

LJN: BW0393, Hoge Raad , 11/01017

Datum 30-03-2012

uitspraak:

Datum 30-03-2012

publicatie:

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Toegankelijkheid van NEN-normen. Artikel 3 Woningwet. Verwijzing in Bouwbesluit 2003 naar door een particulier instituut uitgegeven normalisatienormen. Algemeen verbindend voorschrift dat overeenkomstig de Bekendmakingswet moet worden bekendgemaakt? Vrijgesteld van auteursrecht op grond van artikel 11 Auteurswet? Conclusie advocaat-generaal inzake beroep in cassatie tegen LJN: BO4175.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

Eerste Kamer - uitspraak volgt

Conclusie

11/01017

Mr. F.F. Langemeijer

30 maart 2012

Conclusie inzake:

Knooble B.V.

tegen

1. Staat der Nederlanden
2. Stichting Nederlands Normalisatie-Instituut

Dit geschil heeft betrekking op de vraag of de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit 2003 of in de Regeling Bouwbesluit 2003 is verwezen ter beschikking moeten worden gesteld, vrij van auteursrecht.

1. Inhoudsopgave

Na een weergave van de feiten en het procesverloop komen achtereenvolgens aan de orde:

- * Normalisatie in nationaal en in Europees verband
- * Verwijzingen in het Bouwbesluit naar NEN-normen
- * Bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften
- * Discussie over de status van NEN-normen waarnaar in wetgeving verwezen wordt
- * Rechtspraak van de bestuursrechter hierover
- * Auteursrechtelijke aspecten van normalisatienormen
- * Art. 11 Auteurswet
- * Rechtsvergelijkende notities
- * Bespreking van het cassatiemiddel
- * Proceskosten

2. De feiten en het procesverloop

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten(1):

2.1.1. Eiseres tot cassatie (hierna kortweg: Knooble) houdt zich bezig met advisering over en de begeleiding van bouwprojecten. Knooble stelt via haar website informatie beschikbaar die van nut is voor het voorbereiden en uitvoeren van bouwprojecten.

2.1.2. De Stichting Nederlands Normalisatie-Instituut stelt zich ten doel normalisatie te bewerkstelligen, normen tot stand te brengen en te onderhouden en de invoering van normen te bevorderen. Normalisatie is daarbij beschreven als het proces waarbij regels op vrijwillige basis tot stand komen door overeenstemming tussen belanghebbende partijen.

2.1.3. De in het kader van het Nederlands Normalisatie-Instituut tot stand gekomen normen worden aangeduid als 'NEN-normen'(2). Zij kunnen ten kantore van het Nederlands Normalisatie-Instituut

worden ingezien. De Stichting stelt de NEN-normen tegen betaling ter beschikking en behoudt zich daarbij het auteursrecht voor.

2.1.4. In artikel 2 van de Woningwet - waarover hierna meer - is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bouwvoorschriften kunnen worden gegeven. Op grond van art. 3 van de Woningwet kan daarbij worden verwezen naar (onderdelen van) normen. In dit verband wordt verstaan onder 'norm': een document, uitgegeven door een deskundig, onafhankelijk instituut, waarin wordt omschreven aan welke eisen een bouw materiaal, bouwdeel of bouwconstructie moet voldoen dan wel waarin een omschrijving wordt gegeven van een keurings-, meet- of berekeningsmethode.

2.1.5. In het Bouwbesluit 2003 en de daarop gebaseerde Regeling Bouwbesluit 2003 wordt op een groot aantal plaatsen verwezen naar NEN-normen, veelal (maar niet uitsluitend) om de methode vast te leggen waarmee moet worden bepaald of aan de in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit gestelde voorschriften is voldaan.

2.1.6. De Staat heeft de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of in de Regeling Bouwbesluit wordt verwezen, niet in het Staatsblad, de Staatscourant of anderszins bekend gemaakt.

2.2. Bij inleidende dagvaarding van 21 september 2006 heeft Knooble de Staat en de Stichting Nederlands Normalisatie-Instituut gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage. Knooble heeft, na wijziging van eis en zakelijk weergegeven, gevorderd dat de rechtbank:

1. voor recht zal verklaren dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit 2003 en de Regeling Bouwbesluit 2003 is verwezen, althans de inhoud daarvan, niet verbindend zijn omdat het algemeen verbindende voorschriften zijn die niet overeenkomstig de bepalingen van de Bekendmakingswet bekend zijn gemaakt en derhalve niet in werking zijn getreden of, subsidiair, voor recht zal verklaren dat deze verwezen NEN-normen, althans de inhoud daarvan, geen onderdeel uitmaken van het Bouwbesluit 2003 en de Regeling Bouwbesluit 2003 en voor de geadresseerden niet algemeen verbindend zijn;
2. voor recht zal verklaren dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit 2003 of in de Regeling Bouwbesluit 2003 is verwezen, althans de inhoud daarvan, wat betreft de kale tekst van die normen, op grond van art. 11 Auteurswet vrij zijn van auteursrechten;
- 3 en 4. aan de Staat respectievelijk aan de Stichting Nederlands Normalisatie-Instituut zal bevelen een exemplaar van alle NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit 2003 of in de Regeling Bouwbesluit 2003 is verwezen, althans de inhoud daarvan, op schrift of digitaal, aan Knooble ter beschikking te stellen en wel: om niet, althans tegen betaling van niet méér dan een redelijke vergoeding voor reproductiekosten, en vrij van enig auteursrecht. Knooble heeft hetzelfde gevorderd voor toekomstige wijzigingen of aanvullingen van verwezen NEN-normen.

2.3. De Staat en de Stichting hebben afzonderlijk verweer gevoerd. Bij vonnis van 31 december 2008 (LJN: BG8465) heeft de rechtbank voor recht verklaard dat de bepalingen van het Bouwbesluit 2003 en de Regeling Bouwbesluit 2003, voor zover daarin wordt verwezen naar NEN-normen, niet verbindend zijn omdat deze algemeen verbindende voorschriften niet overeenkomstig de bepalingen van de Bekendmakingswet zijn bekendgemaakt. Voor het overige heeft de rechtbank de vorderingen afgewezen(3).

2.4. De Staat heeft hoger beroep ingesteld. Knooble heeft afzonderlijk hoger beroep ingesteld. In beide zaken is incidenteel geappelleerd. Bij tussenarrest van 9 juni 2009 heeft het gerechtshof te 's-Gravenhage de voeging bevolen. In hoger beroep heeft Knooble haar vorderingen gewijzigd in die zin dat zij vordert dat zal worden bevolen de NEN-normen op de aangegeven wijze aan haar ter beschikking te stellen, los van de vraag of de algemeen verbindende voorschriften in werking zijn getreden(4).

2.5. Bij arrest van 16 november 2010 (LJN: BO4175) heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Knooble afgewezen(5). Het hof overwoog onder meer dat de NEN-normen op grond van privaatrechtelijke afspraken worden vastgesteld door vertegenwoordigers van organisaties die belang hebben bij een door eenieder te gebruiken standaard, maar die samen geen publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheid hebben. Het tot regelgeving bevoegde orgaan (d.w.z. de Kroon, onderscheidenlijk de minister) heeft de NEN-norm niet zelf vastgesteld, maar slechts van toepassing verklaard en daarmee algemeen geldend gemaakt (rov. 8). Ook het Nederlands Normalisatie-Instituut, als private organisatie die de vaststelling van NEN-normen faciliteert, heeft geen regelgevende bevoegdheid (rov. 9). Daarnaast wees het hof erop dat veel NEN-normen geen eisen stellen, maar (technische) reken-, meet- of regelmethoden standaardiseren. De

standaard waarmee bepaald wordt of aan een algemeen verbindend voorschrift is voldaan, vormt niet zelf het algemeen verbindende voorschrift (rov. 10). Op grond van de zgn. gelijkwaardigheidsbepaling in art. 1.5 van het Bouwbesluit 2003, behoeft niet aan de verwezen NEN-normen te worden voldaan voor zover langs een andere weg een ten minste gelijkwaardig resultaat wordt bereikt (rov. 11). Na bespreking van de overige argumenten kwam het hof tot de slotsom dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit 2003 en de Regeling Bouwbesluit 2003 is verwezen, weliswaar moeten worden beschouwd als algemeen geldend, maar dat de bepalingen van de Bekendmakingswet daarop niet van toepassing zijn. De Staat heeft geen bepalingen met betrekking tot de bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften geschonden. Om die reden wees het hof de vorderingen van Knooble onder 1 af (rov. 14).

2.6. Volgens het hof heeft Knooble niet voldoende onderbouwd gesteld dat het Nederlands Normalisatie-Instituut te beschouwen is als een onderdeel van de 'openbare macht' in de zin van art. 11 Auteurswet. Om die reden is dit artikel niet van toepassing op de verwezen NEN-normen en kan het onder 2 gevorderde niet worden toegewezen (rov. 15). Om dezelfde redenen achtte het hof de vorderingen onder 3 en 4 niet toewijsbaar (rov. 16).

2.7. Knooble heeft - tijdig - beroep in cassatie ingesteld. De Staat en de Stichting hebben afzonderlijk geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Alle partijen hebben hun standpunten zowel mondeling als schriftelijk laten toelichten, waarna is gerepliceerd en gedupliceerd.

3. Inleidende beschouwingen

Normalisatie in nationaal en in Europees verband

3.1. Normalisatie is kort gezegd: het ontwikkelen van normen voor standaardisatie. De hoeveelheid door partijen aangedragen documentatie stelt mij voor een *embarras du choix*. Het belang van normalisatie behoeft in wezen nauwelijks toelichting: een bekend voorbeeld is het bij elkaar passend (compatibel) maken van stekkers van elektronische apparatuur en anderzijds stopcontacten in diverse landen. Normalisatie is onder meer nuttig om technische belemmeringen voor de handel weg te nemen, de uitwisselbaarheid van producten en daarmee de keuze voor consumenten te vergroten en ter bevordering van productinnovatie(6). De ontwikkeling van normen voor het standaardiseren van producten, onderdelen en werkwijzen vindt plaats op nationaal, op Europees en op mondiaal niveau.

3.2. Het hof heeft - in cassatie onbestreden - vastgesteld dat NEN-normen in Nederland op de volgende wijze tot stand komen:

"Nadat is gesignaleerd dat aan een norm op een bepaald gebied behoefte is, wordt een NEN-norm ontworpen door een normcommissie; deze bestaat uit vertegenwoordigers van organisaties die belang hebben [bij] de totstandkoming van die norm (zoals producenten, handelaren, gebruikers, overheden of consumentenorganisaties). Het Nederlands Normalisatie-Instituut bemiddelt bij het afwegen van de verschillende belangen, zorgt voor neutrale procesbegeleiding en bewaakt de consistentie met reeds bestaande normen. Het ontwerp van de norm wordt gepubliceerd voor een openbare kritiekronde. Na de verwerking van eventuele kritiek wordt de NEN-norm door de normcommissie op basis van consensus vastgesteld. Het Nederlands Normalisatie-Instituut beheert de vastgestelde normen en verzorgt de terbeschikkingstelling van de NEN-normen aan belangstellenden tegen betaling en onder voorbehoud van auteursrecht. Van de NEN-normen kunnen belangstellenden bovendien in de bibliotheek van het Nederlands Normalisatie-Instituut kennis nemen." (rov. 7).

3.3. De Stichting treedt krachtens een overeenkomst met de Staat(7) tevens op als nationaal normalisatie-instituut. Zij is belast met de uitvoering van taken die voortvloeien uit Europese en internationale regelgeving op het gebied van normalisatie. De inleiding van deze overeenkomst wijst op een verband met Richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998, zoals gewijzigd door richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998, betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en van regels betreffende diensten van de informatiemaatschappij. Het NNI en het NEC worden in bijlage II van richtlijn 98/34/EG genoemd als nationale normalisatie-instellingen van Nederland(8). Het NNI en het NEC zijn lid van de Europese en mondiale normalisatie-instellingen en vertegenwoordigen als zodanig de belangen van Nederlandse belanghebbenden bij het opstellen van Europese en mondiale

normen.

3.4. De genoemde overeenkomst vermeldt geen verplichting van de Stichting met betrekking tot de wijze van publiceren van NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit 2003 of in andere overheidsregelgeving is verwezen. Wel vermeldt deze overeenkomst dat de Staat jaarlijks aan de Stichting een vergoeding betaalt voor de uitvoering van bepaalde verplichtingen, alsmede een tegemoetkoming in de kosten van het lidmaatschap van de internationale en Europese normalisatie-instituten.

3.5. Ook de Europese normalisatienormen komen tot stand in een proces van samenwerking tussen belanghebbende partijen, veelal afkomstig uit het bedrijfsleven, consumentenorganisaties of overheidsorganen. Deze samenwerking berust op consensus en op een vrijwillige toepassing van de norm. De normen worden na vaststelling uitgegeven door de Europese normalisatie-instituten: CEN, CEN-ELEC en ETSI(9). Deze zijn onafhankelijke, privaatrechtelijke organisaties. In dit geding heeft de Stichting benadrukt dat, voor zover de kosten van deze organisaties niet door subsidies worden gedekt, zij voor het voortzetten van hun activiteiten zijn aangewezen op de inkomsten uit hun auteursrecht op de normalisatienormen.

3.6. In beginsel is het mogelijk een normalisatienorm of gedeelte daarvan integraal over te nemen (te 'incorporeren') in de tekst van nieuwe regelgeving van overheidswege, zowel op nationaal als op Europees niveau. Deze werkwijze heeft echter het nadeel dat de desbetreffende voorschriften daardoor erg lang en moeilijk leesbaar worden. Een nog belangrijker bezwaar tegen deze werkwijze is dat technische ontwikkelingen dikwijls elkaar snel opvolgen. Een wettelijk voorschrift waarin een technische norm geïncorporeerd is, kan op het tijdstip van inwerkingtreding alweer verouderd zijn. Om deze reden is het voor een nationale of Europese regelgever aantrekkelijker naar een technische norm te verwijzen. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen een statische verwijzing (naar één bepaalde versie van de norm: doorgaans de versie zoals die op een bepaalde datum luidt) en een dynamische verwijzing (naar een met een nummer aangeduide norm, met inbegrip van eventuele veranderingen die in de toekomst in de norm kunnen worden aangebracht). Tegen een dynamische verwijzing is rechtsstatelijk het bezwaar in te brengen dat de wetgever daarmee de vaststelling van de regel uit handen geeft(10).

3.7. De methode van regelgeving waarbij technische normen niet integraal in de regeling worden overgenomen (geïncorporeerd), maar wordt volstaan met een verwijzing daarnaar, is ingezet in 1985. Zij werd destijds aangeduid als "de Nieuwe Aanpak". In een witboek van de Europese Commissie (1985) is deze toegelicht als volgt:

"Zo heeft de gewoonte om uitvoerige technische specificaties in de richtlijnen op te nemen tot grote vertragingen geleid wegens de in de Raadsbesluiten vereiste eenparigheid. Voortaan zal in die sectoren waar handelsbarrières worden opgeworpen door gerechtvaardigde verschillen in nationale wetgevingen betreffende de gezondheid en veiligheid van de burgers en de bescherming van de consument, en milieu, de harmonisering van de wetgeving moet worden beperkt tot het vaststellen van basiseisen, waaraan moet worden voldoen voor het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap. Het vaststellen van de technische specificaties van producten die geacht worden aan de wettelijke eisen te voldoen zal geschieden door middel van Europese normen die worden uitgevaardigd door de Europese Commissie voor Normalisatie (CEN) of door sectorgebonden Europese normalisatieorganisaties op het gebied van elektriciteit en bouw zoals CENELEC, UEATC of RILEM die met gekwalificeerde meerderheid van stemmen besluiten."(11)

3.8. In een Resolutie van de Raad van 7 mei 1985 betreffende een nieuwe aanpak op het gebied van de technische harmonisatie en normalisatie(12) zijn vier beginselen neergelegd, waaruit tevens het verschil tussen voorschriften en normalisatienormen blijkt:

" - de harmonisatie van de wetgevingen is beperkt tot de aanneming, door middel van op artikel 100 van het EEG-Verdrag gebaseerde richtlijnen, van de belangrijkste veiligheidsvoorschriften (of andere voorschriften van algemeen belang) waaraan de op de markt gebrachte producten moeten voldoen om in de Gemeenschap in het vrije verkeer te kunnen worden gebracht,
- het is de taak van de op het gebied van de industriële normalisatie bevoegde organen om, rekening houdende met de stand van de techniek, de technische specificaties op te stellen die het bedrijfsleven nodig heeft om producten te vervaardigen en op de markt te brengen die aan de in de richtlijnen vastgestelde fundamentele voorschriften voldoen,

- deze technische specificaties zijn niet bindend en behouden hun karakter van facultatieve normen,
- maar tegelijkertijd is de overheid verplicht aan de conform de geharmoniseerde normen (of voorlopig conform nationale normen) vervaardigde producten het vermoeden te verbinden dat deze producten voldoen aan de "fundamentele voorschriften" die in de richtlijn werden vastgesteld (hetgeen betekent dat het de producent vrijstaat niet conform de normen te produceren maar dat hij in dat geval zelf het bewijs moet leveren dat zijn producten voldoen aan de fundamentele voorschriften van de richtlijn)."

3.9. Later is in een Resolutie van de Raad van 18 juni 1992, betreffende de rol van Europese normalisatie in de Europese economie(13), gewezen op het belang van een samenhangend Europees normalisatiestelsel dat door en voor de betrokken partijen is georganiseerd. Kenmerkend voor normalisatienormen is derhalve de wijze waarop deze technische normen in onderling overleg tot stand komen en dat zij vrijwillig door de betrokkenen worden aanvaard(14).

3.10. Tot slot wordt vermeld dat de Europese Commissie in 2011 haar visie op de toekomst van Europese normen heeft uiteengezet(15). In dit document werd de volgende omschrijving gebruikt, die ook weer duidt op het vrijwillige karakter van normen:

"Normen zijn vrijwillige documenten met technische of kwalitatieve voorschriften waaraan bestaande of toekomstige producten, productieprocessen, diensten of methoden kunnen voldoen. Zij zijn het resultaat van vrijwillige samenwerking tussen bedrijven, overheden en andere belanghebbende partijen in een systeem dat op openheid, transparantie en consensus berust."

3.11. Op mondiaal niveau is de International Organization voor Standardization (ISO) de grootste aanbieder van normalisatienormen. ISO is een non-gouvernementele organisatie, gevestigd in Genève. Zij vormt een netwerk tussen de aangesloten nationale normalisatie-instituten met als doel het ontwikkelen en publiceren van internationale normalisatienormen. Het proces waarbij deze normen tot stand komen is ook bij de ISO gebaseerd op vrijwilligheid en consensus. De tot stand gekomen ISO-normen kunnen door de aangesloten normalisatie-instituten worden uitgegeven of worden opgenomen in een nationale norm (in Nederland: als NEN-ISO-norm).

3.12. In de Richtlijn 98/34 EG(16), die hiervoor al even ter sprake kwam, wordt onderscheid gemaakt tussen "normen" en "technische voorschriften". In artikel 1, lid 4, is de volgende definitie van een "norm" gegeven:

"een technische specificatie die door een erkende instelling met normatieve activiteiten voor herhaalde of voortdurende toepassing is goedgekeurd, waarvan de inachtneming niet verplicht is en die tot een van de volgende categorieën behoort:

- een internationale norm, zijnde een norm die door een internationale normalisatie-instelling wordt aangenomen en ter beschikking van het publiek wordt gesteld;
- een Europese norm, zijnde een norm die door een Europese normalisatie-instelling wordt aangenomen en ter beschikking van het publiek wordt gesteld;
- een nationale norm, zijnde een norm die door een nationale normalisatie-instelling wordt aangenomen en ter beschikking van het publiek wordt gesteld;"

3.13. Art. 1, lid 9, van deze Richtlijn geeft de volgende omschrijving van een "technisch voorschrift":

"een technische specificatie of andere eis, met inbegrip van de erop toepasselijke bestuursrechtelijke bepalingen die de jure of de facto moeten worden nageleefd voor de verhandeling of het gebruik in een lidstaat of in een groot deel van die lidstaat, alsmede de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, behoudens die bedoeld in artikel 10, van de lidstaten waarbij de vervaardiging, de invoer, de verhandeling of het gebruik van een product wordt verboden.

De facto technische voorschriften zijn met name:

- wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat die hetzij verwijzen naar technische specificaties of andere eisen, hetzij naar beroepscode of naar codes voor goede praktijken die zelf verwijzen naar technische specificaties of andere eisen en waarvan de naleving een vermoeden geeft met de voorschriften welke bij deze wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn vastgesteld, in overeenstemming te zijn;
- vrijwillige overeenkomsten waarbij de overheid partij is en die in het algemeen belang gericht zijn op de naleving van technische specificaties of andere eisen, met uitsluiting van bestekken voor overheidsopdrachten;
- technische specificaties of andere eisen die verbonden zijn met het verbruik van producten beïnvloedende fiscale of financiële maatregelen doordat die maatregelen naleving van die technische specificaties of andere eisen aanmoedigen; hieronder vallen niet de met de nationale stelsels van

sociale zekerheid verbonden technische specificaties of andere eisen."

3.14. Het Bouwbesluit 2003 verwijst op diverse plaatsen naar de Richtlijn bouwproducten(17). Ook deze richtlijn maakt een onderscheid tussen technische voorschriften en normen. De considerans van deze richtlijn zegt over "normen" dat deze door particuliere instanties worden opgesteld en dus niet bindende teksten moeten blijven.

Verwijzingen in het Bouwbesluit naar NEN-normen

3.15. Artikel 1b van de Woningwet, dat betrekking heeft op voorschriften betreffende het bouwen en de staat van bestaande bouwwerken en standplaatsen, bevat algemene verboden, waarop uitzonderingen mogelijk zijn voor zover daarbij wordt voldaan aan de van toepassing zijnde voorschriften. De artikelen 2 en 3 van de Woningwet bepalen, voor zover hier van belang:

Artikel 2

1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden uit het oogpunt van veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en milieu technische voorschriften gegeven omtrent het bouwen van woningen en andere gebouwen.
2. Bij of krachtens de in het eerste lid bedoelde algemene maatregel van bestuur worden voorts uit het oogpunt van veiligheid, gezondheid en bruikbaarheid voorschriften gegeven omtrent de staat van bestaande woningen en van bestaande andere gebouwen.
3. Bij of krachtens de in het eerste lid bedoelde algemene maatregel van bestuur worden voorts uit het oogpunt van veiligheid, gezondheid en milieu technische voorschriften gegeven omtrent het bouwen van bouwwerken, geen gebouw zijnde.
4. Bij of krachtens de in het eerste lid bedoelde algemene maatregel van bestuur worden voorts uit het oogpunt van veiligheid en gezondheid technische voorschriften gegeven omtrent de staat van bestaande bouwwerken, geen gebouw zijnde.
- 5 e.v. (...)

Artikel 3

Bij of krachtens de in artikel 2 bedoelde algemene maatregel van bestuur kan worden verwezen naar:
a. normen of delen van normen en
b. kwaliteitsverklaringen.

Het begrip "norm" is in art. 1, lid 1, onder h, Woningwet omschreven als: "een document, uitgegeven door een deskundig, onafhankelijk instituut, waarin wordt omschreven aan welke eisen een bouw materiaal, bouwdeel of bouwconstructie moet voldoen dan wel waarin een omschrijving wordt gegeven van een keurings-, meet- of berekeningsmethode".

3.16. De Woningwet(18) is in 1988 herzien. In de memorie van toelichting bij het voorstel tot herziening is als bedoeling opgenomen:

"Ten aanzien van normen en kwaliteitsverklaringen is in het actieprogramma voorgesteld in de Woningwet een regeling te treffen die er in voorziet, dat bij of krachtens het Bouwbesluit normen of delen daarvan kunnen worden aangewezen die bij het bouwen moeten worden toegepast en dat kwaliteitsverklaringen kunnen worden aangewezen op basis waarvan bouwmaterialen of bouw delen worden geacht te voldoen aan het gestelde ter zake in het Bouwbesluit. De hoofdgedachte van dit beleidsvoornemen is, dat door het aanwijzen van normen of normdelen of kwaliteitsverklaringen uniformering wordt bewerkstelligd in de toepassing van normen of normdelen en, indien van aangewezen kwaliteitsverklaringen gebruik wordt gemaakt, uniformering in de toepassing van gekwalificeerde bouwproducten. Bovendien bewerkstelligt aanwijzing in vorenbedoelde zin een aanzienlijke vereenvoudiging van enerzijds de bouwvoorschriften op zichzelf en anderzijds de in het kader van de verlening van een bouwvergunning te verrichten toetsing van bouwplannen aan die voorschriften. (...)

Wat betreft aan te wijzen normen kan onder meer worden gedacht aan de normen, die door het Nederlands Normalisatie-Instituut (NNI) worden uitgegeven."

3.17. Met betrekking tot artikel 3 in het bijzonder werd opgemerkt:

"Dit artikel biedt de grondslag voor het bij (of krachtens) het Bouwbesluit verwijzen naar de in dit artikel genoemde documenten. Een dergelijke verwijzing heeft tot gevolg, dat een langs privaatrechtelijke weg tot stand gekomen document een publiekrechtelijk, algemeen geldend karakter

krijgt.

Het verwijzen naar de in het eerste lid, onder a, bedoelde documenten heeft tot resultaat, dat bij het bouwen moet worden voldaan aan de in die normen gestelde eisen. Dit betekent, dat die eisen niet in het Bouwbesluit behoeven te worden gegeven dan wel dat die eisen in de plaats treden van in het Bouwbesluit gegeven voorschriften. In dit kader kan onder meer worden gedacht aan Nederlandse normen (NEN), die door het Nederlandse Normalisatie Instituut (NNI) worden uitgegeven. Met dit instituut zal ingevolge het derde lid overleg worden gevoerd voordat tot verwijzing naar enige vorm wordt overgegaan. Dit overleg heeft ten doel dat de inhoud van de desbetreffende normen is afgestemd op enerzijds de uitgangspunten en anderzijds de vormgeving van het Bouwbesluit. "(19)

3.18. In de memorie van antwoord bij hetzelfde wetsvoorstel werd over het verwijzen naar normalisatienormen opgemerkt:

"In de huidige normen zijn vaak niet alleen technische eisen vervat, maar ook administratieve, organisatorische en andersoortige bepalingen. Krachtens de herziene Woningwet mag het Bouwbesluit alleen verwijzen naar de technische eisen van een norm. Om die reden moet de mogelijkheid bestaan ook naar normdelen te verwijzen. Aangezien met het Nederlands Normalisatie-Instituut is overeengekomen dat de voor verwijzing in aanmerking komende normen zodanig zullen worden herzien dat de onderscheidene soorten eisen van een norm duidelijk herkenbaar zullen zijn, zal de regelgeving naar onze mening beter toegankelijk worden dan thans het geval is. Bovendien betekent het bij of krachtens het Bouwbesluit verwijzen naar een norm een versterking van de status van die norm, aangezien op die wijze de toepassing daarvan een publiekrechtelijk karakter krijgt, hetgeen betekent dat de toepassing van die norm kan worden afgedwongen."

(...)

"De voorschriften van het Bouwbesluit daarentegen zijn geformuleerd in de vorm van prestatie-eisen, hetgeen betekent dat zij wel de te leveren prestatie aangeven, maar niet de wijze waarop die prestatie moet worden bereikt. Dit laatste maakt het overbodig om de bevoegdheid tot het verlenen van vrijstelling op te nemen, aangezien het de aanvrager vrijstaat zelf te bepalen op welke wijze hij aan de gestelde prestatie wil voldoen. Daarnaast kent het Bouwbesluit de mogelijkheid dat, indien door plaatselijke omstandigheden, de aard van het bouwwerk of anderszins, niet aan de voorschriften van het Bouwbesluit kan worden voldaan, de aanvrager op andere wijze daaraan kan voldoen, mits de door hem gekozen oplossing wat betreft niveau ten minste gelijkwaardig is aan dat van de desbetreffende prestatie-eis. Deze systematiek van het Bouwbesluit biedt naar wij menen voldoende mogelijkheden om adequaat met de specifieke, bijzondere omstandigheden van een bouwplan rekening te houden. Gelet op het vorenstaande is de vrees van dit lid dat de uitweg van regeling krachtens het Bouwbesluit zal worden gezocht, ongegrond."(20)

3.19. De in artikel 2 van de Woningwet bedoelde AMvB is het Bouwbesluit 2003. Het Bouwbesluit 2003 geeft in de hoofdstukken 2 - 6 voorschriften: uit een oogpunt van veiligheid, van gezondheid, van bruikbaarheid, van energiezuinigheid en van milieubescherming. Artikel 1.3 van het Bouwbesluit 2003 bepaalt dat bij ministeriële regeling voorschriften kunnen worden gegeven omtrent de toepassing van een in dit besluit genoemde NEN. De bedoelde ministeriële regeling is de Regeling Bouwbesluit 2003 (21). In artikel 1.1 van het Bouwbesluit 2003 is NEN gedefinieerd als: een door de Stichting Nederlands Normalisatie-Instituut uitgegeven norm.

3.20. Tussen partijen wordt gestreden over de vraag of een verwijzing in het Bouwbesluit 2003 naar een NEN-norm (of een op grond van art. 1.4 Bouwbesluit daarvoor in de plaats tredende NEN-EN-norm) deze norm van kleur doet verschieten: van een norm die louter op basis van vrijwilligheid wordt toegepast, dus vrijblijvend is, naar een (juridisch althans de facto) dwingend gedragsvoorschrift. In deze discussie is van belang dat in art. 1.5 van het Bouwbesluit 2003 is de volgende gelijkwaardigheidsbepaling is opgenomen:

"Aan een in het tweede tot en met zesde hoofdstuk gesteld voorschrift dat moet worden toegepast om te voldoen aan een met betrekking tot een bouwwerk of een gedeelte daarvan gestelde eis, behoeft niet te worden voldaan, voorzover anders dan door toepassing van dat voorschrift het bouwwerk of het betrokken gedeelte daarvan ten minste dezelfde mate van veiligheid, bescherming van de gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en bescherming van het milieu biedt, als is beoogd met het betrokken voorschrift."

Bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften

3.21. De artikelen 88 en 89 van de Grondwet bepalen, voor zover hier van belang:

Art. 88:

De wet regelt de bekendmaking en de inwerkingtreding van de wetten. Zij treden niet in werking voordat zij zijn bekendgemaakt.

Art. 89:

(...)

3. De wet regelt de bekendmaking en de inwerkingtreding van de algemene maatregelen van bestuur. Zij treden niet in werking voordat zij zijn bekendgemaakt.

4. Het tweede en derde lid zijn overeenkomstige toepassing op andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.

3.22. De artikelen 3 en 4 van de Bekendmakingswet(22) dienen ter uitvoering van deze Grondwetsbepalingen. Zij houden in:

Artikel 3

De bekendmaking van:

- a. wetten,
- b. algemene maatregelen van bestuur en
- c. andere koninklijke besluiten waarbij algemeen verbindende voorschriften worden vastgesteld, geschiedt door plaatsing in het Staatsblad.

Artikel 4

De bekendmaking van:

- a. bij ministeriële regeling vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en
- b. de overige vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften, voor zover deze niet in het Staatsblad geplaatst dienen te worden, geschiedt door plaatsing in de Staatscourant.

3.23. Met betrekking tot het begrip 'algemeen verbindend voorschrift' is in de memorie van toelichting bij de Bekendmakingswet het volgende te vinden:

"Sinds het arrest van de Hoge Raad van 10 juni 1919 (NJ 647) en de naar aanleiding daarvan ontwikkelde rechtstheorie en -praktijk wordt onder wet in materiële zin verstaan een algemene, de burgers bindende regeling, die uitgaat van een orgaan dat de bevoegdheid daartoe ontleent aan de wet in formele zin. In de plaats van het begrip wet in materiële zin wordt in deze zin tegenwoordig meestal het begrip algemeen verbindend voorschrift gehanteerd, soms ook wel wettelijk voorschrift. Bij de vraag of men met zo'n voorschrift te maken heeft of niet, heeft men betrekkelijk weinig houvast aan de vorm waarin het gegoten is: weliswaar moet het schriftelijk zijn, maar het kan een wet in formele zin zijn, een algemene maatregel van bestuur, een klein koninklijk besluit, een ministeriële regeling of een besluit van een ander orgaan van de centrale overheid; en op het niveau van de lagere overheid kan het een provinciale of gemeentelijke verordening zijn, een verordening van een produktschap, en dergelijke. Wezenlijk is in ieder geval dat degene die het voorschrift vaststelt, de bevoegdheid daartoe aan de Grondwet of een andere wet in formele zin ontleent: is dat niet het geval, dan is het voorschrift als zodanig niet verbindend. Voor de overige elementen van het begrip algemeen verbindend voorschrift moet gekeken worden naar de inhoud ervan: het voorschrift moet algemeen zijn, en het moet bedoeld zijn om te "verbinden". Beleidsregels bij voorbeeld, ook wel pseudo-wetgeving genaamd, zijn wel algemeen, maar verbinden niet, aangezien de bevoegdheid tot vaststelling ervan niet uitdrukkelijk op een wet in formele zin berust (hoewel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met zich kunnen meebrengen dat beleidsregels voor het bestuursorgaan nagenoeg bindend zijn: zie J. H. van Kreveld, Beleidsregels in het recht, Deventer, 1983); beschikkingen daarentegen zijn wel verbindend, maar zijn weer niet algemeen. Er zijn twijfelgevallen voorstelbaar, waarvan het de vraag is of zij een algemeen verbindend voorschrift betreffen. De onderhavige wet beoogt daarvoor een praktische oplossing te bieden. De hier bedoelde gevallen, waar zich in de praktijk problemen zouden kunnen voordoen, zijn de ministeriële besluiten en besluiten van andere organen van de centrale overheid. Voorstelbaar is dat zo'n besluit zich richt tot een groep personen van zodanige samenstelling of omvang dat niet meteen duidelijk is of het een beschikking is waarop de bepalingen van deze wet niet van toepassing zijn -of een algemeen verbindend voorschrift. Wat ook het antwoord op die vraag is, zeker is dat het besluit ter kennis moet kunnen komen van alle personen tot wie het zich richt. In de onderhavige wet nu wordt voor de hier bedoelde algemeen verbindende voorschriften een bekendmakingsmogelijkheid geboden, die ook voor andere besluiten

van algemene strekking (zoals de uitdrukkelijke vaststelling van beleidsregels) en voor beschikkingen als hiervoor bedoeld gebruikt zou kunnen worden: de keuze namelijk tussen plaatsing in de Staatscourant en plaatsing in een ander geschrift. Zie de artikelen 4 en 5, en de toelichting op de wijze van bekendmaking. Dit alles neemt uiteraard niet weg dat het vaststellend orgaan zich dient te realiseren of het een algemeen verbindend voorschrift vaststelt of niet, bij voorbeeld in verband met de mogelijke verschillen in totstandkoming en in de rechtsbescherming voor degenen die door het besluit getroffen worden. Uiteindelijk is echter, in een voorkomend geval, het rechterlijk oordeel doorslaggevend voor de vraag of een besluit de gepretendeerde status ook werkelijk heeft. Resumerend kan gesteld worden dat de onderhavige wet, overeenkomstig de opdracht van de grondwetgever, een regeling biedt, ten eerste voor alle wetten en algemene maatregelen van bestuur, waarbij het niet van belang is wat hun inhoud is, en ten tweede voor de overige besluiten van de centrale overheid, maar slechts voor zover het algemeen verbindende voorschriften betreft. Door die laatste beperking worden bij voorbeeld de grote groep van de benoemingen bij koninklijk besluit, de nog grotere groep van de ministeriele beschikkingen voor een concreet geval en de zogenaamde beleidsregels (pseudo-wetgeving) uitgezonderd van de hier geregelde publikatieplicht; regels daaromtrent zouden wellicht gesteld kunnen worden bij de komende wet inzake algemene regels van bestuursrecht."(23)

3.24. In het bijzonder met betrekking tot verwijzingen naar normen van normalisatie-instituten werd opgemerkt:

"Van bijlagen bij een algemeen verbindend voorschrift, waarnaar meestal in datzelfde voorschrift zal moeten worden verwezen, moet worden onderscheiden de situatie dat in een algemeen verbindend voorschrift wordt verwezen naar een geheel ander stuk. Het kan daarbij zowel om overheidspublicaties als om bijvoorbeeld normen van particuliere normalisatie instituten gaan. Ook al wordt door zo'n verwijzing het desbetreffende document of de desbetreffende norm op zichzelf genomen nog geen vanwege het Rijk vastgesteld algemeen verbindend voorschrift, het gaat op enigerlei wijze wèl deel uitmaken van het recht dat voor belanghebbenden kenbaar moet kunnen zijn. Daarvoor is vereist dat bij verwijzing vermeld wordt wat de vindplaats van het document of van de norm is." (24)

3.25. In de s.t. namens de Staat is erop gewezen dat de Nederlandse regering al vóór dit geding het standpunt heeft ingenomen dat een verwijzing in een wettelijk voorschrift naar een NEN-norm niet meebrengt dat de aldus verwezen NEN-norm zélf een 'algemeen verbindend voorschrift' in de zin van de Bekendmakingswet wordt. Op een vraag vanuit de Tweede Kamer is geantwoord:

"(...) De aangehaalde wetsgeschiedenis maakt duidelijk dat door verwijzing de status van de norm als zodanig niet verandert, maar dat de inhoud van de norm tot het publiekrechtelijk domein gaat behoren. Het is dus niet zo dat er een nieuwe categorie van bindende voorschriften ontstaat (nog daargelaten dat in de meeste gevallen, zoals in het Bouwbesluit 2003, de verwijzende wettelijke voorschriften niet bindend zijn, maar slechts een resultaat aangeven dat ook langs andere weg dan het opvolgen van de in de norm aangegeven methode mag worden bereikt). Verwijzingen naar privaatrechtelijke normen verschillen wat dit betreft niet principieel van verwijzingen naar andere documenten die niet door de wetgever zelf zijn vastgesteld (...)."(25)

3.26. In HR 16 maart 1971 (LJN: AC5094), NJ 1971/261 m.nt. W.F. Prins, oordeelde de Hoge Raad kort samengevat dat het feit dat drie bijlagen bij het Reglement gevaarlijke stoffen slechts op bestelling en tegen betaling verkrijgbaar waren, niet eraan afdeed dat voldaan was aan de toen geldende regels omtrent de bekendmaking van algemene maatregelen van bestuur(26).

3.27. Aanwijzing 19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (www.overheid.nl) zegt over het begrip 'algemeen verbindend voorschrift':

"Als algemeen verbindend voorschrift, vastgesteld vanwege het Rijk, wordt beschouwd een naar buiten werkende algemene regel, vastgesteld bij of krachtens wet dan wel, in bijzondere gevallen, bij of krachtens zelfstandige algemene maatregel van bestuur.

Toelichting:

De in deze aanwijzing opgenomen omschrijving van het begrip algemeen verbindend voorschrift is gebaseerd op de huidige stand van de jurisprudentie.

Naast algemeen verbindende voorschriften behoren interne regels en beleidsregels tot de algemene regels, vastgesteld vanwege het Rijk. Interne regels ontberen het element "naar buiten werkende" van algemeen verbindende voorschriften. Zie voor de omschrijving van het begrip "beleidsregels" artikel 1:3, vierde lid, Awb. (...)

Volledigheidshalve zij vermeld dat algemeen verbindende voorschriften niet alleen van het Rijk afkomstig kunnen zijn. Zij kunnen ook zijn neergelegd in bindende EU-rechtshandelingen en besluiten van decentrale overheden en openbare lichamen als bedoeld in artikel 134 van de Grondwet."

3.28. Van de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn verder nog van belang:

Aanwijzing 91a:

"Verwijzing in een regeling naar toe te passen normalisatienormen geschiedt in beginsel op een niet-dwingende wijze.

Voorbeeld:

Artikel 4, eerste lid, van de Wet pleziervaartuigen:

Pleziervaartuigen, onderdelen van pleziervaartuigen, en voortstuwingsmotoren die overeenstemmen met de door Onze Minister aangewezen normen die overeenkomen met de geharmoniseerde normen, bedoeld in artikel 5 van de richtlijn, worden vermoed te voldoen aan artikel 3, tweede lid.

Zie ook de Regeling aanwijzing normen pleziervaartuigen.

Toelichting:

Wanneer het wenselijk is bij overheidsinterventie aan te sluiten bij het zelfregulerende vermogen van de maatschappij (...) kan dit bijvoorbeeld door in een regeling te verwijzen naar een norm die niet publiekrechtelijk van aard is.

Tot zulke normen van niet publiekrechtelijke aard behoren onder andere normalisatienormen. (...) Op normalisatienormen rust auteursrecht zodat zij alleen tegen betaling bij het normalisatie-instituut kunnen worden verkregen. Om die reden is het dwingend opleggen van dergelijke normen in regelgeving minder wenselijk. Dwingend opleggen van normalisatienormen past bovendien minder goed bij het vrijwillige karakter van normalisatie. In het algemeen heeft het toepasselijk maken van de norm op facultatieve basis dan ook de voorkeur. Dit kan in de vorm van een bewijsvermoeden waarbij het volgen van de norm het vermoeden oplevert dat aan de wettelijke eis is voldaan. Dit is bijvoorbeeld het geval in het systeem van de Europese richtlijnen conform de zogenoemde Nieuwe Aanpak.

In bepaalde gevallen legt de wetgever het volgen van een normalisatienorm dwingend op. Zo zijn er EU-richtlijnen, verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die de nationale wetgever daartoe verplichten. Dwingende verwijzing naar normalisatienormen komt verder bijvoorbeeld in aanmerking in geval van regelingen die zich richten tot overheidsinstanties en waarbij een exclusieve toepassing wenselijk is of in geval van strafrechtelijke handhaving, waarbij een duidelijke norm moet worden gesteld bijvoorbeeld met betrekking tot een toe te passen meetmethode. (...)"

Aanwijzing 92 onder 2:

"Indien een regeling verwijst naar normen die niet publiekrechtelijk van aard zijn, geschiedt de verwijzing in beginsel naar die normen zoals zij op een gegeven tijdstip luiden. Omvat de verwijzing mede latere wijzigingen, dan wordt tevens voorzien in mededeling van deze wijzigingen in de Staatscourant.

(...)

Toelichting:

(...) Bij normen die niet van publiekrechtelijke aard zijn, kan worden gedacht aan normalisatienormen en aan bepalingen die in het kader van zelfregulering tot stand zijn gebracht. Bij verwijzing naar dergelijke normen is een met de maatstaven van de Bekendmakingswet vergelijkbaar niveau van bekendmaking niet gegarandeerd. Daarom dient naar deze normen in het algemeen altijd statisch te worden verwezen."

Aanwijzing 190:

"Indien in een regeling normen die niet van publiekrechtelijke aard zijn van toepassing worden verklaard, wordt, tenzij de kenbaarheid van deze normen voor alle betrokkenen voldoende verzekerd is, bekendmaking van de normen in de Staatscourant voorgeschreven. Aanwijzing 188 is van overeenkomstige toepassing."

Discussie over de status van NEN-normen waarnaar in wetgeving verwezen wordt

3.29. Sedert de Nieuwe Aanpak in 1985 heeft het in overheidsregelgeving verwijzen naar normalisatienormen ook in de vakliteratuur geleid tot discussie over de vraag wat de juridische status

van de aldus 'verwezen' normen is. Uitgangspunt is dat normalisatienormen tot stand zijn gekomen op basis van consensus tussen vertegenwoordigers van belanghebbenden en dat de toepassing ervan is gebaseerd op vrijwilligheid(27). In 1987 heeft Snijders gesteld dat wettelijke voorschriften en technische normen een van elkaar onafhankelijk bestaan leiden. Hij maakte onderscheid, al naar gelang de vorm van de verwijzing en de mate waarin van een open of gesloten norm sprake is. Een facultatieve verwijzing, die slechts een bewijsvermoeden vestigt, achtte hij staatsrechtelijk toelaatbaar. Dit is anders bij een imperatieve verwijzing, die gegoten is in een zodanige formulering dat een privaat (normalisatie-)instituut in feite bepaalt hoe een producent heeft te handelen(28).

3.30. In 1995 kwam Stuurman tot de bevinding dat technische normen als zodanig weliswaar geen rechtsnormen zijn, maar door incorporatie of door verwijzing daarnaar in regelgeving wel een juridische gelding kunnen krijgen(29). Hij wees daarbij op het verschil tussen incorporatie van normalisatienormen en verwijzing naar normalisatienormen in overheidsregelgeving. Het systeem van verwijzingen, de Nieuwe Aanpak, wordt ervaren als flexibel en efficiënt. Er kan onderscheid worden gemaakt tussen statische, dynamische en open verwijzingen. Bij een open verwijzing wordt verwezen naar technische normen zonder vermelding van titel of nummer(30).

3.31. In 1998 heeft Elferink meer specifiek de problematiek van verwijzingen in bouwregelgeving naar normalisatienormen aan de orde gesteld. Elferink was, kort gezegd, van mening dat door een statische of dynamische verwijzing in een publiekrechtelijke regeling naar NEN-normen deze, van oorsprong private normen een publiekrechtelijk karakter krijgen. Als gevolg van de verwijzing verkrijgt de desbetreffende NEN-norm het karakter van een 'algemeen verbindend voorschrift'(31). Daaraan verbond zij de gevolgtrekking dat NEN-normen waarnaar in publiekrechtelijke regelgeving wordt verwezen, overeenkomstig de bepalingen van de Bekendmakingswet behoren te worden bekendgemaakt; zij achtte een terinzagelegging van de normen bij het Nederlands Normalisatie-Instituut niet voldoende. Indien in regelgeving naar NEN-normen wordt verwezen zonder dat die verwezen normen overeenkomstig de Bekendmakingswet zijn bekend gemaakt, is de desbetreffende regel volgens haar niet in werking getreden(32).

3.32. Naar aanleiding van het proefschrift van Elferink zijn vanuit de Tweede Kamer vragen gesteld. De minister heeft geantwoord dat het Bouwbesluit op de voorgeschreven wijze is gepubliceerd in het Staatsblad. De minister was van oordeel dat een normalisatienorm waarnaar in een algemeen verbindend voorschrift wordt verwezen door die verwijzing nog geen "vanwege het Rijk vastgesteld algemeen verbindend voorschrift" wordt en leidde hieruit af dat de Bekendmakingswet niet van toepassing is op de bekendmaking van deze normen(33).

3.33. Elferink heeft vervolgens betoogd dat een normalisatienorm wordt bepaald door haar inhoud. De norm waarnaar een wettelijke regeling verwijst wordt in haar opvatting een bestanddeel van de wettelijke regeling waarin de verwijzing heeft plaatsgevonden. Daarmee verandert ook de juridische status van de desbetreffende norm(34). Haar opvatting is tegengesproken door Evers: wanneer in een algemeen verbindend voorschrift wordt verwezen naar de inhoud van een normdocument, betekent dit volgens hem nog niet dat die norm zelf tot een algemeen verbindend voorschrift is geworden. Evers is van mening dat, als gevolg van de verwijzing, de wetgever verantwoordelijk wordt voor de opname van de inhoud van de norm in de wettelijke regeling, maar dat dit de status van het normdocument niet verandert(35).

3.34. In 2001 heeft Scholten betoogd dat door de verwijzing in het Bouwbesluit naar NEN-normen, waarmee kan worden aangetoond dat aan de prestatie-eisen in het Bouwbesluit is voldaan, deze normen op grond van art. 3 Woningwet een publiekrechtelijke status kunnen verkrijgen(36). In dezelfde lijn ligt een publicatie van Van Ommeren(37).

3.35. In 2001 initieerde de minister van Economische Zaken het project "Kenbaarheid van normen en normalisatietrajecten"(38). De hoofddoelstellingen waren: het verlagen van de drempels voor deelname aan normalisatieprocessen en de verbetering van de vindbaarheid en toepasbaarheid van normen. Research voor Beleid heeft onderzoek gedaan en rapport uitgebracht op 12 mei 2004. Aanbeveling 6 hield in dat de overheid de beschikbaarheid van normen waarnaar in publiekrechtelijke regelgeving wordt verwezen dient te verbreden door publicatie op het internet, teneinde gratis de toegankelijkheid van normen voor het publiek te vergroten. Het rapport nam afstand van de opvatting dat NEN-normen waarnaar in overheidsregelgeving verwezen is geen 'algemeen verbindende

voorschriften zijn'. Daarbij werd het argument gebruikt dat moeilijk kan worden volgehouden dat de toepassing van normen waarnaar in regels van overheidswege verwezen is, volledig op basis van vrijwilligheid geschiedt. In zijn reactie op dit rapport bleef de minister echter bij het standpunt, dat een normalisatienorm niet een 'algemeen verbindend voorschrift' wordt door het feit dat in publiekrechtelijke regelgeving wordt verwezen naar die norm(39).

Rechtspraak van de bestuursrechter hierover

3.36. In een vonnis van 6 juli 2009 (LJN: BJ2496) heeft de rechtbank te Utrecht, sector bestuursrecht, zich aangesloten bij het oordeel van de rechtbank te 's-Gravenhage in de onderhavige zaak. De rechtbank te 's-Hertogenbosch overwoog op 5 februari 2010 dat de voorschriften van het Bouwbesluit, waar deze verwijzen naar NEN-normen, moeten worden aangemerkt als een 'algemeen verbindend voorschrift'. Anders dan de rechtbank te 's-Gravenhage, was zij van oordeel dat de omstandigheid dat de NEN-normen niet overeenkomstig de bepalingen van de Bekendmakingswet bekend zijn gemaakt, aan het voorschrift niet het verbindende karakter ontnemt(40).

3.37. Op 2 februari 2011 (LJN: BP2750) heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State de uitspraak van de bestuursrechter te 's-Hertogenbosch met verbetering van gronden bevestigd. De Afdeling Bestuursrechtspraak was van oordeel dat, voor zover in het Bouwbesluit daarnaar wordt verwezen, NEN-normen weliswaar de burgers bindende regels zijn, maar geen vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften. Om die reden zijn art. 89 Grondwet en de Bekendmakingswet niet van toepassing zijn op de bekendmaking daarvan. De Afdeling Bestuursrechtspraak overwoog:

"2.4.3. Algemeen verbindende voorschriften als bedoeld in artikel 89, vierde lid, van de Grondwet zijn naar buiten werkende, de burgers bindende regels, die uitgaan van een orgaan dat de bevoegdheid daartoe aan de wet in formele zin ontleent (Memorie van Toelichting bij de Bekendmakingswet, Kamerstukken II, 1985/86, 19 583, nr. 3, p. 3).

Uit de tekst van artikel 3 van de Woningwet en uit de Memorie van Toelichting bij de Herziening van de Woningwet (Kamerstukken II, 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 38) blijkt niet dat met het noemen van normen of deelnormen is beoogd de privaatrechtelijke organisatie die de NEN-normen opstelt aan te wijzen als orgaan dat bevoegd is tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. Evenmin blijkt dat uit de op artikel 3 van de Woningwet gegronde verwijzing naar de NEN-normen in afdeling 2.13 van het Bouwbesluit 2003. Voorts blijkt uit de enkele verwijzing naar normen in de Woningwet en naar NEN-normen in het Bouwbesluit 2003 niet dat beoogd is een vaststelling van die normen te laten plaatsvinden vanwege het Rijk. NEN-normen zijn en blijven door een privaatrechtelijke organisatie vastgestelde regels.

Voor deze conclusie wordt steun gevonden in de hiervoor genoemde Memorie van Toelichting bij de Bekendmakingswet, waarin op p. 5 wordt gewezen op de situatie dat in een algemeen verbindend voorschrift wordt verwezen naar een geheel ander stuk. Daarover wordt in die toelichting het volgende opgemerkt: "Het kan daarbij zowel om overheidspublicaties als om bijvoorbeeld normen van particuliere normalisatie-instituten gaan. Ook al wordt door zo'n verwijzing het desbetreffende document of de desbetreffende norm op zichzelf genomen nog geen 'vanwege het Rijk vastgesteld algemeen verbindend voorschrift', het gaat op enigerlei wijze wél deel uitmaken van het recht dat voor belanghebbenden kenbaar moet kunnen zijn. Daarvoor is vereist dat bij de verwijzing vermeld wordt wat de vindplaats van het document of van de norm is."

Het voorgaande leidt ertoe dat NEN-normen, voor zover daarnaar in het Bouwbesluit 2003 wordt verwezen, niet kunnen worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften die vanwege het Rijk zijn vastgesteld.

2.4.4. Omdat NEN-normen, voor zover daarnaar in het Bouwbesluit 2003 wordt verwezen, geen vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften als bedoeld in artikel 89, vierde lid, van de Grondwet zijn, is artikel 89 van de Grondwet noch de Bekendmakingswet van toepassing op de bekendmaking daarvan. Aan de vraag of de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat artikel 3 van de Woningwet een wijze van bekendmaking regelt die afwijkt van hetgeen in de Bekendmakingswet is bepaald, wordt derhalve niet toegekomen.

2.4.5. Dat NEN-normen, voor zover daarnaar in het Bouwbesluit 2003 wordt verwezen, geen vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften als bedoeld in artikel 89, vierde lid, van de Grondwet zijn, neemt niet weg dat de kenbaarheid daarvan niettemin verzekerd dient te zijn, daar

deze NEN-normen door de verwijzing ernaar in het Bouwbesluit 2003 wel naar buiten werkende, de burgers bindende regels zijn. De wetgever heeft door middel van artikel 3 van de Woningwet de bindende kracht van deze normen bepaald. Blijkens de Memorie van Toelichting bij dit artikel 3 (Herziening van de Woningwet, Kamerstukken II, 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 38) moet aan de in die normen gestelde eisen bij het bouwen worden voldaan. Aan de vereiste kenbaarheid, welke eis ook blijkt uit aanwijzing 190 van de Aanwijzingen voor de regelgeving en de bij die aanwijzing behorende toelichting, kan op verschillende manieren worden voldaan.

2.4.6. De kenbaarheid is in ieder geval verzekerd als de bekendmaking van deze normen geschiedt op een wijze als voorzien voor algemeen verbindende voorschriften in de Bekendmakingswet, te weten bekendmaking in de Staatscourant. Aanwijzing 190 van de Aanwijzingen voor de regelgeving gaat daarvan ook uit. De kenbaarheid is evenwel ook voldoende verzekerd als deze normen zonder belemmering door een ieder kunnen worden geraadpleegd. De kenbaarheid van NEN-normen voor bouwers, architecten, installateurs en andere bij de bouw direct betrokkenen is voldoende verzekerd, nu zij de NEN-normen tegen redelijke betaling kunnen aanschaffen. Voor burgers zal de koopprijs wellicht een belemmering vormen om daarvan kennis te nemen. Naar het oordeel van de Afdeling is de kenbaarheid ook voor de burger voldoende verzekerd als de NEN-normen voor de burger ter inzage liggen en zonder belemmering geraadpleegd kunnen worden. Voor dit oordeel heeft de Afdeling aansluiting gezocht bij de mogelijkheid die de Bekendmakingswet biedt om een bijlage bij een algemeen verbindend voorschrift onder omstandigheden bekend te maken door terinzagelegging. Zoals ter zitting door het college onweersproken is gesteld en wordt bevestigd in het arrest van het gerechtshof 's-Gravenhage van 16 november 2010 in zaak nrs. 200.029.693/01 en 200.031.136/01 - waarin de tegen het vonnis van 31 december 2008 ingestelde hoger beroepen zijn behandeld - vindt terinzagelegging van de NEN-normen feitelijk plaats in de bibliotheek van het Nederlands Normalisatie Instituut waar belangstellenden van de NEN-normen kunnen kennis nemen. De Afdeling gaat daarbij uit van de niet onredelijke veronderstelling dat voor de burger voldoende kenbaar is of kan zijn dat deze normen aldaar kunnen worden ingezien, voor zover deze niet al bij de gemeente zelf kunnen worden ingezien.

Onder deze omstandigheden zijn de NEN-normen die zien op de beperking van uitbreiding van brand als vermeld in afdeling 2.13 van het Bouwbesluit 2003, voldoende kenbaar en konden deze derhalve door het college aan [appellante] als bindend worden tegengeworpen. Dit leidt tot het oordeel dat de rechtbank terecht, zij het op andere gronden, tot de conclusie is gekomen dat de in de procedure van belang zijnde NEN-normen verbindend moeten worden geacht. Het betoog faalt."(41)

3.38. De uitspraak kwam niet als een verrassing. Op 13 augustus 2008(42) had de Afdeling Bestuursrechtspraak reeds overwogen:

"Anders dan [appellant] en anderen betogen, zijn de NEN-normen, AI-bladen en CPR-richtlijnen waarnaar in de vergunningvoorschriften is verwezen, geen wettelijke voorschriften. Voor genoemde publicaties geldt geen wettelijk voorgeschreven bekendmaking. Voorts is het niet in strijd met enige rechtsregel dat het college een vergoeding vraagt voor het verstrekken van een afschrift van die publicaties die niet via openbare bronnen zijn te raadplegen. De beroepsgrond faalt." (43)

Auteursrechtelijke aspecten van normalisatienormen

3.39. Normdocumenten kunnen als 'werk' in de zin van de Auteurswet auteursrechtelijke bescherming genieten. Het auteursrecht berust bij het normalisatie-instituut dat de normen heeft uitgegeven. De auteursrechtelijke vergoeding wordt gevraagd voor het ter beschikking stellen van het normdocument en dient (naast eventuele andere middelen) ter financiering van de werkzaamheden van het normalisatie-instituut. Dat de Stichting zich haar auteursrecht voorbehoudt wanneer zij een normblad (tegen betaling) aan anderen ter beschikking stelt, betekent dat zij verdere openbaarmaking en vervoelvoudiging verbiedt(44). Er wordt geen vergoeding gevraagd voor het enkele gebruik van de norm. Afgezien van de discussie over de vraag of art. 11 Auteurswet van toepassing is, is wat betreft de nationale NEN-normdocumenten tussen partijen niet in geschil dat het auteursrecht toekomt aan de Stichting. Het praktisch belang van Knooble bij dit onderdeel van haar vordering is, dat zij de tekst van het Bouwbesluit met inbegrip van de verwezen NEN-normen op haar website wil kunnen publiceren(45).

3.40. Het auteursrecht op de normdocumenten die zijn uitgegeven door CEN/CEN-ELEC berust bij die

instellingen. Nationale normalisatie-instellingen die zijn aangesloten bij het CEN behoren dit auteursrecht in acht te nemen wanneer zij de Europese normen in hun publicaties opnemen. Artikel 4 van de "Guidelines for the distribution and sales of CEN/CENELEC publications" bepaalt hierover:

"4 Copyright exploitation rights

Copyright exploitation rights in Publications are assigned to CEN-CENELEC and their Members by all the participants in their drafting.

4.1 Protecting CEN-CENELEC copyright

Exploitation of the copyright in Publications is fundamental to the maintenance of the CEN-CENELEC-system.

Members shall ensure that all Publications carry an appropriate copyright statement safeguarding the CEN-CENELEC copyright.

It is a fundamental obligation of Members to take all reasonable measures, and take all such action as may be allowed by their national laws, to prevent the misuse or infringement of the CEN-CENELEC copyright in their national territories.

(...)

4.2 Members' copyright exploitation rights

Members have, within their own territory, the right to distribute, sub-distribute, adjust, translate, rent, lend, derive revenue from duplication and loan, communicate to the public in total or in part, in summary or with comments, transfer all exploitation licences and authorize all sub-licences and otherwise exploit the Publications and their national implementations.

These exploitation rights cover all languages and all forms of exploitation known at present.

These rights may be shared with other organizations, such as ISO or IEC, in accordance with the agreements that may from time to time exist between CEN-CENELEC and those organizations. CEN-CENELEC shall ensure that the terms of any such agreements do not infringe the sales and distribution rights set out in this Guide, except as may be authorized by their respective Administrative Boards.

Members shall exercise these rights in accordance with the provisions of this Guide and in a way that protects the integrity and value of the Publications, safeguards the interests of other Members and recognizes the value of the intellectual property that they contain and the costs to the CEN-CENELEC system of its development and maintenance.

In particular, Members shall not make Publications, including national implementations and definitive language versions, available free of charge to general users without the specific approval of the Administrative Boards of CEN and/or CENELEC." (46)

3.41. Een aantal normen uitgegeven door ETSI is te downloaden. Het CEN heeft aangegeven dat de Europese normen die worden uitgegeven door CEN en CEN-ELEC niet gratis beschikbaar worden gesteld, omdat deze instituten afhankelijk zijn van de opbrengst om hun normalisatie-activiteiten te financieren(47).

3.42. In de brief van 30 juni 2011, reeds aangehaald, heeft de minister over de aanbeveling om normen waarnaar in publiekrechtelijke regelgeving verwezen is kosteloos aan het publiek ter beschikking te stellen, het volgende opgemerkt:

"Het platform Kenbaarheid beveelt aan dat 'verwezen normen' kosteloos ter beschikking dienen te worden gesteld. De mogelijkheid hier invulling aan te geven is door het kabinet verkend. Gebleken is dat internationale normen niet eenzijdig door de Nederlandse overheid kosteloos ter beschikking kunnen worden gesteld. De reden hiervoor is dat op Europees en wereldniveau de rechten op een norm bij het internationale normalisatie-instituut en de betrokken normalisatie-instellingen gezamenlijk berust. Dit auteursrecht moet de Nederlandse overheid uiteraard respecteren. Met betrekking tot de kenbaarheid van nationale normen vindt het kabinet het passend een onderscheid te maken naar gelang de rol die een norm in de wetgeving speelt. Het beleid van de overheid is er op gericht dat het toepassen van normen vrijwillig is. Hiermee blijven de voordelen die gepaard gaan met normalisatie als zelfregulering behouden. Er dient dan ook zoveel mogelijk op niet-dwingende wijze naar normen te worden verwezen. Het kabinet zal een traject in gang zetten om overbodig geachte dwingende verwijzingen om te zetten in verwijzingen op basis van bewijsvermoeden. Het kabinet streeft ernaar de overbodig geachte dwingende verwijzingen voor 1 januari 2014 om te zetten. Bij verwijzingen op basis van bewijsvermoeden blijft er ruimte voor alternatieve en innovatieve oplossingen. De normadressaat is niet verplicht een norm aan te schaffen. Hij kan ook op alternatieve

wijze aan de wetgeving voldoen. Besluit de normadressaat toch om de norm aan te schaffen, dan koopt hij daarmee kennis in waar hij bij zijn bedrijfsvoering gebruik van kan maken en zijn voordeel mee kan doen. Daarom acht het kabinet het gerechtvaardigd het profijtbeginsel toe te passen indien op basis van bewijsvermoeden naar een norm wordt verwezen. Een potentiële gebruiker moet dan wel in staat zijn een weloverwogen beslissing voor de aankoop van een norm te kunnen nemen. Hiertoe is de website van NEN aangepast zodat normen op eenvoudige wijze te vinden zijn. De website van NEN geeft van veel normen kosteloos inzicht in het toepassingsgebied, de inhoud en een samenvatting. Als er dwingend naar een norm wordt verwezen, is er geen vrije keuze meer de norm al dan niet toe te passen. De norm moet worden ingezien om aan de wet te kunnen voldoen. Daarom zal het kabinet er bij inhoudelijk nieuwe regelgeving die op of na 1 januari 2012 in werking treedt voor zorgen dat indien hierin dwingend naar nationale normen wordt verwezen, deze normen vanaf inwerkingtreding van die regelgeving kosteloos beschikbaar zijn. Het vraagt zorgvuldigheid en daarmee tijd om de, ten tijde van het uitbrengen van deze kabinetsreactie, reeds bestaande regelgeving door te lichten en eventuele overbodig geachte dwingende verwijzingen om te zetten in verwijzingen op basis van bewijsvermoeden. Voor deze regelgeving geldt dat per 1 januari 2014 de nationale normen waar dan nog dwingend naar wordt verwezen vrij beschikbaar zullen worden gesteld. Hetzelfde geldt voor wetgeving die formeel (nog) niet van kracht is, maar zich ten tijde van het uitbrengen van deze kabinetsreactie in een vergevorderd stadium van ontwikkeling bevindt. Het gaat dan bijvoorbeeld om verwijzingen in ontwerp regelgeving die reeds ter consultatie is aangeboden, regelgeving die bij de Raad van State voorligt voor advies, wetsvoorstellen die door de Tweede Kamer zijn aanvaard en reeds vastgestelde regelgeving in afwachting van bekendmaking of inwerkingtreding. Ook voor deze normen geldt dat zij per 1 januari 2014 gratis ter beschikking worden gesteld. NEN heeft aangegeven, onder voorwaarden voor compensatie van gederfde inkomsten door de overheid, open te staan voor de kosteloze beschikbaarstelling van nationale normen waarvan NEN auteursrechthebbend is. Onderhandelingen met NEN zullen hierover worden gestart zodra inventarisatie heeft uitgewezen welke verwijzingen dwingend zijn en zullen blijven. Volledigheidshalve merk ik op dat dit het in paragraaf 5 beschreven standpunt van het kabinet over de verhouding van normen tot de Bekendmakingswet onverlet laat. Het kabinet zet zich er ook in Brussel voor in dat de Europese regelgeving geen dwingende verwijzingen bevat, dan wel dat de Europese normen waar deze regelgeving dwingend naar verwijst kosteloos beschikbaar komen."(48)

Art. 11 Auteurswet

3.43. Artikel 2 lid 4 van de Berner Conventie laat aan de lidstaten de vrijheid om de auteursrechtelijke bescherming van officiële documenten te regelen:

"It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the protection to be granted to official texts of a legislative, administrative and legal nature, and to official translations of such texts."

3.44. Artikel 11 van de Auteurswet luidt:

"Er bestaat geen auteursrecht op wetten, besluiten en verordeningen, door de openbare macht uitgevaardigd, noch op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen."

Aan artikel 11 ligt de gedachte ten grondslag dat de teksten daarvan gemeengoed behoren te zijn en dat daarom in beginsel vrijheid dient te bestaan ten aanzien van activiteiten ter verspreiding van die teksten onder het publiek(49).

3.45. De bepaling houdt verband met art. 15b Auteurswet:

"Als inbreuk op het auteursrecht op een door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt werk van letterkunde, wetenschap of kunst, waarvan de openbare macht de maker of rechtverkrijgende is, wordt niet beschouwd verdere openbaarmaking of verveelvoudiging daarvan, tenzij het auteursrecht, hetzij in het algemeen bij wet, besluit of verordening, hetzij in een bepaald geval blijkens mededeling op het werk zelf of bij de openbaarmaking daarvan uitdrukkelijk is voorbehouden. Ook als een zodanig voorbehoud niet is gemaakt, behoudt de maker echter het uitsluitend recht, zijn werken, die door of vanwege de openbare macht zijn openbaar gemaakt, in een bundel verenigd te doen verschijnen."

De ratio van beide bepalingen wordt hierin gezocht, dat wetgeving zo ruim mogelijk bekend behoort te worden gemaakt en geen voorwerp mag zijn van geheimhouding of van selectieve openbaarmaking (50). Art. 15b Auteurswet beperkt het auteursrecht op niet door artikel 11 bestreken werken die door

of vanwege de openbare macht openbaar zijn gemaakt. Tot "de openbare macht" in de zin van de Auteurswet wordt gerekend: publiekrechtelijke instellingen en hun organen, voor zover handelend in het raam van hun publiekrechtelijke taken en/of bevoegdheden. In de vakliteratuur is betoogd dat art. 15b ook van toepassing zou moeten zijn op werken die openbaar worden gemaakt door privaatrechtelijke rechtspersonen aan wie de openbare macht overheidstaken, waaruit het openbaar maken van deze werken voortvloeit, heeft uitbesteed(51).

3.46. Ook Gerbrandy was van mening dat de in art. 11 Auteurswet genoemde werken van auteursrecht verstoken zijn omdat die werken zoveel mogelijk onder de publieke aandacht moeten kunnen worden gebracht. Hierbij tekende hij aan dat verzamelingen van in art. 11 genoemde werken die door particulieren worden uitgegeven, bijvoorbeeld wettenbundels, wel worden beschermd binnen de grenzen van art. 5 Auteurswet. Met "openbare macht" is zijns inziens bedoeld: elke instantie die bevoegd is tot wetgeving in materiële zin, m.a.w. die aan de wet de bevoegdheid ontleent tot het stellen van naar buiten werkende, tot een ieder gerichte, algemene regelingen(52).

3.47. Hierbij is verwezen naar HR 14 juni 1968 (LJN: AB4769), NJ 1968/276 m.nt. HB, waarin werd geoordeeld dat De Nederlandsche Bank N.V. niet kan worden aangemerkt als "openbare macht" in zoverre als zij bankbiljetten doet ontwerpen, drukken en uitgeven. In het arrest werd overwogen dat het verlenen van medewerking aan een taak van de overheid op zich niet betekent dat degenen die daarmee belast zijn deel uitmaken van de openbare macht in de zin van art. 11 Auteurswet of vanwege de openbare macht optreden. De Hoge Raad stelde vast dat de Nederlandse Bank NV niet als overheidslichaam is opgezet. Verder achtte hij van belang dat de bevoegdheid om bankbiljetten uit te geven geen typische overheidsfunctie is. De slotsom was dat aan de Nederlandse Bank niet op grond van art. 11 Auteursrecht het auteursrecht op bankbiljetten kan worden onthouden. In zijn conclusie voorafgaand aan dit arrest was de A-G Berger van mening dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat art. 11 Auteurswet uitsluitend doelt op publicaties van de openbare macht zelf en dat onder "vanwege" niet worden begrepen publicaties die niet rechtstreeks van de openbare macht zijn uitgegaan.

3.48. Stuurman was van mening dat voor de toepassing van art. 11 Auteurswet normdocumenten niet mogen worden gelijkgesteld met door de overheid uitgevaardigde wetten, besluiten of verordeningen. Normdocumenten worden vastgesteld door normencommissies en niet "van overheidswege". Nu het NNI niet beschikt over publiekrechtelijke taken en/of bevoegdheden, en evenmin sprake is van uitbesteding van overheidstaken, is er naar zijn mening geen grond om het NNI aan te merken als een onderdeel van de "openbare macht" in de zin van de Auteurswet(53).

3.49. In haar proefschrift heeft Elferink gesteld dat, nu NEN-normen als gevolg van de verwijzing de status van 'algemeen verbindend voorschrift' verkrijgen, zij onder het bereik van art. 11 Auteurswet vallen(54). Later heeft zij geschreven dat, aan de hand van de criteria die het gerechtshof te 's-Gravenhage(55) heeft toegepast in de zaak Van Dale/Romme(56), kan worden verdedigd dat NEN-normen in beginsel in hun geheel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen(57). Zij bleef echter bij haar standpunt dat NEN-normen als gevolg van een verwijzing 'algemeen verbindende voorschriften' worden en daarmee onder de reikwijdte van art. 11 Auteurswet vallen.

Rechtsvergelijkende notities

3.50. Rechtsvergelijkend beschouwd, zijn met name de ontwikkelingen in Duitsland van belang. Ook in de Duitse doctrine wordt onderscheid gemaakt tussen statische en dynamische verwijzing. Leidraad is dat een overheidsorgaan zijn regelgevende bevoegdheid niet mag overdragen aan een privaatrechtelijke instelling. Met een statische verwijzing draagt het overheidsorgaan geen bevoegdheid over; daarom wordt deze toelaatbaar geacht. Bij dynamische verwijzingen hangt het ervan af, hoe concreet de rechtsnorm is die de verwijzing bevat. Wat betreft de wijze van bekendmaken is in Duitsland erop gewezen dat normalisatienormen waarnaar verwezen wordt, kenbaar behoren zijn voor het publiek. Het Bundesverwaltungsgericht heeft in 1961 overwogen dat de bepaling waarin naar een technische norm wordt verwezen voldoende duidelijk moet maken wat de rechtsnorm is en hoe de inhoud van de technische norm ervoor zorgt dat aan de rechtsnorm wordt voldaan; verder moet de norm voldoende kenbaar zijn voor de burger(58).

3.51. In een zaak, aangespannen door het Duitse normalisatie-instituut (DIN) tegen een uitgever die een kalender met DIN-normen had uitgegeven, kwam de vraag op of de DIN-normen die, door

verwijzing daarnaar, van toepassing waren verklaard voor ambtelijk gebruik (in het kader van bouwtoezicht), hun auteursrechtelijke bescherming verliezen. Samengevat was het Bundesgerichtshof van oordeel dat de overheid zich deze normen eigen had gemaakt, dat deze normen daardoor een externe werking hebben gekregen en aldus binnen de reikwijdte van § 5 Urheberrechtsgesetz (vergelijkbaar met art. 11 Auteurswet) vielen, zodat er geen auteursrecht op deze normen meer bestond(59).

3.52. Het DIN heeft geklaagd dat deze ontneming van auteursrechten een inbreuk vormde op haar eigendomsrecht. Het Bundesverfassungsgericht heeft op 29 juli 1998 de klacht van het DIN ongegrond verklaard(60). Wel heeft een en ander geleid tot een wetswijziging. In 2003 is een derde lid toegevoegd aan § 5 UrhG waarin is bepaald:

"Das Urheberrecht an privaten Normwerken wird durch die Absätze 1 und 2 nicht berührt, wenn Gesetze, Verordnungen, Erlasse oder amtliche Bekanntmachungen auf sie verweisen, ohne ihren Wortlaut wiederzugeben. In diesem Fall ist der Urheber verpflichtet, jedem Verleger zu angemessenen Bedingungen ein Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung einzuräumen. Ist ein Dritter Inhaber des ausschließlichen Rechts zur Vervielfältigung und Verbreitung, so ist dieser zur Einräumung des Nutzungsrechts nach Satz 2 verpflichtet."

3.53. Het Oostenrijkse constitutionele hof heeft in 1961 geoordeeld dat een wettelijke bepaling waarin werd verwezen naar een landkaart die niet tezamen met de bepaling werd gepubliceerd maar in een overheidsgebouw ter inzage lag, in strijd was met het publicatiegebod in de Oostenrijkse Grondwet. Omdat deze uitspraak implicaties kon hebben voor de verwijzing naar normalisatienormen, heeft de Oostenrijkse overheid in 1991 besloten alle dwingende verwijzingen naar normen te publiceren in het Oostenrijkse Staatsblad. Zij heeft met de Oostenrijkse normalisatie-instituten een overeenkomst gesloten m.b.t. het auteursrecht van die instituten(61).

3.54. In de schriftelijke toelichting namens de Staat is ook aandacht besteed aan het recht van Engeland en Wales. Hier geldt geen verplichting tot een bepaalde wijze van bekendmaking van normalisatienormen, maar komt verwijzing in wetgeving naar die normen weinig voor(62). Hetzelfde beeld komt naar voren in België(63). De regeling in Frankrijk houdt in dat, wanneer in wettelijke bepalingen dwingend wordt verwezen naar nationale normalisatienormen, deze voor het publiek kosteloos ter inzage moeten zijn via de website van het Franse normalisatie-instituut (AFNOR)(64). De slotsom van deze summiere verkenning is dat er niet een internationale consensus bestaat over het vrij van auteursrecht aan het publiek ter beschikking stellen van normalisatienormen, ook niet als daarnaar in regelgeving van overheidswege is verwezen.

4. Bespreking van het cassatiemiddel

Onderdeel 1: voorschriften op de juiste wijze bekendgemaakt?

4.1. Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen het oordeel dat de Staat de wettelijke regels over de bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften niet heeft geschonden, dat de grieven van de Staat en van het Nederlands Normalisatie-Instituut in zoverre slagen en dat de vordering van Knooble onder 1 (primair en subsidiair) zal worden afgewezen(65). In de schriftelijke toelichting (blz. 84 - 85) is het standpunt samengevat als volgt:

"Naar de mening van Knooble handelen de Kroon resp. de minister in strijd met de Bekendmakingswet door (de relevante gedeelten van) verwezen NEN- en NEN-EN-normen die - naar de inhoud genomen - een onlosmakelijk onderdeel vormen van de algemeen verbindende voorschriften in het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit niet bekend te maken in het Staatsblad en de Staatscourant. Subsidiair: indien (de relevante gedeelten van) verwezen NEN- en NEN-EN-normen geen onlosmakelijk onderdeel zouden vormen van de algemeen verbindende voorschriften in het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit, kunnen zij niet verbindend zijn."

4.2. Onderdeel 1.a veronderstelt dat het hof heeft aangenomen dat de vorderingen van Knooble zijn gebaseerd op de stelling dat de door het Nederlands Normalisatie-Instituut vastgestelde NEN-normen op zichzelf genomen zijn aan te merken als algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door een daartoe bevoegd publiekrechtelijk orgaan met regelgevende bevoegdheden en die overeenkomstig de Bekendmakingswet bekend moeten worden gemaakt voordat zij in werking kunnen treden. De klacht houdt in dat het hof hiermee buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden hetzij

een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de stellingen van Knooble. Ter toelichting heeft Knooble opgemerkt dat de rechtbank haar standpunt zo had verstaan dat zij hiermee de vraag aan de orde heeft willen stellen of de voorschriften van het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit voor zover deze naar NEN-normen verwijzen onverbindend zijn, omdat de inhoud van deze normen, die naar hun aard een algemeen verbindend karakter hebben, niet overeenkomstig de bepalingen van de Bekendmakingswet is bekendgemaakt(66). Aan deze uitleg van de stellingen was het hof volgens de klacht gebonden, omdat in hoger beroep daartegen geen grief was aangevoerd.

4.3. De kwestie houdt verband met de wijze waarop Knooble haar vordering onder 1 had geformuleerd. Volgens rov. 2 heeft Knooble primair gevorderd dat voor recht zal worden verklaard "dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit en de Regeling wordt verwezen, niet verbindend zijn, omdat het algemeen verbindende voorschriften zijn die niet overeenkomstig de Bekendmakingswet zijn bekendgemaakt". Naar de letter genomen, heeft het petitum betrekking op de NEN-normen zelf. In cassatie heeft Knooble uiteengezet dat zij hiermee niet heeft bedoeld dat, als gevolg van de verwijzing door de regelgever, de NEN-norm zélf een algemeen verbindend voorschrift zou zijn. Knooble bedoelt dat de NEN-norm, althans de inhoud daarvan, te beschouwen is als een onlosmakelijk onderdeel van de desbetreffende voorschriften in het Bouwbesluit 2003 of in de Regeling Bouwbesluit 2003, aangezien deze uitvoeringsregelingen niet kunnen worden begrepen en nageleefd zonder kennisneming van de verwezen NEN-norm(67). Om die reden zouden de normen, waarnaar verwezen is, op dezelfde wijze bekend moeten worden gemaakt als het Bouwbesluit respectievelijk de Regeling Bouwbesluit.

4.4. Het hof heeft de vordering en de stellingen die Knooble daaraan ten grondslag heeft gelegd niet anders opgevat dan de rechtbank had gedaan. In rov. 8 heeft het hof overwogen dat in de Woningwet de mogelijkheid is opgenomen om in bepaalde uitvoeringsregelingen te verwijzen naar normen, zoals NEN-normen. Over de betekenis van deze bevoegdheid en de rechtsgevolgen van een dergelijke verwijzing verschillen partijen volgens het hof van mening.

Vervolgens heeft het hof zowel de vraag onder ogen gezien of de NEN-norm door verwijzing een 'algemeen verbindend voorschrift' in de zin van art. 88 - 89 Grondwet en van de Bekendmakingswet wordt, als de vraag of voldoende is "dat een regelgevend orgaan naar de (op grond van privaatrechtelijke afspraken) uitgevaardigde NEN-norm verwijst en die norm daardoor algemeen doet gelden" (rov. 9). Beide vragen heeft het hof ontkennend beantwoord. Het middelonderdeel mist om deze redenen feitelijke grondslag.

4.5. Onderdeel 1.b is gericht tegen dezelfde overwegingen. Knooble klaagt dat het bestreden oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting: door de verwijzing in het Bouwbesluit of in de Regeling Bouwbesluit naar (een gedeelte van) een bepaalde NEN-norm wordt deze norm, althans de inhoud daarvan, een onlosmakelijk onderdeel van een 'algemeen verbindend voorschrift', te weten van het Bouwbesluit respectievelijk van de Regeling Bouwbesluit. Het is immers de vaststelling door het bevoegde gezag, te weten de Kroon onderscheidenlijk de minister, die aan (het desbetreffende gedeelte van) de NEN-norm het karakter verleent van een 'algemeen verbindend voorschrift'. Zonder de verwijzing naar (het desbetreffende gedeelte van) de NEN-norm hebben de voorschriften van het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit geen zinvolle betekenis. Hetzelfde geldt volgens de klacht voor verwijzingen naar NEN-EN-normen. Verderop in het middelonderdeel(68) wordt nog aangevoerd dat (de verwijzing in rov. 11 naar) art. 1.5 van het Bouwbesluit 2003(69) hieraan niet afdoet, omdat ook die bepaling aan de verwezen normen niet het karakter ontnemt van 'algemeen verbindend voorschrift'.

4.6. Het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit zijn 'algemeen verbindende voorschriften' in de zin van de Bekendmakingswet. Zij zijn dan ook bekend gemaakt in het Staatsblad respectievelijk in de Staatscourant. Zou de Kroon, onderscheidenlijk de minister, hebben gekozen voor incorporatie(70), dan zou de gehele tekst inclusief de geïncorporeerde norm in het Staatsblad respectievelijk in de Staatscourant bekend moeten worden gemaakt. Er is echter niet gekozen voor incorporatie, maar voor verwijzing.

4.7. Degene die de inhoud van het bouwvoorschrift in volle omvang wil leren kennen, kan inderdaad niet volstaan met de inzage van het Staatsblad en de Staatscourant. Wie de volledige inhoud wil leren kennen, zal zich naar de leeszaal van het Nederlands Normalisatie-Instituut moeten begeven, hetzij een (papieren of digitaal) exemplaar van het desbetreffende NEN-normblad bij het Nederlands

Normalisatie-Instituut moeten aanschaffen. Op zichzelf is een verwijzing in de wet naar een elders te vinden maatstaf niet bijzonder. Men komt dit ook tegen bij open normen en bij regels die verwijzen naar naar hetgeen in een bepaalde kring of beroepsgroep gebruikelijk is(71). Meer in het algemeen geldt dat degene die een volledig beeld wil krijgen van de reikwijdte en betekenis van een op de juiste wijze bekendgemaakt wettelijk voorschrift, niet steeds kan volstaan met kennisneming van de wettekst. Hij zal zich bijvoorbeeld moeten verdiepen in rechtspraak, in de parlementaire geschiedenis van de wet of in internationale regelingen waarop het desbetreffende voorschrift is gebaseerd. Daartegenover staat dat het legaliteitsbeginsel eisen kan stellen aan de wijze van bekendmaking. Zoals Knooble heeft aangevoerd, gaat het bij een aantal van de verwijzingen in het Bouwbesluit en in de Regeling Bouwbesluit om voorschriften omtrent het gedrag, die aan burgers worden opgelegd en zo nodig met sancties kunnen worden gehandhaafd. Aan dit legaliteitsbeginsel kan evenwel ook worden voldaan op een andere wijze dan door middel van een bekendmaking overeenkomstig de Bekendmakingswet.

4.8. Om een 'algemeen verbindend voorschrift' in de zin van art. 88 - 89 Grondwet en van de Bekendmakingswet te zijn, moet het voorschrift zijn vastgesteld op grond van een regelgevende bevoegdheid ("bij of krachtens de wet"). Zoals het hof in rov. 8 en 9 heeft uiteengezet, voldoet een NEN-norm niet aan deze eis; ook niet wanneer in het Bouwbesluit of in de Regeling Bouwbesluit naar die norm wordt verwezen. De vordering dat "de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit en de Regeling wordt verwezen, niet verbindend zijn omdat het algemeen verbindende voorschriften zijn die niet overeenkomstig de Bekendmakingswet zijn bekendgemaakt" kon op die grond worden afgewezen. Dat is nu eenmaal het verschil tussen incorporatie - en daarmee: het zelf vaststellen - van een norm door de regelgever en anderzijds het verwijzen door de regelgever naar een norm die door een ander is vastgesteld. Namens de Staat is in cassatie in dit verband nog aangevoerd dat de Kroon, onderscheidenlijk de minister, ook niet de mogelijkheid heeft om een NEN-norm te wijzigen.

4.9. Het middelonderdeel steunt voor het overige op de redenering (i) dat de desbetreffende voorschriften in het Bouwbesluit respectievelijk in de Regeling Bouwbesluit een zinvolle inhoud missen als de verwijzing naar de NEN-norm daaruit wordt weggedacht, (ii) dat de NEN-normen, althans het gedeelte waarnaar verwezen is, als gevolg van de verwijzing een onlosmakelijk onderdeel zijn geworden van het Bouwbesluit, respectievelijk van de Regeling Bouwbesluit en (iii) dat de verwezen normen dan ook als onderdeel van een 'algemeen verbindend voorschrift' behoren te worden bekendgemaakt. Veronderstellenderwijs uitgaand van de eerste premisse, lijkt de premisse onder (ii) en lijkt ook de gevolgtrekking onder (iii) mij niet juist. Het legaliteitsbeginsel heeft verschillende aspecten(72). Het aspect dat geboden en verboden aan burgers een basis behoren te hebben in een wet in formele zin, is niet het punt van geschil: art. 3 van de Woningwet biedt immers een wettelijke grondslag en daarmee ook de democratische legitimatie voor het verwijzen naar normalisatienormen. Voor deze zaak is van belang dat het legaliteitsbeginsel ook meebrengt dat de voorschriften voor de burger kenbaar moeten zijn (het kenbaarheidsvereiste). Indien de voorschriften die bij of krachtens het Bouwbesluit zijn gesteld en naar normalisatienormen verwijzen (en daarmee juridisch of de facto een dwingend karakter aan die normen verlenen), brengt dit kenbaarheidsvereiste mee dat de burger van de inhoud daarvan kennis kan nemen, omdat de burger anders niet weet aan welke gedragsvoorschriften (geboden of verboden) hij zich heeft te houden. Maar daarmee is niet gegeven dat de weg van de Bekendmakingswet moet worden gevolgd, noch dat de verstrekking van normbladen of het downloaden van normbladen gratis is. Aan het legaliteitsbeginsel kan worden voldaan door een vorm van publicatie die voor een ieder een reële mogelijkheid biedt om daarvan kennis te nemen, ook al is dat op een andere wijze dan overeenkomstig de Bekendmakingswet. Voor de bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door de Kroon, onderscheidenlijk de minister, gelden de regels van de Bekendmakingswet. Voor normen die door een particuliere instantie zijn vastgesteld, gelden de regels van de Bekendmakingswet niet.

4.10. De bij of krachtens het Bouwbesluit gegeven voorschriften stellen weliswaar bepaalde prestatie-eisen, en zijn in zoverre een ieder verbindend, maar dat geldt niet voor normalisatienormen waarnaar verwezen wordt. Veelal, maar niet uitsluitend, is in deze normen een methode vastgelegd waarmee kan worden bepaald of aan de in het Bouwbesluit c.q. de Regeling Bouwbesluit) neergelegde prestatie-eisen is voldaan. De verwezen normen hebben dan de betekenis van een wettelijk vermoeden: wie aan de verwezen normalisatienorm voldoet, wordt geacht aan de wettelijke prestatie-eisen te hebben voldaan. Als gevolg van de gelijkwaardigheidsbepaling in art. 1.5 Bouwbesluit 2003 kan een burger echter ook op andere wijzen (dan door te voldoen aan de verwezen norm) aantonen dat hij aan die

prestatie-eisen heeft voldaan. Het hof heeft dit niet miskend. Dit volgt in ieder geval uit de omstandigheid dat het hof in rov. 8 spreekt van "publiekrechtelijk algemeen geldende normen (bij voorbeeld als norm waaraan ten minste of op gelijkwaardige wijze moet zijn voldaan of als methode om vast te stellen of aan een elders bepaalde norm is voldaan)".

4.11. Knooble heeft in dit verband gewezen op de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Woningwet(73), waarin is opgemerkt dat een verwijzing als bedoeld in artikel 3 tot gevolg heeft dat een norm in een document dat langs privaatrechtelijke weg tot stand is gekomen een publiekrechtelijk, algemeen karakter krijgt. Anders dan Knooble voorstaat, is met dit publiekrechtelijke karakter niet gegeven dat die norm een 'algemeen verbindend voorschrift' in de zin van de Bekendmakingswet is geworden. In de bestreden overwegingen heeft het hof juist aansluiting gezocht bij de gebruikelijke omschrijving van een 'algemeen verbindend voorschrift', zoals ook opgenomen in de memorie van toelichting bij de Bekendmakingswet, te weten: "een algemene, de burgers bindende regeling, die uitgaat van een orgaan dat de bevoegdheid daartoe ontleent aan de wet in formele zin."(74) Het oordeel van het hof dat verwijzing naar een norm door een overheidsorgaan dat wél regelgevende bevoegdheid heeft, onvoldoende is om die norm aan te merken als 'algemeen verbindend voorschrift', geeft per saldo niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

4.12. Anders dan aan het slot van dit middelonderdeel - slechts veronderstellenderwijs - is aangenomen, volgt uit de bestreden overwegingen niet dat het hof ervan is uitgegaan dat de in het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit gebezigde definities, prestatie-eisen en keurings-, meet- en berekeningsmethoden kunnen worden beschouwd als beleidsregels(75) of als richtlijnen van een orgaan van de overheid. In zoverre mist de klacht feitelijke grondslag.

4.13. Aan het slot behelst onderdeel 1.b nog de klacht dat het hof de stelling onbesproken heeft gelaten dat, telkens voorafgaand aan de vaststelling van een NEN-norm, tussen de minister en het Nederlands Normalisatie-Instituut overleg plaatsvindt over de vraag of in het Bouwbesluit dan wel de Regeling Bouwbesluit naar die norm zal worden verwezen.

4.14. Deze motiveringsklacht leidt niet tot cassatie. In de eerste plaats blijkt uit de klacht niet waarom het onbesproken laten van deze stelling het oordeel van het hof voor de lezer onbegrijpelijk zou maken. Ook overigens is deze stelling niet aan te merken als essentieel voor de door het hof te nemen beslissing. Voor zover Knooble hiermee wil zeggen dat de Staat reeds in de fase van de totstandkoming van een NEN-norm gebruik maakt van zijn regelgevende bevoegdheid en/of dat een na dit overleg tot stand gebrachte NEN-norm moeten worden beschouwd als een voorschrift dat mede "uitgaat" van een orgaan van de Staat als bedoeld in de Bekendmakingswet, gaat de klacht niet op. Het hof heeft, in cassatie onbestreden, in rov. 7 vastgesteld op welke wijze een NEN-norm tot stand komt. Hieruit kan worden opgemaakt dat het hof aan het gestelde voorafgaande overleg tussen de minister en (de normencommissies van) het Nederlands Normalisatie-Instituut niet die betekenis heeft willen toekennen welke Knooble daaraan toekent. Onderdeel 1.b faalt.

4.15. Onderdeel 1.c klaagt dat, mede gezien het bepaalde in art. 88 en 89 Grondwet en in de Bekendmakingswet en het belang dat de (Grond-)wetgever hecht aan bekendmaking van alle van de centrale overheid afkomstige algemeen verbindende voorschriften, niet mag worden aangenomen dat de NEN-normen, althans de desbetreffende gedeelten ervan, als onderdeel van algemeen verbindende voorschriften in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit, zijn uitgesloten van de werking van de Bekendmakingswet. Slechts bij wet in formele zin kan worden afgeweken van de Bekendmakingswet, hetgeen hier niet is gebeurd.

4.16. In dit geval is geen sprake van een afwijking van het bepaalde in de Bekendmakingswet. Zoals het hof heeft uiteengezet, hebben de bepalingen van de Bekendmakingswet betrekking op 'algemeen verbindende voorschriften', waaronder moet worden verstaan: een algemene, de burgers bindende regeling, die uitgaat van een orgaan dat de bevoegdheid daartoe ontleent aan de wet in formele zin. Het hof heeft vastgesteld en aan zijn beslissing ten grondslag gelegd dat aan dit vereiste niet is voldaan: een NEN-norm is het product van een privaatrechtelijk samenwerkingsverband, zelfs al wordt daarnaar verwezen in het Bouwbesluit of in de Regeling Bouwbesluit. De Bekendmakingswet is daarop niet van toepassing. De onjuistheid van de aanname dat de (gedeelten van de) NEN-normen waarnaar verwezen is, door die verwijzing een onlosmakelijk onderdeel zijn geworden van het Bouwbesluit respectievelijk de Regeling Bouwbesluit en daarom op dezelfde wijze moeten worden bekendgemaakt,

is bij onderdeel 1.b al besproken.

4.17. In dit middelonderdeel wordt verder geklaagd dat de bestreden beslissing impliceert dat het verkrijgen van een afschrift van de desbetreffende NEN-norm in de visie van het hof afhankelijk kan worden gesteld van de (auteursrechtelijke) toestemming van het Nederlands Normalisatie-Instituut. Vanwege het privaatrechtelijke karakter, behoeft deze toestemming niet te worden verleend en mag zij afhankelijk worden gemaakt van het betalen van een auteursrechtelijke vergoeding; ook mag de toestemming gepaard gaan met een verbod tot (verdere) openbaarmaking en verveelvoudiging. Een dergelijke wijze van bekendmaking is volgens het middelonderdeel in strijd met art. 88 - 89 van de Grondwet en de artikelen 3 - 5 en 10a van de Bekendmakingswet. Zij verdraagt zich evenmin met het bepaalde in art. 11 Auteurswet, art. 25 Rv, art. 79 RO en art. 8:69 Awb. Daarbij acht Knooble mede van belang dat overtreding van de in art. 1b Woningwet geformuleerde verboden wordt bedreigd met strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties. Deze verboden kunnen alleen door de burger worden nageleefd indien de normen waarnaar verwezen wordt bij de burger bekend zijn.

4.18. In verband met de vordering onder 1 was de vraag aan de orde of gehandeld is in strijd met de Bekendmakingswet in verbinding met art. 88 en 89 van de Grondwet. Het hof heeft die vraag ontkennend beantwoord, en kunnen beantwoorden, op de grond dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit is verwezen geen 'algemeen verbindende voorschriften' zijn en ook geen onderdeel daarvan zijn geworden. Daarom behoeven zij niet te worden bekendgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de Bekendmakingswet.

4.19. Een andere vraag is die, of de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of in de Regeling Bouwbesluit wordt verwezen, bekend moeten worden gemaakt op een andere wijze dan overeenkomstig de Bekendmakingswet. Het antwoord op deze vraag kan inderdaad mede van belang zijn voor het antwoord op de vraag of een strafsanctie kan worden opgelegd: het legaliteitsbeginsel. Van de burger kan niet worden verlangd dat hij zich houdt aan gedragsvoorschriften die hij niet kon kennen⁽⁷⁶⁾. Het hof heeft in rov. 12 aangegeven dat van de desbetreffende normen kennis kan worden genomen bij het Nederlands Normalisatie-Instituut, alwaar zij ook tegen betaling zijn te verkrijgen. Het hof is van oordeel dat langs die weg voldoende bekendheid aan de desbetreffende verwezen normen is gegeven. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De omstandigheid dat voor het verkrijgen van een exemplaar van de normen moet worden betaald, is door het hof in aanmerking genomen. Dienaangaande heeft het hof overwogen dat de NEN-normen zijn gericht tot personen en bedrijven die zich beroepshalve met het bouwen bezighouden en dat de kosten van het verkrijgen van een afschrift van de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit is verwezen, worden verdisconteerd in het ontwerp-, bouw- en onderhoudsproces. Het legaliteitsbeginsel brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat de normen kosteloos ter beschikking worden gesteld. Dat de hoogte van in rekening gebrachte kosten prohibitief zouden zijn voor de kennisneming van verwezen normen, heeft het hof niet aangenomen. De in het middelonderdeel genoemde omstandigheid dat een eenmaal verkregen exemplaar van het normblad om auteursrechtelijke redenen niet mag worden vermenigvuldigd en verder verspreid, staat op zich niet in de weg aan de kennisneming door de burger van de verwezen norm.

4.20. Het argument van Knooble dat de auteursrechthebbende aan een aanvrager de afgifte van een afschrift van de NEN-norm kan weigeren, is ter zake dienend. In theorie is immers mogelijk dat aan iemand de mogelijkheid wordt onthouden om kennis te nemen van de verwezen norm, ook al is het dan geen 'algemeen verbindend voorschrift' in de zin van de Bekendmakingswet. In Duitsland is dit probleem onderkend en opgelost door middel van een wettelijke verplichting van het normalisatie-instituut om verdere verspreiding toe te staan (dwanglicentie). De voor- en nadelen hiervan kunnen onbesproken blijven. Het gaat bij dit argument om een casuspositie die in de procedure in hoger beroep niet aan de orde was. Het hof heeft - in cassatie onbestreden - vastgesteld dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of in de Regeling Bouwbesluit verwezen wordt, kunnen worden ingezien bij het Nederlands Normalisatie-Instituut en dat zij door dit instituut tegen betaling ter beschikking worden gesteld (rov. 1.2). Niet is aangevoerd dat het Nederlands Normalisatie-Instituut selectief te werk gaat bij het verstrekken van de verwezen normen aan personen (tegen betaling). Om deze reden leidt ook deze klacht niet tot cassatie.

4.21. Onderdeel 1.d klaagt dat het bestreden oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting omdat het oordeel in rov. 4.6 - 4.21 van de rechtbank juist is. Dit oordeel van de rechtbank gaat de

rechtsvormende taak van de rechter niet te buiten. Integendeel, het is gebaseerd op de artikelen 88-89 van de Grondwet en op de bepalingen van de Bekendmakingswet, aldus de klacht.

4.22. Deze klacht mist zelfstandige betekenis naast de voorgaande klachten. Het verschil in uitkomst tussen de beslissing van de rechtbank en die van het hof wordt immers verklaard doordat de rechtbank van oordeel was dat de Kroon (onderscheidenlijk: de minister), door in het Bouwbesluit 2003 (respectievelijk: in de Regeling Bouwbesluit 2003) te verwijzen naar bepaalde NEN-normen, "tevens de inhoud van de verwezen NEN-normen [hebben] vastgesteld als eenieder verbindende regels"; zie rov. 4.14 Rb. Van deze rechtsopvatting heeft het hof uitdrukkelijk afstand genomen. Tevens heeft het hof duidelijk gemaakt waarom de NEN-normen, waarnaar verwezen is, niet op grond van art. 88 en 89 Grondwet en de Bekendmakingswet behoeven te worden bekendgemaakt. De overweging van het hof in rov. 13, dat een dergelijke stelselwijziging buiten de rechtsvormende taak van de rechter valt, heeft betrekking op het tot stand brengen van een regel dat de overheid verwezen normen kosteloos ter beschikking stelt wanneer de art. 88 - 89 Grondwet en de Bekendmakingswet niet daartoe dwingen.

4.23. Onderdeel 1.e heeft betrekking op hetgeen onder 1 subsidiair was gevorderd. Indien moet worden aangenomen dat de verwijzingen in het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit naar bepaalde normen (of gedeelten daarvan) niet tot gevolg hebben dat de desbetreffende normen (of gedeelten daarvan) een onlosmakelijk onderdeel zijn geworden van 'algemeen verbindende voorschriften' in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit, geeft de bestreden beslissing toch blijk van een onjuiste rechtsopvatting: in dat geval had het hof volgens de klacht voor recht moeten verklaren dat de verwezen NEN-normen geen deel uitmaken van het Bouwbesluit respectievelijk van de Regeling Bouwbesluit en dat zij voor de geadresseerden niet algemeen verbindend zijn. Volgens de toelichting is het het één of het ander: hetzij de verwezen normen maken deel uit van het Bouwbesluit respectievelijk de Regeling Bouwbesluit, en dan behoren zij bekend te worden gemaakt overeenkomstig de Bekendmakingswet, hetzij de normen maken daarvan geen deel uit, en zijn dan niet algemeen verbindend.

4.24. Het hof heeft vastgesteld dat er naar buiten werkende, algemeen geldende normen bestaan die niet (tevens) 'algemeen verbindend voorschrift' in de zin van de Bekendmakingswet zijn (rov. 10). In de redenering van het hof gaat het in deze zaak om zulke normen. Het hof heeft de subsidiaire vordering klaarblijkelijk opgevat in die zin, dat Knooble niet een verklaring voor recht bedoelde dat de verwezen normen niet een 'algemeen verbindend voorschrift' in de zin van de Bekendmakingswet zijn, maar een verklaring voor recht verlangde dat voor zover het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit verwijzen naar normen die niet overeenkomstig de Bekendmakingswet bekend zijn gemaakt, de verwezen normen geen rechten of verplichtingen voor burgers inhouden. Dat oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Anders dan door Knooble is voorgesteld, is het niet het één of het ander. De slotsom is dat middelonderdeel 1 niet tot cassatie leidt.

Onderdeel 2: Auteursrecht op NEN-normen?

4.25. Onderdeel 2 is gericht tegen de beslissing in rov. 15, dat niet kan worden vastgesteld dat art. 11 Auteurswet van toepassing is op de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit is verwezen en dat daarom ook de vordering onder 2 moet worden afgewezen. In de s.t. namens Knooble (blz. 85) zijn de klachten in dit onderdeel samengevat als volgt:
"NNI handelt in strijd met art. 11 Auteurswet door auteursrecht geldend te maken op (de relevante gedeelten van) verwezen NEN- en NEN-EN-normen die - naar de inhoud genomen - een onlosmakelijk onderdeel vormen van de algemeen verbindende voorschriften in het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit."

4.26. Onderdeel 2.a klaagt dat de tweede volzin van rov. 15 blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals in het kader van middelonderdeel 1.b is betoogd moet, mede in het licht van (de geschiedenis van de totstandkoming van) de aangehaalde bepalingen in de Woningwet, het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit worden geoordeeld dat de verwezen NEN-normen een onlosmakelijk onderdeel vormen van de desbetreffende 'algemeen verbindende voorschriften'. Dit brengt volgens de rechtsklacht mee dat art. 11 Auteurswet van toepassing is.

4.27. Wanneer onderdeel 1.b wordt verworpen, faalt ook deze klacht. Het middelonderdeel miskent

dat wanneer een algemeen verbindend voorschrift zoals het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit naar een normalisatienorm verwijst, art. 11 Auteurswet niet reeds om die reden van toepassing is op de verwezen norm.

4.28. Daarnaast bevat het onderdeel de klacht dat de (in rov. 15 genoemde) bekendmaking van normen door het Nederlands Normalisatie-Instituut niet kan worden aangemerkt als een bekendmaking in de zin van art. 88 - 89 Grondwet en de Bekendmakingswet. Aan het begrip "uitvaardiging" in art. 11 Auteurswet is volgens het middelonderdeel voldaan doordat het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit - met inbegrip van de verwijzing naar NEN-normen - zijn vastgesteld door de Kroon, onderscheidenlijk: door de minister.

4.29. Deze klacht mist feitelijke grondslag, voor zover zij uitgaat van de veronderstelling dat het hof de bekendmaking van de normen door het Nederlands Normalisatie-Instituut heeft beschouwd als de bekendmaking in de zin van art. 88 - 89 Grondwet en de Bekendmakingswet. Integendeel, het hof is van oordeel dat de verwezen normen niet zijn aan te merken als een 'algemeen verbindend voorschrift' in de zin van de Bekendmakingswet.

4.30. Het begrip "uitvaardiging" in art. 11 Auteurswet is niet identiek aan de wijze waarop de regeling bekend wordt gemaakt. In Van Dale wordt het woord "uitvaardigen" omschreven als: "met gezag, als bevel of voorschrift van zich doen uitgaan", met als synoniemen: "afkondigen, decreteren". Het woord veronderstelt dat hetgeen uitgevaardigd is (het bevel of het voorschrift) is vastgesteld en op een of andere wijze voor anderen kenbaar is gemaakt: het wetsvoorstel is wet geworden. Daarmee is niet zonder meer gegeven dat het desbetreffende bevel of voorschrift bekend is gemaakt overeenkomstig de wettelijke bepalingen. De wet kan immers bepaalde eisen stellen aan de vorm waarin, of aan het tijdstip waarop, de bekendmaking van een bevel of voorschrift geschiedt.

4.31. Dit leidt evenwel niet tot de in het cassatiemiddel beoogde gevolgtrekking dat art. 11 Auteurswet op de verwezen normalisatienormen van toepassing is. Art. 11 Auteurswet stelt de eis dat het voorschrift is uitgevaardigd door de openbare macht. Volgens het hof heeft Knooble niet onderbouwd gesteld dat - indien deze normen niet geacht moeten worden door de Kroon (in het Bouwbesluit) of door de minister (in de Regeling Bouwbesluit) te zijn vastgesteld - het Nederlands Normalisatie-Instituut is aan te merken als onderdeel van de openbare macht. Aan één van de voorwaarden voor toepassing van art. 11 Auteurswet is niet voldaan. Onderdeel 2.a faalt.

4.32. Onderdeel 2.b sluit hierbij aan met een motiveringsklacht. Volgens het middelonderdeel is onbegrijpelijk, althans is niet toereikend gemotiveerd, hoe uit de door het hof genoemde omstandigheden (te weten: dat de NEN-normen door het Nederlands Normalisatie-Instituut bekend zijn gemaakt en dat Knooble niet onderbouwd heeft gesteld dat het NNI zou moeten worden beschouwd als een 'openbare macht' in de zin van art. 11 Auteurswet) zou volgen dat artikel 11 hier niet van toepassing is.

4.33. Een rechtsoordeel kan niet met succes worden bestreden door middel van een motiveringsklacht. Overigens is de redengeving van het bestreden oordeel niet onbegrijpelijk. Blijkens de toelichting is deze klacht gebaseerd op de veronderstelling dat de verwezen NEN-normen een onlosmakelijk onderdeel zijn van het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit en als zodanig deel uitmaken van een 'algemeen verbindend voorschrift' dat door een openbare macht is uitgevaardigd. Het is juist die opvatting, welke door het hof is verworpen. Onderdeel 2.b leidt niet tot cassatie.

Onderdeel 3: de afwijzing van de vorderingen onder 3 en 4

4.34. Onderdeel 3 van het middel is gericht tegen rov. 16, waarin het hof heeft overwogen dat de uitgangspunten die aan het derde en vierde onderdeel van de vordering van Knooble ten grondslag liggen, niet opgaan, reeds op grond van hetgeen, daaraan voorafgaand, door het hof is overwogen.

4.35. De klacht houdt in dat uit de gegrondbevinding van de onderdelen 1 en 2 volgt dat ook het oordeel van rov. 16 niet in stand kan blijven. Deze voortbouwende klacht behoeft geen afzonderlijke bespreking meer indien de onderdelen 1 en 2 falen. De afwijzing van de vorderingen onder 3 en 4 is niet onbegrijpelijk: ook deze vorderingen berustten op het standpunt van Knooble dat wanneer het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit naar (gedeelten van) NEN-normen verwijst, die normen

daarmee het rechtskarakter krijgen van 'algemeen verbindende voorschriften' die overeenkomstig de bepalingen van de Bekendmakingswet bekend moeten worden gemaakt en waarop art. 11 Auteurswet van toepassing is. Voor zover het middel, in verband met het gebruik door het hof van het woord "reeds", veronderstelt dat er tevens andere gronden waren om de vorderingen onder 3 en 4 af te wijzen en onduidelijk is welke gronden het hof bedoelde, mist de klacht feitelijke grondslag.

5. Proceskosten

5.1. De Stichting Nederlands Normalisatie-Instituut heeft bij conclusie van antwoord in cassatie een proceskostenveroordeling ten laste van Knooble op de voet van art. 1019h Rv gevorderd. Zij stelt haar kosten op een bedrag van € 66.855,-, gespecificeerd in bijlage 1 bij de schriftelijke toelichting. De Stichting is van mening dat het in deze cassatiezaak gaat om een geschil over de handhaving van haar rechten van intellectuele eigendom als bedoeld in art. 1019 Rv. Zij baseert dit op de stellingen dat zij de auteursrechthebbende op de NEN-normen is en dat het voeren van verweer tegen de vordering van Knooble moet worden gerekend onder "maatregelen, procedures en rechtsmiddelen die noodzakelijk zijn om de handhaving van de intellectuele eigendomsrechten te waarborgen", als bedoeld in art. 1 van de Handhavingsrichtlijn(77).

5.2. Knooble heeft die zienswijze van de Stichting bestreden. Volgens Knooble valt deze procedure geheel, althans gedeeltelijk (wat betreft de discussie over de toepasselijkheid van de Bekendmakingswet), buiten het bereik van art. 1019h Rv. Daarnaast betoogt Knooble dat de billijkheid zich tegen een volledige vergoeding van de proceskosten verzet omdat Knooble geen inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van de Stichting. Het feit dat tussen partijen een geschil bestaat over wel of niet toepasselijkheid van art. 11 Auteurswet is volgens Knooble een gevolg van de wijze waarop het Bouwbesluit is ingericht en van de wijze waarop de Staat en het Nederlands Normalisatie-Instituut de inhoud van het Bouwbesluit en van de NEN-normen op elkaar hebben afgestemd. Ten slotte betwist Knooble de redelijkheid van de opgegeven kosten(78).

5.3. Al eerder heeft de Hoge Raad beslist dat art. 1019h Rv ook van toepassing is op de in art. 419 lid 4 Rv bedoelde beslissing over de proceskosten in cassatie(79). De vraag is evenwel, of art. 1019h Rv ratione materiae van toepassing is in dit geding. Die vraag is gemakkelijker gesteld dan beantwoord.

5.4. Art. 1019h Rv luidt:

"Voor zover nodig in afwijking van de tweede paragraaf van de twaalfde afdeling van de tweede titel van het eerste Boek en in afwachting van artikel 843a, eerste lid, wordt de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd veroordeeld in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet."

Deze bepaling is in het wetboek opgenomen ter uitvoering van art. 14 van Richtlijn 2004/48/EG(80). Artikel 14 bepaalt dat de lidstaten ervoor zorg dragen dat, als algemene regel, redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, door de verliezende partij zullen worden gedragen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet. De richtlijnbeepaling houdt op haar beurt verband met art. 45 TRIPS-verdrag(81), de bepaling over schadevergoeding, die onder meer inhoudt dat de rechterlijke autoriteiten de bevoegdheid hebben de inbreukmaker te gelasten aan de houder van het recht kosten te betalen, die passende honoraria van een raadsman kunnen omvatten.

5.5. Richtlijn 2004/48 is, blijkens art. 2 daarvan, van toepassing op "elke inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, zoals bepaald in het communautaire recht en/of het nationale recht van de betrokken lidstaat". In de considerans van de richtlijn (onder 13) is overwogen dat de werkingssfeer van deze richtlijn zo breed mogelijk dient te worden vastgesteld, zodat zij alle intellectuele eigendomsrechten omvat die onder de communautaire bepalingen op dit gebied en/of het nationaal recht van de betrokken lidstaat vallen. De handhaving van het auteursrecht behoort daartoe. Art. 1019 Rv bepaalt dienovereenkomstig dat titel 15 van het derde Boek van toepassing is op de handhaving van rechten van intellectuele eigendom ingevolge (onder meer) de Auteurswet(82).

5.6. Artikel 1019h Rv wordt niet slechts toegepast in de gevallen waarin vaststaat dat een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht heeft plaatsgevonden en de rechthebbende daartegen in rechte optreedt, bijvoorbeeld indien de rechthebbende een verbods- of schadevergoedingsactie instelt. Reeds

uit de tekst van de richtlijn volgt dat deze ook betrekking heeft op, onder meer, het verzamelen van bewijsmateriaal en voorlopige maatregelen bij een vermeende inbreuk of met het doel een dreigende inbreuk op een recht van intellectuele eigendom te voorkomen. Recent heeft het Hof van Justitie beslist dat ook de kosten, verbonden aan een exequaturprocedure, onder artikel 14 van Richtlijn 2004/48 vallen(83). De uiteenlopende declaraties voor kosten van rechtsbijstand in zaken van intellectuele eigendom hebben in Nederland in 2010 aanleiding gegeven tot het vaststellen van indicatietarieven (vooralsnog alleen voor het geding in eerste aanleg) (84). In die tarieven is bepaald dat in het geval van een gemengde grondslag van de vordering (bijvoorbeeld een vordering wegens merkinbreuk en misleidende reclame) een kostenveroordeling met toepassing van art. 1019h Rv volgt voor die proceskosten welke moeten worden toegerekend aan het op de I.E.-grondslag gebaseerde gedeelte. Voor het overige wordt dan op de voet van art. 237 e.v. Rv (een evenredig deel van) het liquidatietarief toegepast. Toepassing van art. 1019h Rv vindt volgens deze indicatietarieven ook plaats in procedures waarin alleen de geldigheid van het recht van intellectuele eigendom aan de orde is of waarin alleen een verklaring voor recht van (niet-)inbreuk wordt gevorderd.

5.7. Op het eerste gezicht is richtlijn 2004/48 in deze cassatiezaak niet van toepassing. In de feitelijke instanties is immers niet gesteld of gebleken dat Knooble een inbreuk op het auteursrecht van de Stichting heeft begaan of dreigt te begaan. Ook het hof is niet uitgegaan van een inbreuk of dreigende inbreuk op enig recht van intellectuele eigendom. Er valt dus niets te handhaven. Zelfs als art. 1019h Rv onder invloed van Richtlijn 2004/48 in ruime zin wordt opgevat, inclusief verklaring voor recht, exequaturprocedure etc, blijft wel vereist dat er enige band bestaat tussen het geding en de handhaving van het desbetreffende recht van intellectuele eigendom.

5.8. De handhaving van een recht van intellectuele eigendom zal veelal geschieden met het zwaard: een rechtsvordering tegen de (vermeende) inbreukmaker. Met enige taalkundige vrijheid kan worden gesproken van de handhaving van een recht van intellectuele eigendom met het schild, namelijk in die gevallen waarin de houder van het uitsluitend recht zich moet verdedigen tegen een (vermeende) inbreukmaker die de geldigheid van het uitsluitend recht tracht aan te tasten met een vordering tot nietigverklaring van het desbetreffende depot of, bijvoorbeeld, door middel van een verklaring voor recht. De casus van HvJ EU 18 oktober 2011 leert ons, dat zelfs wanneer de overheid zich mengt in de handhaving van een recht van intellectuele eigendom (en de handhaving tot op zekere hoogte publiekrechtelijke aspecten vertoont), toepasselijkheid van richtlijn 2004/48 kan worden aangenomen. Het Hof van Justitie wijst in punt 49 van zijn arrest op het algemene doel van deze richtlijn, "te weten de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten teneinde een hoog, gelijkwaardig en homogeen niveau van bescherming van de intellectuele eigendom in de interne markt te waarborgen" en op het specifieke doel van artikel 14, "te weten te voorkomen dat een benadeelde partij ervan zou worden weerhouden om ter waarborging van zijn intellectuele-eigendomsrechten een gerechtelijke procedure in te stellen". Overeenkomstig die doelen moet in het algemeen de pleger van de inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten alle financiële gevolgen van zijn handelwijze dragen. Over de vraag, of deze richtlijnbevestiging van toepassing is indien geen sprake is van een inbreuk of dreigende inbreuk heeft het Hof van Justitie zich op 18 oktober 2011 niet uitgesproken.

5.9. In de rechtspraak van de Hoge Raad is een geval te vinden waarin de vraag aan de orde kwam, maar toen werd geen inhoudelijk verweer gevoerd tegen de gevorderde proceskostenveroordeling(85). Het gerechtshof te 's-Gravenhage heeft overwogen dat, zolang het Hof van Justitie EU niet anders heeft beslist(86), de Richtlijn 2004/48 alleen van toepassing is op inbreuken of dreigende inbreuken op rechten van intellectuele eigendom. In dat licht bezien, behoort de term "handhaving" volgens het gerechtshof worden begrepen als: handhaving tegen inbreuk. In die zaak kwam het hof tot het oordeel dat het niet betalen van de (in art. 16c Auteurswet bedoelde) thuishoofheffing niet meebrengt dat de appellant zonder toestemming handelingen verricht die zijn voorbehouden aan de rechthebbende. Bijgevolg achtte het hof art. 1019h Rv niet van toepassing(87).

5.10. Primair ben ik van mening dat het in een cassatieprocedure te laat is om voor het eerst feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit de Hoge Raad zou kunnen afleiden dat sprake is van inbreuk of van een dreigende inbreuk op het auteursrecht van de Stichting; zie art. 419 Rv. Het algemene doel van de richtlijn, zoals door het Hof van Justitie omschreven, kan wellicht nog worden bereikt door verweer te voeren tegen de vordering zoals Knooble die heeft ingesteld (namelijk dat de NEN-normen vrij van auteursrecht ter beschikking worden gesteld). Maar niet kan worden volgehouden dat het specifieke doel van artikel 14, "te weten te voorkomen dat een benadeelde partij ervan zou worden

weerhouden om ter waarborging van zijn intellectuele-eigendomsrechten een gerechtelijke procedure in te stellen", wordt gediend met het voeren van verweer door de Stichting in dit cassatiegeding. Zo opgevat, is sprake van een 'acte éclairé'. Subsidiair stel ik voor dat de Hoge Raad de beslissing over de proceskosten in cassatie aanhoudt en over dit punt een prejudiciële vraag stelt aan het HvJ EU. Voor dat geval geef ik in overweging de bovengenoemde 'indicatietarieven' in de vraagstelling mee te nemen, alsook de vraag of de nationale rechter in een geschil dat betrekking heeft op een vordering gericht tegen de houder van het uitsluitend recht (dus niet: tegen de vermeende inbreukmaker) toepassing moet geven aan art. 14 van de Richtlijn. Ten slotte zou de Hoge Raad, veronderstellenderwijs uitgaande van de toepasselijkheid van art. 1019h Rv, de kosten van de procedure in cassatie kunnen verdelen op grond van de clausule "tenzij de billijkheid zich daartegen verzet".

6. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,
a. - g.

1 Zie het bestreden arrest onder 1 en het vonnis van de rechtbank onder 2.1 - 2.12.

2 Indien de normen afkomstig zijn van een van de Europese Normalisatie-instituten wordt gesproken van "NEN-EN-normen". Zie art. 1.4 Bouwbesluit 2003.

3 Het vonnis is gepubliceerd in BB 2009/444 m.nt. De Bruin; BR 2009/34 m.nt. A.W. Bos; Gst 2009/17 m.nt. R.D. Vriesendorp; JB 2009/69 m.nt. J.M.H.F. Teunissen; M&R 2009/25 m.nt. K.J. de Graaf en H.E. Bröring. Zie naar aanleiding van dit vonnis: brief minister van Justitie 9 april 2009, Kamerstukken II 2008/09, 28 325, nr. 105; M.R.J. Baneke, Kunnen NEN-normen nog worden gehandhaafd?, Gst. 2009/15; R. Keuken, De Knooble-zaak, verwijzing naar NEN-normen in bouwregelgeving onder druk, JB 2009/133 (blz. 166); S.A.J. Munneke e.a., De juridische status en bekendmaking van de NEN-normen waarnaar het Bouwbesluit verwijst, TBR 2009/119; R. van Gestel, Kenbaarheid van NEN-normen waarnaar in wetten wordt verwezen, NJB 2009, blz. 370 - 373.

4 Zie rov. 6 van het bestreden arrest.

5 Het arrest is onder meer gepubliceerd in: BB 2011/44 m.nt. Kruijmel; JB 2011/77 m.nt. J.M.H.F. Teunissen onder JB 2011/65; BR 2011/45 m.nt. W.I. Koelewijn; TBR 2011/31 m.nt. A.R. Neerhof; IER 2011/43 m.nt. C. Stuurman.

6 Zie over de functies van normalisatie: brief minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie d.d. 30 juni 2011, Kamerstukken II 2010/11, 27 406, nr. 193, blz. 3.

7 Overeenkomst van 16 december 2008, Stcrt. 2009/39, blz. 12.

8 De afkorting NEC staat voor: Nederlands Electrotechnisch Comité. Het Nederlands Normalisatie-Instituut (NNI) en het NEC werken samen.

9 Comité Européen de Normalisation, Comité Européen de Normalisation Electrotechnique; European Telecommunication Standards Institute. Zie over de organisatiestructuur van deze instellingen: H. Schepel en J. Falke, Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA, volume 1, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000, blz. 3 - 16.

10 Zie ook aanwijzing 92 onder 2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (alinea 3.28 hierna).

11 Europese Commissie, De voltooiing van de interne markt, COM (85) 310 def, punt 68.

12 PB C 136 (1985). Zie hierover ook de s.t. namens de Staat, blz. 22 - 23.

13 92/C 173/01; Pb C 173 van 9 juli 1992.

14 In september 1999 is door de Europese Commissie een "Gids voor de tenuitvoerlegging van de op basis van de nieuwe aanpak en de globale aanpak tot stand gekomen richtlijnen" uitgegeven (ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/blue-guide/guidepublic_nl.pdf).

15 Mededeling aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité van 1 juni 2011 COM (2011) 311 def., punt 1.

16 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften. Pb L 204/37. Het onderscheid is van belang voor de in alinea 3.20 bedoelde discussie tussen partijen.

17 Richtlijn van de Raad van de E.G. van 21 december 1988 nr. 89/106/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake voor de bouw bestemde producten (Pb EG L 40), zoals gewijzigd bij Richtlijn 93/68/EG van de Raad van 22

- juli 1993 (Pb EG L 220). Deze richtlijn is inmiddels vervangen door de Verordening (EU) nr. 305/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 tot vaststelling van geharmoniseerde voorwaarden voor het verhandelen van bouwproducten, Pb EU L 88/5; zie i.h.b. hoofdstuk IV daarvan. 18 Wet van 12 juli 1962, Stb. 287.
- 19 Kamerstukken II 1986/87, 20 066, nr. 3, blz. 8 resp. blz. 38.
- 20 Kamerstukken II 1988/89, 20 066, nr. 9, blz. 19 resp. blz. 21.
- 21 Het Bouwbesluit 2003 zal worden vervangen door het nog niet in werking getreden Bouwbesluit 2012 (KB 29 augustus 2011, Stb. 416; gewijzigd bij KB 22 december 2011, Stb. 676). De Regeling Bouwbesluit 2003 zal worden vervangen door de Regeling Bouwbesluit 2012 (ministeriële regeling van 22 december 2011, Stcrt. 23914).
- 22 Wet van 4 februari 1988, Stb. 18. Zie over de totstandkoming hiervan: P.J. van der Flier, De bekendmakingswet, *Ars Aequi* 1988, blz. 324 - 328.
- 23 Kamerstukken II 1985/86, 19 583, nr. 3, blz. 3 - 4.
- 24 Kamerstukken II 1985/86, 19 583, nr. 3, blz. 5.
- 25 Minister van Justitie, Kamerstukken II 1998/99, Aangangsel nr. 1059, blz. 2169 - 2170.
- 26 Art. 2 van de wet van 26 april 1952, Stb. 92, houdende regeling der afkondiging van algemene maatregel van inwendig bestuur van de Staat.
- 27 Zie Resolutie van de Raad van 28 oktober 1999 betreffende "de rol van de normalisatie in Europa", PB C 141/1 van 19 mei 2000.
- 28 G.M.F. Snijders, *Produktveiligheid en aansprakelijkheid*, diss. 1987, blz. 43 en 52 - 53.
- 29 C. Stuurman, *Technische normen en het recht*, diss. 1995, blz. 131-138.
- 30 C. Stuurman, *Technische normen en het recht*, diss. 1995, blz. 147-150.
- 31 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen*, diss. 1998, blz. 61 - 66.
- 32 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen*, diss. 1998, blz. 77.
- 33 Kamerstukken II 1998/99, Aangangsel van de Handelingen, nr. 605.
- 34 M.H. Elferink, *De publiekrechtelijke status van normalisatienormen*, BR 1999 blz. 850; M.H. Elferink, *De juridische status van normalisatienormen*, NJB 1999, blz. 1317 - 1320.
- 35 G. Evers, *Een normalisatienorm is geen algemeen verbindend voorschrift*, NJB 1999, blz. 1814 met naschrift van Elferink.
- 36 N.P.M. Scholten, *Technische en juridische grondslagen van de technische bouwregelgeving Woningwet en Bouwbesluit*, diss. 2001, blz. 52 en 53.
- 37 F.J. van Ommeren, *Bestuurswetgeving en haar alternatieven: een verkenning van beleidsregels, algemene voorwaarden van de overheid en normalisatienormen als prototypen*, *RegelMaat* 2008/3, blz. 74 - 87 i.h.b. blz. 84-85.
- 38 Kamerstukken II 1999/2000, 21 670, nr. 10.
- 39 Brief van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie aan de Tweede Kamer van 30 juni 2011, Kamerstukken II 2010/11, 27 406, nr. 193.
- 40 Rb. 's-Hertogenbosch 5 februari 2010, LJN: BL3758; TBR 2010/69, m.nt. A.W. Bos; BR 2010/73 m.nt. W.I.K. Koelewijn; JB 2010/132 m.nt. J.M.H.F. Teunissen. Zie naar aanleiding van deze uitspraak: A.R. Neerhof e.a., *Het NEN-normenfeuilleton*, JB-plus 2010, blz. 133.
- 41 ABRvS 2 februari 2011 (LJN: BP2750), JB 2011, 65, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, AB 2011/85, m.nt. P.M.J. de Haan; TBR 2011/47 m.nt. A.R. Neerhof.
- 42 Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 13 augustus 2008 (LJN: BD9957), JM 2008, 106, m.nt. Zigenhorn.
- 43 Zie in deze zin ook: ABRvS 12 januari 2005 (LJN: AS2185).
- 44 Vgl. rov. 2.2 van het vonnis in eerste aanleg.
- 45 Inleidende dagvaarding, blz. 4 onder 6.
- 46 Uitgave 2010; te raadplegen via cencenelec.eu.
- 47 Zie H. Schepel en J. Falke, *Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA*, volume 1, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000, blz. 161 en 162.
- 48 Brief van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie aan de Tweede Kamer van 30 juni 2011, Kamerstukken II 2010/11, 27 406, nr. 193, blz. 7 - 8.
- 49 HR 20 november 1987 (LJN: AD0056), NJ 1988/311 m.nt. LWH.
- 50 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en J.H.G. Visser, *Auteursrecht*, 2005, blz. 137.
- 51 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en J.H.G. Visser, *Auteursrecht*, 2005, blz. 141.
- 52 S. Gerbrandy, *Kort Commentaar op de Auteurswet 1912, 1988*, blz. 119 - 120.

- 53 C. Stuurman, Technische normen en het recht, diss. 1995, blz. 440 - 441.
- 54 M.H. Elferink, Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen, diss. 1998, blz. 193.
- 55 Hof 's-Gravenhage 1 april 1993 (LJN: AB7569), NJ 1994/58.
- 56 HR 4 januari 1991 (LJN: ZA0104), NJ 1991/608 m.nt. D.W.F. Verkade.
- 57 M.H. Elferink, Auteursrecht op normalisatienormen revisited, in: D.J.G. Visser en D.W.F. Verkade (red.), Een eigen, oorspronkelijk karakter (Sporer-bundel), 2007, blz. 83; M.H. Elferink, De auteursrechtelijke status van normalisatienormen, I-AMI 1999, blz. 49 - 57.
- 58 J. Falke, Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA, band 3, (Deutschland), Luxembourg 2000, blz. 247 - 256.
- 59 BGH 26 april 1990, GRUR 1990, blz. 1003.
- 60 GRUR 1999, blz. 226. Zie U. Loewenheim, Amtliche Bezugnahmen auf private Normenwerke und § 5 Urheberrechtsgesetz, in: K.P. Berger e.a. (red.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2000, blz. 609-621; U. Loewenheim, Auslegungsfragen des neuen § 5 Ab. 3 UrhG, in: L. Loewenheim (red.), Urheberrecht im Informationszeitalter, Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag, München: C.H. Beck, 2004, blz. 51 e.v.
- 61 H. Schepel en J. Falke, "Legal aspects of standardization in the Member States of the EC and EFTA", volume 1, Comparative Report, Luxembourg, 2000, blz. 164.
- 62 S.t. namens de Staat, blz. 32 - 34.
- 63 S.t. namens de Staat, blz. 34 - 36.
- 64 S.t. namens de Staat, blz. 36; pleitnota in cassatie namens het NNI, blz. 8 - 9.
- 65 Rov. 14 en de daaraan voorafgaande rov. 7 - 13.
- 66 Rov. 4.3 Rb.
- 67 S.t. namens Knooble, blz. 25. Als bijlage bij de cassatiedagvaarding is een lijst opgenomen van bepalingen in het Bouwbesluit 2003 en de Regeling Bouwbesluit 2003 die naar een of meer NEN-normen verwijzen.
- 68 Cassatiedagvaarding blz. 7.
- 69 Zie alinea 3.20 hiervoor.
- 70 Het integraal overnemen van de tekst van een (gedeelte van een) NEN-norm in een of meer bepalingen van het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit.
- 71 Enkele voorbeelden zijn de wettelijke bepalingen die verwijzen naar "goed koopmansgebruik" (art. 3:25 Wet Inkomstenbelasting 2001), een bedrijfsvoering "zoals een goed huurder betaamt" (art. 7:296 BW) of de "verkeersopvatting" (art. 3:4 BW). Meer in het algemeen hierover: I. Giesen, Alternatieve regelgeving en privaatrecht, 2007, blz. 55 - 75.
- 72 Zie hierover: W.J.M. Voermans, Legaliteit als middel tot een doel, in: Controverses rondom legaliteit en legitimatie, preadviezen NJV 2011/1, met verwijzingen naar verdere rechtsliteratuur.
- 73 Zie alinea 3.17 hiervoor.
- 74 MvT, Kamerstukken II 1985/86, 19 583, nr. 3, blz. 3. Zie alinea 3.23 hiervoor.
- 75 Vgl. art. 4:81 Awb. Zie op dit punt ook het oordeel van de Afdeling Bestuursrechtspraak, aangehaald in alinea 3.37 hiervoor.
- 76 Art. 1 Sr; art. 16 Grondwet; art. 7 EVRM; art. 15 IVBPR; art. 49 Handvest grondrechten EU. Zie over de eisen die aan wetgeving worden gesteld onder meer: EHRM 17 juni 2003, NJ 2006/40 m.nt. E.J. Dommering; P. van Dijk e.a., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2006, blz. 336 - 339.
- 77 S.t. namens de Stichting Nederlands Normalisatie-Instituut, blz. 55.
- 78 Cassatierepliek blz. 11.
- 79 HR 20 november 2009 (LJN: BJ9431), NJ 2009/583.
- 80 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, Pb EG L 195. Zie de MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 392, nr. 3, blz. 26.
- 81 Overeenkomst van 15 april 1994 inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom, Trb. 1995/130.
- 82 Zie hierover: MvA, Kamerstukken I 2006/07, 30 392, C, blz. 3; D.J.G. Visser en A. Tsoutsanis, De volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken, NJB 2006, blz. 1940-1946; M. Driessen, De willekeur van de proceskostenveroordeling, BIE 2007, blz. 343-350; N. van der Laan, Het toepassingsbereik van de Handhavingsrichtlijn en de uitvoeringswet, IER 2007/96.
- 83 HvJ EU 18 oktober 2011 (C-406/09; LJN: BU2774), NJ 2012/19 m.nt. M.V. Polak; IER 2012/20 m.nt. FE; JBPr 2012/1 m.nt. A.M. van Aerde.
- 84 De indicatietarieven in IE-zaken (versie 11 oktober 2010) zijn te raadplegen via

www.rechtspraak.nl. Zie ook: W. Wefers Bettink en J. Hoefnagel, Artikel 1019h Rv en de indicatietarieven: toepassing in de praktijk, IER 2010/47, blz. 336; HR 26 februari 2010 (BK5756), NJ 2011/473 m.nt. H.J. Snijders; Hof 's-Gravenhage 12 juli 2011, LJN: BR1364.
85 HR 5 februari 2010, LJN: BK5993.
86 Zaak C-406/09 liep toen nog.
87 Hof 's-Gravenhage 29 maart 2011 (LJN: BP9443), IER 2011/45 m.nt. F.E.