5.

16 *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, 3765; *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 146. De Kamervragen in 2013 gingen over dezelfde aanbieder, die intussen onder een andere naam opereerde.

zorg. Diezelfde angsten of bezwaren, naast vrees voor uitbuiting van de buitenlandse zorgwerkers, worden in *posts* en discussies op internetfora en sociale media geuit.¹⁷ Ook in Duitsland is de berichtgeving over dit type zorg niet altijd positief, maar de weerstand tegen arbeidsmigranten in de zorg lijkt er veel minder sterk en op de politieke agenda neemt de zorg een veel minder prominente plaats in dan in Nederland het geval is.

3. Risico's en risicobeheersingsstrategieën

Uit de internationale literatuur over dit zorgarrangement blijkt dat zowel de zorgontvangers als de buitenlandse zorgverleners zich in een kwetsbare positie bevinden – zeker als die laatsten geen verblijfs- of arbeidsvergunning hebben of zwart zijn ingehuurd.¹⁸ Door een gebrek aan toezicht in de werksituatie kunnen de zorgwerkers overbelast raken. Mede daardoor en door een gebrek aan controle op de kwalificaties van de zorgwerkers bestaat het risico van onveilige zorg voor de zorgontvangers. Wat ook meespeelt is de ambigue positie van de inwonende zorgverleners. Enerzijds worden ze net als (andere) zorgprofessionals betaald en vaak hebben ze ook enige formele training of opleiding op zorggebied. Anderzijds lijken ze op mantelzorgers, met wie de zorgbehoevende en diens familie een persoonlijke band kunnen ontwikkelen. Deze ambigue positie kan ertoe leiden dat ze overvraagd worden door de cliënt en daar geen weerstand tegen kunnen bieden – ze worden in Nancy Folbres termen *prisoners of love*¹⁹ – of dat ze werkzaamheden uitvoeren die ze volgens de zorgwetgeving niet mogen uitvoeren. Bij dit laatste valt te denken aan verpleegkundige handelingen die familieleden en andere mantelzorgers wel mogen verrichten – omdat de Wet BIG of vergelijkbare wetgeving elders niet op hen van toepassing is – maar die zorgprofessionals alleen mogen verrichten als ze bevoegd zijn.²⁰

De meeste mantelzorgers die wij interviewden, relativeerden deze risico's en zeker dat van onveilige zorg. Ze achtten zichzelf heel goed in staat om de kwaliteit van de zorgverlening aan hun ouders of partner te beoordelen. Dat lag anders voor de rechtmatigheid van de arbeidsvoorwaarden en -verhoudingen van de zorgwerkers. Daar hadden met name de Nederlandse mantelzorgers vaak wel vragen of twijfels over, ook over de contractuele relaties tussen het bedrijf in Nederland dat de zorgwerker bij hen plaatst en het bedrijf in Oost-Europa waarmee wordt samengewerkt. De eerste prioriteit van mantelzorgers is echter dat hun familielid goed wordt verzorgd.

In de interviews met gebruikers, aanbieders en zorgwerkers kwam ook een aantal factoren naar voren die de risico's voor de zorgwerkers en/of zorgontvangers beperken. Mantelzorgers hebben er belang bij dat een zorgverlener die goed met hun ouder(s) of partner kan omgaan zo lang mogelijk blijft en/of steeds weer terugkomt. Dat geeft de zorgwerkers een zekere onderhandelingsmacht. Verschillende zorgwerkers zeiden ook vrij makkelijk van werkgever of detacheerder te kunnen wisselen. Zowel 'exit' als 'voice' kunnen dus een optie zijn voor migrantenzorgwerkers die ontevreden

17 Böcker & Bruquetas Callejo 2019; Bruquetas Callejo 2020.

18 Zie bijvoorbeeld Anderson 2012.

19 Folbre 2001.

20 Vgl. Davies & Mans 2015, p. 25.

zijn over hun werksituatie of arbeidsvoorwaarden.²¹ Het risico van onveilige of ondermaatsse zorg kan worden beperkt door de huisarts of andere reguliere zorgprofessionals te laten meekijken. Dat lijkt zowel in Duitsland als in Nederland vaak te gebeuren.

De aanbieders hanteren zelf ook verschillende strategieën om risico's – zowel voor henzelf als voor cliënten en zorgverleners – te beperken.²² Een daarvan bestaat uit het weren van 'risicovolle' cliënten en zorgverleners. Over de selectie van cliënten vertelden de aanbieders die wij in Nederland spraken dat er altijd een mantelzorger als aanspreekpunt moet zijn en dat er bij voorkeur ook wordt samengewerkt met de reguliere thuiszorg. De inwonende buitenlandse zorgwerker mag niet de enige zorgverlener zijn, om het risico op overbelasting te beperken. Ook cliënten die op zoek lijken naar een (seksuele) partner worden geweerd. Bij de selectie van zorgverleners zeiden aanbieders behalve naar opleiding en taalkennis ook naar werkervaring en gezinssituatie te kijken. Als risicovol worden zorgverleners zonder ervaring (in het buitenland) en zorgverleners met jonge kinderen gezien.

Het uitsluiten van verpleegkundige (of in ieder geval voorbehouden of risicovolle) handelingen is een andere strategie. Veel aanbieders doen dit. Voor die handelingen moet de cliënt dan eventueel de reguliere thuiszorg inschakelen. Zo worden uiteraard ook aansprakelijkheidsrisico's voor de aanbieder zelf beperkt. De aanbieders monitoren bovendien de zorgverlening aan cliënten en de werksituatie van de zorgverleners. Veel aanbieders hebben hiervoor een of meer zorgcoördinatoren met een verpleegkundige opleiding in dienst. Er zijn wel verschillen in de frequentie waarmee deze zorgcoördinatoren of de casemanagers op bezoek gaan bij cliënten.

Ook het laten rouleren en 'pendelen' van de migrantenzorgwerkers werd door aanbieders in ons onderzoek genoemd als een manier om risico's voor zowel de zorgwerkers als de cliënten te beperken. Als twee of meer zorgverleners bij toerbeurt voor een cliënt zorgen, heeft dat volgens de aanbieders voordelen voor zowel de cliënt als de zorgwerkers. Voor de cliënt en diens mantelzorgers hoeft het hierdoor geen probleem te zijn als een zorgwerker uitvalt. De zorgwerkers kunnen tijdens een verblijf in het herkomstland fysiek en mentaal 'bijtanken' en het kan voor hen ook prettig zijn om af en toe van cliënt te wisselen. Voor de aanbieders zelf heeft het uiteraard ook voordelen als ze met zorgwerkers kunnen schuiven.

4. Omgang met regels en rechtsonzekerheid

Op de activiteiten van de aanbieders zijn allerlei wetten en regels van toepassing, waaronder regels op het gebied van zorg, regels op het gebied van arbeid en arbeidsrelaties en de Europese regels omtrent vrij verkeer. Hoe worden deze regels nageleefd of gebruikt door bedrijven die dit zorgarrangement aanbieden?

21 Volgens Hirschman (1970) kunnen individuen reageren op 'deterioration in performance' binnen arbeidsorganisaties en andere bedrijven of organisaties door te vertrekken ('exit') of te protesteren ('voice'), waarbij de mate van loyaliteit die ze voor de betreffende organisatie voelen medebepalend is voor de keuze tussen deze twee opties.

22 De meeste van de hieronder genoemde strategieën werden ook door Van Bochove et al. (2017, p. 12 e.v.) aangetroffen.

In Duitsland, Zwitserland en Oostenrijk is daar al eerder onderzoek naar gedaan. Een groep van onderzoekers uit deze landen analyseerde de websites van bedrijven die dit type zorg aanbieden.²³ Aanbieders in alle drie de landen verzekeren potentiële cliënten dat ze ‘volledig legaal’ opereren. Dat lijken ze vooral te doen in reactie op berichtgeving in de media waarin van uitbuiting van de zorgwerksters of andere onoorbare praktijken wordt gesproken. Havinga refereert in haar bijdrage in deze bundel aan het begrip ‘social license to operate’. Op hun websites proberen de bedrijven deze maatschappelijke acceptatie of legitimiteit te verkrijgen of te behouden door te benadrukken dat hun bedrijfspraktijken in overeenstemming met het geldende recht zijn. Legitimiteit wordt zo gereduceerd tot legaliteit. Aanbieders in Duitsland, die meestal met detachingsconstructies werken, presenteren hun model als het legale alternatief voor het zwart inhuren van Oost-Europese zorghulp en benadrukken dat de cliënt en diens familie bij dit model niet het risico lopen om als werkgever te worden aangemerkt en naheffingen en boetes te krijgen opgelegd. Tegelijkertijd blijven ze in het vage over wat hun model precies inhoudt.²⁴

Diezelfde intransparantie kwam naar voren in een ander onderzoeksproject, Euro Agency Care, waarin de bedrijfspraktijken van Duitse en Poolse intermediairs die Poolse zorgwerkers bij cliënten in Duitsland plaatsen, werden onderzocht.²⁵ Het gebruik van de Europese Detachingsrichtlijn gaat volgens de onderzoekers gepaard met een hoge graad van rechtsonzekerheid en juridische onduidelijkheid. Het is lang niet altijd duidelijk en zeker dat de constructies waarmee de intermediairs werken in overeenstemming zijn met de Europese detachingsregels, die veel ruimte voor juridische interpretatie laten. De bedrijven maken enerzijds gebruik van die onzekerheid en onduidelijkheid, maar anderzijds heeft een voorhoede die wil professionaliseren er ook last van. De onderzoekers onderscheidden drie typen intermediairs, met verschillende ondernemingsstrategieën en verschillende manieren van omgaan met regels en juridische onduidelijkheid: ‘pioniers’, ‘volgers’ en ‘minimale-inspanningsspelers’.²⁶ De pioniers vormen een kleine groep die naar legitimiteit en kwaliteitsverbetering streeft en initiatieven tot zelfregulering neemt. Zij hebben in Duitsland twee brancheorganisaties opgericht, die kwaliteitsstandaarden willen ontwikkelen en die lobbyen voor op de branche toegesneden overheidsregels.²⁷ De afgelopen jaren lobbyden beide organisaties vooral ook tegen de herziening van de Detachingsrichtlijn. Dat is op zijn minst paradoxaal, omdat in het Euro Agency Care project ook bedrijven die tot de groep van ‘pioniers’ behoren niet zeiden te kunnen controleren of hun partnerbedrijven in Polen de regels naleven. De veel grotere groep van ‘minimale-inspanningsspelers’ leek zich juist graag te verschuilen achter hun gebrek aan inzicht in wat hun partners in het andere land doen.²⁸ Het voorstel tot herziening van de Detachingsrichtlijn is overigens wel aangenomen. De lidstaten moeten hun nationale wetgeving uiterlijk 30 juli 2020

23 Steiner et al. 2019.

24 Steiner et al. 2019, p. 12-13.

25 *Europäisierung der pflegerischen Versorgung: die Rolle von Vermittlungs- und Entsendeagenturen für migrantische Arbeitskräfte in Deutschland und Polen* (EuroAgencyCare), te vinden op: www.uni-due.de (laatst geraadpleegd op 21 oktober 2019).

26 Leiber et al. 2018.

27 BHSB (Bundesverband häusliche Seniorenbetreuung, www.bhsb.de) en VHPB (Verband für häusliche Betreuung und Pflege, www.vhpb.de).

28 Leiber & Rossow 2017; Leiber et al. 2018.

hebben aangepast aan de nieuwe Europese regels. Die houden onder meer in dat werkgevers naast het in het werkland geldende minimumloon ook toeslagen (zoals voor overwerk) moeten betalen die bij wettelijke regeling en/of een algemeen verbindend verklaarde cao zijn vastgelegd en dat de duur van een detachering wordt beperkt tot twaalf maanden, met een mogelijke verlenging van zes maanden. Na deze twaalf of achttien maanden gaan voor de gedetacheerde werknemer alle arbeidswetten van het werkland gelden.²⁹

In het ESTRANCA project hielden we interviews met aanbieders in Nederland en analyseerden we hun websites. Ook de websites van deze Nederlandse intermediairs verwijzen vaak, al dan niet expliciet, naar wetten of regels die het aanbieden en het gebruik van dit zorgarrangement toestaan of mogelijk maken. Het tekstkader hieronder bevat een kleine bloemlezing.

Informatie van websites van aanbieders

“Onze zorg kan betaald worden uit het Persoons Gebonden Budget (PGB). Wij zijn uiterst deskundig in het aanvragen van indicaties bij het CIZ (Centrum Indicatie Zorg).”

“Met het Persoonsgebonden budget kan de au-pairzorg grotendeels en in sommige gevallen geheel betaald worden. Wij kunnen u eventueel in contact brengen met een onafhankelijk advies- en administratiekantoor dat u bij de aanvraag kan begeleiden.”

“Onze zorgaupairs worden zorgvuldig geselecteerd, gescreend en op grond van hun kwalificaties en persoonlijkheid ingezet. Na ondertekening van de zorgovereenkomst kan de samenwerking veelal binnen vijf werkdagen van start gaan.”

“Wij werken met EU personeel uit voornamelijk Polen en Slowakije. Binnen de EU is er vrijheid inzake arbeid, geld en goederen. Deze constructie is getoetst door de Arbeidsinspectie en Inspectie Gezondheidszorg.”

“Er is geen arbeidsverhouding met de hulp nog met ons. Belasting en sociale lasten worden afgedragen in het land van herkomst. Daar zijn ze ook verzekerd.”

Het eerste fragment illustreert dat de aanbieders zich richten op een bepaalde doelgroep, te weten ouderen en anderen die voor Wlz-zorg in aanmerking komen. De Wlz geeft zorggerechtigden de mogelijkheid om te kiezen voor een pgb. Dat vergroot de potentiële markt voor de aanbieders enorm. Allemaal wijzen ze op hun website dan ook op deze mogelijkheid en sommige bieden hulp aan bij het aanvragen van een indicatie en een pgb.

Alle aanbieders maken eveneens gebruik van de mogelijkheden die de Europese vrijverkeersregels bieden. Op hun websites vermelden ze allemaal dat de zorgverleners uit EU-lidstaten afkomstig zijn, maar niet op welke basis ze hier werkzaam zijn. Zoals eerder vermeld werken de aanbieders in de regel samen met bedrijven in MOE-landen,

²⁹ Richtlijn (EU) 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het richten van diensten.

die de zorgverleners werven en screenen en vervolgens vaak als gedetacheerde werknemer naar Nederland zenden. De zorghulpen komen dan niet onder het vrij verkeer van werknemers, maar onder het vrij verkeer van diensten naar Nederland. Zo wordt voorkomen dat het gehele Nederlandse arbeidsrecht op hen van toepassing is en blijven de zorghulpen onder het socialezekerheidsstelsel van hun herkomstland vallen. Met name dit laatste (verschillen in premiedruk) maakt gedetacheerde werknemers goedkoper dan EU-werknemers in dienst bij een Nederlandse werkgever. In veel gevallen vindt ook geen belastingheffing in Nederland plaats, omdat in bilaterale belastingverdragen is vastgelegd dat de eerste 183 dagen het herkomstland heffingsbevoegd is. Daardoor wordt het verschil in loonkosten verder vergroot.

De fragmenten van de websites illustreren dat de aanbieders niet erg transparant zijn over de basis waarop de zorgwerkers hier werkzaam zijn en over de rol van de bedrijven in MOE-landen waarmee wordt samengewerkt. Een van de aanbieders maakt bijvoorbeeld wel melding van een zorgovereenkomst, maar geeft geen details over de aard van het contract en de contractpartner (is dat het bedrijf zelf, een bedrijf in het buitenland of de buitenlandse zorgwerker). Een andere aanbieder stelt dat de Inspectie SZW en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd de ‘constructie’ waarmee het bedrijf werkt hebben getoetst, maar laat in het midden wat die constructie inhoudt. De suggestie is echter: alles is legaal.

Overigens lijken veel aanbieders liever uit beeld te blijven bij beide inspecties. In de interviews zeiden enkele noch als zorgaanbieder noch als werkgever te willen worden aangemerkt. Bij de Kamer van Koophandel staan niet alle aanbieders met thuiszorg als bedrijfsactiviteit ingeschreven. Wat ook helpt om uit beeld te blijven, is dat beide inspecties werken met risicogestuurd toezicht en incidententoezicht. De Inspectie SZW beschouwt inwonende 24-uurszorg wel als risicosector, maar het blijkt erg lastig om het bewijs van overtredingen van bijvoorbeeld de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en de Arbeidstijdenwet rond te krijgen, zeker als het om gedetacheerde zorgwerkers gaat. Een andere complicerende factor is dat rekening moet worden gehouden met de privacy en de kwetsbaarheid van de cliënten/opdrachtgevers die door de inwonende zorgwerkers worden verzorgd.

Niet alle aanbieders werken met een detachingsmodel en aanbieders die er wel mee werken overwegen soms een omschakeling naar een ander model. Naar welk model en waarom verschilt en lijkt mede afhankelijk te zijn van de ondernemingsstrategie. Aanbieders die willen professionaliseren lijken er eerder toe te neigen om de zorgwerkers zelf in dienst te nemen – eventueel via een eigen uitzendbureau – omdat dat meer mogelijkheden tot instructie en aansturing biedt; bovendien zijn ze dan minder afhankelijk van buitenlandse partnerbedrijven, die zich niet altijd aan afspraken houden. Andere aanbieders laten de zorgwerkers als zelfstandige aan de slag gaan, of overwegen om dat te gaan doen. Een voordeel van dat model is dat ze dan geen last meer hebben van de Nederlandse arbeidstijdenwetgeving, die wel van toepassing is op gedetacheerde werknemers. Daarmee ben ik aangekomen bij wat tegelijk de kracht en de zwakte van dit zorgarrangement is.

Typerend voor dit zorgarrangement is dat er geen duidelijke scheiding is tussen werk en vrije tijd (en tussen werk en privéleven). De werkplek is immers tevens de woonplek. De inwonende zorgverleners worden betaald op basis van een 40- tot 48-urige werkweek, terwijl ze min of meer permanent op de werkplek aanwezig zijn en in geval van nood beschikbaar zijn. Dat maakt de aantrekkingskracht van het inwonende-

zorgarrangement uit, het maakt 24-uurszorg betaalbaar, maar het is ook de achilleshiel. De regels voor arbeidsduur en werktijden zijn er niet op toegesneden. Een van de geïnterviewde aanbieders noemde de Arbeidstijdenwet ‘de grootste bottleneck’. Ook andere aanbieders zeiden het lastig te vinden om aan de arbeidstijdenwetgeving te voldoen, of om te bepalen óf ze eraan voldoen.

Sommige aanbieders omzeilen de arbeidstijdenwetgeving door de zorgwerkers als zelfstandige aan de slag te laten gaan. Andere aanbieders hanteren verschillende ficties, met als gemeenschappelijke noemer dat er onderscheid wordt gemaakt tussen ‘echte’ werktijd, die betaald wordt, en ‘aanwezigheidstijd’ of ‘mantelzorgtijd’, waar gratis kost en inwoning tegenover staat. Het tekstkader hieronder geeft een aantal voorbeelden uit de interviews met aanbieders.

Aanbieders over arbeidstijden

“De zorgwerkers wonen bij iemand in, ze zijn altijd in huis aanwezig of in de buurt. De cliënt kan hen ook ‘s nachts wel eens nodig hebben. Zijn dat dan werkuren? Is iemand aan het werk als de cliënt hem nodig kán hebben?”

“Ze werken acht uur voor [aanbieder], maar de werkzaamheden die ze daarna verrichten vallen onder de noemer mantelzorg. Daarbij is het zeker niet de bedoeling dat ze vervolgens nog zestien uur werken onder de noemer mantelzorg, absoluut niet.”

“In principe werken ze zeven uur in een etmaal van 24 uur. [...] De rest houden ze toezicht omdat ze kost en inwoning hebben.”

“Wij hebben zelf een verdeling gemaakt in functioneeruren, waarin iemand daadwerkelijk bezig is, aanwezigheidsuren en slaapuren. Maar dat onderscheid wordt in de wet niet gemaakt.”

Intermediairs in Duitsland en Zwitserland hanteren vergelijkbare ficties. In een Zwitserse studie werd gesproken van een tweetrapsstrategie, waarin eerst onderscheid wordt gemaakt tussen werkuren en ‘enkele aanwezigheid’ en de laatste uren vervolgens gedefinieerd worden als vrije tijd. De bedrijven profiteren zo van de specifieke ruimtelijke kenmerken van dit type zorg: “they capitalise on the immobility of care workers in a live-in setting and on the difficulty of being ‘off work’ while staying at the workplace.”³⁰

Bij de meeste Nederlandse aanbieders hebben de inwonende zorgwerkers één of anderhalve dag per week vrij. Van de cliënt of diens mantelzorger wordt verwacht dat ze die vrije dag zelf invullen. Aanbieders zeiden daarnaast als stelregel te hanteren dat de zorgwerkers ‘een fatsoenlijke nachtrust’ moeten kunnen genieten. Als de cliënt achteruit gaat en de zorgwerker ook ‘s nachts steeds vaker hulp moet verlenen, valt dat niet meer onder ‘mantelzorg’ en wordt er naar andere oplossingen gezocht. Die oplossingen kunnen bijvoorbeeld inhouden dat voor een aantal nachten per week slaapdiensten worden ingekocht en/of dat een familielid een aantal nachten per week bij de cliënt komt overnachten. Wat een fatsoenlijke nachtrust is, is uiteraard arbitrair. In de praktijk zal het vaak enige tijd en overleg of onderhandelingen vergen voordat alle betrokkenen het erover eens zijn dat daar geen sprake meer van is.

30 Schwiter et al. 2015, p. 13.

Op papier werken de inwonende zorgverleners niet meer uren dan is toegestaan, maar veel aanbieders ervaren de arbeidstijdenwetgeving toch als een zwaard van Damocles of ten minste als een bron van onzekerheid. Enkele aanbieders pleiten mede daarom voor een speciale regeling voor inwonende zorg, die in ieder geval aangepaste regels voor arbeids- en rusttijden zou moeten bevatten. Zo'n speciale regeling zou alle betrokkenen grotere rechtszekerheid bieden.

5. Publieke of private regulering?

Dat brengt me bij mijn laatste punt, een punt waarover ik graag nog eens met Tetty van gedachten zou willen wisselen, omdat de regulering van activiteiten van bedrijven een centraal thema is in haar werk. Je kunt je afvragen – en velen doen dat ook, van kritische sociale wetenschappers tot Kamerleden van de SP enerzijds en de PVV anderzijds – of we dit zorgarrangement wel moeten willen in Nederland. Maar als we ervan uitgaan dat de introductie van marktwerking in de zorg en de totstandkoming van de gemeenschappelijke Europese markt zich niet laten terugdraaien, dan is de vraag van welke vorm van regulering het meeste te verwachten valt als we de risico's die met dit type zorg verbonden zijn zo effectief en efficiënt mogelijk willen beperken. Publieke of private regulering? Overheidsregulering of zelfregulering?

Diverse factoren compliceren het overheidstoezicht op dit type zorg. Ten eerste de veelheid aan instanties die betrokken zijn bij de uitvoering en handhaving van wet- en regelgeving op het gebied van zorg, pgb's en arbeid, allemaal met hun eigen taken, bevoegdheden en prioriteiten. Daarbij zijn die instanties voor het opsporen van misstanden grotendeels afhankelijk van meldingen en klachten. Gebruikers van dit type zorg zullen echter niet snel klagen over de kwaliteit van de geleverde zorg, net zomin als buitenlandse zorgverleners snel een klacht zullen indienen over misstanden in hun werksituatie of beloning. Dat maakt het werk van de toezichhoudende inspectiediensten (Inspectie SZW en Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd) er niet makkelijker op.

Controles in particuliere huishoudens zijn buitengewoon lastig, helemaal als het om huishoudens van kwetsbare ouderen gaat. Zorgkantoren gaan wel op huisbezoek bij pgb-houders, maar ze doen dat vooral om vast te stellen of de zorg die wordt ingekocht klopt met de indicatie. Dat is doorgaans wel in orde bij dit zorgarrangement; er worden ook zeker niet minder uren zorg geleverd dan op de facturen staan vermeld. Ook de controles van de SVb zijn vooral op de besteding van het pgb (het tegengaan van fraude) gericht en niet op de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van de zorgverleners.

Een andere complicerende factor is dat de zorgverleners vaak zijn gedetacheerd door buitenlandse bedrijven. Dat maakt het voor de Inspectie SZW extra lastig om overtredingen van de Nederlandse arbeidswetgeving – voorzover die van toepassing is – op te sporen en vast te stellen. Het vereist samenwerking met instanties in de EU-lidstaat waar de detacheerder is gevestigd. Of er wordt voldaan aan de voorwaarden die de Detacheringsrichtlijn aan detacheringen stelt, is helemaal lastig vast te stellen. Het gevolg is dat aanbieders die gebruik maken van detacheringsconstructies minder van het toezicht te vrezen hebben dan aanbieders die de buitenlandse zorgwerkers zelf in dienst nemen – zodat de regels voor vrij verkeer van werknemers van toepassing zijn – terwijl de eerste groep bedrijven het toezicht waarschijnlijk harder nodig heeft.

Als laatste factor kan worden genoemd dat uitvoerings- en handhavingsinstanties relatief zelden met dit zorgarrangement te maken krijgen.

Misschien is daarom meer van initiatieven tot zelfregulering te verwachten. In Duitsland heeft een groep van ‘pioniers’ zich als gezegd georganiseerd met de bedoeling om eigen kwaliteitsstandaarden te ontwikkelen. In Nederland lijken enkele aanbieders ook deze weg op te willen gaan: de weg van een gedragscode, een keurmerk en certificering. Als zulke vormen van private regulering van de grond komen, en de betrokken aanbieders het bijvoorbeeld eens kunnen worden over afwijzing van detachingsconstructies, zal dat in ieder geval gebruikers helpen bij de keuze van een aanbieder. Voor gebruikers is het nu vaak heel lastig om in te schatten of het bedrijf waarmee ze in zee gaan de screening en selectie van de zorgwerkers goed op orde heeft, de zorgwerkers fatsoenlijke arbeidsvoorwaarden biedt en cliënten en zorgwerkers voldoende begeleidt. Mogelijk worden malafide aanbieders zo ook eerder uit de markt gestoten dan wanneer dat alleen van overheidstoezicht moet komen.

Maar nogmaals, Tetty weet veel meer van de sterktes en zwaktes van private regulering en de haken en ogen van publiek-private samenwerking bij het toezicht op bedrijven. Ik ben dan ook verheugd dat haar pensioen nog lang geen afscheid betekent van de rechtssociologie, zodat ikzelf en andere collega’s van haar kennis en inzicht kunnen blijven profiteren.

Literatuur

- Anderson, A. (2012) Europe’s care regimes and the role of migrant care workers within them. *Journal of Population Ageing* 5(2), p. 135-146.
- Arend, S. & T. Klie (2017) *Wer pflegt Deutschland? Transnationale Pflegekräfte – Analysen, Erfahrungen, Konzepte*. Hannover: Vincentz Network.
- Bettio, F., A. Simonazzi & P. Villa (2006) Change in Care Regimes and Female Migration: The ‘Care Drain’ in the Mediterranean. *Journal of European Social Policy*, 16(3), p. 271–285.
- Böcker, A. & M. Bruquetas Callejo (2019) Inwonende buitenlandse zorgverleners. Opkomst en betekenis van een nieuw type zorgarrangement in de Nederlandse ouderenzorg. *Nijmegen Sociology of Law Working Papers*, Series 2019/02. Nijmegen: Radboud Universiteit.
- Böcker, A., V. Horn & C. Schweppe (2017) National old-age care regimes and the emergence of transnational long-term care arrangements for the elderly. In: L. Good-Gingrich & S. Köngeter (red.), *Transnational social policy – Social support in a world on the move*. London and New York: Taylor & Francis, p. 222-242.
- Broek, M.P.B. van den (2016) *Supporting ageing parents: Comparative analyses of upward inter-generational support*. Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam.
- Bruquetas Callejo, M. (2020) Family issue or professional responsibility? Live-in migrant care arrangements and social discourses about legitimate elder care in the Netherlands. *Nijmegen Sociology of Law Working Papers* Series 2020/01. Nijmegen: Radboud Universiteit.
- Da Roit, B. & M. van Bochove (2015) Migrant care work going Dutch? The emergence of a live-in migrant care market and the restructuring of the Dutch long-term care system. *Social Policy & Administration* 51(1), p. 56–75.

- Davies, A. & L. Mans (2015) Thuisbezorgd: inwonende buitenlandse zorgverleners als oplossing? *Podium voor Bio-ethiek* 22(2), p. 23-26.
- Degiuli, F. (2010) The burden of long-term care: How Italian family care-givers become employers. *Ageing & Society*, 30(5), p. 755–777.
- Emunds, B. (2016) *Damit es Oma gutgeht. Pflege-Ausbeutung in den eigenen vier Wänden*. Frankfurt/Main: Westend Verlag.
- Eurobarometer. (2007). Health and long-term care in the European Union. *Special Eurobarometer 283/Wave 67.3*. Brussels: European Commission.
- Folbre, N. (2001) *The Invisible Heart: Economics and Family Values*. New York: New Press.
- Grafhorst, A. van (2014). *Verantwoorde buitenlandse zorg aan huis: Een verkennend onderzoek naar in-wonende buitenlandse zorgverleners in Nederland*. Amsterdam: Stichting WEMOS.
- Hielscher, V., S. Kirchen-Peters & L. Nock. (2017) *Pflege in den eigenen vier Wänden: Zeitaufwand und Kosten. Pflegebedürftige und ihre Angehörigen geben Auskunft*. Düsseldorf: Hans-Böckler-Stiftung.
- Hirschman, A. (1970) *Exit, voice, and loyalty: Responses to decline in firms, organizations, and states*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Hofkens, A. & J. Post (2018) Trillende handen aan het bed. *De Groene Amsterdammer*, 13 juni 2018.
- Hooren, F.J. van (2012) Weinig vreemde handen aan de Nederlandse bedden. *Beleid en Maatschappij* 39(1), p. 43-58.
- Krawietz, J. (2014) *Pflege grenzüberschreitend organisieren. Eine Studie zur transnationalen Vermittlung von Care-Arbeit*. Frankfurt am Main: Mabuse.
- Lange, T. de (2007) *Staat, markt en migrant: de regulering van arbeidsmigratie naar Nederland 1945-2006*. Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij.
- Lange, T. de & C. Pool (2004) Vreemde handen aan het bed. De werving van Poolse verpleegkundigen in Nederland. *Migrantenstudies* (20)3, 130-144.
- Leiber, S. & V. Rossow (2017) Transnationally acting brokering agencies: Improving working conditions for live-in migrant care workers in a Europeanized welfare market? Paper presented at the 3rd Transforming Care Conference, Polytechnic of Milan, Italy, 26-28 June 2017.
- Leiber, S., V. Rossow & K. Matuszczyk (2018) *Self-regulation in a Europeanized grey market? The role of private brokerage and employment agencies for live-in migrant care work in Germany and Poland*. Paper prepared for the Workshop 'Regulating Care Migration in Europe?' (19 November 2018), Warsaw: University of Warsaw.
- Lutz, H. & E. Palenga-Möllnbeck (2010) Care work migration in Germany: Semi-compliance and complicity. *Social Policy and Society* 9(03), p. 419-430.
- Rugolotto, S., A. Larotonda & S. van der Geest (2017) How migrants keep Italian families Italian: Badanti and the private care of older people. *International Journal of Migration, Health and Social Care*, 13(2), p. 185-197.
- Schwiter, K., C. Berndt & J. Truong (2015) Neoliberal austerity and the marketisation of elderly care. *Social & Cultural Geography* 19(3), p. 379-399.
- Steiner, J., V. Prieler, M. Leiblfinger & A. Benazha (2019) Völlig legal!? Rechtliche Rahmung und Legalitätsnarrative in der 24h-Betreuung in Deutschland, Österreich und der Schweiz. *Österreichische Zeitschrift für Soziologie*, 44(1), p. 1–19.
- Stiftung Warentest (2017) Pflege zu Hause. Die besten Vermittler für Betreuungskräfte aus Osteuropa. *Test*, mei 2017, p. 86-95.

Tonkens, E. (2011). Binnenkort in Nederland: Migrantenzorgwerkers. *Sociale Vraagstukken*, 5 mei 2011.

Procederen voor de hoogste rechter: empowerment of vervreemding?

Jos Hoevenaars

1. Inleiding

In de periode tussen 2012 en 2017 verrichtte ik, onder begeleiding van Tetty Havinga, promotieonderzoek naar rechtszaken die middels een prejudiciële verwijzing van een Nederlandse rechter bij het Hof van Justitie van de Europese Unie in Luxemburg belandden. Tetty en ik delen een interesse in de persoonlijke verhalen van mensen die het rechtssysteem hebben doorlopen, de soms weerbarstige realiteit van rechtspraak vanuit het perspectief van justitiabelen en de relatie tussen het kleine en het grote; de ‘actor als factor’, en hoe de keuzes en het handelen van individuen binnen de rechtspraak kan resulteren in veranderingen op grote schaal.¹

Als postdoconderzoeker binnen het ERC Consolidator project *Building EU civil Justice*² richt mijn onderzoek zich momenteel op de rol van de advocaat in de rechtszaal, en in het bijzonder wat er gebeurt wanneer hij of zij afwezig is en justitiabelen zichzelf vertegenwoordigen. In het burgerlijk recht van landen met een *common law* systeem (met name de VS) is *zelfvertegenwoordiging, pro se* procesvoering of zogenaamde *Do-It-Yourself-Justice* een wijdverspreid fenomeen, daar het recht op zelfvertegenwoordiging in deze landen wordt beschouwd als fundamenteel onderdeel van het beginsel van toegang tot het recht. Maar ook in Nederland, met de uitbreiding van de competentie van de kantonrechter, de enige burgerlijke rechter zonder verplichte vertegenwoordiging, wordt (zelf)vertegenwoordiging een steeds belangrijker onderwerp.

In deze bijdrage wil ik deze twee onderzoeksonderwerpen samenbrengen door het vraagstuk van vertegenwoordiging te nemen en toe te passen op de bevindingen in mijn onderzoek naar prejudiciële zaken voor het Hof van Justitie in Luxemburg. Deze bijdrage is als volgt opgebouwd: allereerst bespreek ik kort de theoretische achtergrond van de rol van advocaten in de rechtszaal, en waarom hun aanwezigheid wel of niet van belang is. Vervolgens pas ik dit theoretisch kader toe op de resultaten uit mijn promotieonderzoek naar rechtszaken voor het Hof van Justitie en illustreer ik deze inzichten met enkele citaten uit de interviews die ik deed met advocaten. Tot slot trek ik een aantal conclusies over wat deze resultaten ons vertellen over juridische vertegenwoordiging voor het Europees Hof van Justitie.

1 Eerder schreef ik met Tetty twee korte bijdragen over respectievelijk de ervaringen van justitiabelen met de prejudiciële procedure (Havinga & Hoevenaars 2013) en de ‘actor als factor’ binnen het recht (Havinga & Hoevenaars 2015).

2 Dit onderzoek heeft financiering ontvangen van de European Research Council (ERC) in het kader van het Horizon 2020 Research and Innovation programme (grant agreement No. 726032) en heeft de volledige titel *Building EU Civil Justice: Challenges of Procedural Innovations Bridging Access to Justice*. Meer informatie is te vinden op <http://www.euciviljustice.eu/>.

2. Over het belang van juridische vertegenwoordiging

Er is veel onderzoek gedaan naar de rol en de noodzaak van advocaten in het bijstaan van partijen binnen de rechtspraak. Sinds het befaamde *Florence Project*,³ waarin de mondiale ontwikkelingen op het gebied van toegang tot het recht werden gebundeld en geanalyseerd, is er binnen de sociaalwetenschappelijke bestudering van het recht volop aandacht geweest voor de effecten van representatie, en in het bijzonder het ontbreken ervan.⁴

De toegang tot juridische professionals staat centraal in het wetenschappelijk denken over toegang tot het recht. Met name de ‘eerste golf’ van het onderzoek en hervormingen die door Cappelletti en Garth werden geïdentificeerd waren gericht op het vergroten van de toegang tot rechtsbijstand van de armere delen van de samenleving door de uitbreiding van *pro bono* werk van advocaten en publiek gefinancierde rechtsbijstand.

Het koppelen van de toegang tot advocaten aan toegang tot de rechter is gebaseerd op een centrale premisse: *de complexiteit van het recht creëert obstakels voor diegenen die er niet in zijn geschoold*. Een uitgebreide collectie sociologische literatuur over juridische beroepen identificeert advocaten dan ook als de zogenaamde ‘poortwachters van het recht’, in het bijzonder via formele juridische procedures.⁵

De aanname hierbij is dat wanneer advocaten relevante feiten presenteren en gebruik maken van de juiste juridische middelen – zoals de juiste doctrines, moties en juridische argumenten – dit leidt tot resultaten die rechtvaardiger zijn dan wanneer leken onvertegenwoordigd voor de rechter verschijnen. Zonder de vertegenwoordiging van advocaten kunnen partijen waarvan de zaak een gunstige uitspraak verdient alsnog verliezen omdat ze niet weten hoe ze de merites van hun zaak effectief kunnen communiceren binnen de juridische context van het rechtssysteem.

Het bijbehorende ideaalbeeld van advocaten is dat ze worden getraind in de juridische praktijk van hun vakgebied, ze hebben kennis van de wet en zijn in staat om relevante jurisprudentie te gebruiken om de belangen van hun cliënt te vertegenwoordigen. Op die manier zorgen zij voor de zogenaamde *equality of arms* van partijen in de rechtszaal. Vanuit dit idee volgt de logische conclusie dat de juridische opleiding en kennis die de advocatuur meebrengt van essentieel belang is voor effectieve belangenbehartiging.

Naast het theoretische werk is veel empirisch onderzoek is gedaan, opnieuw vooral in de VS, naar de rol en noodzaak van advocaten in het bijstaan van partijen in de rechtszaal.⁶ Verschillende studies naar de invloed van vertegenwoordiging laten zien dat de aanwezigheid van advocaten of andere juridische professionals van cruciaal belang is voor het verbeteren van de kansen van iedereen die de rechtszaal binnenstapt.

3 Cappelletti & Garth 1978.

4 Zie bijvoorbeeld Abel 2006; Engler 2006; Hagen 1983; Hammer and Hartley 1978; Udell and Diller 2007.

5 Sandefur 2008.

6 Zie bijvoorbeeld Chadha 1996; Doran et al. 2003; Hammer and Hartley 1978; Kritzer 1998; Seron et al. 2001 en Steinberg 2010.

Het heersende inzicht is dan ook dat advocaten, met hun professionele kennis en expertise, een functie vervullen die de leek, die niet is opgeleid in het recht, onmogelijk zelf voor zijn rekening kan nemen.

De sociale wetenschap heeft onze aandacht echter ook gevestigd op de realiteit dat de uiteindelijke uitkomst van juridische procedures niet alleen afhankelijk is van de relatieve juridische merites van tegengestelde standpunten in de rechtszaal. In het kader van de ongelijkheid binnen de juridische praktijk, beschreef Marc Galanter de verschillen tussen de typen partijen in de rechtszaal, waarbij de zogenaamde *repeat players* binnen het rechtssysteem voordelen genieten die maken dat zij er per saldo beter uit komen.⁷ Gemakkelijker toegang tot juridisch specialisten is daarbij een van de voordelen die hen onderscheidt van de zogenaamde *one shotter*.

Volgens de typologie van Galanter zijn advocaten en andere juridische professionals in zekere zin ook *repeat players* die, door middel van routinematig optreden in de rechtszaal, in staat zijn om praktijkkennis en informele relaties te ontwikkelen binnen de gerechtelijke instellingen. En omdat rechtbanken, althans formeel, onervaren partijen en partijen die worden vertegenwoordigd door advocaten als gelijken behandelen, zijn ervaren partijen in het voordeel, ongeacht de merites van een zaak, door hun grotere kennis van de *rules of the game* – de wijze waarop het rechtssysteem in de praktijk werkt.⁸

Uit recent onderzoek van Rebecca Sandefur, die een meta-analyse deed van onderzoek in het civiel recht in de VS van de afgelopen decennia, blijkt dat er grote verschillen bestaan in het effect van de aan- of afwezigheid van juridische vertegenwoordiging wanneer er een onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten zaken, verschillende procedures en verschillende rechtsgebieden.⁹

Op zoek naar een antwoord op de vraag waar die verschillen vandaan komen, onderzocht Sandefur welke factoren in de praktijk de grootste impact hebben op de uitkomsten van procedures wanneer vertegenwoordigde partijen worden vergeleken met zogenaamde *pro se* justitiabelen. In navolging van Galanters denken, maakte zij hierbij een onderscheid tussen inhoudelijke *professionele* factoren – de expertise en juridische kennis van advocaten – en de meer *relationele* factoren – de kennis van de beroepspraktijk die advocaten hebben.

Sandefurs meta-analyse toont aan dat wat statistisch gezien de grootste impact heeft op het verloop van een rechtszaak, en dus de gemiddelde kans op succes van de partijen, niet zozeer de inhoudelijke en juridische kennis van de advocaten is, maar hun kennis van de procedure en hoe een rechtbank in de praktijk werkt. Dus niet de professionele expertise van advocaten, maar meer relationele factoren hebben de grootste impact wanneer de kans op succes van partijen met en zonder advocaat worden vergeleken.

Sandefur concludeert dan ook:

“[L]awyers’ impact comes more from managing relatively simple legal procedures than from deploying the complex legal theories or doctrines that are the stuff of formal legal

7 Galanter 1974.

8 McGuire 1995.

9 Sandefur 2015.

education. Lawyers' impact also reflects their relationship to the court as professionals who understand how to navigate a rarefied interpersonal world.”¹⁰

Een belangwekkende conclusie die het heersende idee over het belang van bijstand door geschoolde juristen in twijfel trekt en de monopoliepositie van advocaten aantast. Logischerwijs volgt uit deze bevinding dat ook niet-geschoolde (maar wel ervaren) bijstand een vergelijkbare positieve invloed kan hebben op de kansen van de minder bedeelden in de samenleving. Groepen waarvan we weten dat ze vaak effectieve toegang tot het recht ontberen, deels door de belemmering van de hoge kosten die het inhuren van een advocaat met zich meebrengt.

3. Procederen in Europa

Het werk van Sandefur geeft ons belangrijke uitgangspunten voor het kijken naar de specifieke context waarin gerechtelijke procedures in de praktijk plaatsvinden. In deze bijdrage wil ik deze inzichten over het belang van de verschillende aspecten van expertise van advocaten toepassen op het onderwerp van mijn promotieonderzoek. Dit onderzoek richtte zich specifiek op de prejudiciële procedure binnen het Europese rechtstelsysteem. Deze procedure stelt nationale rechters in staat om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU in Luxemburg te stellen.

De overkoepelende en meer abstracte vraag die mijn promotieonderzoek behandelt is welke rol individuele partijen en hun rechtszaken spelen in de integratie van Europa en in hoeverre de prejudiciële procedure kan worden gebruikt als een strategisch wapen in de strijd tegen lidstaten die EU-regels overtreden. Voor een volledige behandeling van deze vraag verwijs ik graag naar mijn proefschrift getiteld: *A People's Court? A Bottom-Up Approach to Litigation Before the European Court of Justice*.¹¹ Belangrijker voor het onderwerp van deze bijdrage is echter de eenvoudiger vraag die ik stelde tijdens mijn onderzoek: *Wie eindigt bij het Hof in Luxemburg, hoe komen zij daar terecht en hoe gaan zij hiermee om?*

Om deze vragen te beantwoorden interviewde ik advocaten betrokken bij een rechtszaak die aan het Hof van Justitie is voorgelegd over hun ervaringen. In deze interviews trachtte ik te reconstrueren hoe specifiek hun zaken voor het Hof werden gebracht, welke juridische maar ook extralegale factoren hebben bijgedragen aan de verwijzing, wie verder betrokken waren bij de zaak, maar ook hoe deze advocaten het gehele verloop van de procedure ervaren hebben en hoe zij zijn omgegaan met de uitdagingen die een verwijzing naar het Hof van Justitie in de praktijk met zich meebrengt. De in deze bijdrage gepresenteerde inzichten zijn gebaseerd op achtentwintig semigestructureerde interviews met advocaten die de procespartijen hebben bijgestaan in zaken die via de prejudiciële procedure voor het Hof terecht zijn gekomen in de periode tussen 2008 en 2012.

De prejudiciële procedure is bedoeld om de nationale rechter de mogelijkheid te geven, in geval van twijfel over de interpretatie van EU-regels, met name met betrekking tot de nationale regels of beleid, om vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen over de manier waarop EU-wetgeving moet worden geïnterpreteerd en toegepast in

¹⁰ Sandefur 2015, p. 911.

¹¹ Hovenaars 2018.

een specifieke en concrete casus. Een voorwaarde voor een verwijzing naar het Hof in Luxemburg is dat de antwoorden van het Hof van Justitie van vitaal belang zijn voor de nationale rechters om een oordeel te vellen. Dit betekent dat de wijze waarop het Hof van Justitie vragen beantwoordt belangrijke gevolgen kan hebben voor de uitkomst in de nationale procedure, en dus voor iemands kansen op succes. Zo kan het bepleiten van een zaak voor het Hof van Justitie en het zoeken naar een positieve interpretatie van de EU-wetgeving van cruciaal belang zijn voor een zaak.

Vanuit het perspectief van een advocaat betekent dit echter dat de juridische context van de zaak verandert van een min of meer zuiver nationale aangelegenheid in een situatie waarin de zaak wordt geplaatst in de veelal bredere context van het EU-recht. Na de verwijzing van een zaak naar het Hof van Justitie zijn deze advocaten dus belast met het maken van de overstap van pleiten van een zaak binnen de grenzen van het nationale rechtssysteem, naar bepleiten van diezelfde zaak, maar nu in het kader van het supranationale wettelijk kader. Aldus rijst de vraag hoe advocaten hiermee omgaan.

4. Ervaringen van Nederlandse Advocaten voor het Hof van Justitie

Een allereerste belangrijke constatering die uit mijn onderzoek naar voren kwam is dat deze zaken lang niet altijd in Luxemburg terechtkomen omdat de partijen in de nationale procedure op een verwijzing hebben aangestuurd. Zo bleek een meerderheid van de advocaten die ik sprak in het geheel niet voorbereid op een verwijzing. Belangrijk in deze is dus dat advocaten in de zaken die worden voorgelegd aan het Hof over het algemeen niet zijn gespecialiseerd in EU-recht. Zij zijn asieladvocaten, sociale-zekerheidsadvocaten, maar ook accountants en belastingadviseurs, die zonder hierop te zijn voorbereid hun zaak verwezen zien worden naar het Hof van Justitie. Deze professionals hebben dus maar beperkte expertise als het aankomt op EU-recht en het is zeldzaam advocaten te treffen met eerdere ervaringen met het Hof van Justitie, met haar jurisprudentie, laat staan met ervaring met pleiten voor het Hof.

Ik vroeg de advocaten dan ook naar hun ervaring met het maken van deze omschakeling. Op de vraag hoe zich te concentreren op het EU-recht in plaats van het nationale recht of de procedure, antwoordde een van de advocaten:

“Het is een vrij ingewikkelde vertaalslag. Het wordt een abstractieniveau hoger getild met de rechtsvraag over EU-recht en komt daarmee veel verder van het nationale af te staan. Die stap is niet eenvoudig te maken, het vraagt echt wel even wat tijd om je die stof eigen te maken, voor zover je dat überhaupt lukt.”

Het nationale recht is uiteraard waar deze advocaten mee vertrouwd zijn en waar zij op een dagelijkse basis mee werken. Het merendeel van de geïnterviewde advocaten bevestigde deze gevoelens en was over het algemeen heel duidelijk over de mate waarin hun expertise te kort schoot in het maken van deze overgang. Dit is hoe een asieladvocaat concludeert:

“Ik heb wel eens vaker geroepen dat er een cursus ‘beginselen EU-recht’ gegeven moet worden [...] over hoe je het effectiviteitsbeginsel in, bijvoorbeeld de definitierichtlijn toepast, hoe je daar mee kan werken in je praktijk. Volgens mij weet iedereen wel een beetje wat het effectiviteitsbeginsel inhoudt, maar niemand heeft het in zijn vingers om er echt

mee te kunnen werken. Zodat je daar dan bij wijze van spreken een college over kunt geven bij de [Nederlandse] rechter. Dat is eigenlijk wat er moet gebeuren, want die rechters snappen het ook niet.” [lacht]

Deze citaten geven een indicatie van het probleem dat deze advocaten hebben in het maken van de overstap van de nationale juridische context naar die van het Europees recht. Met deze overgang wordt aldus hun inhoudelijke expertise in zekere mate ondermijnd. Echter, zoals ik in het begin introduceerde, bestaan er meer relevante aspecten aan het werk van advocaten dan alleen hun inhoudelijke vakkennis. In deze specifieke context, en in aanvulling op een gebrek aan inhoudelijke kennis en ervaring om op te vertrouwen, worden deze advocaten geconfronteerd met een onbekend Hof met zijn eigen specifieke manier van werken en zijn eigen procedures.

Naast dat advocaten hun zaak moeten voorbereiden in een juridische taal en context waarmee ze minder bekend zijn, zullen ze allereerst moeten uitzoeken hoe de procedure in de praktijk precies werkt. Advocaten gaven dan ook aan veel tijd kwijt te zijn geweest met het achterhalen van antwoorden op de vragen wat de deadlines zijn, hoe en wat op te sturen, gaat dit per fax, post of e-mail en in welke taal documenten eigenlijk moeten worden opgesteld. Dergelijke vragen illustreren hun onbekendheid met het managen van relatief eenvoudige juridische procedures, zoals door Sandefur besproken.

Taal speelt ook in ander opzicht een zeer belangrijke rol tijdens deze procedures. Aangezien veel verschillende nationaliteiten voor het Hof verschijnen wordt de mondelinge behandeling tijdens hoorzittingen simultaan vertaald, met het daaruit voortvloeiende risico van miscommunicatie, vertaalfouten en minder mogelijkheid van directe interactie tussen rechters en advocaten.¹² Dit heeft zijn weerslag op en komt tot uiting in de interactie tussen rechters en partijen en het vermogen van advocaten om hun punt te maken. Zo bevestigt een asieladvocaat:

“Ik had een zitting voor de grote kamer. En ja, de gang van zaken daar blijft een beetje gek. Vooral ook omdat je communiceert via tolken. Dus al die rechters zitten niet naar jou te luisteren maar naar een oortje. En je hebt daar toch een afstand daardoor. En of mijn punten nu echt goed werden vertaald en overkwamen, geen idee.”

Voor de onervaren advocaat kunnen zowel geschreven als ongeschreven regels en voorkeuren van bepaalde rechters leiden tot een frustrerende ervaring. Zo reflecteert een migratierechtadvocaat:

“In het algemeen heb ik die hoorzitting als iets heel vreemds ervaren. Je krijgt vijftien minuten de tijd om je pleidooi snel af te ronden en dan moet je in de tweede termijn reageren op die lidstaten. En dan word je door de voorzitter beledigd met de opmerking dat ik mij op de vragen moet concentreren en tot een conclusie moet komen. Maar ja, die lidstaat heeft allerlei onzin gezegd – ik wil dat gewoon rechtzetten. Ik was echt verbijsterd. Dus je pakt jezelf zo goed mogelijk op en reageert een beetje, en dan ga je weer zitten. En als niemand wil reageren, dan is de zitting gesloten en dan loop je weer naar buiten. En ik had zoiets van, hè? Was dit het? Wacht.... wat?”

12 Edward 1995, p. 554.

Het feit dat het er in Luxemburg anders aan toe gaat dan wat advocaten gewend zijn is ook te wijten aan de strikte regie van de procedure, met name de hoorzitting waarbij in aanvulling op de beperkte tijd voor de pleidooien er weinig tijd is voor reflectie of ruggenspraak. In het bijzonder wanneer we dit vergelijken met nationale procedures waarbij er over het algemeen veel meer tijd is voor interactie tussen de partijen, en meer ruimte om een bepaald argument in detail over het voetlicht te brengen. Zoals een advocaat in sociale zekerheid verklaart:

“Nou, je probeert het, maar dat is erg moeilijk. Je hebt vijftien minuten tijd voor je standpunt tijdens de hoorzitting, of voor wat je nodig acht om aan te zetten. Wat dertig bladzijden kostte om te schrijven. Maar je kunt niet reageren op al die zeven lidstaten, die deels hetzelfde zeggen, maar die in nuances zeer verschillende standpunten hebben. Dus je kunt daar naar mijn mening niet goed op reageren.”

Wat deze advocaat hier beschrijft is dat deze advocaten vaak te maken krijgen met agenten van verschillende lidstaten, die vaak hun pleidooien achter de schermen coördineren en in staat zijn om juridische argumenten te verdelen en daarmee de tijd die ze hebben tijdens de hoorzitting optimaal te benutten. De mondelinge fase van de procedure biedt de partijen de enige mogelijkheid om te reageren op de opmerkingen van zowel de Europese Commissie als de interveniërende lidstaten. Er is geen antwoord of dupliek in de prejudiciële procedure, waardoor alle argumenten van de andere partijen tijdens de hoorzitting zullen moeten worden geadresseerd.

Een deel van wat Sandefur, evenals auteurs als McGuire¹³ en Galanter¹⁴, noemt als de relationele factoren die maken dat advocaten een positieve rol spelen in gerechtelijke procedures, is het feit dat ze vertrouwd zijn met de werkwijze van de rechtbanken waar ze vaak werken, maar ook met specifieke rechters en hun opvattingen, voorkeuren en manier van werken tijdens de hoorzittingen. Ik sprak hierover ook met een advocaat met veel meer ervaring in procederen voor het Hof van Justitie, en die bevestigde dit beeld, hij zei hierover:

“Je moet je rechter kennen en proberen de jurisprudentie van die rechter te gebruiken. Het kan helpen om te voorkomen dat je grote blunders maakt door bijvoorbeeld kritiek te geven op de jurisprudentie van een bepaalde rechter. Dus je moet je goed voorbereiden. De hoorzitting kan een groot verschil maken. De uitkomst van een zaak is niet het lastige deel, het is de redenering, en de hoorzitting kan hier veel invloed op hebben.”

Het spreekt voor zich dat voor een specialist in EU-recht, en zeker iemand die regelmatig pleit voor het Hof, dit een vele mate realistischer opdracht is dan voor de gemiddelde belastingadviseur die onverwacht en slechts één keer in zijn carrière met een zaak in Luxemburg terecht komt.

Deze greep uit de interviews met advocaten geeft aan hoe advocaten in Luxemburg geconfronteerd worden met een grote uitdaging om hun werk effectief te kunnen doen. De verzameling citaten is echter vele malen omvangrijker dan waaraan ik in deze korte bijdrage recht kan doen. Samenvattend daarom, komt het meest sprekende citaat dat de teneur van ervaringen advocaten samenvat, van een strafrechtadvocaat. Hij legt uit:

13 McGuire 1995.

14 Galanter 1976.

R: Op een gegeven moment zeiden ze dat deze zaak naar Luxemburg gaat. Toen dacht ik, ik heb daar echt niets te zoeken. Ik bedoel wat moet ik daar doen? Maar toen de zaak werd doorverwezen naar de Grote Kamer, toen dacht ik, ja, weet je, ik kan nog zestig jaar werken als advocaat, maar de kans dat ik ooit nog voor de Grote Kamer kom te staan is zo verwaarloosbaar, dat ik moet gaan.

I: En u heeft ook gepleit?

R: Ja, natuurlijk. Als je gaat, dan moet je pleiten.... Totaal zinloos! [Lacht].

I: Hoe ging dat?

R: Ja, nou ja, 'leuk om hier te zijn, ik wil mijn moeder gedag zeggen', zoiets. [lachend]

5. Lessen over Vertegenwoordiging op het Hoogste Niveau

Wat kunnen deze inzichten ons vertellen over de rol van de advocatuur in deze specifieke context? De onervarenheid van de advocaten die doorgaans procederen bij het Hof van Justitie ondermijnt hun vermogen om effectief de belangen van hun cliënten te behartigen, met name wanneer hun onervarenheid wordt vergeleken met de agenten van de lidstaten waarmee zij worden geconfronteerd in zaken voor het Hof van Justitie.

De meeste lidstaten maken gebruik van gespecialiseerde EU-recht juristen die regelmatig procederen voor het Hof en zeer vertrouwd zijn met de relevante EU-wetgeving en met de manier waarop het Hof opereert. Als we de gemiddelde advocaat die eindigt in Luxemburg met deze specialisten vergelijken, wordt duidelijk in welke mate zij zich daar in een *underdog* positie bevinden.

In mijn proefschrift kom ik dan ook tot de conclusie dat de wijze waarop verschillende belangen voor het Hof vertegenwoordigd worden een zekere structurele ongelijkheid in representatie met zich meebrengt. Dit wil echter niet zeggen dat zaken die bij het Hof terecht komen geen kans van slagen hebben. Zo werd een grote meerderheid van de zaken die ik bestudeerde uiteindelijk gedeeltelijk of in het geheel in het voordeel van deze partijen en tegen de Nederlandse overheid besloten.

En er zijn uiteraard ook een aantal nuancerende inzichten. Zo betekent het feit dat agenten van de lidstaten op regelmatige basis voor het Hof verschijnen niet automatisch dat zij in alle gevallen de meest effectieve pleitbezorgers zijn. Hoewel deze vertegenwoordigers doorgaans EU-recht specialisten zijn, blijken zij vaak generalisten wanneer het gaat om nationale wetgeving. En omdat ze worden ingezet in zaken in alle mogelijke gebieden van het nationale recht die onder de EU-wetgeving vallen, ontberen zij vaak de nodige inhoudelijke kennis van de nationale context.

Echter, gezien het feit dat een meerderheid van de advocaten die ik interviewde onverwachts werd verwezen naar het Hof en dus in het geheel niet was voorbereid op het bepleiten van de zaak op het supranationale niveau, staan deze advocaten doorgaans voor een lastige opgave. In dat opzicht is het illustratief dat veel advocaten de hulp inroepen van specialisten in het EU-recht om hun kansen te vergroten. Doorgaans vinden zij deze in de academische wereld, waar deze expertise wel aanwezig is.

Het staat vast dat de mogelijkheid van het inhuren van specialisten voor verschillende soorten partijen niet gelijk is verdeeld.¹⁵ Als we bijvoorbeeld partijen die zijn vertegenwoordigd door grote belastingadvieskantoren, die gebruik kunnen maken van

15 Galanter 1974, p. 114-119.

in-house fiscaal EU-recht specialisten, vergelijken met migranten en asielzoekers die afhankelijk zijn van zelfstandige advocaten, zien we een groot contrast.

Zo zullen fiscale EU-recht specialisten die al in de nationale procedure aansturen op verwijzing van een zaak naar het Hof van Justitie, en vaak kant en klare prejudiciële vragen aan de nationale rechter voorleggen, veel beter uitgerust en voorbereid zijn om te procederen in Luxemburg, en kunnen zij zelfs in het voordeel zijn ten opzichte van de generalisten die de lidstaat in kwestie voor het Hof vertegenwoordigen.

In de meeste zaken die ik bestudeerde ontbrak echter een dergelijk strategisch en weloverwogen element. In zulke gevallen, als het al mogelijk is om specialisten bij een zaak te betrekken, in termen van tijd en kosten, gebeurt dit in de regel alleen nadat de prejudiciële vragen reeds zijn geformuleerd en het inhoudelijk kader van de procedure voor het Hof al grotendeels vast staat.

In welke mate de ongelijkheid van dit alles zorgt voor een structureel nadelige positie voor minder bedeelde partijen binnen de Europese rechtsorde is moeilijk te kwantificeren. Uiteraard zijn advocaten ook slechts één van vele factoren die bijdragen aan iemands kansen op succes, is de prejudiciële verwijzing slechts een deel van de procedure en speelt het grootste deel van deze zaken zich nog altijd af binnen de grenzen van de nationale rechtsorde.

Echter, de impact van deze zaken, met name als gevolg van hun verwijzing naar het Hof van Justitie, gaat vaak verder dan de belangen van de individuele partij. Als gevolg van de EU-brede impact van de uitspraken van het Hof, staan er vaak collectieve belangen op het spel. Dit kan het effect van eventuele verschillen in juridische uitkomsten vermenigvuldigen en structurele effecten hebben op macroschaal.

6. Conclusie

Wanneer we terug gaan naar de bevindingen van Sandefur over het belang van de relationele aspecten van representatie wordt het duidelijk dat een verwijzing naar het Hof van Justitie problematisch blijkt te zijn voor advocaten die met een zaak in Luxemburg terecht komen. Het is juist dit aspect van hun werk en professionele expertise – hun kennis van de procedurele aspecten en informele relaties binnen het juridisch systeem – dat wordt ondermijnd door de verwijzing van hun zaak van een nationale naar een supranationale context. Ze moeten pleiten voor een Hof met een procedure die hen letterlijk vreemd is, met rechters die ze niet kennen en binnen een procedure waarin ze al doende moeten leren. Niet alle advocaten zijn even goed in staat om dit deel van de procedure ten volle te benutten.

In die zin is het ook een interessante vraag of het voor een goed voorbereide zogenaamde *Do-It-Yourself* rechtzoekende, die de tijd heeft genomen om zich te verdiepen in de procedures van het Hof, veel moeilijker is dan voor de gemiddelde advocaat, die gewoonlijk moeite zal hebben om de nodige tijd te vinden, en de daarbij komende kosten te rechtvaardigen, om dit deel van de zaak tot een succesvol einde te brengen.

Concluderend is het duidelijk dat de verandering van de context na een eerste verwijzing niet alleen de inhoudelijk-professionele maar ook de relationele expertise die advocaten tot een belangrijke partner in de rechtszaal maakt, ondermijnt. Zij worden hiermee in een *underdog* positie geplaatst tegenover de doorgaans goed vertegenwoordigde lidstaten. De veronderstelling dat de aanwezigheid van een advocaat zorgt voor

een betere benadering van de *equality of arms* verdient in deze context dan ook enige heroverweging.

Literatuur

- Abel, L.K. (2006) 'A Right to Counsel in Civil Cases: Lessons from Gideon v. Wainwright', *Clearinghouse Review* 40(2), p. 271-280.
- Cappelletti, M. & G. Bryant (1978) *Access to Justice Vol. I: A world survey*, Milaan/Alphen aan den Rijn: Giuffrè Editore/Sijthoff/Noordhoff.
- Chadha, L.P. (1996) *Time to Move: The Denial of Tenants' Rights in Chicago's Eviction Court*, Chicago: Lawyers' Committee for Better Housing.
- Doran, K., J. Guzzardo, K. Hill, N. Kitterlin, W Li, & R. Liebl (2003) *No Time for Justice: A Study of Chicago's Eviction Court*, Chicago: Lawyers' Committee for Better Housing, Chicago-Kent School of Law, Illinois Institute of Technology.
- Edward, D. (1995) 'How the Court of Justice Works', *European Law Review* 20(1), p. 539-558.
- Engler, R. (2006) 'Toward a Context-Based Civil Right to Counsel through Access to Justice Initiatives', *Clearinghouse Rev.* 40(2), p. 196-209.
- Galanter, M. (1974) 'Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change', *Law & Society Review* 9(1), p. 95-160.
- Galanter, M. (1976) 'The Duty not to Deliver Legal Service', *University of Miami Law Review* 30(4), p. 929-951.
- Hagen, J.L. (1983) 'Justice for the Welfare Recipient: Another Look at Welfare Fair Hearings', *Social Service Review* 57(2), p. 177-195.
- Hammer, R.P. & J.M. Hartley (1978) 'Procedural Due Process and the Welfare Recipient: A Statistical Study of AFDC Fair Hearings in Wisconsin', *Wisconsin Law Review*, p. 145-251.
- Havinga, T. & J. Hoevenaars (2013) 'Het Hof van justitie van de Europese Unie en de rechtsbescherming van burgers. Over actieve, afwachtende en afwezige particuliere procespartijen', in: C.A. Groenendijk, E. Guild, S. Mantu, A. Terlouw, P. Minderhoud & K. Zwaan (Eds.), *Issues that matter. Mensenrechten, minderbeden en migranten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 201-210.
- Havinga, T. & J. Hoevenaars (2015) 'Éliane Vogel-Polsky en de realisatie van vrouwenrechten: een actor als factor', in: R. Baas, T. Havinga, M. Laemers, H. den Tonckelaar (Eds.), *Rechtspleging en Rechtsbescherming Amicorum voor Leny de Groot-van Leeuwen*, Deventer: Wolters Kluwer.
- Hoevenaars, J. (2018) *A People's Court? A Bottom-Up Approach to Litigation Before the European Court of Justice*, The Hague: Eleven International Publishing.
- Kritzer, H.M. (1998) *Lawyers and Nonlawyers at Work*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- McGuire, K.T. (1995) 'Repeat Players in the Supreme Court: The Role of Experienced Lawyers in Litigation Success', *The Journal of Politics* 57(1), p. 187-196.
- Sandefur, R.L. (2008) 'Access to civil justice and race, class, and gender inequality', *Annual Review of Sociology* 34, p. 339-358.

- Sandefur, R.L. (2015) 'Elements of professional expertise: Understanding relational and substantive expertise through lawyers' impact', *American Sociological Review* 80(5), p. 909-933.
- Seron, C., G. Van Ryzin, M. Frankel & J. Kovath (2001) 'The Impact of Legal Counsel on Outcomes for Poor Tenants in New York City's Housing Court: Results of a Randomized Experiment', *Law and Society Review* 35(2), p. 419-34.
- Steinberg, J.K. (2010) 'In Pursuit of Justice: Case Outcomes and the Delivery of Unbundled Legal Services', *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy* 18(3), p. 453-505.
- Udell, D. & R. Diller (2007) *Access to Justice: Opening the Courthouse Door*, New York: Brennan Center for Justice at New York University School of Law.

Sociologie en verduurzaming. Hoe de unieke kennis van de rechtssociologie kan bijdragen aan sturing van transformaties naar een duurzame samenleving

Mark Wiering

1. Inleiding

Lang, lang geleden, het was aan het einde van de vorige eeuw, ben ik gepromoveerd onder begeleiding van Tetty Havinga en Kees Groenendijk. Het thema was uitvoerings- en handavingsstijlen, in mijn geval van de diensten die de boeren en handelaren controleerden op de regels voor mest in Nederland (toen de Algemene Inspectiedienst, nu de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit) en in Vlaanderen (Vlaamse Mestbank). Ik denk aan het onderzoek en aan de begeleiding nog altijd met veel plezier terug. Natuurlijk, alweer twintig jaren zijn voorbij gegaan en toch schrok ik even van het bericht dat Tetty afscheid ging nemen. Hoezo afscheid nemen? Tetty was voor mij een ijkpunt van de rechtssociologie en meer bijzonder van de sociologie van uitvoering en handhaving van beleid. Zijn we klaar dan? Er is nog zoveel te onderzoeken waar we de rechtssociologie voor nodig hebben. We zijn net begonnen. Ga niet weg!

Maar dan besef je dat het zo gaat. Je bent nooit klaar. Je wordt alleen wat sneller moe. Maar Tetty heeft me ook laten weten, letterlijk in de wandelgangen, dat ze nog niet klaar is met onderzoek. Daarom richt ik me op een aantal uitdagingen voor de toekomst waar we voorlopig nog wat werk aan hebben. Ik richt me eerst tot de sociologie in het algemeen, daarna tot de sociologie van instrumenten en uitvoering van beleid.

Laten we groot beginnen.

2. Waar is de sociologie?

Een van de grote vraagstukken van deze tijd is het vraagstuk van verduurzaming van de samenleving. Of het nu gaat om verandering van klimaat en toename van droogte én wateroverlast, de groei in CO2 emissies en het wereldwijde energievraagstuk, de plastic soep in onze oceanen – en in de dieren die daar leven – de microplastics in onze voeding, het intensieve gebruik van mest, van bestrijdingsmiddelen tot de achteruitgang van natuur en biodiversiteit wereldwijd, we staan voor de immense uitdaging om op een andere manier met onze planeet om te gaan, al was het maar om het leefbaar en aantrekkelijk te houden voor straks waarschijnlijk tussen de tien en elf miljard menselijke aardbewoners naast onze medebewoners.

Dus hebben we het over transformaties binnen en van onze samenleving en onze economie, met het oog op ecologische en sociale duurzaamheid. Deze verduurzamingstransformaties zijn deels technologisch ingegeven: de introductie van hernieuwbare energiebronnen, het sluiten van kringlopen door verwerking van afval, het opvangen of het schoonmaken van emissies, het vruchtbaar maken van grond, het versterken

van dijken, het anders bemesten of gebruik van natuurlijker bestrijdingsmiddelen, enzovoorts. Prachtig werk en prettig onderzoek.

Heel vaak gaat het ook prettig langs ons heen, die duurzaamheid, want de rommel wordt om ons heen opgeruimd door ijverige waterschappers, de DAR en de afvalverwerking, de NVWA zal het wel controleren, het komt allemaal goed. Maar de eigenlijke uitdaging is dat het ook om daadwerkelijke *maatschappelijke* verandering gaat: verandering van sociale patronen, van gedrag, van de inrichting van de samenleving. Bijvoorbeeld: Stoppen met Gronings gas. Wat nu? Geen plastic tasjes meer, dat lukt nog, maar liefst veel minder plastics. Minder vlees eten. Niet altijd weer die vliegvakantie. Ik hoor u denken, daar is de milieuboodschapper weer. Inderdaad. Maar daar gaat het, op langere termijn en mondiaal bezien, toevallig wel om. We lossen het niet allemaal prettig en technologisch op.

Overigens, het kan ook positief: gezonder eten; vaker samen eten; meer de tuin, de natuur en/of de moestuin in; lekker op de fiets; meer natuur in de stad; samen werken aan een zonnepark; solidariteit met andere groepen en plekken, rustiger leven.

Hoe dan ook, sociale transformaties dus. We zoeken naar kennis over de weg van het veranderen van die patronen van menselijk handelen. Je zou denken dat de sociale wetenschap dit grote vraagstuk massaal aanpakt, dat we buitelen over de adviezen van maatschappijwetenschappers. Hoe zitten deze processen in elkaar? Hoe zitten dagelijkse sociale patronen in elkaar? Wat zijn de patronen van doen en denken bij verduurzaming? Waarom blijven ze stabiel, waarom veranderen ze?

Kijken we echter naar welke delen van de wetenschap zich vooral met die maatschappelijke transformaties in het licht van duurzaamheid bezighouden, dan valt op dat dit onderzoeksgebied vóóral wordt ingevuld door enerzijds socio-techniek en systeemdenkers en anderzijds gedragsdeskundigen.

Waar gaat de meeste aandacht naar uit? Allereerst is er het veld van de technologische veranderingen zelf, dit omvat bijvoorbeeld historische studies naar technologieovergangen (van kaars naar gas en van gas naar elektriciteit) en studies naar de invoering van nieuwe technologie, de hernieuwbare energie in huishoudens, de waterpomp, de hybride of elektrische auto; welke technieken hebben we beschikbaar en hoe reageren we daar op?

Daarnaast staan de systeemdenkers, die, dikwijls vanuit de socio-techniek, theorieën over maatschappelijke transitieën en transitie-management ontwikkelen, zoals Geels, Kemp, Loorbach en Rotmans (Geels & Kemp 2006; Geels 2018; Loorbach 2007; Rotmans & Loorbach 2009; Rotmans 2014). Rotmans spant de kroon in het aankondigen en prediken van de maatschappelijke revolutie, waarin alles wankelt en kantelt, als een beschonken wetenschap van de sociale transformaties. De bestuurskunde denkt mee in het vormgeven van *governance* van deze transitieën en het transitie-management: hoe organiseer je socio-technologische niches; hoe verloopt aanpassing van het bestuurlijke regime: en wat is het bredere technologische en maatschappelijke landschap?

Heel interessant, en het gáát ook om die grote transformaties, maar juist de sociologie ervan, de kern van de wetenschap van het sociaal en maatschappelijk handelen, is weinig genuanceerd. En ik merk nog niet zoveel van het kantelen van de samenleving.

Daarnaast zien we zeker de laatste jaren veel vraag naar *evidence-based* gedragsstudies. Dan zitten we in het rijk van de sociale of gewone psychologie of de institutionele

economie en andere gedragsdeskundigen gericht op individueel, (vaak) rationeel gedrag. NWO, regering, gemeente: allemaal sturen ze aan op ‘volwassen’, *evidence-based* empirische studies over hoe we individueel gedrag kunnen sturen. En dan komen we op gedragsvragen zoals: waarom gaan mensen naar de glasbak; welke motieven leiden tot een keuze voor zonnepanelen op het dak; welke gedragskenmerken gaan samen met het kopen van een Toyota Prius, Nissan Leaf of Hyundai Ionic; welke preferenties leiden tot de aankoop van product X of Y: wat is de relatie tussen kennis, sociale norm, intentie en feitelijk gedrag? U kent waarschijnlijk de *theory of planned behavior* van Fishbein en Ajzen (1975) wel.

Het lijkt vooral te gaan om het *nudgen* van individueel aankoopgedrag in een volledig geïndividualiseerde samenleving. Ook heel interessant, zeker, maar toch, ik voel me er wat ongemakkelijk bij. Als het gaat om maatschappelijke transformaties, dan betreft het meer dan enerzijds sleutelen aan systemen door slimme pilots of het creëren van socio-technische niches en slimme sturingsinstrumenten en anderzijds inzicht in individueel gedrag. Ik mis iets. U raadt het al: ik mis de expertise in het domein van de sociale interacties en sociale patronen, ik mis, allereerst, de sociologie, dat mooie veld van de studie van het menselijk samenleven. De relatie tussen mens en fysieke omgeving is daar feitelijk al eeuwen onderdeel van – denk aan Thoreau’s ‘Walden’, of Alexander von Humboldt – maar vooral sinds de jaren zeventig hebben grote sociologen ons leren denken over onze samenleving: Ulrich Beck, Anthony Giddens en recentelijk (economie) Kate Raworth (2017). Om het contrast wat verder aan te zetten: we roepen over ‘grote transformaties’ in onze tijd (vergelijkbaar met Polanyi in 1944) of ‘het kantelen van de samenleving’ (Rotmans 2014) en we besteden onze tijd vooral aan het onderzoek naar de consument die in de supermarkt staat en de keuze heeft tussen de kiloknaller en het vlees met keurmerk één, twee of drie sterren. We kunnen groot en klein denken, maar daartussen missen we een stap. Waar is de sociologie? Waar zijn de grote sociologische denkers die komen helpen? Waar is de *sociologie van verandering* in onze tijd? Waar blijft, bijvoorbeeld, een analyse van sociale transformaties in het licht van duurzaamheid? Hoe zijn sociologische denkers te vertalen naar sociale verandering op meso-niveau?

Ligt het aan het feit dat er geen grote denkers meer opstaan? Of worden ze niet herkend? Of is het gewoon allemaal wat teveel, die sociale wetenschappen, ziet ook de milieu-sociologie door de bomen het *Wald* niet meer? Of ligt het aan mij, heb ik me teveel bezig gehouden met allerlei *governance* en beleid, en ben ik de weg kwijt geraakt op de sociologische hei? Ik sluit het niet uit. Kom dan naar me toe om te vertellen wat ik gemist heb; graag!

ALS het zo is, dan zal het, zoals altijd, meerdere oorzaken hebben. Ik geef er een paar, kort.

- 1) Het zal deels gelegen zijn in de theoretische differentiaties die de sociologie doormaakt; de sociologie is opgeknipt in kleine stukjes, zoals we vele krantenberichten kunnen doornemen, maar de grote lijnen van het nieuws niet meer zien. Zo hebben we de rechtssociologie, maar feitelijk de sociologie van migratierecht (in Nijmegen), de sociologie van arbeidsrecht, enzovoorts, naast de sociologie van milieuvraagstukken, naast de sociologie van de landbouw, noem maar op. Dé sociologie

- bestaat niet meer en een sociologie van transformaties voor duurzaamheid is misschien teveel gevraagd. Dat kunnen we niet meer aan.
- 2) Deels is het gelegen in de wetenschapsbeoefening: in de methodologische fijnlijperij in tijdschriften, zodat we meer geïnteresseerd lijken te zijn in de methodologische precisie van een studie dan in de feitelijke uitkomsten en wetenschappelijke of maatschappelijke reikwijdte van de boodschap van de studie, waarover overigens dikwijls niet zo goed nagedacht is.
 - 3) Of komt het doordat we in een tijdperk leven waarin de kritische politieke sociologie niet meer beoefend wordt? Waarom zouden we kritisch naar onze structuren kijken als het economisch goed gaat en mensen in vrijheid leven? Laat ons met rust, zeg.

Gelukkig ben ik niet de enige die dit gemis voelt; een van mijn inspiratoren is Elizabeth Shove. Zij is behalve hoogleraar sociologie aan de Universiteit van Lancaster ook een prachtig mens: ze slaat af en toe stevig om zich heen om iets los te weken in de sociale wetenschappen, bij de transitie-managers én de gedragsdeskundigen (Shove & Walker 2007; Shove 2010). Maar Shove geeft óók een goed startpunt dat *ten minste* een plek inruimt voor de *missing link*: de alledaagse sociale praktijken waarin we leven. Elizabeth Shove vond veel inspiratie – overigens net als Tetty Havinga en met haar vele sociologen in Wageningen – in het werk van Anthony Giddens.

Om kort te gaan: Giddens (1984) zag geen grote scheiding tussen enerzijds de structuren in onze samenleving en anderzijds het handelen van mensen. Hij zag dat deze twee entiteiten samenkomen en interacteren in sociale praktijken: structuren maken handelen mogelijk en beperken het ook (*enabling* én *constraining*) en handelen houdt structuren in leven, maakt ze mogelijk en kan ze ook beperken en veranderen.

Bijvoorbeeld: zonder juridische waarborgen en eigendomsrechten (structuren) is eigendom onzeker en zal je niet rustig in je huis leven (handelen), doch zonder het voortdurend bevestigen en erkennen van deze rechten en waarborgen bij eigendom in het dagelijkse handelen hebben structuren geen bestaansrecht, mogelijk leidend tot het verdwijnen ervan. Nog simpeler: zonder taal geen spreken, zonder spreken geen taal.

Dus juist in sociale praktijken worden structuren en handelen op elkaar betrokken, komen regels tot leven, worden ze effectief gemaakt, gereproduceerd en eventueel ook veranderd. Dit wil niet zeggen dat verandering altijd evolutionair is. Verandering gaat soms plotseling, door shocks of ingrepen (interventies) en soms geleidelijk en langzaam. Beïnvloed door Schatzki (2002) of Nicolini (2012) werkte Shove met anderen aan een heel praktische invulling van een *practices* benadering. Ze onderscheidt drie basiselementen van sociale praktijken: de *betekenissen* die we hechten aan bepaalde manieren van doen (patronen), de gehechtheid aan *materie* en de *competenties* die nodig zijn of samengaan met manieren van doen: *meaning, matter and competences* (Shove, Pantzar & Watson 2012). Ze geeft tastbare voorbeelden: de praktijk van het autorijden door de jaren en decennia heen; de praktijk van het douchen; de praktijk van het eten van vlees. *Practices* kunnen van alles zijn. We zouden bijvoorbeeld uitgebreid op de praktijk van het barbecueën in kunnen gaan: een veel voorkomend, eeuwenoud, sociaal verschijnsel, waarin het eten van vlees wordt verheerlijkt - het is vooral lekker en gezellig, maar ook lekker primitief en masculien (*meaning*), je kunt niet zonder bepaalde spullen en soorten voedsel (*matter*) en je hebt bepaalde *competenties* nodig (het maken van vuur, het bereiden van vlees, etc.) waardoor het een unieke ervaring is waarin vlees noodzakelijk lijkt, maar

waarbij gaandeweg vervanging van vlees ook steeds reëler wordt. Hoe veranderen we onze patronen geleidelijk? Wie heeft hier invloed op? Wanneer volgen grotere marktpartijen, zoals supermarkten bij het aanbieden van vervangende patronen? Hoe verandert het discours over vlees? Wat zou er nodig zijn om het BBQ-en te verduurzamen? Moeten we het fossiel barbecueën gaan noemen? Volgens Shove en anderen gaat het om die sociale patronen waarin we zitten, de verbindingen die we daarbij vanzelfsprekend vinden, het doorbreken van die verbindingen en het opnieuw opbouwen ervan.

3. *Governance* en rechtssociologie

Hoe kunnen we sociale transformaties het beste begeleiden? *Governance* of beleid is belangrijk omdat sociale verandering soms kan worden versneld en geleid. Ik beschouw *governance* als meerzijdige beïnvloeding of sturing van staat, markt of civil society (de georganiseerde burger) ten aanzien van het publieke domein. En een studie van praktijken van *governance* is belangrijk omdat het op zichzelf ook weer sociale praktijken zijn. Hoe werkt regulering eigenlijk uit op sociale patronen van mensen? En uiteindelijk op zoiets als het gedrag?

Hiermee kom ik bij de vraag uit de titel: hoe kan de unieke kennis van de rechtssociologie bijdragen aan de sturing van transformaties naar een duurzame samenleving? Als er één veld is dat veel kennis bevat van de regulering van sociale praktijken dan is het de rechtssociologie. Ik zie, voor nu, drie grote bijdragen van de rechtssociologie aan een sociologie van verandering en bestudering van de rol van *governance*.

Allereerst, een dieper gravende sociologie van beleidsinstrumenten. Hiermee bedoel ik niet – of niet alleen – de instrumentele kant van beleidsinstrumenten. Veel onderzoek naar beleidsinstrumenten beziet instrumentatie pragmatisch, als *natural* – dat zijn de *tools of government*, dat is nu eenmaal het setje dat we op de plank hebben liggen, *at our disposal* hebben, zeggen Lascoumes en Le Gales (2007). Dit type onderzoek is dikwijls verengd tot effectiviteitsonderzoek, gericht op prijseffecten van belastingen, leereffecten van communicatie-instrumenten, effecten van verboden op gewenst én ongewenst gedrag... Daar is elders voldoende aandacht voor. Ik wil graag enkele andere dimensies benoemen:

Wanneer stellen we eigenlijk de vraag waarom we sturen zoals we sturen? Dat doet op de politieke sociologie van beleidsinstrumenten (Lascoumes & Le Galès 2007) inclusief de praktische maar vaak impliciete theorie van regelgever, instrument en geadresseerden, de beleidstheorie, maar dan breder, het politieke discours achter de regulering. Elk beleidsinstrument heeft in feite een type politieke relatie voor ogen en een type legitimiteit! Financiële instrumenten (waaronder financiële boetes) spreken personen of geadresseerden aan op hun financieel-rationele afwegingen of kosten-baten afwegingen, en geven impliciet de boodschap dat waarden afweegbaar zijn door te sturen op financiële middelen. Normatieve boodschappen via communicatieve instrumenten spreken mensen aan op hun geweten of hun kennis, en geven impliciet de boodschap dat de overheid ons rechtstreeks mag vertellen wat goed is; regelgeving spreekt mensen aan op hun normbesef en bereidheid de norm na te leven, en breidt de regulerende macht uit. Als deze beleids- of (breder) *governance*-boodschappen sterk door elkaar heen lopen, raken mensen vooral in verwarring. Instrumentmixen zijn daardoor soms pro-

blematisch, verschillende instrumenten stralen verscheidene boodschappen uit of werken elkaar zelfs tegen. Hier gaan Lascoumes en Le Gales (2007) helder op in, maar ik zie nog weinig onderzoeksvervolg helaas, behalve in de traditionele studie naar effecten van beleid. Kortom, wat doen onze beleidspraktijken met sociale praktijken?

Een gerelateerde vraag, nog dichter bij de rechtssociologie, is hoe bepaalde beleidsinstrumenten sociale praktijken onbedoeld en weinig bewust veranderen. Hier doel ik op de vraag of het inzetten van financiële instrumenten, bijvoorbeeld subsidies of heffingen dagelijkse praktijken vatbaarder maken voor een kosten-baten rationaliteit, en andersom, of inzetten op normatieve sturing (communicatie, campagnes, training, *capacity building*) de normativiteit direct of indirect – ten faveure of ten nadele – beïnvloedt. Kortom, de onbedoelde effecten, of zelfs de *self-fulfilling prophecy*, dat bepaalde instrumentatie ook bepaalde sociale praktijken beïnvloedt en voedt. Ik ken niet zoveel onderzoek hiernaar. Dus, nogmaals, ik houd me aanbevolen. Ik heb kennis van vooral economisch onderzoek: bijvoorbeeld naar economiestudenten die naarmate ze verder in hun opleiding zijn steeds meer financieel-rationeel gaan denken en handelen. Of onderzoek naar de gedachte dat inzet van financiële instrumenten ertoe leidt dat mensen zich laten leiden door deze *incentives* en kosten-baten afwegingen en daarom maar wachten op nieuwe subsidies terwijl de normatieve afwegingen feitelijk minder belangrijk worden of weggedrukt worden. Kortom, onderzoek naar voorbeelden waarbij beleidspraktijken sociale praktijken voeden die niet altijd gewenst zijn.

Ik zou, ook vanuit de rechtssociologie, meer reflectie willen op onze wijze van sturen. Het is niet een setje *tools of government*, maar een geheel van boodschappen aan de samenleving. Waarom zou het inzetten van financiële middelen, overigens meestal ingegeven door een neoliberal gedachtengoed en verpakt als ogenschijnlijk neutrale instrumentatie, niet oogsten wat het zaait, namelijk een economisering van de samenleving? Leidt een overvloed aan regels tot het bevriezen van praktijken in plaats van het oplossen van een probleem, zoals de Rekenkamer kortgeleden liet weten in een zeer kritisch onderzoek naar het mestbeleid en de regulering daarbij (Algemene Rekenkamer 2019). Wat doet dat uit de hand gelopen complex aan regels dan met de *everyday* sociale praktijken; hoe werkt dat?

Ten derde, weten we eigenlijk hoe we sturen? Wat is het beleid en recht in actie? Dit ligt veel dichter bij ons gezamenlijke onderzoeksprogramma EUROPAL, dat zich richt op het Europese recht en beleid in actie. Oorspronkelijke luidde de titel van mijn presentatie daarom: wat doen de *street-level* bureaucraten in de straten van Europa? Dit veld heb ik wat beter bekeken met Marjolein van Eerd, een promovendus die bijna klaar is met haar proefschrift (Van Eerd, Dieperink & Wiering 2018).

Europeanisering van beleid en recht zou je kunnen bekijken vanuit een perspectief van totstandkoming van beleid. Probleemdefinities, ideeën, politieke wensen en instrumenten komen vanuit de lidstaten en worden in Brussel en Straatsburg gezamenlijk besproken en afgewogen – een proces dat we *uploading* noemen – en vervolgens komt dit beleid – gemengd, gekleurd, versterkt of leeggezogen en uitgeperst – weer terug naar de lidstaten om er uitvoering aan te geven. Dat laatste proces kunnen we *downloading* noemen, met als toevoeging dat het geüploade softwarepakket vaak nog niet volledig is of wat vaag, en elke *domestic* hardware ook weer anders, dus de lidstaten en bijbehorende uitvoeringsinstanties gaan mede vorm geven aan de Europese regels en richtlijnen.

Populair gesteld: vaak weet niemand meer precies wat er oorspronkelijk werd bedoeld met een Europese richtlijn, en dat is vaak – mogelijk ten dele – ook niet zo heel erg want iedere lidstaat gaat er op een eigen manier mee om, de tijd gaat onverbiddeijk voort en politieke wensen kunnen veranderen, en de implementatie wordt toch wel gemonitord, gekalibreerd en geëvalueerd. Onze vraag was gericht op het proces van doorgaande implementatie: wat gebeurt er in het veld met Europese regels en richtlijnen, en meer in het bijzonder: hoe wordt de feitelijke implementatiekennis *on the ground* weer gedeeld met Brussel en Straatsburg? Hoe verlopen, naast bekendere processen van uploaden en downloaden, processen van *reloading*, na de invoering van beleid? Ook hier zien we simpelweg een gebrek aan onderzoek; uitzonderingen zijn mogelijk Sabel en Zeitlin (2012) met het *experimentalist governance* perspectief van iteratieve processen van beleidsvaststelling en implementatie en vormen van specifieke *process tracing*, maar veel is er niet, en dat wat er is gaat zeker niet over allerlei dagelijkse vormen van beleid. Die typisch rechtssociologische *bottom-up* blik is in de straten van Europa maar spaarszaam aanwezig. We weten vaak niet wat er gebeurt in de uitvoering na de invoering. De rechtssociologie kan de studie naar *governance* praktijken helpen, maar helaas, veel studenten van Europeaniseringsprocessen kennen de rechtssociologie niet goed en een *street-level bureaucrats* perspectief is in Europa nog maar zelden te bespeuren.

4. Tot slot

Tot slot: ik pleit voor een steviger rol van de sociologie bij het denken over transformaties van de samenleving. We moeten dit niet enkel overlaten aan de socio-techniek en transitiedenkers of gedragswetenschappers. We kunnen uitstekend met ze meedenken, maar de sociologie heeft een eigen rol. Meer empirisch onderzoek naar de sociologie van veranderingsprocessen is nodig.

En juist de rechtssociologie kan van grote waarde zijn bij de bestudering van het recht en regulering, of breder, de *governance*, van sociale praktijken. Het recht houdt dingen op zijn plaats, zorgt voor waarborgen, en recht helpt verandering tot stand te brengen, als beleidsinstrument. Juist de rechtssociologie probeerde in het verleden een evenwicht te vinden tussen de *grand theories*, denk aan Giddens, Luhmann, Habermas, Bourdieu, ik mis er een paar, en de empirische toepassing in concrete, zichtbare en minder zichtbare, maatschappelijk relevante *practices*. Waar blijft een verdere uitwerking van de sociologie van de reguleringsinstrumenten? Wat is de politieke dimensie van sturing en waar is de meer *bottom-up*, rechtssociologische blik op al die sturingspogingen?

Ik pleit voor een gesprek en debat over sociale transformaties, ik pleit voor een actieve, kritische, brede sociologie van verandering met tegelijkertijd de nuance van de empirische rechtssociologie. Een wetenschap die begrijpelijk is, helder, die invoelbaar kan maken én kan reflecteren op wat we toch allemaal aan het doen zijn. En Tetty Havinga kon de kritische sociologie en nuance van de rechtssociologie uitstekend verbinden. En juist daarom zou ik haar nog niet kwijt willen.

Literatuur

- Algemene Rekenkamer (2019) *Aanpak mestvervuiling veehouderij*. Den Haag: Algemene Rekenkamer juni 2019.
- Fishbein, M. & I. Ajzen (1975) *Belief, attitude, intention, and behavior: An introduction to theory and research*. Reading: Addison-Wesley.
- Geels, F.W. & R. Kemp (2006) Transitions, transformations and reproduction: Dynamics in socio-technical systems. In: M. McKelvey & M. Holmén (eds), *Flexibility and stability in the innovating economy*, Oxford: Oxford University Press, p. 227-256.
- Geels, F.W. (2018) Disruption and low-carbon system transformation: Progress and new challenges in socio-technical transitions research and the Multi-Level Perspective. *Energy Research & Social Science* 37, p. 224-231.
- Giddens, A. (1984) *The constitution of society: Outline of the theory of structuration*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Lascoumes, P. & P. Le Galès (2007) Introduction: Understanding public policy through its instruments – from the nature of instruments to the sociology of public policy instrumentation. *Governance* 20(1), p. 1-21.
- Loorbach, D. (2007) *Transition management. New mode of governance for sustainable development*. Utrecht: International Books.
- Nicolini, D. (2012) *Practice theory, work, and organization: An introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Polanyi, K. (1944) *The Great Transformation*. New York: Farrar & Rinehart.
- Raworth, K. (2017) *Doughnut economics: Seven ways to think like a 21st-century economist*. White River Junction: Chelsea Green Publishing.
- Rotmans, J. & D. Loorbach (2009) Complexity and transition management. *Journal of industrial Ecology* 13(2), p. 184-196.
- Rotmans, J. (2014) *Verandering van tijdperk: Nederland kantelt*. Boxtel: Uitgeverij Aeneas.
- Sabel, C.F. & J. Zeitlin (2012) Experimentalist governance. In: D. Levi-Faur (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*. Oxford: Oxford University Press, p. 2-4.
- Schatzki, T.R. (2002) *The site of the social: A philosophical account of the constitution of social life and change*. University Park: Pennsylvania State University Press.
- Shove, E. & G. Walker (2007) CAUTION! Transitions ahead: Politics, practice, and sustainable transition management. *Environment and Planning A* 39(4), p. 763-770.
- Shove, E. (2010) Beyond the ABC: Climate change policy and theories of social change. *Environment and Planning A* 42(6), p. 1273-1285.
- Shove, E., M. Pantzar & M. Watson (2012) *The dynamics of social practice: Everyday life and how it changes*. London: Sage.
- Van Eerd, M.C., C. Dieperink & M.A. Wiering (2018) Opening the black box of implementation feedback: An analysis of reloading strategies in EU water governance. *Environmental Policy and Governance* 28(6), p. 426-440.

Over de auteurs

Anita Böcker is als universitair hoofddocent rechtssociologie werkzaam aan de rechtenfaculteit van de Radboud Universiteit te Nijmegen. Zij studeerde sociale geografie en culturele antropologie in Groningen en promoveerde in 1994 in Nijmegen op het proefschrift *Turkse migranten en sociale zekerheid: van onderlinge zorg naar overheidszorg?* Ze heeft daarna onderzoek gedaan naar uiteenlopende onderwerpen, van de integratie van immigranten in Nederland en Duitsland tot de sociale werking van gelijkebehandelingswetgeving en van de overheveling van rechterlijke taken naar niet-rechterlijke organen tot de sociale zekerheid van ‘pensionados’ en oudere retourmigranten. Recentelijk deed zij onderzoek naar de opkomst en betekenis van transnationale arrangementen in de ouderenzorg.

Tetty Havinga is sinds 1982 als rechtssocioloog verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit te Nijmegen. Zij studeerde sociologie in Wageningen. Haar onderzoek richt zich vooral op de relaties tussen het bedrijfsleven en recht, met name met het oog op de bescherming van publieke belangen. Dit omvat de problemen die de overheid ondervindt bij de regulering van ondernemingen, de positie van zwakke partijen en de voorwaarden voor effectieve zelfregulering. Ze publiceerde onder meer over het toezicht op voedselveiligheid, over de relatie tussen overheidsregulering en private regulering, over gespecialiseerde rechtspraak voor ondernemingen, en over de werking van gelijke behandelingswetgeving en ontslagrecht.

Jos Hoevenaars is postdoc-onderzoeker aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam, deel van het ERC-gefinancierde project ‘Building EU civil justice’ en werkt aan het sub-project ‘Self-Representation in Civil Justice’. Jos studeerde sociologie aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam en werkte als onderzoeker en docent aan het Instituut voor Rechtssociologie en het Centrum voor Migratierecht van de Radboud Universiteit Nijmegen, alwaar hij in 2018 met succes zijn proefschrift *A People’s Court? – over rechtszaken van private partijen die middels prejudiciële verwijzing voor het Hof van Justitie van de Europese Unie terecht komen – verdedigde*.

Paul Minderhoud is als universitair hoofddocent migratierecht werkzaam bij het Centrum voor Migratierecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen. Daarnaast is hij 0.2 hoogleraar Regulier Migratierecht aan de Universiteit Utrecht. Hij promoveerde in 1993 op het proefschrift *"Voor mij zijn ze allemaal gelijk", een rechtssociologische studie naar verschillen tussen migranten en Nederlanders bij de uitvoering van de kinderbijslag- en arbeidsongeschiktheidswetgeving*. Zijn onderzoek richt zich de laatste jaren op EU burgerschap, vrij verkeer van werknemers en toegang tot sociale zekerheid voor migranten.

Paul Verbruggen is universitair hoofddocent bij het departement Privaatrecht van Tilburg Law School. In het academisch jaar 2019/2020 bekleedt hij tevens de TPR-Wisselleerstoel aan de KU Leuven. Eerder was hij als promovendus verbonden aan het Europees Universitair Instituut in Florence (2008-2013), werkte hij als universitair docent burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit (2012-2016) en was hij gastonderzoeker in Oxford en London (LSE). Pauls onderzoeksterrein omvat privaatrecht en risicoregulering in brede zin, waarbij hij zich richt op vragen van normstelling, effectiviteit en handhaving. Zijn huidige onderzoeksproject 'The Constitutionalization of private regulation' betreft een rechtsvergelijkende analyse van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van private actoren voor regelgevende activiteiten, waaronder normstelling, toezicht en sanctionering.

Mark Wiering is als universitair hoofddocent verbonden aan de leerstoelgroep Environmental Governance and Politics van de Radboud Universiteit in Nijmegen. Hij is in het bijzonder geïnteresseerd in maatschappelijke transformaties in het licht van een duurzame samenleving en de rol van governance daarbij. Zijn terreinen beslaan het (brede) milieubeleid, waterbeheer, landbouw en energie, zowel in Nederland als in vergelijking met andere Europese landen. Wiering studeerde politicologie aan de Universiteit van Amsterdam. Van 1993 tot 1998 was hij verbonden aan het Instituut voor Rechtssociologie van de Nijmeegse rechtenfaculteit. Hij promoveerde daar in 1999 op het proefschrift *Controleurs in context*, over de handhaving van de mestwetgeving in Nederland en Vlaanderen.



Reguleren en procederen

*Bijdragen aan het seminar ter gelegenheid
van de pensionering van Tetty Havinga*
anita böcker en
Paul Minderhoud (red.)

Op 28 juni 2019 werd ter gelegenheid van de pensionering van Tetty Havinga als universitair hoofddocent rechtssociologie aan de rechtenfaculteit van de Radboud Universiteit Nijmegen het seminar 'Reguleren en procederen' gehouden. De bijdragen aan dit seminar zijn in dit boekje gebundeld.



 WOLF LEGAL PUBLISHERS