

# Handhaving van open, op duurzaamheid gerichte CSDDD-normen: lessen uit het bestuursrecht

Prof. mr. T. Barkhuysen en mr. dr. V.M.Y. van 't Lam<sup>\*</sup>

## 1 Inleiding

### 1.1 Publiekrechtelijke handhaving in de CSDDD-Richtlijn<sup>1</sup>

Op de materiële inhoud van de open normen van de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) is Harm-Jan de Kluiver hiervoor al ingegaan.<sup>2</sup> Daarop gaan wij in deze bijdrage zodoende niet in. Wij bespreken wat naar onze mening de lessen zijn uit het bestuursrecht voor de handhaving van de open CSDDD-normen.

Publiekrechtelijke handhaving krijgt een belangrijke plaats toebedeeld in de CSDDD-Richtlijn. In het ontwerp van de richtlijn is een regeling opgenomen in de artikelen 17-21.<sup>3</sup>

Artikel 17 lid 1 bepaalt dat de lidstaten een publiekrechtelijke toezichthouder moeten aanwijzen en bepaalt ook welke toezichthouder bevoegd is. Deze moet onafhankelijk zijn en mag geen markt- of tegenstrijdige belangen hebben met de onder toezicht staande bedrijven of in andere sectoren. Artikel 18 lid 1 vereist dat toezichthouders adequate bevoegdheden hebben, waaronder het verzoeken om informatie en het uitvoeren van onderzoeken en ook voldoende (financiële) middelen hebben om het toezicht te kunnen uitoefenen. Artikel 18 lid 2 bepaalt in combinatie met artikel 19 dat een toezichthouder niet alleen ambtshalve onderzoek kan doen, maar ook op basis van gesubstantieerde bedenkingen van iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die een redelijk vermoeden heeft dat een onderneming een overtreding begaat. Wanneer toezichthouders in andere lidstaten onderzoek willen doen, moeten ze om assistentie verzoeken van de toezichthouder in die lidstaat op basis van artikel 21 lid 2.

---

\* Tom Barkhuysen is advocaat-partner bij Stibbe te Amsterdam en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Valérie van 't Lam is advocaat-partner bij Stibbe te Amsterdam en verbonden aan de universiteiten van Amsterdam en Utrecht. Zij danken mr. Tess Linders, professioneel support lawyer bij Stibbe, voor haar onontbeerlijke hulp.

1. In deze bijdrage wordt uitgegaan van de versie van de Raad, te raadplegen via: [eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_15024\\_2022\\_REV\\_1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15024_2022_REV_1).

2. Zie in deze bundel de bijdrage van H.J. de Kluiver, 'Open normen, toezicht en duurzaamheid. Een overzicht'.

3. Vgl. M.W. Scheltema, 'Bestuursrechtelijk toezicht op corporate sustainability due diligence', *NTBR* 2022/44; M. Baks & K. Lieverse, 'Supervision and Enforcement under the CSDD', *Ondernemingsrecht* 2023/34; M.W. Scheltema, 'Bestuursrechtelijk toezicht op gepaste zorgvuldigheid (buiten de EU)', *NTB* 2023/171.

Artikel 18 lid 5 bepaalt welke mogelijkheden een toezichthouder in ieder geval moet hebben om overtredingen aan te pakken. Daarbij gaat het om (a) een bevel tot het staken van de overtreding, (b) een bevel om de overtreding in de toekomst te voorkomen, (c) het gelasten van herstel voor zover dat proportioneel is ten opzichte van de inbreuk en nodig is om de overtreding te beëindigen, (d) het opleggen van (geldelijke) sancties uit artikel 20 en (e) het opleggen van voorlopige maatregelen om ernstige en onomkeerbare schade te voorkomen.

Artikel 20 betreft de sancties die toezichthouders moeten kunnen opleggen. Deze moeten proportioneel, effectief en afschrikwekkend zijn. Daarbij kan op grond van lid 2 rekening worden gehouden met de wijze waarop de onderneming (a) heeft geprobeerd de door de toezichthouder geëiste maatregelen te implementeren, (b) gerichte ondersteuning heeft geboden aan de (kleinere) leverancier (waar de aantasting heeft plaatsgevonden) om dergelijke aantastingen te voorkomen of te mitigeren, (c) investeringen heeft gedaan in contractuele garanties, auditing en het monitoren van naleving door leveranciers dan wel (d) met andere entiteiten heeft samengewerkt om die aantastingen te adresseren. Uit de leden 3 en 4 volgt verder dat geldelijke sancties moeten worden bepaald op basis van omzet en dat lidstaten erop moeten toezien dat aan bedrijven opgelegde sancties worden gepubliceerd.

Artikel 21 voorziet in de oprichting van een Europees netwerk van toezichthouders. Dit netwerk moet blijkens lid 1 de samenwerking tussen nationale toezichthouders bevorderen en ook de coördinatie en afstemming van regelgevingspraktijken, alsmede van de onderzoeks- en sanctioneringspraktijk en van de toepassing van de toezichtsbevoegdheden. Uit de bijdrage van Knibbeler blijkt trouwens dat de (formele of informele) coördinatie aanzienlijk moet worden versterkt als de CSDDD-praktijk daadwerkelijk beoogt een level playing field te zijn.<sup>4</sup>

## 1.2 **Aanleiding, vraagstelling en opzet van deze bijdrage: open normen als uitdaging voor publiekrechtelijke handhaving**

Het is aannemelijk dat de nog vast te stellen richtlijn als het gaat om de verplichtingen voor de ondernemingen veel open, vage normen zal bevatten,<sup>5</sup> hetgeen de vraag oproept hoe daarmee in het kader van het publiekrechtelijke toezicht en de handhaving om te gaan. Voor adequaat toezicht en handhaving is immers uiteindelijk vereist dat zowel de ondernemingen als de toezichthouders weten welke verplichtingen er gelden. Dat laatste is als we kijken naar de ontwerprichtlijn echter niet evident. Wat zijn bijvoorbeeld de in artikel 6 van de richtlijn bedoelde ‘appropriate measures to identify actual and potential impacts on human rights and environment’? Dat is niet op voorhand duidelijk en dat geldt temeer nu deze verplichting ook ziet op aantastingen van mensenrechten en het milieu in de gehele waardeketen van een onderneming (waaronder dus ook haar toeleveranciers).

4. Zie in deze bundel par. 4.1 van de bijdrage van W. Knibbeler, ‘Toezicht door de ACM op verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen’.

5. Vgl. H.J. de Kluiver, ‘Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat, mede in Europees perspectief’, *WPNR* 2023, afl. 7407, p. 299-318.

Hoe dan toch handen en voeten te geven aan het publiekrechtelijke toezicht en de handhaving? Om dat uit te zoeken, gaat deze bijdrage te rade bij het bestuursrecht. Daar bestaat immers een ruime ervaring met open normen en het vormgeven van het toezicht en de handhaving ter zake.

Welke lessen volgen uit het bestuursrecht voor een adequate handhaving van open CSDDD-normen? Om die vraag te beantwoorden zal om te beginnen worden gezien wat open normen zijn, waarom deze worden gebruikt en hoe dat te waarderen (par. 2). Daarna worden de mogelijkheden en grenzen onderzocht van het toezicht op en de handhaving van de naleving van open normen door zowel de rechter als door toezichthouders (par. 3). Dan wordt de bestuursrechtpraktijk van de omgang met open normen geschetst aan de hand van een aantal sprekende voorbeelden (par. 4) om mede op basis daarvan te komen tot lessen voor de adequate handhaving van open (CSDDD-)normen en een afronding (par. 5). Bij dit alles moet worden bedacht dat deze bijdrage niet beoogt om te komen tot concreet op de CSDDD-normen gerichte aanbevelingen. De ambitie van deze bijdrage is niet meer maar ook niet minder om de CSDDD-handhavingdiscussie te voeden met inzichten uit het bestuursrecht. Mogelijk kan daarmee in ieder geval worden voorkomen dat het wiel opnieuw wordt uitgevonden. Daarvoor is het CSDDD-project immers te urgent.

Dit preadvies ziet op open normen. Normen die vaag zijn, zijn ook open. Om die reden gebruiken wij die termen door elkaar.

## 2 Open normen: wat, waarom en hoe te waarderen?

### 2.1 Introductie: wat zijn open normen?

Open of vage normen zijn normen die tekstueel gezien nog geen direct toepasbare normatieve inhoud hebben en die een nadere invulling nodig hebben om concreet toegepast te kunnen worden. Gedacht kan worden aan wettelijke normen waarin vage begrippen zijn opgenomen als algemeen belang, openbare orde, het belang van de internationale rechtsorde, brandgevaar, doelmatigheid, gevaar of gezondheid. Naast een definitie vanuit de tekst van een open norm is ook een benadering mogelijk vanuit verantwoordelijkheidsoptiek. Met het gebruik van open normen is er sprake van een overdracht van een (nadere) regelgevende bevoegdheid van de wetgever naar andere actoren. Ten slotte kunnen open normen ook worden beschouwd vanuit de reguleringsruimte die de wetgever aan de normadressaat biedt. Denkbaar is immers dat de wetgever met het gebruik van een open norm beoogt om de normadressaat ruimte te geven voor (zelf)regulering.<sup>6</sup>

Open normen zijn er in verschillende soorten en maten, maar een belangrijk onderscheid kan worden gemaakt tussen een objectieve en een subjectieve variant. Onder objectieve vage normen kunnen regels met daarin vage taalkundige begrippen worden verstaan. Het bestuursrecht kent een groot aantal van deze begrippen en

6. J.Ph. van Lochem, *Open normen in het huurrecht. Ruimte versus rechtszekerheid* (Recht en Praktijk nr. VG11) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 27-29 (met nadere verwijzingen). Vgl. A. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 1-9.

als voorbeeld noemen Schlössels en Zijlstra de begrippen bouwwerk, slopen, gevaar, schade en gezondheid. In het normale spraakgebruik hebben deze begrippen een duidelijke betekenis, maar in een juridische context kunnen deze begrippen toch vragen oproepen.<sup>7</sup> Subjectieve vage normen zijn normen met daarin begrippen die vaak vragen om een waarderend oordeel van het bestuursorgaan, zoals de begrippen doelmatig, rechtvaardig en noodzakelijk. De wetgever normeert bestuursbevoegdheden vaak aan de hand van subjectieve vage begrippen om duidelijk te maken dat hij verwacht dat een bestuursorgaan zijn specifieke deskundigheid en kennis aanwendt.<sup>8</sup> Dit onderscheid heeft ook gevolgen voor de mate waarin een rechter de gekozen invulling van een vaag begrip kan toetsen, zoals hierna in paragraaf 3.1 nader aan de orde komt.

## 2.2 Waarom worden open normen gebruikt?

In het bestuursrecht wordt veel gebruikgemaakt van open of vage normen. Algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking zijn namelijk vaak niet zo op te stellen dat voor alle gevallen precies vooraf duidelijk gemaakt kan worden wat wel en wat juist niet verboden is, en bevatten daardoor noodgedwongen eerder vage normen.<sup>9</sup> Dit zorgt voor flexibiliteit. Bröring en Van Vorselen noemen als voorbeeld de Wet op het financieel toezicht.<sup>10</sup> Deze wet geeft de toezichthouders (De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten) veel ruimte in de vorm van open normen, zodat zij kunnen reageren op de dynamische en onvoorspelbare ontwikkelingen op de financiële markten.<sup>11</sup>

Ook Klap geeft in zijn proefschrift aan dat vage normen essentieel zijn. Hij legt een verband tussen de behoefte aan open normen en de ontwikkeling van de sociale rechtsstaat en veronderstelt dat het stellen van vage normen wenselijk is en tot op zekere hoogte ook noodzakelijk voor de taken die de overheid in de sociale rechtsstaat vervult.<sup>12</sup> Klap geeft aan dat dit komt doordat de *omvang van de overheids-taak* is toegenomen sinds de ontwikkeling van de sociale rechtsstaat. Doordat de interventie van de overheid in het maatschappelijke leven zo sterk is toegenomen, is volgens Klap een uitputtende en gedetailleerde normering niet realistisch. De wetgever kan door deze toename zich niet meer in alle hypothetische gevallen verdiepen en door gebruik te maken van open normen wordt tevens voorkomen dat onvoorziene of onvoorzienbare gevallen niet onder het bereik van de wettelijke norm vallen. Verder speelt het *technische karakter* van de taken die de overheid in de sociale rechtsstaat vervult een rol, aangezien de wetgever volgens Klap soms de nodige deskundigheid mist om meer dan globale normen te stellen. Volgens Klap is een argument voor het stellen van vage normen echter voornamelijk gelegen in de *aard en functie* van de taken die de overheid in de sociale rechtsstaat vervult. Met

7. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 122-123.

8. Schlössels & Zijlstra 2017, p. 124.

9. F.C.M.A. Michiels e.a., *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 138-139.

10. H.E. Bröring & E.M. van Vorselen, 'Lex certa en het financieel bestuursrecht', *JBplus* 2013, afl. 3, p. 102.

11. Bröring & Van Vorselen 2013, p. 102-103.

12. Klap 1994, p. 25.

de verandering van de klassieke rechtsstaat met traditionele taken naar een sociale rechtsstaat is volgens Klap meer behoefte ontstaan aan normen die de te nemen beslissing niet vooraf in al haar bijzonderheden vastleggen.<sup>13</sup>

Vergelijkbaar met deze drie ontwikkelingen die Klap noemt, geeft Barendrecht de volgende drie oorzaken voor het ontstaan van stelsels met vage normen: het steeds complexer worden van de samenleving, de toename van overheidstaken en de mentaliteit die de mens in het algemeen kenmerkt in de huidige tijd.<sup>14</sup>

Klap geeft verder aan dat open normen essentieel zijn voor het functioneren van de overheid, omdat ze ruimte laten voor een concrete belangenafweging en zorgen voor meer flexibiliteit en differentiëring.<sup>15</sup> Via het stellen van vage normen kan de wetgever bereiken dat de rechtsontwikkeling niet onnodig vastgelegd wordt zonder dat de rechtsvorming geheel uit handen wordt gegeven, terwijl de overheid wel snel op uiteenlopende en veranderende economische omstandigheden kan reageren. Daarnaast laten strikte of uitputtende normen volgens Klap het element van de belangenafweging onvoldoende tot uitdrukking komen.<sup>16</sup> Vage normen verschaffen de overheid vaak de beoordelingsruimte die voor een effectieve taakuitoefening vereist is.<sup>17</sup>

Voor de rechtspraktijk betekenen open normen volgens Van Lochem meer flexibiliteit die, mede gelet op toenemende complexiteit, functioneel kan zijn. Verder kunnen open normen in individuele gevallen de nodige ruimte bieden voor rechtvaardigheid.<sup>18</sup> Dit betekent allereerst ruimte voor overheidsinstanties: door de omvang en complexiteit van overheidstaken zorgt een meer vage, algemene omschrijving van deze taken voor ruimte.<sup>19</sup> Ook betekent dit ruimte voor de rechter: open normen in de wetgeving bieden aan de rechter de ruimte om te oordelen aan de hand van de omstandigheden van de zaak die voorligt.<sup>20</sup>

Voor de wetgever kunnen open normen een middel zijn om de omvang van wetgeving te beperken (deregulering) en is het gebruik daarvan functioneel wanneer de wetgever normering gewenst acht, maar deze wil of moet overlaten aan organisaties en deskundigen op het desbetreffende terrein (bevorderen van communicatieve wetgeving).<sup>21</sup>

13. Klap 1994, p. 25.

14. J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 4-5.

15. Klap 1994, p. 27-28.

16. Klap 1994, p. 30.

17. Klap 1994, p. 31.

18. Van Lochem 2019, p. 30 e.v.

19. Van Lochem 2019, p. 39.

20. Van Lochem 2019, p. 40.

21. Van Lochem 2019, p. 30 e.v.

### 2.3 Voor- en nadelen gebruik open normen

Uit het rapport *Doelgericht wetgeven* volgt – nu doelvoorschriften vaak open normen impliceren – een instructief overzicht van de voor- en nadelen die verbonden zijn aan het gebruik van open normen vanuit drie verschillende gezichtspunten.<sup>22</sup>

Een eerste gezichtspunt betreft de voor- en nadelen van open normen ten aanzien van de kwaliteit van wetgeving. Als voordelen worden dan genoemd: vermindering van regelgeving, flexibiliteit en bestendigheid van de regel, de vangnetfunctie (minder kans op lacunes) en het feit dat er maatwerk kan worden geleverd. Tegenover deze voordelen ten aanzien van de kwaliteit van wetgeving staan evenzovele nadelen: zo is er weer meer regelgeving nodig op andere niveaus ter uitwerking van de open normen en is er sprake van grotere rechtsonzekerheid in combinatie met het risico dat de uitwerking van de open normen plaatsvindt op een ander (lager) niveau met minder (democratische) waarborgen. Verder is nadelig dat open normen niet duidelijk en/of lastig te interpreteren kunnen zijn voor de normadressaat maar ook voor de handhaver (rechtsonzekerheid). Ten slotte wordt gewezen op het risico van rechtsongelijkheid.

Een tweede gezichtspunt betreft de voor- en nadelen van open normen gezien vanuit het belang van toezicht en de handhaving. Als voordelen worden dan genoemd de grotere vrijheid en flexibiliteit voor de toezichthouders en handhavers en verlichting van de handhavingslasten. Ook wordt als voordeel genoemd het feit dat, afhankelijk van de precieze formulering van de open norm, er een grotere bewijslast bij de normadressaat kan liggen hetgeen toezicht en handhaving makkelijker kan maken. Maar ook hier staan evenzovele nadelen tegenover. Zo hebben toezichthouders en handhavers minder houvast aan open normen en kan er een verzwarende werking van de handhavingslasten aan de orde zijn doordat de norm moet worden geoperationaliseerd en er ook een risico bestaat op meer discussie, juridische procedures en interpretatieverschillen. Ten slotte kan het door de wijze van formulering van de open norm ook zo zijn dat er een grotere bewijslast voor de toezichthouder en handhaver ontstaat.

En de derde en laatste invalshoek voor de analyse van de voor- en nadelen van open normen betreft het perspectief van de normadressaat. Daar worden als voordelen genoemd de grotere vrijheid, het stimuleren van verantwoordelijkheidsgevoel en innovatiebevordering. Ook zijn voordelen de bevordering van de flexibiliteit in de bedrijfsvoering, de verlaging van kosten door de mogelijkheid om te kiezen voor goedkopere implementatiewijzen en verlaging van administratieve lasten.

Kijken we naar de Aanwijzingen voor de regelgeving,<sup>23</sup> dan zien we dat daarin handvatten worden gegeven voor het al dan niet gebruiken van open normen die aansluiten bij de hiervoor genoemde voor- en nadelen. Als het gaat om de normering van bestuursbevoegdheden is het uitgangspunt dat bevoegdheden met vage toepas-

22. S.J.A. ter Borg e.a., *Doelgericht wetgeven, Doelvoorschriften in literatuur en praktijk*, Rapport oktober 2009, p. 35-36.

23. *Stcrt.* 2022, 5649.

singscriteria niet worden toegekend tenzij er daarvoor goede redenen zijn (Aanwijzing 2.1.4). Verder moet er in algemene zin worden gestreefd naar regelgeving die zo duidelijk, eenvoudig en bestendig is als mogelijk (Aanwijzingen 2.6, 2.8 en 3.3). Gaat het om met sancties bedreigde feiten dan wordt voorgeschreven dat de desbetreffende regels zo nauwkeurig mogelijk worden geformuleerd in verband met de daar extra van belang zijnde rechtszekerheid (Aanwijzing 5.44).

### 3 **Rechterlijke toetsing en toezicht en handhaving door autoriteiten: mogelijkheden en grenzen**

#### 3.1 **Rechterlijke toetsing naleving**

Bij objectieve vage begrippen (er is dan sprake van beoordelingsruimte voor het bestuur) kan de rechter zijn eigen invulling kiezen en nagaan of daaraan wordt voldaan terwijl bij subjectieve vage begrippen (er is dan sprake van beoordelingsvrijheid voor het bestuur) hij alleen kan nagaan of de normadressaat in redelijkheid tot de bedoelde invulling heeft kunnen komen. Anders gezegd: bij objectieve vage begrippen is een volle toetsing aan de orde. Bij subjectieve vage begrippen een meer of minder marginale, terughoudende toetsing. Dat kan als volgt nader worden toegelicht.

Gesteld kan worden dat er vrijwel altijd sprake is van beoordelingsruimte bij de toepassing van vage normen.<sup>24</sup> De aanwezigheid van beoordelingsruimte zegt echter niets over de vrijheid die het bestuur eventueel heeft ten opzichte van de rechter, de beoordelingsvrijheid. Van beoordelingsvrijheid is sprake als wetgevende organen deze vrijheid door middel van clausules in de trant van ‘naar het oordeel van’ uitdrukkelijk toekennen, of als ze uit de aard van de bevoegdheid en/of de mogelijke gevolgen van te nemen besluiten moet worden afgeleid.<sup>25</sup> Indien sprake is van beoordelingsvrijheid toetst de rechter marginaal en beperkt de rechter zich tot het beantwoorden van de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn oordeel kon komen. Indien geen sprake is van beoordelingsvrijheid, is sprake van (objectieve) beoordelingsruimte. In dat geval dient de rechter het bestuurlijke oordeel aan een integrale toetsing te onderwerpen, wat inhoudt dat hij een finaal en eigen oordeel velt.<sup>26</sup>

De hoofdregel is dat de rechter zelfstandig alle wettelijke normen uitlegt en toepast op het concrete geval; beoordelingsvrijheid voor het bestuur is de uitzondering.<sup>27</sup> Wel maken vage normen die voor meerderlei uitleg vatbaar zijn het lastig om te beoordelen wat een goede uitleg is. Een voorbeeld van een en ander biedt de Wet studiefinanciering 2000. De minister moet weliswaar beoordelen of een student thuis- of uitwonend is bij het bepalen van de hoogte van de studiefinanciering, maar daarbij komt hem geen beoordelingsvrijheid toe. In de praktijk betekent dit dat de bestuursrechter de beoordeling eerst aan het bestuur laat en vaak pas ingrijpt

24. A.P. Klap, F.T. Groenewegen & J.R. van Angeren, *Toetsing aan vage normen door de bestuursrechter in het Nederlandse, Duitse, Engelse en Franse recht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 7.

25. Klap, Groenewegen & Van Angeren 2014, p. 33.

26. Klap, Groenewegen & Van Angeren 2014, p. 33.

27. T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 102-103.

als hij niet goed kan volgen waarom het bestuursorgaan tot dat oordeel is gekomen. Uiteindelijk is het overigens aan de rechter om te beslissen of een bestuursorgaan al dan niet beoordelingsvrijheid heeft.<sup>28</sup>

De wijze van toetsing van de naleving van open normen hangt ook af van de context waarin zij worden gebruikt. Zo maakt het uit of er sprake is van een inspanningsverplichting of een resultaatsverplichting. Volgens Stijnen is in dit verband bij een resultaatsverplichting eerder verwijtbaarheid aan te nemen (hetgeen een voorwaarde is om een bestraffende sanctie op te leggen).<sup>29</sup> Hij verwoordt het als volgt:

‘(...) In algemene zin ben ik geneigd om het ventiel van schulduitsluiting eerder te hanteren bij een resultaatsverplichting. Een voorbeeld daarvan vormde de norm voor de werkgever zodanige maatregelen te treffen dat werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden (artikel 11a Tabakswet (oud)). Omdat de resultaatsplicht neerkwam op het effectief handhaven van een rookverbod, zou elke peuk die een cafébezoeker stiekem opsteekt een boetewaardig nalaten van de horecaondernemer kunnen opleveren. Omdat dit tot een onwenselijke risicoaansprakelijkheid zou leiden, hebben de NVWA en de bestuursrechter pas een verwijtbare gedraging aangenomen indien de uitbater of het barpersoneel had kunnen ingrijpen, maar dit heeft nagelaten. Overmacht vormt dan een begrenzing. Het gaat er dan om dat de onderneming de maximale zorg heeft betracht om aan de resultaatsverplichting te voldoen. (...) Indien echter sprake is van een inspanningsverplichting, dan wordt van de marktdeelnemer verwacht dat die met bedrijfsprotocollen en dergelijke zijn best doet om overtredingen te voorkomen en klanten zorgvuldig te behandelen. Een beroep op het ontbreken van verwijtbaarheid lijkt me bij het niet naleven van zo’n open norm moeilijk, zo niet onmogelijk. De open norm ziet immers op een verplichting de nodige maatregelen te treffen en niet om een resultaat te garanderen.’<sup>30</sup>

### 3.2 Toezicht en handhaving door autoriteiten

Voor een goede handhaving door toezichthoudende autoriteiten is het van belang dat heldere, uitvoerbare en naleefbare normen worden gesteld.<sup>31</sup> Toch kent het bestuursrecht als besproken veel open normen. Uit een onderzoek van de Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving uit 1998 volgt dat vaagheid problemen kan veroorzaken bij het toezicht en de handhaving.<sup>32</sup> De volgende problemen worden in de literatuur genoemd:<sup>33</sup>

28. Barkhuysen 2022, p. 102-105.
29. R. Stijnen, ‘Zorgplichten bij financiële diensten’, in: M.H. Ippel, M. Scheltema e.a., *Zorgplichten in het bestuursrecht* (Preadviezen VAR-reeks 170), Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 252.
30. Stijnen 2023, p. 252-253.
31. Michiels e.a. 2021, p. 156.
32. Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving, *Handhaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
33. Michiels e.a. 2021, p. 156; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 789; T.N. Sanders, *Handboek toezicht, handhaving en invordering*, Den Haag: Boom Juridisch 2022, p. 34-36; F.C.M.A. Michiels, ‘Bestuurlijke handhaving



- Indien een norm niet duidelijk aangeeft wat er wordt verlangd, kan het zijn dat mensen het nut van een regel niet inzien en de regel niet serieus naleven. Dit bemoeilijkt de handhaving, aangezien het niet realistisch is dat op elke overtreding wordt gereageerd.<sup>34</sup>
- Wanneer door open/vage normen in sommige gevallen wel, maar in andere gevallen niet wordt gehandhaafd kan dit strijd opleveren met het gelijkheidsbeginsel. Ook dit bemoeilijkt de handhaving.<sup>35</sup>
- De handhaving van vage normen kan verder bemoeilijkt worden doordat het handhavende orgaan niet betrokken is geweest bij het opstellen van deze norm. Dit kan leiden tot een onjuiste toepassing van de (onduidelijke) regel.<sup>36</sup>
- Het toezicht houden op de naleving van vage normen kan ingewikkelder en tijdrovender zijn dan het nalopen/afvinken of aan een grote hoeveelheid uiterst concrete voorschriften wordt voldaan.<sup>37</sup> Aan de andere kant geeft Michiels aan dat vanuit het handhavingsperspectief van de bestuurlijke overheid en het Openbaar Ministerie open normen gunstig lijken omdat ze de druk op het publieke handhavingsapparaat verkleinen, doordat honderden gedetailleerde veiligheidsvoorschriften worden vervangen door een open norm inzake de zorg voor veiligheid, wat juist aanleiding geeft tot minder intensieve controle.<sup>38</sup> De vraag is op welke wijze dan wel wordt gecontroleerd of wordt voldaan. Dat zou bijvoorbeeld kunnen via de in paragraaf 4 besproken beleidsregels waarin staat op welke wijze aan een norm kan worden voldaan.
- Naast de hiervoor besproken problemen van open normen voor de handhaving wordt in de literatuur vaak de rechtszekerheid genoemd die in het geding kan komen en in de weg kan staan aan adequate handhaving. Daarop wordt hierna verder ingegaan.

De handhaving van open normen wordt bemoeilijkt aangezien deze de rechtszekerheid niet mag aantasten:<sup>39</sup> handhaving van een open norm mag niet in strijd zijn met het *lex certa*-beginsel/het bepaaldheidsgebod, dat mede besloten ligt in artikel 49 Handvest en artikel 7 EVRM.<sup>40</sup> Indien niet duidelijk is dat een bepaalde handeling in strijd is met een norm, dan kan de overtreder niet worden verweten dat hij in strijd met die norm heeft gehandeld. Daarom dient de norm voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar te zijn.<sup>41</sup> Dat een wettelijke bepaling niet tot in detail uitgewerkt is, hoeft echter niet af te doen aan de duidelijkheid daarvan.<sup>42</sup>

---

in ontwikkeling', in: J.T.K. Bos e.a., *Handhaving van het bestuursrecht* (VAR-reeks 114), Alphen aan de Rijn: Alfa Base 1995; Van Lochem 2019; Klap 1994.

34. Michiels e.a. 2021, p. 157.

35. Michiels e.a. 2021, p. 157.

36. Michiels e.a. 2021, p. 157.

37. F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 256.

38. Michiels 1995, p. 22.

39. Michiels e.a. 2021, p. 157.

40. Schlössels & Zijlstra 2017, p. 789; Stijnen 2023, p. 250; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 85.

41. Stijnen 2023, p. 250.

42. Sanders 2022, p. 36.

Door de rechter wordt daarom per geval beoordeeld of een norm voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar is om daarop handhavingsacties te baseren.<sup>43</sup> Overigens bestaat er daarmee wel degelijk ruimte voor de toepassing van bestraffende sancties bij niet naleving van open normen, zoals hierna nader zal worden toegelicht.

Een zaak waarin de rechter oordeelt dat een ruime definitie toch voorzienbaar was en voldoet aan de eisen van artikel 7 lid 1 EVRM leidde tot een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ('EHRM') van 28 juni 2011.<sup>44</sup> Centraal staat in deze zaak het werkgeversbegrip zoals neergelegd in artikel 1 onder b van de Wet Arbeid Vreemdelingen (WAV), op grond van welke wet het werkgevers op straffe van een boete is verboden illegale vreemdelingen voor hen te laten werken. Daaruit volgt dat onder werkgever wordt verstaan degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten of de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de WAV volgt dat het werkgeversbegrip ruim is geformuleerd, omdat in de praktijk steeds werd gezocht naar manieren om via sluiptwegen en ingewikkelde constructies onder het vergunningsvereiste van artikel 2 WAV uit te komen.<sup>45</sup>

In deze zaak had het *Financieele Dagblad* (FD) een bestuurlijke boete opgelegd gekregen wegens overtreding van artikel 2 WAV: tijdens arbeidsinspecties bleken 39 krantenbezorgers zonder tewerkstellingsvergunning te werken. Het FD stelt zich op het standpunt dat die niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de overtreding, omdat de krantenbezorgers onder de verantwoordelijkheid van tussenpersonen vielen (middels outsourcing). Het was volgens het FD daarom niet voorzienbaar dat die aangemerkt zou worden als werkgever in de zin van de WAV, waardoor die de boete in strijd achtte met artikel 7 EVRM waarin het lex certa-beginsel is neergelegd. Het EHRM geeft allereerst aan dat uit de WAV blijkt dat het werkgeversbegrip meer omvat dan enkel een werkgeversrelatie middels een arbeidsovereenkomst of instructies.<sup>46</sup> Ondanks deze ruime interpretatie geeft het EHRM aan dat niet onvoorzienbaar was dat ook 'outsourcing' onder de WAV zou vallen: uit de memorie van toelichting bij de WAV blijkt dat de wet onder andere tot doel heeft de vestiging van verantwoordelijkheid voor het verkrijgen van werkvergunningen bij de uiteindelijke opdrachtgever te leggen, waarmee wordt bedoeld degene voor wie de feitelijke arbeid wordt verricht.<sup>47</sup> Het FD voerde verder aan dat de Afdeling een nieuw en onvoorzienbaar criterium had geïntroduceerd zonder precedent in eerdere rechtspraak, maar ook daar gaat het EHRM niet in mee. Volgens het EHRM houdt rechterlijke interpretatie noodzakelijkerwijs in dat nieuwe concepten worden ontwikkeld in reactie op nieuwe situaties en veranderende omstandigheden. Het EHRM komt daarom tot het oordeel dat de klacht van het FD inzake de schending van artikel 7 EVRM ongegrond is.

43. Sanders 2022, p. 34-36.

44. EHRM 28 juni 2012, ECLI:NL:XX:2011:BT2901, AB 2012/15, m.nt. R. Stijnen; NJ 2012/401, m.nt. E. Verhulp (*Het Financieele Dagblad/Nederland*).

45. *Kamerstukken II* 1993/94, 23574, nr. 3, p. 4.

46. EHRM 28 juni 2012, ECLI:NL:XX:2011:BT2901, par. 66-67.

47. EHRM 28 juni 2012, ECLI:NL:XX:2011:BT2901, par. 68.

Michiels geeft in zijn preadvies over bestuurlijke handhaving in ontwikkeling aan dat zeer open normen de poort wijd kunnen openzetten voor ongebreideld bestuurlijk optreden en daarmee een inbreuk vormen op het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>48</sup> Aan de andere kant geeft Michiels aan dat dit in de praktijk zal meevallen indien het bevoegd gezag in het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom precies uitlegt wat de overtreder moet doen om te voorkomen dat dwangsommen worden verbeurd (er wordt namelijk een begunstigingstermijn gegeven om aan de last te voldoen en als binnen die termijn wordt voldaan volgt er geen sanctie). Op die manier wordt de zeer algemene norm concreet gemaakt en kan deze worden gehandhaafd.<sup>49</sup> Doorenbos is strenger (ook dan de jurisprudentie) en geeft vanwege lex certa ook de voorkeur aan waarschuwingen of bestuursrechtelijke handhaving boven strafrechtelijke handhaving. De strafrechtelijke handhaving zou waar het gaat om zorgplichtbepalingen, daadwerkelijk het ultimum remedium moeten zijn en dus echt pas mogen plaatsvinden na een voorafgaand bestuurlijk optreden waarbij de normadressaat concreet heeft vernomen wat er van hem verwacht werd. Toepassing van het strafrecht zou in die visie dus gereserveerd moeten blijven voor diegenen die nadrukkelijk gewaarschuwd werden en desondanks hun gedrag niet aanpassen. De rechtszekerheid zou ermee gediend zijn wanneer dit uitgangspunt in heldere bewoordingen zou worden vastgelegd in het strafrechtelijk handhaving-beleid, zodanig dat de rechter dat in voorkomend geval ook zou kunnen toetsen.<sup>50</sup>

Verhey en Verheij geven aan dat vanwege het rechtszekerheidsvereiste in de praktijk marktautoriteiten (die tot taak hebben de goede werking van markten te verzekeren) en andere toezichthouders vaak via de invulling van open normen bepalen wat normadressaten wel of niet moeten doen.<sup>51</sup> Dit leidt tot een aanzienlijke machtsconcentratie bij deze autoriteiten nu het beleid en het toezicht grotendeels daarmee in één hand liggen. Dat kan problematisch zijn. Met het oog op de beginselen van democratie, legaliteit en machtenscheiding is volgens Verhey en Verheij daarom het volgende van belang:

- Er moet gestreefd worden naar een situatie waarin de politiek de essentiële keuzes maakt;
- Autoriteiten moeten op een consistente en transparante wijze de beslissingsruimte die overblijft invullen door daar waar mogelijk concrete beleidsregels over vast te stellen; en
- Indien de beleidskeuzes niet door de politiek worden gemaakt, dan is de aanwezigheid van checks-and-balances van belang, waarin de wetgever zal moeten voorzien.

48. Michiels 1995, p. 21.

49. Michiels 1995, p. 21.

50. D. Doorenbos, 'Modieuze milieudelicten, Strafrechtelijk gesanctioneerde zorgplicht- en vangnetbepalingen in de omgevingswetgeving', *Men R* 2021, afl. 9, par. 6.

51. L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeester', in: A.A. van Rossem, L.F.M. Verhey & N. Verheij, *Toezicht* (preadviezen NJV 2005), Deventer: Kluwer 2005, p. 223.

## 4 Handhaving van open normen in de bestuursrechtpraktijk (in het licht van de rechterlijke toetsing)

### 4.1 Introductie

In paragraaf 1.1 van deze bijdrage is reeds toegelicht dat de CSDDD alleen randvoorwaarden stelt aan toezicht, waardoor er veel ter invulling wordt overgelaten aan (toezichthouders van) de lidstaten (art. 17-21). Wie die toezichthouder is of moet zijn, wordt aan de lidstaten overgelaten. Daarop wordt in deze bijdrage niet ingegaan.<sup>52</sup> Knibbeler licht in zijn bijdrage in deze bundel toe dat de ACM wat hem betreft voor de hand ligt gelet onder meer op de expertise op veel relevante onderwerpen.<sup>53</sup> In Nederland zijn de bepalingen ten aanzien van toezicht opgenomen in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De mogelijkheden en beperkingen die daaruit voortvloeien zijn ook relevant voor het toezicht op de CSDDD. Een Nederlandse toezichthouder heeft, bijvoorbeeld, geen bevoegdheden buiten Nederland. Toezicht op verplichtingen van de CSDDD die verder reiken dan het land waar de onderneming is gevestigd, zal zodoende door of in samenwerking met een toezichthouder uit de andere lidstaat moeten worden uitgevoerd. Dat geldt ook voor activiteiten in niet-EU-lidstaten.<sup>54</sup> De CSDDD stelt daaraan enkele eisen maar daarop gaan wij in deze bijdrage inhoudelijk verder niet in. Volgens Knibbeler bevat de CSDDD ter zake een leemte.<sup>55</sup> Het is echter wel een belangrijke constatering voor adequaat toezicht op de verplichtingen van de CSDDD, omdat die zien op zowel activiteiten die de ondernemingen moeten verrichten (zoals beleid opstellen en risico's identificeren) maar ook op de effecten van hun activiteiten zoals de 'potentiële negatieve effecten' (art. 4). Scheltema wijst hier naar onze mening terecht op in het licht van effectiviteit van de CSDDD.<sup>56</sup> Voorts is relevant dat het niet alleen gaat om activiteiten van de grote Europese ondernemingen en buitenlandse ondernemingen die een activiteit in de EU of Nederland verrichten of een product op de Europese of Nederlandse markt afzetten. Niet alleen deze activiteiten vallen onder de reikwijdte van de CSDDD (art. 2 lid 1-2 jo. art. 3 onder a CSDDD), maar ook die van dochterondernemingen en, zoals eerder benoemd, de gehele (waarde)keten van hun activiteiten (art. 3 punt g, zie ook par. 1.2 van deze bijdrage).

Tot zover enkele algemene constatering die relevant zijn voor adequaat toezicht, waarna nu de blik kan worden gericht op het kernthema van deze bijdrage, namelijk het toezicht op de materiële open normen in de CSDDD. Die open normen zien onder meer op de onderwerpen milieu, mensenrechten en klimaat. In het bestuursrecht, waaronder het omgevingsrecht en het arbeidsomstandighedenrecht, is ervaring opgedaan met toezicht op open normen op deze terreinen. Ook daar bestaat discussie over een gebrek aan rechtszekerheid vanwege open normen.<sup>57</sup>

52. Zie over de vraag wie dat in Nederland zou kunnen zijn o.a. Baks & Lieverse 2023.

53. Par. 4.1 van de bijdrage van Knibbeler 2023. Waarbij wij opmerken dat de ACM t.a.v. milieu ons inziens minder bewezen ervaring heeft.

54. Zie ter illustratie het bericht dat buitenlandse bedrijven in het duister tasten over bijvoorbeeld de omstandigheden in hun keten waar het betreft China: [nos.nl/artikel/2491133-buitenlandse-bedrijven-tasten-in-het-duister-over-economische-cijfers-van-china](https://nos.nl/artikel/2491133-buitenlandse-bedrijven-tasten-in-het-duister-over-economische-cijfers-van-china).

55. Par. 4.1 van de bijdrage van Knibbeler 2023.

56. Scheltema 2023, i.h.b. par. 2 en 2.1; Scheltema 2022, i.h.b. par. 3.

57. In onder meer par. 1 van deze bijdrage is daarop ingegaan.

De hierna opgenomen bespreking van de verschillende wijzen waarop daarmee in het bestuursrecht wordt omgegaan door de toezichthouder, wetgever en/of rechter veronderstelt niet uitputtend te zijn en is bedoeld om inspiratie op te doen. Wij bespreken die wijzen van omgaan met open normen in deze paragraaf hier zonder deze direct te relateren aan de CSDDD. Het is onze bedoeling te laten zien op welke manieren op diverse gebieden van het bestuursrecht wordt omgegaan met toezicht en handhaving ter zake van open normen en de problemen die dat kan opleveren. In zoverre is onze bijdrage een beetje een vreemde eend in de bijt. Maar materieel gaan de voorbeelden juist wel over milieu, de omgeving en veiligheid van mensen en het is aan de in de CSDDD geverseerde lezer om de bestuursrechtelijke lessen (verder) te vertalen. Overigens is door Scheltema al specifiek ingegaan op toezicht en handhaving van de CSDDD, waarbij hij juist ingaat op praktijkvoorbeelden van de ACM en AFM.<sup>58</sup> Hij gaat bovendien – anders dan wij – niet specifiek in op de problematiek van open normen.

Wij bespreken de voorbeelden die lessen moeten opleveren niet per (sub)rechtsgebied, maar aan de hand van de verschillende wijzen van omgaan met open normen die wij hebben geïdentificeerd.

#### 4.2 Beleidsregels die een open norm invullen

Een eerste illustratie uit de praktijk van het omgevingsrecht is het gebruik van open normen in ruimtelijke plannen (bestemmingsplannen) waar een abstract criterium (een open norm) concreet wordt ingevuld aan de hand van een beleidsregel.<sup>59</sup> Die open norm biedt het bevoegd gezag ruimte om op een later beslismoment, bij de vergunningverlening, een afweging te maken. Die afwegingsruimte kan nader worden ingevuld door beleidsregels. Daarmee wordt beoogd flexibiliteit te bieden. Deze beleidsregels worden ook wel wetsinterpreterende beleidsregels genoemd. De Crisis- en herstelwet (Chw) en de aanstaande Omgevingswet (Ow) verruimen de mogelijkheid om in het plan te werken met vergunningplichten en bijbehorende beoordelingsregels waaraan de vergunningaanvraag wordt getoetst. Een voorbeeld van de toepassing van een open norm is een zaak die ging over een regel in een bestemmingsplan ('planregel') waarin staat dat voorzien moet worden in 'voldoende parkeergelegenheid' voordat een omgevingsvergunning voor bouwen verleend kan worden. Wat precies onder voldoende parkeergelegenheid verstaan moet worden, is uitgewerkt in een gemeentelijke parkeernota in de vorm van een beleidsregel, waarnaar wordt verwezen in de desbetreffende planregels in het bestemmingsplan. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State moet zo een open norm (zoals 'voldoende parkeergelegenheid') in een bestemmingsplan voldoende concreet en objectief begrensd worden vanwege de rechtszekerheid van (toekomstige) eigenaren en gebruikers van de gronden. De beantwoording van de vraag of een open norm voldoende concreet en objectief begrensd is, hangt volgens de Afdeling af van de omstandigheden van het geval. Hierbij kan onder

58. Scheltema 2022.

59. Op grond van art. 7c lid 6 van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (BuChw) of art. 3.1.2 lid 2 aanhef en onder a Besluit ruimtelijke ordening (Bro) kunnen open normen worden opgenomen in een bestemmingsplan waarvan de uitleg bij de uitoefening van een bij die regels aan te geven bevoegdheid afhankelijk wordt gesteld van beleidsregels.

meer belang worden gehecht aan: (1) de aard en omvang van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de open norm, en in samenhang daarmee de beleidsregel, zien, (2) het anderszins in de planregels genormeerd zijn van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de figuur van de open norm, die in een beleidsregel wordt uitgelegd, ziet, en de relatie tussen die andere normering en de betrokken open norm, (3) de aanleiding voor het werken met een dergelijke figuur, en (4) de aard en omvang van het plangebied of het betrokken deel daarvan, waarop die figuur ziet.<sup>60</sup>

Een ander voorbeeld van een open norm is de weigeringsgrond die is opgenomen in de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) dat een bouwwerk niet in strijd mag zijn met 'de redelijke eisen van welstand'.<sup>61</sup> Of een bouwwerk in strijd is met de redelijke eisen van welstand wordt beoordeeld aan de hand van de criteria die door de gemeenteraad in een welstandsnota zijn neergelegd op grond van artikel 12a lid 1 aanhef en onder a, van de Woningwet (Wonw). In de welstandsnota (een beleidsregel) worden op grond van artikel 12a Wonw onder meer criteria opgenomen die het bevoegd gezag toepast bij de beoordeling of het bouwwerk, kort gezegd, in strijd is met de redelijke eisen van welstand. Het college van burgemeester en wethouders (college) is bij de beoordeling van een aanvraag van een omgevingsvergunning gehouden zijn oordeel met betrekking tot 'redelijke eisen van welstand' te baseren op de welstandsnota. Een invulling aan de hand van andere criteria dan de criteria die zijn neergelegd in de welstandsnota is volgens de Afdeling niet toegestaan.<sup>62</sup>

Ook de toezichthouders stellen in de praktijk beleidsregels op. Onder verwijzing naar een zorgplichtbepaling uit de Wet milieubeheer heeft de Inspectie van Leefomgeving en Transport (ILT) in 2022 beleidsregels opgesteld inzake de kwaliteit van brandstoffen bestemd voor West-Afrika.<sup>63</sup> Die kwaliteit zou aan hogere eisen moeten voldoen dan voorheen. Binnen het kader van de Wet milieubeheer zelf heeft de wetgever geen eisen gesteld aan de kwaliteit van brandstoffen die worden geëxporteerd naar buiten Europa. De zorg voor de kwaliteit van brandstoffen in landen buiten de EU werd overgelaten aan die landen zelf. Daarmee heeft de ILT via een beleidsregel ten aanzien van de zorgplicht alsnog eisen aan de kwaliteit van de brandstoffen gesteld.<sup>64</sup> Voor zover ons bekend is er nog geen rechterlijk oordeel over deze beleidsregel.

60. ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388. Op grond van art. 7c lid 6 van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (BuChw) of art. 3.1.2 lid 2 aanhef en onder a Besluit ruimtelijke ordening (Bro) kunnen open normen worden opgenomen in een bestemmingsplan waarvan de uitleg bij de uitoefening van een bij die regels aan te geven bevoegdheid afhankelijk wordt gesteld van beleidsregels. Meer recent over de toetsing van een planregel met een open norm die verwijst naar beleidsregels ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380 waarbij de Afdeling oordeelt dat in een procedure tegen een vergunning verleend op basis van een geldend bestemmingsplan een planregel alleen onverbindend kan worden verklaard als deze evident in strijd is met hoger recht (evidentiocriterium) ook als de open norm verwijst naar een naderhand vastgestelde of gewijzigde beleidsregel.

61. Art. 2.10 lid 1 onder d Wabo.

62. ABRvS 29 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1247.

63. Art. 9.2.1.2 Wet milieubeheer.

64. *Stcrt.* 2022, 20956, p. 1-8.

In de bijdrage van Knibbeler is toegelicht dat de ACM ook via beleidsregels (leidraden) vage normen in toenemende mate concretiseert en zo het gedrag van onder toezicht staande ondernemingen zonder radicale koerswijzingen kan worden beïnvloed.<sup>65</sup>

#### 4.3 **Zorgplichten: rechtspraak die beperkingen stelt aan de handhaving van een zorgplicht, invulling door brancheverenigingen en de concretisering via een waarschuwing**

In het omgevingsrecht bestaan zorgplichten waar veelal vage bewoordingen in worden gebruikt, zoals artikel 1.1a Wm. Daarin is opgenomen dat eenieder voldoende zorg voor het milieu in acht neemt. Ook is enige nadere invulling aan die norm gegeven; de bedoelde zorg houdt in ieder geval in dat eenieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevergd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zo veel mogelijk te beperken of ongedaan te maken. Ondanks deze nadere invulling blijft de norm erg open en is er nergens specifiek aangegeven wat met ‘voldoende zorg’ wordt bedoeld. De Afdeling heeft vanwege de rechtszekerheid geoordeeld dat deze zorgplicht niet geldt wanneer andere wetgeving in de regulering van de milieugevolgen kan voorzien. Bijvoorbeeld bij (milieu)vergunningplichtige bedrijven (inrichtingen). Deze zorgplicht geldt verder ook niet voor activiteiten waaraan geen eisen mogen worden gesteld in de (milieu)vergunning. Dat volgt bijvoorbeeld uit een zaak waarin de vergunningverlener volgens de Afdeling in de (milieu)vergunning ten onrechte eisen wilde stellen aan een heel vervoerstraject van verkeer van en naar het bedrijf (inrichting) waar die vergunning op ziet.<sup>66</sup> Omdat die regels niet in de vergunning mochten worden opgenomen volgens het wettelijk kader dat geldt voor (milieu)vergunningverlening mochten die eisen ook niet worden gebaseerd op de algemene zorgplicht. Voorts kan op basis van deze zorgplicht alleen worden opgetreden als er sprake is van ernstige (acuut dreigende) nadelige milieugevolgen. In haar preadvies concludeert Collignon dat de Afdeling de werking van de zorgplicht hiermee flink heeft ingeperkt, anders dan de bedoeling lijkt te zijn geweest van de wetgever.<sup>67</sup> In het milieurecht is er ook een algemene zorgplicht opgenomen in het Activiteitenbesluit milieubeheer (Abm). Het Abm is een algemene maatregel van bestuur waarin milieuregels zijn opgenomen en waaronder veel bedrijven en activiteiten vallen. Ten aanzien van de daarin opgenomen zorgplicht gelden de hiervoor besproken beperkingen niet. Daarvoor geldt het door de Afdeling in 2011 geïntroduceerde criterium dat alleen handhavend kan worden opgetreden bij een overtreding van die zorgplicht als ‘onmiskkenbaar’ in strijd met de zorgplicht wordt gehandeld.<sup>68</sup> Dit criterium is een iets ander criterium dan vóór 2011 werd gehanteerd bij de handhaving op grond van de Wet mi-

65. Par. 4.1 van de bijdrage van Knibbeler 2023.

66. ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1260.

67. A. Collignon, ‘Zorgplichten in het omgevingsrecht’, in: M.H. Ippel e.a., *Zorgplichten in het bestuursrecht*, Preadvies VAR, Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 165-166.

68. ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631, *M en R* 2012/20, m.nt. V.M.Y. van 't Lam.

lieubeheer. Hiervoor bleek dat in het kader van de zorgplicht ex artikel 1.1a Wm van belang was of ‘ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden’.<sup>69</sup> Ook in jurisprudentie waarin de zorgplicht van een voorloper van het Abm aan de orde is, acht de Afdeling van belang of ‘ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden’.<sup>70</sup> We kunnen ons voorstellen dat als ‘ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden’, dat dan ‘het handelen of nalaten van de drijver van de inrichting onmiskenbaar is strijd is met de zorgplicht’. Zo gezien is het criterium dat de Afdeling in 2011 introduceerde niet helemaal nieuw.

In de Omgevingswet die op 1 januari 2024 in werking treedt, zijn meer open normen opgenomen, onder andere in de vorm van zorgplichten. Juist over de rechtsonzekerheid die daarmee gepaard kan gaan, was de Afdeling advisering van de Raad van State kritisch.<sup>71</sup> In de specifieke zorgplichtbepalingen in artikel 2.11 Besluit activiteiten leefomgeving (Bal), worden veel vage termen als ‘passend’, ‘geschikt’, ‘representatief’, ‘doelmatig’ en ‘redelijkerwijs’ gebruikt. Op grond van dat artikel moet degene die (samengevat) een milieubelastende activiteit verricht en weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat die activiteit nadelige gevolgen kan hebben onder meer alle maatregelen nemen die redelijkerwijs van diegene kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen en ook alle passende preventieve maatregelen tegen milieuverontreiniging. Hoewel een zekere vaagheid inherent is aan het formuleren van zorgplichten, is er in de consultatiereactie van de Omgevingswet door de Afdeling naar onze mening terecht op gewezen dat door het gebruik van genoemde vage termen valt te verwachten dat zich in de praktijk regelmatig geschillen zullen voordoen over de invulling daarvan. Met name als er handhavend zal worden opgetreden ten aanzien van vermeende overtredingen van de zorgplicht, waarbij niet op voorhand voor een initiatiefnemer en andere belanghebbenden duidelijk zal zijn welke concrete verplichtingen uit een zorgplichtbepaling voortvloeien, aldus de Afdeling in de consultatiereactie. Vanuit de regering werd onder meer opgemerkt dat handhaving op grond van de zorgplicht alleen mogelijk is als er sprake is van een ‘onmiskenbare strijd’ met de zorgplicht omdat de hiervoor besproken rechtspraak onverkort relevant blijft. De Afdeling vindt de term ‘onmiskenbaar’ echter evengoed vaag. Geschillen over de invulling van vage termen in specifieke zorgplichten kunnen zich daarmee verplaatsen naar de invulling van het begrip ‘onmiskenbaar’. De Afdeling verwacht dan ook niet dat dit criterium een toename van geschillen kan voorkomen.<sup>72</sup> De specifieke zorgplichten zijn ook strafrechtelijk handhaafbaar. Juist vanwege de vage termen is daarop in de literatuur als gezegd kritisch gereageerd.<sup>73</sup>

In de Wet bodembescherming (Wbb) is ook een zorgplicht opgenomen (art. 13). Die verplicht om bij (dreigende) bodemverontreiniging – waaronder ook veront-

69. O.m. ABRvS 9 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4250, JM 2010/115, m.nt. P.B. Bokelaar; STAB 2010-k40, m.nt. A.B. Blomberg.

70. Zie bijv. ABRvS 19 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4979, M en R 2010/39K; JM 2010/116, m.nt. P.B. Bokelaar.

71. *Kamerstukken II 2017/18*, 34986, nr. 4, p. 55-56.

72. *Kamerstukken II 2017/18*, 34986, nr. 4, p. 55-56.

73. Doorenbos 2021.



reiniging van grondwater valt – alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd om de verontreiniging of aantasting te voorkomen dan wel de gevolgen daarvan te beperken en zo veel mogelijk ongedaan te maken. De zorgplicht geldt voor iedereen die op of in de bodem handelingen verricht als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 van de Wbb en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat deze handelingen de bodem kunnen verontreinigen. Met handelingen als bedoeld in artikel 6 tot en met 11 Wbb wordt bedoeld op activiteiten die van invloed kunnen zijn op de kwaliteit van de bodem en nader zijn gereguleerd in op de Wbb gebaseerde amvb's, zoals het Besluit bodemkwaliteit. Naar aanleiding van discussies in de praktijk over onder meer kunstgrasvelden waar rubbergranulaat als 'infill-materiaal' wordt gebruikt, heeft de Afdeling geoordeeld dat ter invulling van die zorgplicht gebruik mag worden gemaakt van zogenaamde 'zorgplichtdocumenten'. Die zijn opgesteld door bijvoorbeeld een werkgroep van een branchevereniging en daarin zijn aanbevelingen opgenomen voor het milieuverantwoord toepassen van materialen bij de aanleg, het onderhoud en de renovatie van kunstgrasvelden. Bij toezicht op de naleving van de zorgplicht gaat de toezichthouder na of de zorgplichtdocumenten zijn nageleefd. De desbetreffende gemeente mag bovendien op grond van het handhavingsbeleid van de gemeente eerst waarschuwen bij het niet voldoen aan dat zorgplichtdocument waarna bij wederom niet voldoen handhavend mag worden opgetreden.<sup>74</sup> Hier wordt in de praktijk een vage norm geconcretiseerd door een document dat is opgesteld door een branchevereniging.

#### 4.4 Een toezichthouder die via een eis een open norm concretiseert

In de Arbeidsomstandighedenwet is de mogelijkheid opgenomen voor de toezichthouder om een eis stellen over de wijze waarop een of meer bepalingen gesteld bij of krachtens deze wet moeten worden nageleefd.<sup>75</sup> In de praktijk is via een eis bijvoorbeeld artikel 5 van het Besluit risico's zware ongevallen (Brzo) nader ingevuld. Dat artikel bepaalt dat de exploitant van een inrichting alle maatregelen treft die nodig zijn om zware ongevallen te voorkomen en de gevolgen daarvan voor de menselijke gezondheid en het milieu te beperken. Om voor concrete situaties te duiden wanneer aan dit artikel wordt voldaan, heeft de toezichthouder in de praktijk eisen gesteld. Een illustratie biedt een uitspraak waarin de Afdeling oordeelt dat de inspectie ten onrechte aan een bedrijf een eis had gesteld waarin was bepaald dat niet-veiligheidskritische apparatuur moest worden getagd ('labelen') om ongevallen te voorkomen als bedoeld in artikel 5 Brzo. Volgens de Afdeling moet vanwege het ingrijpende karakter van een dergelijke eis daaraan een gedegen motivering ten grondslag liggen, waarin in elk geval wordt ingegaan op de maatregelen die de exploitant al heeft getroffen en op de vraag waarom naast die maatregelen nog andere maatregelen nodig zijn ter voorkoming van zware ongevallen of de gevolgen ervan. In de desbetreffende eis had de inspectie dat niet voldoende

74. O.m. ABRvS 19 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2944 en ABRvS 19 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1460, *M en R 2023/61*, m.nt. V.M.Y. van 't Lam en E.C. van der Maden.

75. Art. 27 Arbeidsomstandighedenwet: 'Een daartoe aangewezen toezichthouder kan aan een werkgever een eis stellen betreffende de wijze waarop een of meer bepalingen gesteld bij of krachtens deze wet moeten worden nageleefd.'

gedaan volgens de Afdeling.<sup>76</sup> Kortom: van een besluit dat een open norm concreetiseert kan niet al te gemakkelijk gebruik worden gemaakt omdat de toezichthouder eerst goed moet beoordelen wat het bedrijf zelf al wel of niet doet om aan die open norm te voldoen.

#### 4.5 Een nadere duiding in regelgeving en technische documenten waarnaar uiteindelijk wordt verwezen door bevoegde autoriteiten

Ten aanzien van energiebesparing bepaalt artikel 2.15 lid 1 van de eerdergenoemde algemene regel waarin milieunormen zijn opgenomen voor bedrijven en activiteiten – het Activiteitenbesluit milieubeheer – dat (bepaalde)<sup>77</sup> bedrijven alle maatregelen moeten treffen ter verduurzaming van het energieverbruik met een terugverdientijd van vijf jaar of minder.<sup>78</sup> In principe geldt dat maatregelen die zich in vijf jaar of minder terugverdienen redelijk zijn, tenzij er (niet-financiële) redenen zijn waarom de maatregel niet inpasbaar is in de bedrijfsvoering of de maatregel een onaanvaardbaar effect heeft op een ander milieucompartment, aldus de wetgever.<sup>79</sup> Als een bedrijf nalaat tijdig de energiebesparende maatregelen te treffen, dan kan handhavend worden opgetreden.<sup>80</sup> De praktijk, de rechtspraak en de wijzigingen in de regelgeving ten aanzien van dit artikel laten zien dat het niet eenvoudig is om via een dergelijke open norm energiebesparing goed te reguleren. Zo hadden bestuursorganen en bedrijven na inwerkingtreding van het Activiteitenbesluit in 2007 moeite met de verplichting tot het treffen van energiebesparende maatregelen. Het was niet steeds duidelijk met welke maatregelen aan de verplichting van artikel 2.15 Activiteitenbesluit werd voldaan. Hierdoor was het voor bedrijven lastig de verplichting uit het Activiteitenbesluit na te leven en hadden de bevoegde bestuursorganen moeite met de handhaving van die verplichting. Daarom werd in de praktijk – achteraf ten onrechte – uitsluitend aangesloten bij lijsten die op de internetpagina van InfoMil<sup>81</sup> stonden met energiebesparende maatregelen om vast te stellen of sprake is van een overtreding.<sup>82</sup> Sinds 1 december 2015 is daarom in bijlage 10 van de Activiteitenregeling milieubeheer een lijst met erkende energiebesparingsmaatregelen opgenomen, om meer duidelijkheid te geven aan exploitanten van bedrijven.<sup>83</sup> Deze lijst van maatregelen is samengesteld door onder andere de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO). Daarmee werd voldaan aan de toezegging uit het Energieakkoord dat de afspraken omtrent energiebesparing en de erkende maatregelensystematiek zo spoedig mogelijk zouden worden ingevoerd.<sup>84</sup> Wanneer een exploitant van een bedrijf de maatregelen opgenomen in

76. ABRvS 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2441.

77. De verplichting geldt alleen voor die onder de reikwijdte van deze bepaling vallen.

78. Deze bepaling is 1 juli 2023 gewijzigd en luidde voordien: *'Degene die de inrichting drijft neemt alle energiebesparende maatregelen met een terugverdientijd van vijf jaar of minder'*. De in deze paragraaf besproken rechtspraak ziet nog op de versie van voor 1 juli 2023.

79. *Sib.* 2007, 415, p. 197.

80. V.M.Y. van 't Lam & E.C. van der Maden, 'De informatieplicht en de verplichting tot het treffen van energiebesparende maatregelen uit het Activiteitenbesluit onder de loep', *Bb* 2018/37.

81. Kenniscentrum InfoMil, een instelling van Rijkswaterstaat, Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat.

82. ABRvS 17 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG7182 en Rb. Midden-Nederland 10 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4889.

83. *Stcr.* 2015, 29035.

84. *Stcr.* 2015, 29035.

deze lijst treft, wordt op grond van artikel 2.16 Activiteitenregeling voldaan aan de verplichting tot het nemen van alle energiebesparende maatregelen, zoals neergelegd in artikel 2.15 lid 1 Activiteitenbesluit. Deze lijst met erkende energiebesparingsmaatregelen is bedoeld als hulpmiddel. Een bedrijf kan echter ook gelijkwaardige alternatieve maatregelen treffen, op grond van artikel 1.8 Activiteitenbesluit. Dit is een eigen verantwoordelijkheid van de drijver van de inrichting. Voorafgaande toestemming van het bevoegd gezag is hiervoor niet nodig.<sup>85</sup> Het staat de exploitant van een bedrijf vrij om op een andere manier aan de energiebesparingsverplichting te voldoen dan via het treffen van de erkende maatregelen, in verband met bijvoorbeeld innovatieve toepassingen of bedrijfsspecifieke omstandigheden.<sup>86</sup> Ook is het mogelijk dat een exploitant (succesvol) beoogt dat bepaalde maatregelen niet rendabel zijn voor een bedrijf.<sup>87</sup> Onder de Omgevingswet blijft die systematiek vrijwel gelijk.<sup>88</sup>

Ook voor een onderdeel van het beoordelingskader van de omgevingsvergunning voor milieu is in een ministeriële regeling en via technische documenten nadere duiding gegeven aan een (redelijk) vage term. Die technische documenten zijn bijvoorbeeld opgesteld door onder andere het Agentschap NL van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, een werkgroep van technische experts ten aanzien van gevaarlijke stoffen,<sup>89</sup> Kenniscentrum InfoMil,<sup>90</sup> Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en de Commissie Integraal Waterbeheer. Deze nationale documenten die duiden wat voor een branche of activiteit de beste beschikbare technieken (bbt) zijn, waren voorheen niet opgesomd in een ministeriële regeling. Daar bestond kritiek op vanwege de onduidelijkheid en soms ook de onvindbaarheid van de documenten terwijl die documenten in rechte betekenis toekwam.<sup>91</sup> Op grond van artikel 2.14 Wabo moet het bevoegd gezag bij de beslissing op de aanvraag om een omgevingsvergunning voor het oprichten, veranderen of in werking hebben van een inrichting (een activiteit als bedoeld in art. 2.1 lid 1 onder e Wet algemene bepalingen omgevingsrecht) in acht nemen dat de beste beschikbare technieken (bbt) worden toegepast.

In de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht worden beste beschikbare technieken in artikel 1 als volgt gedefinieerd:

‘beste beschikbare technieken: voor het bereiken van een hoog niveau van bescherming van het milieu meest doeltreffende technieken om de emissies en andere nadelige gevolgen voor het milieu, die een inrichting kan veroorzaken, te voorkomen of, indien dat niet mogelijk is, zoveel

85. *Stcr.* 2015, 29035.

86. *Sib.* 2019, 167, p. 6 (NvT).

87. ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1688, AB 2019/187, m.nt. V.M.Y. van 't Lam en E.C. van der Maden.

88. Art. 5.15, 5.15a en 5.15b Besluit activiteiten leefomgeving.

89. Publicatiereeks gevaarlijke stoffen.

90. Kenniscentrum InfoMil is sinds 1995 het centrale informatiepunt voor wet- en regelgeving binnen het omgevingsdomein en valt onder verantwoordelijkheid van Rijkswaterstaat, het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat.

91. V.M.Y. van 't Lam & R. Uylenburg, *Modernisering van VROM-pseudoregelgeving, Structurele evaluatie milieuwetgeving*, STEM 2005/6.

mogelijk te beperken, die – kosten en baten in aanmerking genomen – economisch en technisch haalbaar in de bedrijfstak waartoe de inrichting behoort, kunnen worden toegepast, en die voor degene die de inrichting drijft, redelijkerwijs in Nederland of daarbuiten te verkrijgen zijn; daarbij wordt onder technieken mede begrepen het ontwerp van de inrichting, de wijze waarop zij wordt gebouwd en onderhouden, alsmede de wijze van bedrijfsvoering en de wijze waarop de inrichting buiten gebruik wordt gesteld;’

Op Europees niveau zijn per branche of sector documenten samengesteld die uiteindelijk door de Europese Commissie worden vastgesteld die duiden wat de beste beschikbare technieken zijn.<sup>92</sup> Wat de beste beschikbare technieken zijn is niet alleen in Europese technische documenten nader geduid, maar ook op nationaal niveau. De wetgever heeft aangegeven dat het nationale begrip ‘bbt-documenten’ naast de Europese bbt-referentiedocumenten ook nationaal vastgestelde documenten met best beschikbare technieken omvat.<sup>93</sup> Deze Nederlandse informatiedocumenten over beste beschikbare technieken zijn opgenomen in de bijlage van de Regeling omgevingsrecht (Mor). Ook in de Omgevingswet blijven deze documenten van belang voor de invulling van wat de beste beschikbare technieken zijn.<sup>94</sup>

#### 4.6 Gestandaardiseerde private nadere normstelling

Ook in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) wordt gebruikgemaakt van open normen. Een voorbeeld: artikelen 5 lid 1 onder f en 32 AVG vereisen kort gezegd dat er bij persoonsgegevensverwerkingen passende technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen moeten worden getroffen om het passende beveiligingsniveau te waarborgen.<sup>95</sup> Wat zijn ‘passende technische en organisatorische maatregelen’? De desbetreffende bepalingen schrijven niet voor welke beveiligingsmaatregelen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers moeten treffen of welk beveiligingsniveau zij moeten realiseren. Slechts dat beide ‘passend’ moeten zijn.<sup>96</sup> Meer duidelijkheid over de invulling is vanuit verschillende perspectieven wenselijk: dit kan rechtsonzekerheid verminderen en kan bijdragen aan het behalen van de doelen van de AVG doordat de term passend op de juiste wijze wordt geïnterpreteerd.<sup>97</sup>

Voor het invullen van open normen is in de informatiebeveiligingspraktijk veel sprake van zelfregulering, vooral via private normstelling. Deze private normen bieden houvast bij de vormgeving van beveiliging en men gaat er doorgaans van uit dat deze normen dienen als kwaliteitswaarborgen, al betogen sommigen dat deze normen kunnen meebrengen dat organisaties slechts doen wat nodig is om

92. Te raadplegen via [eippcb.jrc.ec.europa.eu/](http://eippcb.jrc.ec.europa.eu/).

93. *Stb.* 2012, 552.

94. O.m. art. 8.9 lid 4, 8.10 Bkl en bijlage XVIII Bkl.

95. Zie hierover J.A. Hofman, *De beveiliging van persoonsgegevens* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

96. Hofman 2022, p. 2.

97. Hofman 2022, p. 3.

aan de daarin gestelde eisen te voldoen.<sup>98</sup> Voor de beveiliging van persoonsgegevens is de ISO 27000-normen-reeks, opgesteld door de Internationale Organisatie voor Standaardisatie (ISO), relevant. In deze normen worden de beste praktijkaanbevelingen voor informatiebeveiligingsbeheersystemen beschreven en zijn Europese Normen (ook wel Europese Standaarden genoemd) opgenomen. Deze Europese Normen dienen ertoe de inhoud van wetgeving te verduidelijken en bij te dragen aan de werking van de interne markt.<sup>99</sup> De ISO-normen zijn geïmplementeerd in Nederlandse Normen (NEN-normen). In de Nederlandse praktijk worden ISO- en NEN-normen vaak gevolgd, terwijl zij op dit terrein juridisch gezien slechts adviezen zijn en geen algemeen verbindende voorschriften. Zo acht de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) de toepassing van de ISO 27000-reeks van groot belang. De normen komen terug in haar eigen richtsnoeren inzake persoonsgegevensbeveiliging en in sanctiebesluiten. Toch is niet gezegd dat het volgen van de ISO-normen resulteert in een beveiligingssysteem dat voldoet aan de wettelijke verplichtingen. Toepassing van de normen doet daarom ook niet af aan de verplichting om de AVG-bepalingen na te leven.<sup>100</sup>

#### 4.7 Implementatie in Nederlandse wet- en regelgeving van vage EU-Richtlijn(bepalingen)

In Nederland kan de wetgever door de wijze van implementatie vage EU-Richtlijn-bepalingen ook kleuren of nader duiden, afhankelijk van de ruimte die een richtlijn daartoe laat. Zo wordt in het kader van de implementatie meer duiding gegeven aan open EU-normen. Vanuit omgevingsrechtelijk perspectief zou dat overigens afwijken van de trend die de laatste jaren zichtbaar is, namelijk dat de wetgever bij de implementatie zo dicht mogelijk bij de tekst van de EU-Richtlijn-bepalingen blijft.<sup>101</sup> Volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving worden bij implementatie in de implementatieregeling geen andere regels opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn.<sup>102</sup> Gelet op de noodzaak van tijdige implementatie wordt vermeden dat de implementatie van bindende EU-rechtshandelingen wordt ‘meegenomen’ in een bredere herziening van de desbetreffende regelgeving of dat in de implementatieregeling ‘extra’ nationaal beleid wordt meegenomen. Bij dit laatste gaat het met name om regels te vermijden die geen verband houden met de bindende EU-rechtshandeling en om nodeloze verfijningen ten opzichte van die regelgeving te voorkomen. Bij implementatie wordt gekozen voor de implementatiewijze die de minste lasten oplegt aan de door de regeling geraakte bedrijven.<sup>103</sup>

#### 4.8 Andere mogelijkheden van omgang met open normen

Daarnaast zijn er andere mogelijkheden om met open normen om te gaan. Gedacht kan worden aan het uitgaan van de eigen keuze van de normadressaat voor invulling

98. Hofman 2022, p. 62.

99. Hofman 2022, p. 62 e.v.

100. Hofman 2022, p. 65.

101. Zo is bijvoorbeeld in de Omgevingswet die 1 januari 2024 in werking treedt dichter bij de tekst van de Richtlijn Industriële Emissies aangesloten.

102. Aanwijzing 9.4 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

103. Aanwijzing 9.5 van de Aanwijzing voor de regelgeving.

van een vage norm. Die invulling kan worden vastgelegd in een plan/beleidsdocument van een bedrijf en de toezichthouder ziet toe op de naleving en de handhaving daarvan. Voor zover ons bekend wordt in de praktijk informeel wel met een plan gewerkt als een bedrijf in overtreding is en op korte termijn verwacht dat de overtreding wordt beëindigd. Ook de hiervoor besproken zorgplichtdocumenten ter invulling van de zorgplicht uit de Wbb zijn daarvan in zekere zin een voorbeeld.

Daarnaast kan de toezichthouder zelf duiding geven aan een vage norm hetgeen dan wordt vastgelegd en ten aanzien waarvan (extern) wordt gehandhaafd. Een illustratie biedt de eerdergenoemde functionaris gegevensbescherming, of de hiervoor besproken beleidsregel van de ILT die een norm invult. Het risico dat wij zien is dat de norm dan niet door de wetgever maar door de niet-democratisch gelegitimeerde toezichthouder wordt ingevuld.

Scheltema is positief over een vorm van toezicht dat door het wetsvoorstel maatschappelijk verantwoordelijk ondernemen wordt geïntroduceerd – als gezegd richt hij zich niet specifiek op de open normen – en dat ziet op de *best practices* die na consultatie van bedrijven, ngo's en belanghebbenden door een toezichthouder kunnen worden gebruikt in het kader van toezicht. Bedrijven moeten voldoen of toelichten waarom niet kan worden voldaan.<sup>104</sup> Dat lijkt op een combinatie van de hiervoor besproken zorgplichtdocumenten, de beste beschikbare technieken en de handhaving ten aanzien van de energiebesparing.

Knibbeler noemt nog de informele zienswijze over duurzaamheidsafspraken, maar die biedt weinig rechtszekerheid aan marktpartijen.<sup>105</sup> Joosen en Lieverse bespreken de soft law, leidraden en best practices uit het financiële toezichtsrecht. Zij vinden dat het eerst aan de marktdeelnemer tot wie een norm zich richt is om tot een invulling te komen maar dat wel de toezichthouder desgewenst om duidelijkheid kan worden gevraagd.<sup>106</sup>

#### 4.9 Het woordenboek als laatste redmiddel?

De Afdeling bestuursrechtspraak gebruikt in zaken soms ook het woordenboek om begrippen of termen in regelgeving die in diezelfde regelgeving niet nader worden omschreven of gedefinieerd uit te leggen. Veelal gaat het om termen die in het dagelijks gebruik een duidelijke betekenis hebben, maar in een juridische context toch vragen kunnen oproepen. Dit zijn de hiervoor in paragraaf 2.1 genoemde objectieve vage normen. In dergelijke gevallen kan de Afdeling aansluiting zoeken bij de betekenis in het dagelijks taalgebruik, waarbij het Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal ('Van Dale') door de Afdeling wordt geraadpleegd. Voorbeelden van termen waar de Afdeling dit woordenboek heeft geraadpleegd

104. Scheltema 2023, i.h.b. par. 3; Scheltema 2022, i.h.b. par. 4.

105. Par. 2.3, 4.2 en 4.5 van de bijdrage van Knibbeler 2023.

106. Zie in deze bundel par. 3.1 van de bijdrage van E.P.M. Joosen & K. Lieverse, 'Open normen en toezicht. Open duurzaamheidsnormen in het financiële toezicht'.

zijn: ‘overige groothandel’,<sup>107</sup> ‘seizoenarbeider’,<sup>108</sup> ‘overkraging’,<sup>109</sup> ‘tuincentrum’,<sup>110</sup> ‘overtollig’<sup>111</sup> en ‘scouting’.<sup>112</sup> Kortom: als er geen concrete duiding is, dan kan het woordenboek een laatste redmiddel zijn voor het bedrijf, het toezichthoudende bestuursorgaan of de rechter. Wij zouden het hier ten aanzien van de vage CSDDD-normen niet op aan willen laten komen, hoogstens voor een enkel woord daarvan.

## 5 **Afrondende lessen voor adequate handhaving van open (CSDDD-)normen: op zoek naar een rechtvaardige balans tussen flexibiliteit en rechtszekerheid**

Het feit dat de CSDDD open normen bevat kan diverse voordelen hebben, bijvoorbeeld dat die normen kunnen reageren op dynamische en onvoorspelbare ontwikkelingen, invulling door deskundigen mogelijk maken, ze ruimte laten voor een concrete belangenafweging en zorgen voor meer flexibiliteit en differentiëring. Een nadeel is dat er weer meer regelgeving nodig is op andere niveaus ter uitwerking van de open normen wil er adequaat kunnen worden gehandhaafd. Ook niet onvermeld kan blijven het risico dat de uitwerking van de open normen plaatsvindt op een ander (lager) niveau met minder (democratische) waarborgen en het feit dat de open normen niet duidelijk en/of lastig te interpreteren kunnen zijn voor de normadressaat maar ook voor de toezichthouders en handhavers, hetgeen tot rechtsonzekerheid en mogelijk rechtsongelijkheid kan leiden. Ook een handhavingstekort kan daarvan het gevolg zijn.

Voor de inzet van bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten (of het nu gaat om een herstelsanctie of een bestraffende sanctie) is een zekere mate van duidelijkheid vereist waar het gaat om de verplichtingen van de geadresseerde. Ten aanzien van, bijvoorbeeld, een zorgplicht mag als gezegd alleen bestuursrechtelijk handhavend worden opgetreden als sprake is van een ‘onmiskerbare strijd’ met die plicht. Nog meer duiding van open normen kan wenselijk zijn omdat het *lex certa*-vereiste verlangt dat in het kader van een bestraffende sanctie, zoals een bestuurlijke boete, de verboden gedragingen op een zo duidelijk mogelijke wijze wordt omschreven. Als geen sprake is van een overtreding van een verbod waarvan de inhoud tevoren duidelijk is omschreven, noch in de regelgeving, noch in een wetsinterpreterende beleidsregel of anderszins, dan mag geen boete worden opgelegd.<sup>113</sup>

Kortom: de open normen van de CSDDD behoeven vaak nadere duiding of inkleuring om ze handhaafbaar te maken en in deze bijdrage zijn daarvoor diverse opties de revue gepasseerd. Bij het maken van een keuze uit deze opties zijn volgende aandachtspunten of randvoorwaarden van belang: a) betrokkenheid van democratisch gelegitimeerde autoriteiten, b) input van een branche die zorgt voor draagkracht en werkbaarheid, c) het waarborgen van een gelijk speelveld, d) een invulling

107. ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:530.

108. ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2982.

109. ABRvS 27 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2105.

110. ABRvS 13 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7071.

111. ABRvS 11 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1281.

112. ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1582.

113. Bijv. ABRvS 23 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3188.

die meegaat met de tijd en dus waar nodig snel kan worden aangepast en daarmee actueel blijft, e) het door een bedrijf moeten kunnen aantonen dat ook op een andere manier aan de norm wordt voldaan dan op de voorgeschreven wijze en f) ten overvloede wellicht dat een bedrijf zo veel mogelijk vooraf weet wat wel en niet wordt verwacht.

De door ons behandelde opties die aan de randvoorwaarden tegemoet kunnen komen zijn:

- Beleidsregels (onder meer van toezichthouders) die een open norm invullen;
- Een nadere duiding in regelgeving en technische documenten waarnaar uiteindelijk wordt verwezen door bevoegde autoriteiten; en
- Gestandaardiseerde private nadere normstelling en invulling door brancheverenigingen en verwijzing daarnaar door de bevoegde autoriteiten.

Geschikt maar minder rechtszeker zijn de volgende opties:

- Concretisering via een waarschuwing of eis van een toezichthouder;
- Concretisering via rechtspraak; en
- Het woordenboek.

Lastiger aan de randvoorwaarden voldoet het nemen van een eigen plan van een betrokken bedrijf als uitgangspunt voor handhaving. Daarmee kan immers het gelijke speelveld in het gedrang komen.

Als gezegd is het daarbij ook van belang dat er voldoende wordt samengewerkt tussen (de toezichthouders van) verschillende lidstaten en landen. Het Europese netwerk van toezichthouders zoals voorzien in de CSDDD heeft daarom ook een belangrijke rol. Daarmee kan ook zo veel mogelijk voorkomen worden dat er rechtsongelijkheid ontstaat hetgeen nodig is, onder meer om eerlijke concurrentieverhoudingen in stand te houden.

Wij komen tot een afronding. In deze bijdrage hebben wij lessen gedeeld uit het bestuursrecht voor een adequate handhaving van open CSDDD-normen. Daarmee hebben we beoogd aan de CSDDD-experts inspiratie te bieden vanuit een vakgebied dat van oudsher met vallen en opstaan heeft moeten leren omgaan met onvermijdelijke open normstelling. Dat is temeer van belang nu de toezichthouders die waarschijnlijk toezicht gaan houden op de naleving van CSDDD-normen, zoals de Autoriteit Consument & Markt, ook een bestuursrechtelijke inbedding hebben. En dat geldt ook voor de rechters die eventuele handhavingsbesluiten moeten gaan beoordelen. Verwacht kan daarom worden dat de CSDDD-praktijk en het bestuursrecht de komende decennia een belangrijke tandem zullen vormen bij het bereiken van een meer duurzame samenleving.