

LA DISTINCTION ENTRE DROIT PUBLIC ET DROIT PRIVÉ

Pertinence, influences croisées et
questions transversales

Sous la coordination de
Jérémie Van Meerbeeck, Pierre-Olivier de Broux,
Thierry Léonard et Bruno Lombaert

François Belleflamme
Nicolas Bernard
Tom Coppée
Ludo Cornelis
Edouard Cruysmans
Henri Culot
Hadrien Dasnoy
Marie-Sophie de Clippele
Delphine de Jonghe
Gabriela de Pierpont
Eugénie d'Ursel
Jean-François Germain
Marie Lambert de Rouvroit
Marie Ruys
Dries Van Eeckhoutte
Pierre-Paul Van Gehuchten
Jérémie Van Meerbeeck
Maxime Vanderstraeten
Amaury Verhoustraeten



La normalisation et ses écueils potentiels en droit privé et en droit public

Normalisatie en zijn mogelijke knelpunten vanuit privaat- en publiekrechtelijk perspectief

Henri CULOT

Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Professeur à l'UCLouvain

Avocat au barreau de Bruxelles

Dries VAN EECKHOUTTE

Assistent aan de Universiteit Saint-Louis – Bruxelles

Eerste auditeur in de Raad van State

Chapitre 1

La normalisation, son fonctionnement et ses caractéristiques

1. Les juristes ont pour habitude d'étudier les règles édictées par les autorités publiques, c'est-à-dire par les États, leurs organes et leurs subdivisions, ainsi que, sur le plan international, les règles qu'ils se donnent collectivement par des traités ou au travers d'organisations internationales. Mais chacun sait que le domaine des règles est beaucoup plus large : on suit des règles, plus ou moins explicitées ou élaborées, dans les familles, à l'école, dans les clubs et associations, dans les sports et les jeux, dans les entreprises, etc. Certaines sont indubitablement juridiques, quel que soit le sens exact qu'on donne à ce terme, ce qui fait, depuis toujours, l'objet de discussions qui peuvent être savantes ou terre à terre, mais que nous n'aborderons pas ici. À l'inverse, d'autres règles ne sont clairement pas juridiques.

Et il existe enfin une « zone grise », ignorée par la plupart des juristes, mais dont l'étendue n'est pas marginale. Il s'agit d'un large ensemble de règles,

très hétéroclites, qui ont pour caractéristiques, d'une part, de ne pas clairement faire partie du « droit » au sens habituel du terme, notamment parce qu'elles n'émanent pas d'autorités publiques ou parce qu'elles ne sont pas obligatoires pour leurs destinataires, et, d'autre part, d'avoir néanmoins, tout aussi incontestablement, une certaine portée juridique. Parce qu'elles sont difficilement classifiables, ces règles sont parfois négligées par les juristes et souvent qualifiées de « *soft law* », ce qui permet de se dispenser d'en préciser le statut exact.

2. Parmi ces règles, nous avons choisi de nous pencher sur celles que leurs utilisateurs appellent « normes ». On entend ici ce terme dans un sens particulier, qui n'est pas le synonyme de « règles en général » que les juristes ont habituellement en tête.

D'après le SPF Économie, « [u]ne norme est un ensemble de spécifications techniques formalisées en vue d'un usage commun et répété. Elle reflète les règles de bonne pratique en rapport avec un produit, un service ou un processus de production. Les normes ont pour objectifs le développement d'un cadre défini permettant d'optimiser les relations entre le client et son fournisseur [et] la garantie d'un équilibre entre les intérêts sociétaux et économiques ainsi que le progrès technologique. Les normes constituent un système de référence adapté pour la valorisation des biens et des services »¹.

Il s'agit donc de dispositions qui décrivent un produit, un service ou un processus (de production, d'essai, de vérification ou autre) ainsi que leurs caractéristiques, en vue d'en assurer la qualité, la sécurité, l'adaptabilité à d'autres produits ou services ou d'autres avantages.

3. Ces normes se distinguent des règles de droit classiques sur deux plans au moins.

D'une part, elles ne sont pas élaborées par des autorités publiques, mais par des groupes de personnes intéressées, qui sont généralement les (principaux) fabricants des produits ou prestataires de services en question, ou les associations qui les représentent ou défendent leurs intérêts. Il s'agit donc, à première vue du moins, d'une initiative purement privée.

D'autre part, ces normes ne sont pas obligatoires, même pour ceux qui les ont élaborées. Il s'agit donc de simples indications ou propositions, que chacun peut décider de suivre, de ne pas suivre ou de ne respecter qu'en partie seulement.

4. À se tenir à ces caractéristiques, il n'y a pas grand-chose à étudier pour des juristes. Cela revient finalement à dire que chacun peut, seul ou en groupe,

¹ <https://economie.fgov.be/fr/themes/qualite-securite/normalisation>, consulté le 12 janvier 2019. Voy. aussi art. VIII.1, al. 1^{er}, CDE.

écrire ce qu'il souhaite, et qu'ensuite personne n'est obligé d'en tenir compte. Mais l'analyse doit être poussée un peu plus loin, sur chacun des deux plans.

D'une part, si les autorités publiques n'élaborent pas les normes, elles s'y intéressent néanmoins de près. Sur le plan institutionnel d'abord, les autorités créent ou encouragent la création d'organismes ou d'institutions dont l'objet est d'élaborer les normes et de promouvoir leur utilisation. Ainsi, le Bureau [belge] de normalisation (en abrégé, « NBN »²) est un organisme d'intérêt public de catégorie C dépendant du SPF Économie³. Des organismes similaires existent dans d'autres États, avec des statuts qui diffèrent selon les cas. Il s'agit parfois d'associations de droit privé, du type ASBL. On trouve aussi de tels organismes actifs au niveau européen ou mondial.

Les liens ne sont toutefois pas seulement institutionnels : l'autorité publique se préoccupe aussi des activités de ces organismes, notamment en leur confiant la tâche d'élaborer des normes dans les domaines qu'elle précise. Dans le cas de l'Union européenne, ceci est même devenu, depuis les années 1980, une véritable politique dénommée « Nouvelle approche »⁴. Se rendant compte qu'il ne serait pas possible de créer un marché unique où les produits circulent librement si leurs caractéristiques ne sont pas plus ou moins harmonisées, mais aussi qu'il serait impossible, rigide et inefficace d'imposer d'autorité toutes ces caractéristiques dans des règlements, l'Union européenne a adopté l'« approche » consistant à ne fixer dans des règlements et directives que les principes fondamentaux, notamment quant à la sécurité, et à confier le reste à la normalisation. Ceci suppose l'existence d'institutions chargées d'élaborer des normes européennes et la possibilité pour les institutions de l'Union de leur en demander concernant certains produits⁵.

5. D'autre part, les autorités publiques ont fréquemment trouvé utile d'utiliser les normes qui, au cours du temps, avaient été élaborées par les acteurs de la normalisation. On peut les comprendre : les normes ont été définies grâce à une grande expertise technique, les acteurs concernés ont, le plus souvent, été consultés, voire sont les auteurs de la norme et, dans bien des

² <https://www.nbn.be/fr>, consulté le 12 janvier 2019.

³ Art. VIII.3 CDE et loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public.

⁴ Résolution du Conseil, du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, J.O., C 136, 4 juin 1985, pp. 1-9 ; voy. D. MISONNE, « La normalisation technique », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1 « Normes internationales et constitutionnelles », Limal, Anthemis, 2012, pp. 502-503 ; P. VAN CLEYNENBREUGEL et I. DEMOULIN, « La normalisation européenne après l'arrêt *James Elliott Construction* du 27 octobre 2016 : la Cour de justice de l'Union européenne a-t-elle élargi ses compétences d'interprétation ? », *Rev. Fac. dr. Liège*, 2017, pp. 309-310 ; A. VAN WAEYENBERGE, « Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric-à-brac ou système pour l'Union européenne ? », in B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE, *Gouverner par les standards et les indications. De Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 103-104.

⁵ Pour la fixation du programme belge de normalisation, voy. art. VIII.5 CDE.

cas, la norme est, en pratique, suivie par la plupart de ses principaux destinataires. Non pas parce qu'elle s'impose à eux, mais parce qu'ils y trouvent leur intérêt ou parce qu'ils y sont contraints par les facteurs, juridiques ou non, mais qui ne sont pas un ordre intimé par l'autorité publique. Dans ce contexte, il est facile pour l'autorité de faire elle-même usage de la norme, soit pour l'incorporer dans un texte réglementaire, soit pour s'y référer directement ou indirectement, rendant ainsi obligatoire une norme qui est facultative en soi.

6. Par ailleurs, les normes sont évidemment utilisées par des acteurs privés, qu'il s'agisse de ceux qui sont à l'origine de leur création ou d'autres acteurs qui trouvent opportun d'en faire usage. Ainsi, ils peuvent en prendre connaissance ou s'en inspirer pour élaborer leurs propres produits ou procédures, décider de s'y conformer sans y être tenus, ou encore s'y conformer en vertu d'une obligation contractuelle par exemple. Ils peuvent également convenir avec d'autres de les respecter, en tout ou en partie.

7. Dans la suite de cette contribution, nous exposerons d'abord les difficultés qui surviennent lorsque les normes sont utilisées dans les rapports privés (Chapitre 2). Ensuite, nous verrons quels problèmes elles peuvent poser en droit public (Chapitre 3). Nous terminerons par une conclusion qui tirera les enseignements de notre contribution au regard de la question de recherche commune aux auteurs de cet ouvrage (Conclusion).

Chapitre 2

Risques liés à l'utilisation des normes en droit privé ou par les acteurs privés

Section 1

Utilisation des normes dans les relations contractuelles

8. Si les pouvoirs publics sont de grands utilisateurs des normes, rien n'empêche les personnes privées d'y avoir recours également. C'est d'ailleurs principalement à cela qu'elles doivent servir.

Un premier type d'utilisation consiste à adopter la norme unilatéralement, en décidant de suivre ses dispositions. Si le fabricant d'un appareil électrique souhaite, parce que cela constituera une qualité de son produit, donc une plus-value pour ses clients, que l'appareil puisse être branché dans une prise électrique du type de celles qu'on trouve dans les bâtiments en Belgique, il aura intérêt à choisir un câble et une fiche adaptés, donc, conformes à la norme applicable en la matière. Juridiquement, ce type d'adoption peut s'analyser comme une simple directive interne, c'est-à-dire comme une instruction donnée par l'employeur (le

fabricant du produit ou le fournisseur du service) à ses employés. Éventuellement, on peut y voir une déclaration unilatérale de volonté si le respect de la norme est annoncé à l'extérieur, de sorte que des tiers pourraient avoir connaissance de cet engagement et adopter un comportement qui en tient compte.

Une autre utilisation consiste à incorporer la norme dans un contrat ou dans un cahier des charges⁶. Ainsi, un des cocontractants devra réaliser sa prestation contractuelle (fournir un service, livrer un produit) en se conformant à la norme que les parties ont visée dans le contrat. Le plus facile et le plus clair est d'inclure dans le contrat une référence à la norme, dont la plupart sont identifiables par un titre et un code composé de lettres et de chiffres. Ceci équivaut, mais sous une forme simplifiée, à incorporer dans le contrat les caractéristiques dont le produit ou le service doit être doté selon la norme, et à les imposer au cocontractant au titre d'une obligation contractuelle⁷. Pour reprendre l'exemple, le fabricant qui sous-traite la fabrication des composantes électriques de son appareil, ou qui achète à un fournisseur les pièces détachées permettant de le fabriquer, inclura dans le contrat une référence à la norme pour préciser le type de fiches et de câbles qu'il souhaite utiliser, afin de s'assurer qu'ensuite, son appareil sera apprécié sur le marché où il souhaite le commercialiser.

Si une telle référence n'est pas incluse explicitement dans le contrat, on peut se demander si une référence implicite serait concevable. Là encore, plusieurs cas de figure sont possibles et dépendent principalement des dispositions du droit des contrats (éventuellement décliné selon le type de contrat) et du consentement, implicite ou non, des parties. On peut imaginer que l'acheteur se soit fondé sur une déclaration unilatérale du vendeur (voy. *supra*) et que cette déclaration ait été déterminante de son consentement, de sorte qu'elle est entrée dans le champ contractuel. Il est aussi possible que, comme pour les fiches électriques données en exemple plus haut, la norme technique soit d'utilisation tellement générale qu'elle puisse être considérée comme un élément de la conformité du produit ou comme une règle de l'art⁸ que tout professionnel doit respecter, même sans précision explicite dans le contrat⁹.

⁶ Sur l'utilisation des normes dans les marchés publics, voy. *infra*, n° 18.

⁷ P. VAN CLEYNENBREUGEL et I. DEMOULIN, « La normalisation européenne après l'arrêt *James Elliott Construction* du 27 octobre 2016 : la Cour de justice de l'Union européenne a-t-elle élargi ses compétences d'interprétation ? », *op. cit.*, p. 320.

⁸ Voy. A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 601-603, ainsi que les nuances apportées par ces auteurs ; K. UYTTERHOEVEN, « De toepassing van technische normen in de bouwsector en de aansprakelijkheid van de ontwerper », *T.B.O.*, 2008, pp. 208-209 (qui est plus catégorique quant à l'idée que, dans le secteur de la construction à tout le moins, les normes font partie des règles de l'art).

⁹ La base juridique serait alors les articles 1135 du Code civil et VIII.1 du CDE.

9. Ce dernier cas de figure a donné lieu à un intéressant arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Elliott*¹⁰. Il s'agissait d'une entreprise irlandaise, qui, pour exécuter un chantier de construction à Dublin, avait acheté des matériaux à une autre société. Il s'est ensuite avéré que le bâtiment était affecté de vices nécessitant des réparations coûteuses et que l'origine de ces vices résidait dans une mauvaise qualité d'un des matériaux achetés par la société Elliott. Dans son action contre le vendeur de ces matériaux, Elliott invoque la loi irlandaise sur la vente, qui impose que les biens vendus soient de « qualité marchande ». Pour déterminer ce qu'est la « qualité marchande » en l'espèce, elle se réfère à la norme irlandaise applicable pour ce type de matériaux, qui elle-même constitue la transposition de la norme européenne harmonisée en la matière. À la suite de divers recours devant les juridictions nationales¹¹, l'affaire aboutit devant la Cour de justice.

L'arrêt qui en résulte tranche certaines questions intéressantes en droit européen, notamment celle de savoir si la Cour est compétente pour interpréter de telles normes¹². Nous ne nous y attarderons pas ici (*infra*, n° 34), quoique sa réponse positive à cette question soit en soi intéressante.

Quant à savoir si la norme s'impose à la juridiction saisie du litige contractuel, la Cour indique que le processus européen de normalisation est destiné à favoriser la libre circulation des produits dans l'Union et qu'il ne concerne donc que les conditions de mise sur le marché dans le marché intérieur. Ainsi, un produit qui respecte une norme harmonisée est présumé conforme aux exigences européennes de mise sur le marché, de sorte que les États membres ne peuvent pas interdire sa commercialisation¹³.

Mais ces normes ne sont pas censées s'imposer aux producteurs, de sorte qu'on ne peut pas tirer de conclusion du respect ou du non-respect de leurs dispositions pour ce qui concerne les relations entre personnes privées. Plus précisément, la norme ne lie pas le juge qui statue dans un litige de droit privé quant à la conformité du produit. La présomption de conformité découlant du respect de la norme vaut uniquement pour l'application des règles de libre circulation des marchandises au sein de l'Union européenne, mais ne

¹⁰ C.J., 27 octobre 2016, *James Elliott Construction*, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821.

¹¹ Pour un bref commentaire de l'affaire telle que traitée par les juridictions nationales, F. WHITE, « The meaning of merchantable quality: *James Elliot Construction Ltd. v. Irish Asphalt Ltd.* », 47 *Irish Jurist*, 2012, pp. 225-233.

¹² Voy. arrêt *Elliott*, pt 47, et C.J., 14 décembre 2017, *Anstar Oy*, C-630/16, ECLI:EU:C:2017:971, pt 32 ; P. VAN CLEYNENBREUGEL et J. DEMOULIN, « La normalisation européenne après l'arrêt *James Elliott Construction* du 27 octobre 2016 : la Cour de justice de l'Union européenne a-t-elle élargi ses compétences d'interprétation ? », *op. cit.*, pp. 314-320. Voy. aussi, antérieurement, C.J., 21 octobre 2010, *Latchways et Eurosafe Solutions*, C-185/08, ECLI:EU:C:2010:619, pts 30-36, où la Cour refuse d'exercer sa compétence d'interprétation s'agissant d'une norme non harmonisée.

¹³ Arrêt *Elliott*, pts 50-51.

constitue pas une présomption de conformité du produit pour l'application des règles de la vente¹⁴.

La Cour de justice veille ainsi, dans ce domaine en tout cas, à maintenir le caractère non obligatoire des normes¹⁵, sauf volonté contraire, le caractère obligatoire résultant alors du contrat plutôt que de la norme elle-même. Elle ne semble toutefois pas exclure que les règles nationales régissant le contrat de vente permettent ou imposent, quant à elles, de se référer aux normes pour évaluer la conformité d'un produit. La Cour fait aussi clairement le départ entre l'effet de la norme en droit privé et son incidence sur les règles de droit public (ou certaines d'entre elles, à tout le moins¹⁶).

10. On ne pourrait toutefois pas déduire de l'arrêt *Elliott* que l'invocation des normes est totalement exclue en droit privé. Elles restent importantes, en particulier en matière de responsabilité, parce que la loi ou le contrat y font explicitement ou implicitement référence, notamment par le biais des règles de l'art¹⁷. Mais, la norme elle-même n'étant pas obligatoire, ne pas la respecter ne constitue pas automatiquement une faute, de même que son respect n'est pas la garantie de l'absence de faute¹⁸.

Section 2

Dérive de la normalisation vers la réglementation ?

11. Il ne faut toutefois pas minimiser le risque que la normalisation évolue progressivement vers une forme de réglementation, souple peut-être, mais néanmoins effective.

Ce risque découle de l'utilisation que les pouvoirs publics peuvent faire des normes et des institutions de normalisation, notamment grâce à des présomptions, ce qui peut se montrer à partir de l'exemple de l'affaire *Elliott*¹⁹.

¹⁴ Arrêt *Elliott*, pts 52, 53 et 61.

¹⁵ P. VAN CLEYNENBREUGEL et I. DEMOULIN, « La normalisation européenne après l'arrêt *James Elliott Construction* du 27 octobre 2016 : la Cour de justice de l'Union européenne a-t-elle élargi ses compétences d'interprétation ? », *op. cit.*, p. 320.

¹⁶ Ce n'est pas parce qu'on se situe dans le domaine du droit privé que le droit public n'encadre pas l'utilisation des normes. Par exemple, des exigences en matière d'emploi des langues peuvent s'appliquer dans des domaines couverts par des normes, comme l'étiquetage des produits (art. VI.8 CDE) ou les notices d'instructions (pt 1.7.4 de l'Annexe I de l'arrêté royal du 12 août 2008 concernant la mise sur le marché des machines), dans un souci de protection du consommateur ou des travailleurs.

¹⁷ Comp. l'article IX.3, § 2, du CDE, qui cite certaines catégories de normes parmi les critères auxquels il faut avoir égard pour déterminer si un produit rencontre l'obligation générale de sécurité.

¹⁸ Pour une discussion plus détaillée de ces aspects, K. UYTTERHOEVEN, « De toepassing van technische normen in de bouwsector en de aansprakelijkheid van de ontwerper », *op. cit.*, pp. 209-211.

¹⁹ Pour les besoins de cet article, on se réfère à la réglementation aujourd'hui en vigueur, et non à celle qui s'appliquait à l'affaire soumise à la Cour de justice. La structure du raisonnement est identique dans les deux cas.

Tout d'abord, les autorités publiques peuvent demander aux organismes de normalisation qu'ils élaborent une norme sur un sujet déterminé. Sur le plan européen, ce pouvoir est conféré à la Commission²⁰. L'Union peut également participer au financement des travaux d'élaboration de la norme²¹ ; plus généralement, elle subventionne les organismes européens de normalisation²². Une fois cette norme adoptée, ses références sont publiées au *Journal officiel* (partie C), ce qui confère à la norme la qualité de norme harmonisée au sens de l'article 2, § 1^{er}, c), du règlement n° 1025/2012²³. Les organisations de normalisation doivent, chaque année, faire rapport à la Commission au sujet de l'exercice des missions qui leur sont confiées²⁴.

Si l'on se réfère aux exigences plus spécifiquement relatives aux matériaux de construction, le règlement n° 305/2011 fixe des « exigences fondamentales applicables aux ouvrages de construction » et des « caractéristiques essentielles des produits de construction » qui « constituent la base pour l'établissement des mandats de normalisation »²⁵. Si un produit de construction est couvert par une norme harmonisée, c'est-à-dire si une norme harmonisée définit ses caractéristiques, alors le fabricant doit, sauf exception, établir une « déclaration de performance » lors de sa mise sur le marché²⁶, ce qui implique que « le fabricant assume la responsabilité de la conformité du produit de construction avec ces performances déclarées »²⁷. Cette déclaration de performance contient notamment une référence à la norme harmonisée qui a été suivie²⁸. Lorsque le fabricant a établi une déclaration de performance, il applique sur le produit le « marquage CE »²⁹, bien connu des consommateurs dans l'Union européenne pour indiquer la

²⁰ Art. 10 du règlement (UE) n° 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, modifiant les directives 89/686/CEE et 93/15/CEE du Conseil ainsi que les directives 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE et 2009/105/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la décision 87/95/CEE du Conseil et la décision 1673/2006/CE du Parlement européen et du Conseil, J.O., L 316 du 14 novembre 2012, p. 12, tel que modifié.

²¹ Art. 10, § 4, du règlement n° 1025/2012.

²² Art. 15 du règlement n° 1025/2012.

²³ Art. 10, § 6, du règlement n° 1025/2012.

²⁴ Art. 24 du règlement n° 1025/2012. Sur ce règlement et l'« externalisation » de la réglementation qui en découle, voy. F. MARTUCCI, « Standardisation internationale privée et marché intérieur de l'Union », in R. BISMUTH (dir.), *La standardisation internationale privée. Aspects juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 68-70. La répartition des rôles et le fonctionnement concret de la normalisation européenne sont précisés dans un *vade-mecum* publié sur le site Internet de la Commission (https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/vademecum_en, consulté le 12 janvier 2019).

²⁵ Art. 3 et annexe I du règlement (UE) n° 305/2011 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 établissant des conditions harmonisées de commercialisation pour les produits de construction et abrogeant la directive 89/106/CEE du Conseil, J.O., L 88 du 4 avril 2011, p. 5.

²⁶ Art. 4, § 1^{er}, du règlement n° 305/2011.

²⁷ Art. 4, § 3, du règlement n° 305/2011.

²⁸ Art. 6, § 2, c), du règlement n° 305/2011.

²⁹ Art. 8, § 2, du règlement n° 305/2011.

conformité des produits aux règles applicables sur le marché européen. Et, enfin, les produits dotés du marquage CE sont admis sur le marché européen : les États membres ne peuvent pas interdire ou entraver leur mise sur le marché sur leur territoire³⁰.

Ce règlement va plus loin encore en indiquant qu'au terme d'une période de « coexistence », les normes nationales doivent être retirées et la norme harmonisée devient le seul moyen de démontrer qu'un produit respecte les performances permettant d'établir la déclaration de performance et d'apposer le marquage CE³¹.

Il résulte de cette cascade de règles que, finalement, les produits de construction qui respectent une norme harmonisée sont en principe admis sur le marché intérieur, mais aussi qu'une norme harmonisée, lorsqu'elle existe, devient obligatoire pour le fabricant du produit³².

La directive sur la sécurité des produits est plus directe lorsqu'elle indique à son article 3 : « 1. Les producteurs sont tenus de ne mettre sur le marché que des produits sûrs. 2. [...] Un produit est présumé sûr, pour les risques et les catégories de risque couverts par les normes nationales concernées, quand il est conforme aux normes nationales non obligatoires transposant des normes européennes dont la Commission a publié les références au *Journal officiel des Communautés européennes* en application de l'article 4. [...] »³³. Les articles IX.2 et IX.3 du Code de droit économique (CDE) transposent ces dispositions. L'article IX.3 se réfère aussi à d'autres types de normes pour les cas où une norme harmonisée n'existerait pas, sans toutefois prévoir une présomption de sécurité dans ce cas.

Bien entendu, cela ne rend pas les normes obligatoires en tant que telles et ne transforme pas la normalisation en réglementation. Mais on sent bien que cela s'en rapproche, ce qui est d'ailleurs le but. Si les normes, même non obligatoires, n'avaient réellement aucun effet contraignant sur les fabricants, elles ne serviraient pas à grand-chose, elles ne favoriseraient pas la circulation des produits et il ne serait pas justifié que les autorités publiques, Union européenne en tête, financent leur élaboration. C'est sans doute cela qui conduit la Cour de justice à décider que les normes harmonisées, une

³⁰ Art. 8, § 4, du règlement n° 305/2011.

³¹ Art. 17, § 5, du règlement n° 305/2011. Voy. aussi l'article 4, § 2, de ce règlement, qui complète cette exclusivité, mais aussi ses articles 36 à 38 qui prévoient des exceptions.

³² S. SEYS, *Vers un dépassement des freins réglementaires au réemploi des éléments de construction. Un meilleur cadre pour le réemploi de produits, pas d'obligation de marquage CE et un système d'évaluation ad hoc*, Bruxelles, décembre 2017, p. 25 (<https://www.bbsm.brussels/wp-content/uploads/2018/01/Rotor-WP7-Rapport-final-1.pdf>).

³³ Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, J.O., L 11 du 15 janvier 2002, pp. 4-17.

fois leur référence publiée au *Journal officiel*, font partie du droit de l'Union, de sorte qu'elle est compétente pour les interpréter³⁴.

12. Ce type de système existe, en droit européen ou en droit national, pour d'autres types de produits, mais également dans d'autres ordres juridiques. Ainsi, l'article 2.5 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (*TBT-agreement*), qui fait partie des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC ou, en anglais, WTO), prévoit que, « chaque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international. »

Ceci signifie que, lorsqu'il existe une norme internationale, l'État membre de l'OMC qui utilise cette norme comme base de sa réglementation nationale (ce qui est par ailleurs une obligation, au moins en principe, en vertu de l'article 2.4 du même accord), sa réglementation nationale est présumée admissible au regard du droit de l'OMC. Ceci se comprend dans la mesure où les règles du droit de l'OMC visent principalement à favoriser le commerce international et à interdire les discriminations entre produits. Un État qui fonde sa réglementation sur une norme mondiale, donc prévue pour les territoires de tous les États, a peu de risques de constituer un obstacle au commerce (ou, subsidiairement, un obstacle non nécessaire) ou d'être discriminatoire au sens où les produits d'un État (p. ex., les produits nationaux) seraient favorisés par rapport aux produits d'autres États.

Des principes similaires existent en matière de normes sanitaires, sur la base de l'accord de l'OMC sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, en lien notamment avec les normes établies par le *Codex alimentarius*³⁵.

13. Ainsi, les normes influencent non seulement les règles applicables aux produits, mais aussi celles applicables aux États ou à l'Union européenne, en ce qu'elles ont, au minimum, une incidence sur la réglementation qui est admissible ou non au regard des obligations internationales ou supranationales de ces autorités. Ce double rôle est d'ailleurs susceptible de causer des difficultés, notamment quand la même norme doit se comprendre, par rapport à

³⁴ Arrêt *Elliott*, pts 40 et 47.

³⁵ Sur l'utilisation des normes internationales dans le droit de l'OMC, voy. L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Standards, régulation internationale et organisations internationales », in B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE, *Gouverner par les standards et les indications. De Hume aux rankings*, op. cit., pp. 82-86 ; H. CULOT, « Soft law et droit de l'OMC », *Revue internationale de droit économique*, 2005, pp. 269-284 ; J. DUPENDANT, « La reconnaissance des normes ISO par le droit de l'OMC », in R. BISMUTH (dir.), *La standardisation internationale privée. Aspects juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 177-198.

un produit, comme définissant des exigences minimales, alors que, lorsqu'elle est utilisée à l'égard des États pour l'application de règles de libre circulation, elle a pour effet de limiter leur pouvoir d'appréciation s'ils souhaitent imposer des obligations supplémentaires (sans nécessairement les interdire totalement) et s'interprète donc plutôt comme contenant des exigences maximales³⁶.

À l'analyse, on est donc loin des prescriptions techniques facultatives et relativement anodines qu'on présente habituellement (*infra*, n° 38).

Section 3

Création ou renforcement d'une position dominante

14. On peut aussi étudier les normes sous l'angle non de leur effet juridique, mais de leur processus d'adoption. Remarquons d'emblée que cette question n'a un intérêt pratique que parce que les normes ont, dans la réalité, quelque effet contraignant ; sinon, on ne se préoccuperait guère de savoir qui les adopte et selon quelle procédure.

Les procédures d'adoption des normes sont en principe définies par les règles internes de chaque institution de normalisation, qui précisent aussi qui peut participer au processus. La plupart des organismes sont des associations privées dont les membres ont, dans les statuts ou un document similaire, décidé de leur mode d'organisation et de la manière dont ils conduisent leurs activités.

Pourtant, le chapitre II du règlement n° 1025/2012 impose diverses obligations en termes de transparence et de participation des parties prenantes, pour ce qui concerne les organisations européennes de normalisation³⁷. L'article 5, § 1^{er}, prévoit notamment que « [l]es organisations européennes de normalisation encouragent et facilitent la représentation appropriée et la participation effective de toutes les parties prenantes, notamment des PME, des associations de consommateurs et des parties prenantes environnementales et sociales, à leurs activités de normalisation. » Il faut en outre « encourage[r] et facilite[r] une représentation appropriée, au niveau technique, des entreprises, des centres de recherche, des universités et des autres entités juridiques dans les activités de normalisation concernant tout domaine émergent ayant

³⁶ H. CULOT, « *Soft law* et droit de l'OMC », *op. cit.*, p. 277. Comp. aussi, pour reprendre les exemples présentés ci-dessus, la directive 2001/95/CE (destinée à garantir la sécurité des produits) et le règlement n° 305/2011 (destiné à garantir leur circulation dans l'Union).

³⁷ L'annexe I du règlement contient la liste de ces organisations. Il s'agit du CEN – Comité européen de normalisation, du Cenelec – Comité européen de normalisation électrotechnique et de l'ETSI – Institut européen de normalisation des télécommunications. Sur les « acteurs » européens de la normalisation, voy. A. VAN WAEYENBERGE, « Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric-à-brac ou système pour l'Union européenne ? », *op. cit.*, pp. 95-107.

d'importantes répercussions sur le plan politique ou sur le plan de l'innovation technique ». L'article 6 contient des dispositions destinées à faciliter la participation des PME aux activités des organismes nationaux de normalisation.

15. Nonobstant ces initiatives, la participation des petites entreprises et des consommateurs à l'élaboration des normes reste plutôt faible, voire marginale. Plusieurs facteurs peuvent l'expliquer. Cette participation est relativement coûteuse, notamment parce qu'il faut consacrer les ressources humaines suffisantes pour préparer utilement les réunions et pour y participer. Le coût résulte aussi des frais de fonctionnement de l'organisme de normalisation, qui doivent être assumés par ceux qui participent à l'élaboration des normes, même si un tarif réduit est souvent proposé à l'intention des « petits » acteurs. Ces derniers disposent aussi de compétences techniques moindres, notamment parce que, souvent, ils n'ont pas un département de recherche et développement richement doté en ressources matérielles et humaines, comme ceux des grandes entreprises. Et, enfin, ces acteurs sont habitués à s'adapter aux règles telles qu'elles sont, ou à suivre les tendances ou les usages, plutôt qu'à chercher à influencer ou à faire évoluer la réglementation à leur avantage, ce qui est généralement un comportement d'acteur dominant sur le marché. Il existe bien entendu moult nuances et exceptions, qui peuvent dépendre du type de produit, de la structure du marché ou de la culture d'entreprise par exemple.

16. De cette asymétrie dans la participation aux activités de normalisation résulte un risque qu'elles soient utilisées comme un instrument de pouvoir économique³⁸ et que, par le biais de la normalisation, les acteurs dominants imposent leurs techniques à tous les autres³⁹. La question de savoir s'il s'agit d'un abus de position dominante au sens du droit de la concurrence est, en soi, une question complexe qui nécessiterait une analyse approfondie au regard des règles spécifiques à cette matière et des circonstances propres à chaque cas d'espèce. Mais il n'est pas douteux qu'à tout le moins, et malgré les précautions qui sont prises pour éviter ce résultat, la normalisation peut avoir pour effet de renforcer le pouvoir des acteurs dominants en imposant *de facto* leur technologie ou en la rendant moins facilement contournable.

17. Une affaire intéressante a retenu l'attention de la Cour de justice, dans un cas où intervenait également un brevet⁴⁰.

³⁸ F. MARTUCCI, « Standardisation internationale privée et marché intérieur de l'Union », *op. cit.*, p. 53.

³⁹ Pour un exemple à propos du standard XML développé par Microsoft et certifié par l'ISO au terme d'une lutte avec les concurrents Sun et IBM, voy. A. VAN WAEYENBERGE, « Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric-à-brac ou système pour l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 108 et les références citées.

⁴⁰ C.J., 16 juillet 2015, *Huawei Technologies c. ZTE Corp.*, C-170/13.

Les règles de l'ETSI, l'organisme européen de normalisation en matière de télécommunications, prévoient le cas où le respect d'une norme suppose l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle (ce droit est alors qualifié d'« essentiel »). Il est tenu compte de cette situation dès l'étape d'élaboration de la norme. Au cours du processus, le participant qui constate que le respect de la norme suppose d'utiliser un droit intellectuel qui lui appartient doit en avertir l'ETSI et indiquer s'il est disposé à accorder aux utilisateurs de la future norme une licence dans des conditions justes et non discriminatoires (appelées « FRAND » pour *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*⁴¹). En cas de refus du titulaire du droit intellectuel, l'ETSI cherche s'il est possible d'utiliser une autre technologie et, à défaut, elle n'adopte pas la norme en projet. Ces règles ont donc pour objectif de définir un équilibre entre les exigences du fonctionnement des normes et les droits du titulaire du droit intellectuel⁴². Sans doute cette procédure n'est-elle pas sans lien avec la décision de la Commission dans l'affaire *Rambus*⁴³, où un titulaire de brevet était poursuivi pour avoir réclamé abusivement des royalties à des personnes qui utilisaient le brevet dans le cadre de la mise en œuvre d'une norme, alors que, lors de l'élaboration de la norme, Rambus n'avait pas révélé que l'application de la norme supposait l'utilisation de son brevet. Dans cette affaire, la Commission abandonne les poursuites, notamment en contrepartie de l'engagement de Rambus d'accorder des licences FRAND aux utilisateurs de la norme⁴⁴.

Le litige soumis à la Cour de justice opposait la société Huawei, titulaire d'un brevet « essentiel », à la société allemande ZTE, qui utilisait ce brevet en vue de se conformer à une norme de l'ETSI, mais sans avoir préalablement obtenu une licence. Huawei agit, dès lors, en contrefaçon contre ZTE et, en défense, ZTE argumente qu'une telle action est constitutive d'un abus de position dominante de la part de Huawei. Huawei ne conteste pas bénéficier d'une position dominante sur le marché en cause, mais estime n'avoir pas commis d'abus. La Cour de justice indique que le fait d'agir en contrefaçon pour le titulaire d'un brevet ne constitue pas, en soi, un abus⁴⁵, mais que des circonstances particulières telles que celles du cas d'espèce pourraient rendre l'action en contrefaçon abusive⁴⁶.

⁴¹ Sur les licences FRAND, voy. N. BINCTIN, « Standardisation internationale privée et droit de la propriété intellectuelle », in R. BISMUTH (dir.), *La standardisation internationale privée. Aspects juridiques*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 85-87.

⁴² Ces modalités sont décrites par la Cour de justice dans l'arrêt *Huawei*, pts 12-20.

⁴³ Résumé de la décision de la Commission du 9 décembre 2009 relative à une procédure d'application de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE (aff. COMP/38.636 – *Rambus*, J.O., C 30, 6 février 2010, pp. 17-18).

⁴⁴ Voy. F. MARTUCCI, « Standardisation internationale privée et marché intérieur de l'Union », *op. cit.*, 2014, p. 60.

⁴⁵ Arrêt *Huawei*, pt 46.

⁴⁶ Arrêt *Huawei*, pt 53.

Les circonstances reconnues par la Cour sont, précisément, le fait que l'utilisation du brevet est essentielle pour toute personne qui veut se conformer à la norme et qu'à l'occasion de l'élaboration de la norme, le titulaire du brevet s'était engagé à accorder une licence dans des conditions FRAND à toute personne souhaitant utiliser la norme⁴⁷. Mais encore faut-il, évidemment, que les parties se soient accordées sur les termes de la licence. La Cour détaille ensuite longuement le comportement que chacune des parties doit adopter, dans ce type de cas, afin qu'on puisse conclure que le titulaire du brevet n'abuse pas de sa position dominante.

Cette affaire montre comment l'existence de normes peut, d'une part, renforcer la position dominante d'un acteur du marché (ce que la Cour n'a toutefois pas examiné en tant que tel) et, d'autre part, influencer l'appréciation de l'abus.

18. C'est aussi, au moins en partie, pour éviter de restreindre la concurrence dans les marchés publics⁴⁸ que la directive européenne en la matière et la loi belge qui la transpose exigent que, lorsque le pouvoir adjudicateur fixe des spécifications techniques à respecter par référence à des normes, il ajoute la mention « ou équivalent »⁴⁹. En outre, s'il s'est référé à une norme dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle ne serait pas conforme à la norme si le soumissionnaire prouve que la solution qu'il propose est équivalente en termes d'exigences⁵⁰. Et, inversement, si le pouvoir adjudicateur ne se réfère pas à une norme, mais décrit des spécifications techniques du marché « en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles », il ne peut pas rejeter une offre conforme à une norme nationale transposant une norme européenne si la norme correspond aux performances ou exigences attendues⁵¹.

On relève néanmoins des litiges à ce sujet dans la jurisprudence, soit parce que la référence à la norme (et, en conséquence, aux spécifications techniques qu'elle exprime) est jugée – au moins par une partie – trop restrictive, de sorte qu'elle privilégie(rail) *de facto* certains acteurs, voire un seul acteur, soit parce que le « passage » entre l'expression d'un critère par le biais d'une norme à son expression « en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles » n'est pas aussi évident qu'il n'y paraît⁵².

⁴⁷ Arrêt *Huawei*, pts 49 et 51.

⁴⁸ Considérant 74 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, J.O., L 94 du 28 mars 2014, pp. 65-242.

⁴⁹ Art. 42, § 3, b), de la directive 2014/24/UE et art. 53, § 3, 2°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, M.B., 14 juillet 2016, p. 44219.

⁵⁰ Art. 42, § 5, de la directive 2014/24/UE et art. 53, § 6, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

⁵¹ Art. 42, § 6, de la directive 2014/24/UE et art. 53, § 5, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

⁵² Voy. C.E., 23 février 2012, *Stuer-Egghe*, n° 218.185 et C.E., 5 mars 2014, *Renotec*, n° 226.604 ; C.E., 30 novembre 2016, *AVK Belgium*, n° 236.608, *Entr. et dr.*, 2018, p. 168, note M. PILCER.

Hoofdstuk 3

Risico's verbonden aan het gebruik van normen in het publiek recht

Afdeling 1

Inleiding

19. In hoofdstuk 1 wezen we er al op dat normen vrijwillige afspraken zijn tussen geïnteresseerde partijen – zoals producenten, gebruikers en overheden – over wat de regels van goede praktijk zijn voor een product, een proces of een dienst. Hiermee wordt een gemeenschappelijke taal gecreëerd tussen de verschillende betrokkenen, wat hen zekerheid geeft en houvast biedt, doordat onderlinge verwachtingen worden geregeld, en de uitwisselbaarheid van verschillende producten, processen en diensten wordt bevorderd. Aangezien het evenwel de bedoeling is van een norm om het handelsverkeer te bevorderen, beoogt elke norm natuurlijk om een veelvuldige en herhaalde toepassing te vinden in de relatie tussen alle bij het betrokken product, proces of dienst betrokken spelers. Slaagt een norm in dit opzet, dan zal deze een vergaande feitelijke draagwijdte hebben. In hoofdstuk 2 werd dit geïllustreerd met verschillende voorbeelden, en werd erop gewezen dat normen kunnen uitgroeien tot *de facto* regelgeving.

Niettemin zijn normen geen wet- of regelgeving. Juridisch blijven het in beginsel *vrijwillige* afspraken. Ze zorgen ervoor dat de verschillende betrokkenen over een gemeenschappelijke taal- en referentiekader beschikken. Waarvan kan worden afgeweken, ook al kan het afwijken ervan tot praktische problemen aanleiding geven. Zo geldt voor producten die conform een Europese geharmoniseerde norm zijn ontworpen en vervaardigd een vermoeden van conformiteit met de essentiële eisen in de (harmonisatie) wetgeving zijn vastgesteld (*supra* nr. 11), terwijl fabrikanten die voor een andere technische oplossing kiezen de overeenstemming met deze essentiële eisen zullen moeten aantonen.⁵³

⁵³ De mogelijkheid om van een Europese geharmoniseerde norm af te wijken, zou het gebruik van afwijkende technieken, en bijgevolg van innovatie mogelijk moeten maken. Deze *juridische* mogelijkheid wordt *in de praktijk* evenwel in belangrijke mate genuanceerd: de naleving van een geharmoniseerde norm levert immers een vermoeden van overeenstemming op met essentiële eisen van de Europese harmonisatiewetgeving, en verlicht in belangrijke mate de bewijslast van de producent of dienstverlener. Tijdens het seminarie 'normen en overheidsbeleid' (4 mei 2017) wees bv. D. De Moor (Agoria) in zijn mondelingen uiteenzetting erop dat certificatie van een dergelijk afwijkend product belangrijke kosten met zich meebrengt: voor bv. buizen of fittingen zou de kost hiervan oplopen van 40.000 tot 100.000 euro, wat ertoe zou leiden dat een kleine kmo zijn markten wel heel selectief zou moeten kiezen. D. Pohl (FOD Volksgezondheid) merkte er tijdens zijn mondelinge uiteenzetting dan weer op dat voor de vele productnormen op het vlak van leefmilieu er geen enkele fabrikant is die een alternatieve, gelijkwaardige methode gebruikt. M. Lanord Farinelli bevestigt dit:

Als een norm zijn roeping waarmaakt en door de betrokkenen als een goede praktijk wordt aanzien, dan zal er in het rechtsverkeer veelvuldig van deze norm gebruik worden gemaakt; wat in feite verwacht kan worden, aangezien de belangrijkste spelers bij hun totstandkoming betrokken waren. Naar de norm zal dan ook herhaaldelijk worden verwezen in bv. bestekken, in contractsbepalingen en in voorwaarden voor certificering of labeling.

20. Ook de wet- of regelgever (hierna: regelgever⁵⁴) kan in dergelijke omstandigheden geneigd zijn om van de norm gebruik te maken. Hij kan dan immers gebruik maken van de bestaande technische expertise die is neergelegd in de norm en hoeft bijgevolg geen eigen regelgeving te ontwikkelen en uit te werken. Zo hoeft hij niet opnieuw het warm water uit te vinden. Aangezien normen in beginsel om de vijf jaar worden herzien, zouden deze aangepast moeten zijn aan technologische vooruitgang. De regelgever kan aldus voorkomen dat zijn regelgeving na verloop van tijd technisch niet adequaat of voorbijgestreefd zou zijn. Hij zou hiermee ook gebruik maken van een instrument dat al brede aanvaarding kent in de markt, wat de naleving ervan zou moeten bevorderen. Maakt de regelgever gebruik van internationale⁵⁵ of Europese normen, dan voorkomt hij in beginsel dat er op internationaal

"s'il peut toujours refuser de suivre les normes techniques prescrites par les organismes communautaires, il lui revient de prouver la conformité du produit avec les exigences essentielles inscrites dans les directives communautaires, entreprise beaucoup plus délicate et plus coûteuse" (M. LANORD FARINELLI, "La norme technique : une source du droit légitime ?", *RFDA*, 2005 (738) 746). Het Nederlandse Adviescollege toetsing regeldruk (ACTAL) voegt daar nog aan toe: "Bovendien worden succesvolle gelijkwaardigheidsonderzoeken (bijvoorbeeld vanuit concurrentieoverwegingen) niet beschikbaar gesteld, waardoor elk bedrijf ze opnieuw moet uitvoeren. Dat brengt onnodig hoge kosten mee. Het gevolg is dat bedrijven in de praktijk minder vaak een gelijkwaardig en minder belastend alternatief toepassen dan mogelijk is, met onnodige regeldruk als gevolg" (ACTAL, advies van 8 oktober 2015 'verminder de regeldruk bij wettelijke verwijzingen naar industriënormen', p. 4 (raadpleegbaar op <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-660931.pdf>).

Voor wat betreft nationale normen, zie bv. HvJ, 12 juli 2012, C-171/11, *Fra.bo SpA*, §§ 29-31.

Voor wat betreft technische normen in het algemeen, stelt K. Uytterhoeven: "Zelfs wanneer de normen niet verbindend zijn ingevolge een wettelijke of reglementaire bepaling of een contractueel document, dienen zij in beginsel te worden nageleefd, aangezien ze behoren tot de regels van de kunst. Een afwijking van de norm is dan ook slechts uitzonderlijk mogelijk, mits er gegronde technische redenen bestaan. (...) Het niet naleven van technische normen kan bovendien leiden tot een verval van verzekeringsdekking indien dit kan worden beschouwd als een zware fout" (K. UYTTERHOEVEN, *op. cit.* 212) en merkt S. Seys fijntjes op: "la norme technique est dite volontaire, sur le plan des principes à tout le moins (même si elle devient souvent obligatoire dans les faits)" (S. SEYS, *Vers un dépassement des freins réglementaires au réemploi des éléments de construction. Un meilleur cadre pour le réemploi de produits, pas d'obligation de marquage CE et un système d'évaluation ad hoc*, december 2017, Brussel, Rotor vzw, 60 (raadpleegbaar op de internetsite van ROTOR: <https://www.bbsm.brussels/wp-content/uploads/2018/01/Rotor-WP7-Rapport-final-1.pdf>).

⁵⁴ Hierna verwijzen we naar "regelgever" als generiek term voor alle wet- en regelgevers, m.n. alle organen die materiële wetten of algemeen verbindende besluiten tot stand brengen. Daar waar we de term "wetgevers" gebruiken, verwijzen we specifiek naar de formele wetgever; in de Belgische context dus: de wet-, decreet- of ordonnantiegever.

⁵⁵ Zie artikel 2.4 van de *Agreement on Technical Barriers to Trade* (hierna: TBT) en adv.RvS 63.438/3 van 29 mei 2018, nr. 5.2 (de adviezen zijn raadpleegbaar op de op de internetsite van de Raad van State: www.raadvst-consetat.be).

of Europees niveau ongeoorloofde handelsbelemmeringen effecten zouden worden gecreëerd.⁵⁶

De regelgever kan gebruik maken van een norm door die norm om te zetten, of door naar die norm te verwijzen (*supra* nr. 5). In beide gevallen verandert hij hiermee natuurlijk wel de aard van de norm: deze krijgt immers het karakter van algemeen *verbindende* regelgeving.

21. Deze verandering van de aard van een norm door het gebruik dat de regelgever ervan maakt, is niet waardevrij. Deze transformatie biedt niet alleen voordelen, maar kan ook aanleiding geven tot knelpunten.

Vanuit het perspectief van normalisatie-instellingen en van de gebruikers van normen dreigt het algemeen verbindend maken van normen afbreuk te doen aan het evolutief karakter ervan: normen worden in beginsel immers elke vijf jaar geëvalueerd op de noodzaak tot herziening ervan, teneinde zich ervan te verzekeren of de inhoud nog steeds actueel is, wat thans niet het geval is voor regelgeving.⁵⁷ Bovendien wordt hiermee afbreuk gedaan aan het principiële mogelijkheid om van een norm af te wijken, aangezien dit in beginsel niet het geval is voor regelgeving. Het denatureren van een norm naar regelgeving dreigt op die manier innovatie af te remmen. Innovatie vereist immers een voldoende ruimte om te experimenteren en om af te wijken van de thans courante technische oplossingen, evenals een tijdige aanpassing van de normen aan de verdere technische vooruitgang.⁵⁸

Daarnaast wordt er ook op gewezen dat de regelgever dan als gebruiker van de norm ook geacht wordt om deel te nemen aan het verdere normontwikkeling in het kader van de werkzaamheden van de normalisatie-instelling, zodat deze norm zich verder kan ontwikkelen in een consensus van alle betrokken partijen.⁵⁹ Dit zou thans niet steeds het geval zijn.⁶⁰

⁵⁶ FOD ECONOMIE, "Verwijzen naar normen in technische regelgeving. Ontdek de voordelen! Gids bestemd voor regelgevende overheden", Brussel, FOD Economie, maart 2017, 17-18 (raadpleegbaar op de internetsite van de FOD Economie: <https://economie.fgov.be/nl/file/776/download?token=jLF4n32V>).

⁵⁷ Het maar niet geoperationaliseerd raken van het Parlementaire Comité belast met de *ex post* wetsevaluatie opgericht in 2007 is symptomatisch voor de lamentabele staat van de wetsevaluatie in België. Zie bv. C. COURTOIS, "Le comité parlementaire chargé du suivi législatif", *C.H. CRISP* n° 2375, 2018; G. VAN DER BESIEN, "Burgers verbeteren wetten. Over de verzoekschriften bij het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie", *TvW* 2013, 234-239; G. VAN DER BESIEN, "De rechterlijke macht en de wetsevaluatie", *TvW* 2013, 310; X, "L'histoire d'un comité parlementaire chargé du suivi législatif mais ... qui ne suit rien du tout", *Le Vif/Express* 3 januari 2019.

⁵⁸ FOD ECONOMIE, *op. cit.* 18.

⁵⁹ En dat de regelgever er zich van kan vergewissen dat de norm nog steeds beantwoordt aan zijn doelstelling, zie *infra* noot 74. Artikel 2.6 van de TBT luidt overigens: "With a view to harmonizing technical regulations on as wide a basis as possible, Members shall play a full part, within the limits of their resources, in the preparation by appropriate international standardizing bodies of international standards for products for which they either have adopted, or expect to adopt, technical regulations."

⁶⁰ G. DE POORTER, "Discours inaugural", séminaire 'Standards & public policy' 4 mai 2017, p. 4 (raadpleegbaar op de internetsite van de FOD Economie: <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Event/170504/1-intro-Geert-De-Poorter.pdf>).

Door het transformeren van een *nationale* norm in regelgeving, loopt de regelgever ook het risico technische handelsbelemmeringen te bevestigen of te creëren. Internationale of Europese normen beogen een internationale of Europese markt te creëren door de uitwisselbaarheid van producten, processen en diensten te bevorderen. Nationale normen beogen de uitwisselbaarheid op nationaal niveau te bevorderen, maar houden hierdoor ook het risico in zich om ongeoorloofde handelsbelemmeringen te creëren met buitenlandse handelspartners.⁶¹ Een dergelijke (potentiële) handelsbelemmering wordt verder op scherp gesteld door het transformeren van de nationale norm in regelgeving, m.a.w. doordat de naleving ervan verplicht wordt gemaakt.

Deze transformatie zorgt evenwel niet enkel voor knelpunten vanuit het oogpunt van de normalisatieinstellingen, hun gebruikers en onze handelspartners, maar ook vanuit het oogpunt van de burgers en de rechtswaARBorgen die de Grondwet hen biedt.

Afdeling 2

Dynamische verwijzingen naar normen: ongrondwettige delegatie van normatieve bevoegdheid

22. Regelgeving dient tot stand te komen op de door de Grondwet bepaalde wijze.⁶² Het is in de eerste plaats aan de (federale of deelstaat) wetgever om regelgeving op de stellen en aldus de essentiële beleidskeuzes te maken in onze samenleving. In de tweede plaats wordt regelgeving door de (federale of deelstaat) regering bepaald: deze neemt de regelgeving aan die voor de uitvoering van de wetten nodig is⁶³ en regelt de aangelegenheden die de wetgever hem uitdrukkelijk toekent.⁶⁴ De regering beschikt op die manier over ruime regelgevende bevoegdheden, maar voert deze uit onder directe politieke controle van de wetgever.⁶⁵ Een delegatie van regelgevende bevoegdheden aan andere besturen die *niet* onder de directe controle staan van de wetgever – zoals bv. een minister, een ambtenaar of een openbare instelling – is slechts uitzonderlijk, en voor beperkte aangelegenheden toelaatbaar: een delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een minister is

⁶¹ *Supra* nrs. 12 en 13. Zie bv. artikelen 2.2, 2.5 en 2.9 TBT en artikel 5, lid 1, van richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 'betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij'.

⁶² Artikel 33 Grondwet.

⁶³ Artikel 108 Grondwet, artikel 20 bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen' (BWII), artikel 8 bijzondere wet van 12 januari 1989 'met betrekking tot de Brusselse instellingen' (Bijz.W.Brussel) en artikel 7 wet van 31 december 1983 'tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap' (W.D.Gem.).

⁶⁴ Artikel 105 Grondwet, artikel 78 BWII, artikel 38 Bijz.W.Brussel en artikel 51 W.D.Gem.

⁶⁵ Wat betreft de federale overheid, zie bv. de artikelen 56, 96, tweede lid, 100, lid 2, 101, lid 1, 167, §2, 174 en 183 Grondwet.

slechts aanvaardbaar voor aangelegenheden van bijkomstige of detailmatige aard;⁶⁶ een delegatie aan een openbare instelling wordt slechts gebillijkt om praktische redenen en voor zover deze een zeer beperkte of een hoofdzakelijk technische en niet-beleidsmatige draagwijdte.⁶⁷ Een delegatie van regelgevende bevoegdheid aan private personen is niet toelaatbaar.⁶⁸

Technische normen worden ontwikkeld door “betrokken partijen” – in de praktijk voornamelijk grote ondernemingen en hun beroepsorganisaties⁶⁹ – en deze worden aangenomen door een internationale, Europese of nationale normalisatie-instelling. Normalisatie-instellingen zijn in de regel private entiteiten (zoals het CEN op Europees niveau⁷⁰ of het BEC op Belgisch niveau⁷¹). Het NBN dat een instelling van openbaar nut is, is hierop een uitzondering.⁷²

Regelgeving dient door de daartoe aangewezen organen en volgens de daartoe bepaalde procedure tot stand dienen te komen. Dit geeft aanleiding tot problemen daar waar de regelgever door verwijzing normen verbindend maakt. Daar waar nog kan worden aangenomen dat door een verwijzing naar de *huidige* versie van een norm (een statische verwijzing) de regelgever zich deze eigen maakt, is de verwijzing zonder meer problematisch indien het om een dynamische verwijzing gaat, bv. waarbij een norm van toepassing wordt verklaard “*met inbegrip van de eventuele wijzigingen*” die deze later nog zou kunnen ondergaan. De regelgever zou aldus een toekomstige norm verbindend maken die het niet kent, die niet door de constitutioneel of Europeesrechtelijk daartoe bevoegde organen tot stand wordt gebracht, die niet onderworpen is aan de geldende waarborgen bij de totstandkoming van regelgeving en die niet in het Belgisch Staatsblad of in het Publicatieblad van de Europese Unie wordt bekendgemaakt.⁷³⁻⁷⁴

⁶⁶ Zie bv. adv.RvS 59.321/1 van 23 mei 2016, nr. 7, adv.RvS 55.239/3 van 4 maart 2014, nr. 3,

⁶⁷ Zie bv. adv.RvS 57.739/1/V van 28 juli 2015, nrs. 3-5, adv.RvS 57.444/1 van 26 mei 2015, nr. 4, adv.RvS 57.373/3 van 4 mei 2015, nr. 4, adv.RvS 56.941/3 van 21 januari 2015, nr. 13, adv.RvS 54.643/3 van 9 december 2013, nr. 6 en RvS 15 februari 2012, nr. 218.000, § 19. Zie ook: C. JENART, *Constitutional principles on outsourcing rulemaking powers to non-politically-accountable actors in European states*, doctoraatsthesis Rechten UAntwerpen, te verdelen, III. Ch. 3. 2. §3. A. (2) die voorstelt om een delegatie van verordenende bevoegdheid aan privaatrechtelijke rechtspersonen aan dezelfde -strikte- voorwaarden te onderwerpen als een delegatie aan openbare instellingen.

⁶⁸ Zie bv. adv.RvS 56.941/3 van 21 januari 2015, nr. 14, adv.RvS 52.567/1 van 23 januari 2013, nr. 5.3 en adv.RvS 53.499/3 van 3 juli 2013, nr. 4.3.

⁶⁹ S. SEYS, *op. cit.* 58-59, FOD ECONOMIE, *op. cit.* 6-7.

⁷⁰ De Europese normalisatie-instellingen CEN (Comité européen de normalisation), CENELEC (Comité européen de normalisation électrotechnique) en ETSI (European Telecommunications Standards Institute) zijn privaatrechtelijke verenigingen, de eerste twee naar Belgisch recht, de laatste naar Frans recht.

⁷¹ Het Belgisch Elektrotechnisch Comité (BEC/CEB) is een Belgische vereniging zonder winstoogmerk.

⁷² Artikel VIII.3 van het Wetboek Economisch Recht.

⁷³ Zie bv. adv.RvS 63.025/3 van 26 maart 2018, nr. 7.1, *in fine*, adv.RvS 50.593/3 van 13 december 2011, nr. 11, adv.RvS 46.175/3 van 31 maart 2009, nr. 10, adv.RvS 46.425/3 van 12 mei 2009, blz. 6-7, adv.RvS 46.175/3 van 31 maart 2009, nr. 10 en adv.RvS 47.785/3 van 16 februari 2010, nr. 12.

⁷⁴ Doordat normen via cyclische processen *up-to-date* worden gehouden, ontstaat ook het risico dat bij een aanpassing van de norm deze norm komt af te wijken van de doelstelling van de overheid die naar de norm verwijst.

23. Samengevat is een door een statische verwijzing verbindend maken van een norm (de norm zoals deze nu is) aanvaardbaar, het op dynamische wijze verwijzen naar een norm (een norm zoals deze mogelijks later kan worden gewijzigd) is daarentegen problematisch. Een dynamische verwijzing naar een norm is dan ook vatbaar voor vernietiging of kan overeenkomstig artikel 159 Grondwet door de rechter buiten toepassing worden gelaten⁷⁵.

24. Soms wordt aanvaard dat bepaalde gebreken in de parlementaire democratische legitimiteit van een regel enigszins kunnen worden gecompenseerd door extra waarborgen in te lassen zoals meer transparantie en consultatie toe te voegen in de totstandkoming van de regel. Op dit punt zou kunnen worden geargumenteed dat normen doorgaans worden ontwikkeld door verschillende, geïnteresseerde belanghebbende partijen en experts in het kader van een normalisatie-instelling⁷⁶ (*contra: supra* nr. 15 en *infra* nr. 38). Dit is op zich evenwel geen verantwoording om de democratisch verkozen beraadslagende parlementaire vergadering zonder meer aan de kant te schuiven, of voor een rechter om toe te laten dat een parlementaire vergadering zichzelf aldus aan de kant zou laten schuiven.⁷⁷ Zoals we hieronder zullen aangeven (*infra* nr. 36), bestaan er in het huidige Belgische recht geen rechtskader met voldoende waarborgen van parlementaire controle en compenserende maatregelen die een dergelijke delegatie van regelgevende bevoegdheid aan normalisatie-instellingen thans mogelijk zou maken.⁷⁸

Afdeling 3

Bekendmaking van normen waar naar verwezen wordt

25. Een tweede knelpunt bij het door verwijzing verbindend maken van normen is dat deze in beginsel niet volgens de vereisten van het publiek recht worden bekendgemaakt: m.n. deze zijn niet vrij, in het Belgisch Staatsblad

⁷⁵ C. Jenart stelt voor om als sanctie de ruime dynamische verwijzingen als statisch te interpreteren op basis van artikel 159 Grondwet of op basis van de teleologische interpretatie bevoegdheid: C. JENART, *Constitutional principles on outsourcing rulemaking powers to non-politically-accountable actors in European states*, doctoraatsthesis Rechten UAntwerpen, te verdedigen, IV. Ch. 8. 4. §1. B.

⁷⁶ Zie bv. artikel 3 e.v. Verordening (EU) nr. 1025/2012 en artikel VIII.7 Wetboek Economisch Recht.

⁷⁷ Analoge knelpunten rijzen in de Europese rechtsorde. Zo kan de Uniewetgever enkel bevoegdheden delegeren aan een onafhankelijk uitvoeringsorgaan voor zover deze delegatie nauwkeurig is omkaderd en deze bevoegdheden door de rechter kunnen worden getoetst aan de door de wetgever vastgestelde doelstellingen. Een instelling kan ook niet meer bevoegdheden delegeren dan zij zelf bezit. Daarom blijven de onafhankelijke uitvoeringsorganen onderworpen aan dezelfde verplichtingen als de instelling met betrekking tot het verzekeren van adequate rechtsbescherming (Hv) C-9/56, 13 juni 1958, Meroni. Zie ook: K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, 2017, Antwerpen, Intersentia, 467-468, nrs. 623-624, W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Algemeen Deel – Veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 289-290, en verwijzingen aldaar).

⁷⁸ Bovendien blijven er vragen rijzen naar de openheid en transparantie van de totstandkomingsprocedure van normen (*supra* nr. 15 en *infra* nr. 38).

beschikbaar, in een Franse, Nederlandse en – zo nodig Duitstalige – taalversie.⁷⁹ Normen, zoals deze van het NBN en het BEC,⁸⁰ zijn daarentegen slechts beschikbaar tegen betaling⁸¹ en deze zijn vaak niet beschikbaar in het Nederlands en soms zelfs niet in het Frans.⁸²

De door verwijzing verbindend gemaakte normen blijken vaak zelfs niet beschikbaar te zijn voor de instellingen die geacht worden om advies te verlenen over de ontworpen regelgeving en voor de overheidsinstellingen die toezicht houden op de naleving van de betrokken regelgeving.⁸³

26. Nochtans wijst te Belgische rechter erop dat de bekendmaking van een norm een basisvereiste is inherent aan elk normatief handelen in een rechtsstaat:

⁷⁹ Het NBN zorgt (in samenwerking met het Nederlands normalisatie-instituut, NEN) voor de vertaling van verschillende normen naar het Nederlands. Omwille van hun verbindend effect wordt o.m. voorrang gegeven aan de Europees geharmoniseerde normen. Bij de selectie van de te vertalen normen spelen overwegingen van een doeltreffende en coherente toepassing in het belang van de Europese interne markt, van consumentenbescherming en van arbeidsveiligheid.

⁸⁰ Voor andere normen is de toegankelijkheid vaak nog beperkter, zie bv. "In het voorliggende ontwerp klemde deze problematiek des te meer, nu niet enkel een beroep wordt gedaan op NBN-normen en ISO-normen, waarvan nog kan worden aangenomen dat ze een relatief brede verspreiding hebben en die online kunnen worden aangeschaft, maar ook op meer exotische private standaarden, zoals de norm « ISEAL 2008 – Norm P035 », waarvan de toegankelijkheid veeleer beperkt is" (adv.RvS 63.025/3 van 26 maart 2018, nr. 7.1, tekst bij noot 6) of bv. "Onmiddellijk dient reeds te worden vastgesteld dat Vlarem I niet aanwijst waar in het Verdrag van Chicago de definitie van "vliegvelden" is terug te vinden. Nochtans betreft het een uiterst volumineus verdrag, dat, met inbegrip van de 18 bijlagen, honderden bladzijden beslaat. Medewerkers van het bevoegde bestuur maken dienaangaande gewag van "twee kasten vol" ... De bijlagen zijn nauwelijks vindbaar en bevinden zich ook niet in het administratief dossier" (RvS 10 juni 2005, nr. 145.819, nv Heli Service Belgium, over de "international standards and recommended practices" die de bijlagen bij het Verdrag van Chicago vormen).

⁸¹ Normen die het NBN of het BEC in portefeuille hebben zijn ook mits afspraak bij hen ter plekke raadpleegbaar. Voor het bekomen van een kopie moet evenwel worden betaald. Het Hof van Cassatie heeft al duidelijk gemaakt dat het ter inzage leggen van een regel niet volstaat als bekendmaking, zelfs al kan de tekst daar worden bekomen, zelfs al gaat het om omvangrijke technische reglementering, zelfs al is de betrokkene een professioneel die geacht kan worden op de hoogte te zijn van de reglementering (Cass. 19 maart 1981, Pacific Employers Insurance Company t./ Regie der Posterijen, Arr.Cass. 1980-81, (808), 811-812).

⁸² Deze kritiek wordt gedeeld door strategische adviesraden (FRDO, advies van 10 november 2017 op eigen initiatief 'over het ter beschikking stellen van normen', nr. 2017a08, §§ 13-14, FRDO, advies van 20 december 2016 'over het ontwerp van koninklijk besluit betreffende de benaming, de kenmerken en het zwavelgehalte van de lampolie', nr. 2016a05, §§ 2-3; FRDO, advies van 27 mei 2009 'betreffende het ontwerp van koninklijk besluit tot bepaling van de eisen waaraan houtpellets moeten voldoen om gebruikt te worden als brandstof voor niet-industriële verwarmingstoestellen', nr. 2009a09, §20 en FRDO, advies van 24 april 2001 'over meetmethoden voor het loodgehalte van benzines en het zwavelgehalte van gasolie-diesel', nr. 2001a07, §10), die overigens ook kritiek uiten op de loutere bekendmaking bij verwijzing van de normen die op Europees niveau worden aangenomen in het kader van de zgn. Europese nieuwe aanpak (FRDO, advies van 28 november 2000 'over de verpakkingsnormen van het Europees Comité voor Normalisatie (CEN)', 2000a14, §35). (De adviezen van het FDRO kunnen geraadpleegd op de internetsite van de FDRO : www.frdo-cfdd.be).

⁸³ FRDO, advies van 10 november 2017 op eigen initiatief 'over het ter beschikking stellen van normen nr. 2017a08, §§10 en 14 en FRDO, advies van 20 december 2016 'over het ontwerp van koninklijk besluit betreffende de benaming, de kenmerken en het zwavelgehalte van de lampolie', nr. 2016a05, §3; adv.RvS 63.025/3 van 26 maart 2018, noot 5.

De vraag rijst overigens of toezichthouders geen belangrijke betrokken partij zijn bij de totstandkoming van dergelijke normen.

enerzijds als minimale eis om de naleving en efficiëntie van de rechtsnorm te garanderen, anderzijds als waarborg ten aanzien van particulieren die o.m. zijn uitdrukking vindt in het rechtszekerheidsbeginsel.⁸⁴ De niet of gebrekkige bekendmaking van een rechtsnorm zal vaak niet alleen aanleiding geven tot een schending van de rechtsnorm die de bekendmaking zelf voorschrijft,⁸⁵ maar tevens tot de schending van andere grondrechten of mensenrechten.⁸⁶

Door het verwijzen naar een norm rust er op de regelgever de plicht om de norm integraal bekend te maken in het Belgisch Staatsblad.⁸⁷⁻⁸⁸ In de mate dat de norm auteursrechtelijk beschermd is,⁸⁹ zal de regelgever er natuurlijk

⁸⁴ Bv. adv.RvS 54.872/VR 3-4 van 29 januari 2014, nr. 6.

⁸⁵ De bekendmakingsverplichting van rechtsnormen vindt zijn neerslag in verschillende bepalingen, zoals artikel 190 Grondwet, artikelen 22, 54 tot 56 en 84 BWHL, artikelen 8, 32, 33, 69 en 73 Bijz.W.Brussel, artikelen 47, 48 en 53 W.D.Gem., de wet van 31 mei 1961 'betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken en inwerking treden van wetten en verordeningen'; artikel 56, § 1, van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 'op het gebruik van de talen in bestuurszaken'.

Over de precieze aard van de verplichting is er discussie, al lijkt gemeenzaam te worden aangenomen dat uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie kan worden aangenomen dat artikel 190 van de Grondwet de uitdrukking is van een algemene rechtsbeginsel die o.m. vereist dat elke bepaling die burgers kan binden, moet worden bekendgemaakt, bij gebreke waarvan deze niet tegenwerpbaar is aan particulieren (bv. Cass. 11 december 1953, *Arr.Verbr.* 1954, 252-3, Cass. 19 maart 1981, *J.T.* 1982, 565-567, adv.RvS 64.118/VR van 25 november 2018, nr. 5 (verwijst zonder meer naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie), adv.RvS 53.002/3 van 5 april 2013, nr. 5.5 (heeft het over het "naar analogie toepassen van" artikel 190 van de Grondwet), adv. RvS 47.935/VR van 20 april 2010, blz. 19 (heeft het over "het beginsel vastgelegd in artikel 190 van de Grondwet"), B. DE SUTTER, "De beperkte bekendmaking van algemene regeringsbesluiten in de rechtspraak van de Raad van State, *TvW* 2015, p. 2, noot 1, D. VAN EECKHOUTTE, "Bekendmaking van verdragen: voorstel tot genezing van een ziekte", *TvW* 2002 (3) 7-9 en verwijzingen aldaar).

Het Grondwettelijk Hof formuleert dit als volgt: "de mogelijkheid voor elke persoon om te allen tijde kennis te nemen van de uitgevaardigde regels [is] een recht dat inherent is aan de rechtsstaat, omdat het die kennisneming is die iedereen in staat zal stellen zich naar die teksten te gedragen" (GwH 21 december 2017, nr. 149/2017, B.3.4 en GwH 16 juni 2004, nr. 106/2004, B.3.2).

⁸⁶ Bv. EHRM 12 februari 2009, Nolan en K t/ Rusland, § 99 (voorzienbaarheid van een aantasting van het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid); GwH 17 januari 2007, nr. 10/2007, B.10 en GwH 16 juni 2004, nr. 106/2004, B.13 (Het Grondwettelijk Hof vereist dat de wetgever "zonder discriminatie de toegankelijkheid van de officiële teksten waarborgt, zodat alle adressaten van die teksten in staat zijn kennis te nemen van de hun bij die teksten opgelegde verplichtingen en toegekende rechten"), adv.RvS 45.582/4 van 2 februari 2009, blz. 3-4 (de voorzienbaarheid van een aantasting van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) en adv.RvS 44.715/1 van 1 juli 2008, blz. 3-6 (algemeen rechtsbeginsel van de niet-retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen).

⁸⁷ Bv. adv.RvS 41.867/4 van 4 januari 2007, nr. 5.

⁸⁸ Vgl. overigens met artikel 3, §4, van Verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 'betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen' dat bepaalt dat de internationale normen waarvan de Europese Commissie een besluit over hun toepasbaarheid binnen de Europese Unie heeft genomen integraal moeten worden bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie, met artikel 17 van het Franse decreet nr. 2009-697 van 16 juni 2009 'relatif à la normalisation' dat bepaalt dat indien de toepassing van normen verplicht wordt gesteld bij een besluit ondertekend door de minister bevoegd voor industrie en de betrokken minister(s), deze normen kosteloos raadpleegbaar zijn op de internetsite van de Association française de normalisation (AFNOR), of met de Nederlandse kabinetsreactie waarin de beleidsbeslissing werd genomen om elke regeling waarin verplicht wordt verwezen naar (nationale) normen kosteloos beschikbaar te stellen (*infra* noten 108 en 109).

⁸⁹ Op basis van een analyse van het Nederlandse recht meent Elferink dat er geen auteursrecht is in geval in regelgeving wordt verwezen naar een NEN-norm en deze hierdoor de status krijgt van een algemeen ver-

voor moeten zorgen dat hij over voldoende rechten beschikt om deze via een bekendmaking in het Belgisch Staatsblad vrij beschikbaar te stellen.⁹⁰

27. De Raad van State suggereert dat – mochten er hiervoor bijzondere redenen bestaan – het bij (bijzondere) wet mogelijk is om af te wijken van de gebruikelijke bekendmaking in het Belgisch Staatsblad. Een dergelijke bekendmaking moet dan wel beantwoorden aan de essentiële randvoorwaarden op het gebied van toegankelijkheid en kenbaarheid van een officiële bekendmaking. Essentieel hierbij is volgens de Raad de beschikbaarheid van een Nederlandse en Franse versie van de betrokken normen. Daarnaast mag, indien voor het consulteren van de voornoemde normen een vergoeding wordt gevraagd, het bedrag ervan de toegankelijkheid van die normen niet op onevenredige wijze belemmeren.⁹¹ Daar waar een verbindend gemaakte norm niet enkel gericht was tot professionelen, maar aan elke energieafnemer, oordeelde de Raad van State dat onder die omstandigheden het onverenigbaar is met artikel 190 van de Grondwet dat de betrokken norm niet kosteloos ter beschikking wordt gesteld aan alle burgers in de Nederlandse en Franse taal op de daartoe geëigende manier, namelijk via een bekendmaking in het Belgisch Staatsblad.⁹²

28. Hoewel dit mogelijks een (gedeeltelijke) oplossing zou kunnen bieden om tot een betere bekendmaking te komen,⁹³ werd tot op heden niet voorzien

bindend voorschrift (M.H. ELFERINK, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen*, 1998, doctoraats thesis Leiden, 1998, 273 (raadpleegbaar op <http://hdl.handle.net/1887/43081>) en M. ELFERINK, "Auteursrechten op normalisatienormen revisited" in *Een eigen oorspronkelijk karakter. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor*, 2007, Amsterdam, DeLex, 79 e.v.). P.-J. Van de Weyer vraagt zich af of er überhaupt aanspraak kan worden gemaakt op een auteursrecht voor Europees geharmoniseerde normen (P.-J. VAN DE WEYER, "Geharmoniseerde Europese normen: de New Approach van de Europese Unie en de zoektocht naar legitimiteit", *TBP* 2014, (333) 349). *Contra*: FOD ECONOMIE, *op. cit.* 33 die voorhoudt dat zelfs het opnemen van een bepaling van een norm in een wettekst mogelijks inbreuk is op het auteursrecht van de normalisatie-instelling.

⁹⁰ *Infra* nr. 33, FOD ECONOMIE, *op. cit.* 31. De FRDO wijst op dit probleem in vraagvorm: "of de geadresseerde van de norm het voortbestaan van de instelling die deze norm ontwikkeld moet financieren en verzekeren wanneer de norm dwingend wordt gemaakt" (FRDO, 2017 op eigen initiatief 'over het ter beschikking stellen van normen', nr. 2017a08, §7).

⁹¹ Vaste adviespraktijk, zie bv. adv.RvS 64.118/VR van 25 september 2018, nr. 5, adv.RvS 64.200/1 van 26 september 2018, nr. 8.2, adv.RvS 63.233/4 van 25 april 2018, nr. 4, adv.RvS 63.071/1 van 4 april 2018, nr. 11, adv.RvS 63.025/3 van 26 maart 2018, nr. 7.1, adv.RvS 63.018/1 van 22 maart 2018, nr. 5.2, adv.RvS 57.108/VR van 10 maart 2015, nr. 5 en adv.RvS 53.618/1/V van 25 juli 2013, nr. 3.

⁹² Adv.RvS 54.643/3 van 9 december 2013, nr. 5, adv.RvS 53.929/1/V van 18 september 2013, nr. 6.1, adv.RvS 55.535/3 van 9 april 2014, nr. 9 en adv.RvS 55.536/3 van 9 april 2014, nr. 9.

⁹³ Zie ook: D. VAN ECKHOUTTE, F. VANNESTE, J. VAN NIEUWENHOVE en I. VERHEVEN, "Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State (2011-2012)" » *TvW* 2013, (124) 153 en 154, nrs. 65 en 67, B. DE SUTTER, "Regelgeving door verwijzing en de bekendmaking van normen. Een analyse aan de hand van de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State", *TvW* 2012, 242-257 en RAAD VAN STATE, *Jaarverslag 2005-2006*, 11-17 (raadpleegbaar op de internetsite van de Raad van State: <http://www.raadvst-consÉtat.be/?action=doc&doc=759>).

in een afwijkende wijze van bekendmaking voor (bepaalde) normen die via verwijzing verbindend worden gemaakt.

Bij gebreke aan een bekendmaking in het Belgisch Staatsblad of bij gebreke aan een bekendmaking overeenkomstig een bijzondere wettelijke regeling, zal de norm niet eenieder verbindend zijn. De norm zal met andere woorden niet tegenwerpbaar zijn aan particulieren, wat zijn effectiviteit ernstig in het gedrang brengt.⁹⁴

Afdeling 4

Begrijpbaarheid van de norm waarnaar wordt verwezen

29. Een rechtsregel dient natuurlijk niet enkel beschikbaar zijn door bekendmaking, maar ze moet ook inhoudelijk toegankelijk of begrijpbaar zijn voor rechtsonderhorigen. De Raad van State oordeelde dat dit niet het geval was voor een ontwerpbesluit waarin verwezen werd naar een norm die van belang was voor elke energieafnemer om te kunnen bepalen op welke wijze de aansprakelijkheid van de elektriciteitsdistributeur moet worden beoordeeld. De Raad oordeelde dat die norm inhoudelijk een complex geheel bleek te zijn van een hele reeks statistische gegevens, en dat het voor de gewone gebruiker vrijwel onmogelijk was om te achterhalen of de voorwaarden vervuld zijn.⁹⁵

In een ander besluit werd dan weer als voorwaarde voor het permanent op een publieke plaats ter beschikking stellen van een “automatisch externe defibrillator” (AED) bepaald dat deze moeten voldoen aan “de geactualiseerde normen opgesteld door de Europese Reanimatie Raad (*European Resuscitation Council*)”. Deze richtlijnen bleken evenwel een volumineuze reeks wetenschappelijke publicaties die allerminst zijn geformuleerd als regels waaraan een AED moet voldoen en die hooguit ten dele kunnen worden gekarakteriseerd als “*best practices*” inzake reanimatietechnieken. Het zeer beperkte onderdeel van deze richtlijnen dat is gewijd aan AED, omvat grotendeels beschouwingen over

⁹⁴ Analoge knelpunten rijzen op Europees niveau. Zo is het volgens het Hof van Justitie het rechtszekerheidsbeginsel een fundamenteel beginsel van de Europese rechtsorde dat een regeling de belanghebbende met name in staat moet stellen om de omvang van hun rechten en verplichtingen nauwkeurig te kunnen kennen. De regeling zal hen niet kunnen worden tegengeworpen als ze er geen kennis van hebben kunnen nemen (HvJ 25 januari 1979, Racke, 98/78, ECLI:EU:C:1979:14, § 15, HvJ 10 maart 2009, C-345/06, Heinrich, ECLI:EU:C:2009:140, § 41 e.v., HvJ 21 juni 2007, ROM-projecten, C-158/06, ECLI:EU:C:2007:370, §§ 25-31 en HvJ 1 oktober 1998, Denemarken t/ Commissie, ECLI:EU:C:1998:450, C-233/96, § 38). Ondervraagd over de verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel van het feit dat normen waarvan de naleving verplicht is overeenkomstig verordening (EU) nr. 305/2011 niet beschikbaar zijn in alle officiële talen van de Unie, besloot de Europese Ombudsman zijn onderzoek als volgt: “It is hard to reconcile the fact that the standards are mandatory in the Member States with the fact that, so far, they are available in only six of the official languages of the EU” (Report of the European Ombudsman closing query Q2/2013/EIS, 11 december 2015).

⁹⁵ Adv.RvS 53.929/1/V van 18 september 2013, nrs. 6.1.2 - 6.1.3.

het gebruik ervan en weinig tot geen onderdelen die als relevant beschouwd kunnen worden voor het ter beschikking stellen ervan op een publieke plaats. Hierdoor wordt het volgens de Raad van State aan de betrokken organisaties, instellingen en particulieren overgelaten om zelf deze tekst te zoeken in een voor hen moeilijk toegankelijk medium, vervolgens na te gaan welke onderdelen van deze volumineuze tekst voor hen relevant zijn en om hieruit de schaarse en zeer weinig concrete rechtsvoorschriften af te leiden die zij moeten naleven, indien dit al mogelijk is. De Raad van State oordeelde dat dit in de gegeven omstandigheden "onbetwistbaar en in belangrijke mate [leidde] tot een toestand van rechtsonzekerheid."⁹⁶

Met andere woorden, het verwijzen naar een norm, waaruit de rechtsonderhorige vervolgens zelf een rechtsregel moet zien te destilleren beantwoordt niet aan de minimale eisen op het vlak van rechtszekerheid, toegankelijkheid en transparantie die van een regelgevende tekst kan worden verwacht.⁹⁷

Afdeling 5

De omzetting van normen als voorstel van oplossing

30. In het in de vorige titel vernoemde voorbeeld, formuleerde de Raad van State ook onmiddellijk een voorstel om het verbindend maken van een norm door de regelgever in overeenstemming te brengen met de vereisten van het publiek recht: het stelde voor dat zou worden nagegaan wat de concrete eisen of verplichtingen inzake veiligheid en gezondheid zijn die moeten worden opgelegd aan wie een AED permanent ter beschikking van het publiek wenst te stellen, en dat deze concrete eisen of verplichtingen vervolgens rechtstreeks in het besluit zelf zouden worden verwoord.⁹⁸ Met andere woorden, in het licht van de eisen van het publiek recht, stelde de Raad van State voor om over te gaan tot een omzetting van de relevante onderdelen van een norm. Rekening houdend met de eigen juridische aard van de norm, worden deze relevante onderdelen ervan best omgezet middels een bijlage in de regelgeving waarnaar in een artikel van het dispositief wordt verwezen.⁹⁹

Zelfs voor richtsnoeren die op vrijwillige basis als criterium worden gehanteerd en behoorlijk zijn bekendgemaakt, oordeelde de Raad van State desalniettemin dat het beginsel van de rechtszekerheid kan vereisen dat de

⁹⁶ Adv.RvS 52.704/1 van 8 februari 2013, nrs. 6.1 - 6.5.

⁹⁷ Adv.RvS 63.025/3 van 26 maart 2018, nr. 7. Zie bv. ook: RvS 10 juni 2005, nr. 145.819, nv Heli Service Belgium, 4.1.2.3.

⁹⁸ Adv.RvS 52.704/1 van 8 februari 2013, nr. 6.5.

⁹⁹ Raad van State, *Beginselen van de Wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, 2008 nr. 169 (raadpleegbaar op de internetsite van de Raad van State: www.raadvst-consetat.be). Vgl. bv. met adv.RvS 59.332/1 van 26 mei 2016, nr. 29 en adv.RvS 45.185/3 van 30 september 2008, nr. 7.

betrokken onderdelen van die richtsnoeren in een regeling van intern recht worden omgezet. Zelfs als aanvaard zou worden dat regels bij wege van verwijzing worden vastgesteld, moest in het ontwerp worden bepaald welke verplichtingen daaruit voortvloeien voor de vergunninghouders.¹⁰⁰

31. De omzetting van de relevante elementen van een norm in regelgeving biedt een antwoord op de hiervoor vermelde knelpunten vanuit het oogpunt van het publiekrecht.

De regelgever zal wel – net als bij een verwijzing naar een norm – erover moeten waken dat hij hiermee geen ongeoorloofde beperking op het vrij verkeer of op de mededinging creëert of bevestigt. Net als bij een verwijzing naar de norm (en de daaruit voortvloeiende verplichting tot bekendmaking), zal hij erover moeten waken dat hij het mogelijks op de norm rustende auteursrecht respecteert. Om innovatie niet onnodig te hinderen, zal de regelgever erover moeten waken dat hij in een afdoende gelijkwaardigheidsverklaring voorziet, zodat ook gebruik kan worden gemaakt van andere technieken waarvan kan worden aangetoond dat deze aan de voorschriften voldoen.

Het belangrijkste nadeel van de omzetting als instrument lijkt te liggen in het risico op een snelle veroudering van de regelgeving, vooral in aangelegenheden die worden gekenmerkt door een snelle technologische vooruitgang. Een veroudering van de regelgeving dreigt op zijn beurt aanleiding te geven tot verschillende andere knelpunten gaande van maatschappelijke irrelevantie van de regelgeving (m.a.w. de doelstelling van de regelgeving wordt niet bereikt) tot een belemmering van een goede marktwerking (bv. belemmering van innovatie of marktverstoring).

Op zich is dit probleem niet specifiek voor regelgeving. Ook voor normen blijkt het in bepaalde sectoren een serieuze uitdaging om de technologische vooruitgang tijdig bij te benen.¹⁰¹ Het verschil zit hem voornamelijk in het feit dat een norm enerzijds doorgaans onderworpen is aan een regelmatig, periodieke evaluatie op zijn actuele relevantie, en dat dit anderzijds plaats vindt in een forum dat beschikt over relevante technische expertise. In de Belgische regelgevingsprocessen is een systematische, periodieke *ex post* evaluatie thans eerder de uitzondering dan de regel, maar op zich belet niets dat hierin op structurele wijze dan wel in een specifieke regelgeving zou worden voorzien. Ook in een aftoetsing met relevante technische expertise kan door de regelgever worden voorzien. Dit kan zowel op infor-

¹⁰⁰ Adv.RvS 47.785/3 van 16 februari 2010, nr. 12.

¹⁰¹ Zie bv. verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's 'over de uitvoering van het normalisatiebeleid van de EU en de bijdrage van Europese normen aan het EU-beleid', 16 januari 2018, COM(2018) 26 final, pp. 2-4 en resolutie van het Europees Parlement van 4 juli 2017 over 'Europese normen voor de 21^e eeuw', P8_TA(2017)0278, §68.

mele (bv. de deelname aan relevante normalisatieprocessen) als op formele wijze gebeuren (bv. door het voorzien van een consultatie van betrokkenen, van een openbare consultatie, het structureel betrekken van een onderzoeks-instituut of een adviesraad).

Het voornaamste risico van deze werkwijze lijkt te liggen in het feit dat door het omzetten van een norm in regelgeving, de regelgever de dynamiek in het normalisatieproces zou kunnen te niet doen, en daarmee ook de input, participatie, evaluatie, zelfbinding en -controle door de erin betrokken partijen.¹⁰² De regelgever blijkt daar in de praktijk ook heel omzichtig mee om te springen: zijn tussenkomst blijkt zelden ingegeven door de wens om regelgeving in de plaats te stellen van een bepaalde norm, maar eerder om gebruik te maken van (een bepaalde onderdeel van) een norm voor de goede werking van zijn eigen regelgevingskader.

Afdeling 6

Op de Europese nieuwe aanpak-geïnspireerde verwijzing als voorstel van oplossing

32. In reactie op de opmerkingen van de Raad van State heeft de Hoge Raad voor Normalisatie advies nr. 11 van 21 november 2014 geformuleerd. Hierin stelde het regelgevers voor om hun huidige regelgeving waar naar normen wordt verwezen aan herziening te onderwerpen. De Hoge Raad stelde tevens voor dat regelgevers slecht uitzonderlijk normen door verwijzing verplicht zouden stellen en indien ze alsnog verwijzen ze dit enkele zouden doen naar Belgische nationale normen. Deze laatste normen zijn immers steeds in het Nederlands en het Frans beschikbaar en het NBN beschikt over de mogelijkheid om deze normen in samenspraak met de regelgever gratis beschikbaar stellen.

De Hoge Raad voor Normalisatie stelt regelgevers voor om – daar waar nodig – te verwijzen naar normen waarvan de toepassing niet verplicht is, maar waarvan de naleving een vermoeden van overeenstemming biedt met de essentiële eisen bepaald in de regelgeving.¹⁰³

Op basis van deze aanbevelingen werkte de FOD Economie, in samenspraak met het NBN en het BEC, een “Gids bestemd voor regelgevende overheden” uit waarin het regelgevers voorstelt om gebruik te maken van deze

¹⁰² W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *op. cit.* 312-313, nr. 109.

¹⁰³ Hoge Raad voor Normalisatie, advies nr. 11 van 21 november 2014 ‘betreffende de kenbaarheid en de tegenstelbaarheid aan derden van de Belgische normen waarnaar in de reglementering verwezen wordt’ gepubliceerd in het *Jaarverslag 2017*, pp. 9-16 (raadpleegbaar op de internetsite van de FOD Economie: <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Publications/files/Hoge-raad-voor-normalisatie-jaarverslag-2017.pdf>).

op de 'Europese nieuwe aanpak' geïnspireerde werkwijze: m.n. de regelgever bepaalt enerzijds aan welke minimale eisen een product, proces of dienst moet voldoen, en anderzijds dat het naleven van een bepaalde norm een vermoeden van overeenstemming oplevert met deze essentiële eisen.¹⁰⁴

Op die manier zou geen afbreuk worden gedaan aan de aard zelf van de norm: deze behoudt zijn niet-bindend karakter en blijft bijgevolg vrijwillig toepasbaar. Dit zou ook de mogelijkheid laten aan innovatie doordat marktspeler wordt toegelaten om andere technische oplossingen te kiezen voor zover hij althans aantoont dat zijn product, proces of dienst in overeenstemming is met de minimale eisen.¹⁰⁵

33. De Raad van State reageerde snel en positief op de aanbevelingen van de Hoge Raad voor Normalisatie en de FOD Economie dat slechts uitzonderlijk zou worden overgegaan tot een dwingende verwijzing naar normen en dat, indien alsnog een dwingende verwijzing nodig zou blijken, er door de verwijzende overheid voor moet worden gezorgd dat deze norm gratis beschikbaar wordt gesteld in een Nederlandse en Franse taalversie.¹⁰⁶

Analoge regelingen worden overigens al toegepast in onze buurlanden. Zo bepaalt in Frankrijk artikel 17 van het Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 'relatif à la normalisation' dat: "Les normes rendues d'application obligatoire sont consultable gratuitement sur le site internet de l'Association française de normalisation" (AFNOR). In Oostenrijk voorziet de federale normalisatiewet dat een Oostenrijkse norm door regelgeving verbindend kan worden gemaakt, in welk geval de verbindend gemaakte norm op dezelfde wijze als de betrokken regelgeving moet worden bekendgemaakt. De wet bepaalt tevens dat de jaarlijkse dotatie die de Oostenrijkse normalisatie-organisatie ontvangt o.m. een vergoeding is voor alle door de Oostenrijkse regelgevers verbindend verklaarde normen.¹⁰⁷ In Nederland wordt op basis van een kabinetsbeslissing het beleid aangehouden om Nederlandse nationale normen vrij beschikbaar te stellen, via de internetwebsite van het Nederlands normalisatie-instituut (NEN).¹⁰⁸ Hetzelfde beleid wordt doorgetrokken naar andere normen waarvoor bilateraal afspraken kunnen worden gemaakt met de houder van de auteursrechten.¹⁰⁹

34. De aanbeveling van de Hoge Raad voor Normalisatie om over te stappen op een door de Europese nieuwe aanpak geïnspireerde regeling is evenwel

¹⁰⁴ FOD ECONOMIE, *op. cit.* 21-22, 31 en 32.

¹⁰⁵ Zie evenwel *supra* noot 53.

¹⁰⁶ Adv.RvS nr. 63.018/1 van 22 maart 2018, noot 3.

¹⁰⁷ §9 en §15(5)3 van het *Bundesgesetz über das Normenwesen (Normgesetz 2016)*.

¹⁰⁸ Kabinetsreactie aan de Tweede Kamer van 30 juni 2011 'op aanbevelingen over kenbaarheid van normen en normalisatie', *Kamerstukken II* 2010/11, 27406, nr. 193.

¹⁰⁹ Brief van de minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 13 januari 2016 'nota de kenniseconomie in zicht' *Kamerstukken II* 2015/16, 27406, nr. 222, p. 5.

een ander paar mouwen. Het voorstel heeft immers vrij vergaande gevolgen: enerzijds wordt door de keuze van de norm een bepaald product, proces of dienst het voordeel verleend van vermoeden van overeenstemming met door de regelgever bepaalde minimale eisen, anderzijds wordt op die manier aan de actoren in het betrokken normalisatieproces de status van co-regelgever verleend.¹¹⁰ De vergaande, juridische impact van een dergelijke norm wordt in het arrest *James Elliott Construction* uitdrukkelijk door het Hof van Justitie bevestigd daar waar het stelt dat een geharmoniseerde norm (waaruit bijgevolg een vermoeden van conformiteit voortvloeit) dan ook deel uitmaakt van de Europese rechtsorde en bijgevolg het voorwerp van rechterlijk toezicht uitmaakt.¹¹¹ Het voorstel betreft dan ook een fundamentele beleidskeuze die in elk geval een beslissing van de wetgever (*infra* nr. 35) en een gedegen wetgevende omkadering vereist (*infra* nr. 36).

35. Dit vereist in de eerste plaats natuurlijk een fundamentele beleidskeuze van de wetgever om voortaan voor een bepaalde aangelegenheden over te stappen op een regelgevingsmethode waarbij de wetgever zich beperkt tot het uitvaardigen van algemene doelstellingen en principes, die vervolgens nader worden uitgewerkt door bepaalde actoren in de betrokken sector. Het gaat dus om een vorm van zelfregulering met ook een belangrijke, juridische impact op niet in het proces betrokken actoren. Het lijkt logisch dat de regelgever pas op een dergelijke regelgevingsmethode overstapt nadat hij zich ervan heeft vergewist dat redelijkerwijze kan worden verwacht dat deze alternatieve regelgevingsmethode betere resultaten zal opleveren dan alle andere¹¹² en nadat hij voldoende waarborgen heeft ingelast dat deze methode van regulering open staat voor de input van *alle* betrokken partijen, het voorwerp uitmaakt van democratische controle (met bv. parameters waaraan de inspanningen van de sector kunnen worden getoetst) en van rechtsbescherming.¹¹³⁻¹¹⁴

¹¹⁰ Zie ook : D. MISONNE, *op. cit.* 503 en 505, 506-507 en 511-512.

¹¹¹ HvJ 27 oktober 2016, C-613/14, *James Elliott Construction*, ECLI:EU:C:2016:821, §§40 en 47.

¹¹² Zo merkt J.A.F. Peters – met verwijzing naar Van Gestel – op dat het succes van zelfregulering heel broos kan zijn en dat hier omzichtig mee moet worden omgesprongen: "de kracht en zwakte van verschillende vormen van zelfregulering ligt in de praktijk vaak dicht tegen elkaar" (J.A.F. PETERS, "Privaat bestuur? Privaat bestuur! VAR-preadviezen over de plaats en normering van privaatrechtelijke organisaties", *NTB* 2008, (109), 114).

¹¹³ In de literatuur spreekt men van zgn. 'reflexieve regelgeving', zie bv. W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *op. cit.* 295 e.v. en O. DE SCHUTTER en J. LENOBLE (eds.), *Reflexive Governance, Redefining the Public Interest in a Pluralistic World*, 2010, Oxford, Hart Publishing, 266 p.

Voor de vraag naar legitimiteit van o.m. standaarden in het kader van multilevel regulation, zie bv. A. FOLLESDAL, "Epilogue: Toward more legitimate Multilevel Regulation" in A. FOLLESDAL, R.A. WESSEL en J. WOUTERS (eds.), *Multilevel Regulation and the EU. The Interplay between Global, European and National Normative Processes*, 2008, Leiden, Martinus Nijhoff, (377), 389 e.v.

¹¹⁴ Op het punt van rechtsbescherming gaan we hierna niet verder op in. De Raad van State is bv. bevoegd om het koninklijk besluit tot bekrachtiging van een Belgische norm te vernietigen (RvS nr. 165.926 van 13 december 2006, Rems-Werk Christian Foll und Sohne GmbH) en om de regelgeving of bestuurshandeling te vernietigen die naar een norm verwijst (RvS nr. 234.159 van 17 maart 2016, nv. Ledlite). We gaan er dan ook

36. In de tweede plaats veronderstelt dat een bijzonder wetgevend kader wordt uitgewerkt. De wetgever zou dan eerst het algemeen kader voor het regelgevingsstelsel moeten bepalen (waaronder zijn toepassingsgebied, zijn doelstellingen en zijn algemene kenmerken, zoals bv. waarborgen van een open, transparante en gelijke betrokkenheid, waarborgen ten aanzien van actoren die niet bij de redactie betrokken zijn en van derden), waarvan dan in een specifieke, materiële regelgeving gebruik kan worden gemaakt. In de materiële regelgeving worden dan de essentiële eisen bepaald waaraan een betrokken product, proces of dienst moet voldoen, en wordt de norm aangewezen waarvan de naleving een vermoeden van overeenstemming oplevert met de in de regelgeving bepaalde essentiële eisen.

37. Een dergelijke, op de Europese nieuwe aanpak geïnspireerde werkwijze kan – zoals we hoger al opmerkten (*supra* nr. 20) – een aantal voordelen bieden voor de regelgever: hij kan hiermee enerzijds op een flexibele en directe wijze gebruik maken van bestaande normen en normalisatieprocedures, van het initiatief en de medewerking van de betrokken marktpelers evenals van hun (technische) expertise.

Een dergelijke werkwijze kent evenwel ook risico's. Zo mag niet uit het oog verloren worden dat ook de Europese nieuwe aanpak geregeld vragen doet rijzen naar o.m. legitimiteit, transparantie en effectiviteit,¹¹⁵ en dat regelgevingsmethodes waarbij een rol wordt verleend aan de sector risico's in zich houden van een vernieuwd corporatisme, waarbij uiteindelijk het beleid zou worden gedetermineerd door (bepaalde van) de betrokken beroepsbeoefenaars.¹¹⁶

van uit dat een Belgische rechter niet zal aarzelen om rechtsbescherming te beiden ten aanzien van normen waaraan een vermoeden van conformiteit wordt verleend met door een regelgever verbindend gemaakte essentiële eisen. Zie ook de bespreking van het arrest *James Elliot*, *supra* nr. 34.

¹¹⁵ Hoewel standaardisatie in het algemeen en in het kader van de nieuwe aanpak in beleidsdocumenten van zowel de Commissie, het Parlement als de Raad enerzijds in het algemeen doorgaans positief wordt onthaald, geeft deze anderzijds ook aanleiding tot vragen van effectiviteit en legitimiteit, waarbij vragen naar meer transparantie, openheid en inclusiviteit de vorm lijken aan te nemen van een *basso continuo* (zie bv. het verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's 'over de uitvoering van het normalisatiebeleid van de EU en de bijdrage van Europese normen aan het EU-beleid', 16 januari 2018, COM(2018) 26 final en Resolutie van het Europees Parlement van 4 juli 2017 over 'Europese normen voor de 21^e eeuw', P8_TA(2017)0278). De kritiek gaat soms nog verder, zie bv. het openlijk verzet van de Raad bij de normalisatieplannen van CEN en CENELEC voor gezondheidsdiensten. Hierover werd o.m. door lidstaten opgemerkt: "standards should only be used for technical specifications. Even in that case, the whole process of standardisation should be performed in a transparent way and should be evidence- and multidisciplinary-based, with the involvement not only of industry, but also of the academic sphere, of other scientists, of healthcare providers and of patient organisations. It should also take into account national competent authorities' views" (Outcome of the proceedings of the Working Party on Public Health at Senior Level on 12 February 2018, *Council Doc.* 6241/18 of 19 March 2018). Zie bv. ook: W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *op. cit.* 298-299, D. MISONNE, *op. cit.* 507-508, P.-J. VAN DE WEYER, *op. cit.* 333-352 en S. SEYS, *op. cit.* 66-68 en 72.

¹¹⁶ W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *op. cit.* 299.

Voor de regelgever is het dan ook geen mirakeloplossing. Deze dient nog steeds een overkoepelende beleidsvisie te ontwikkelen en de essentiële beleidskeuzes te bepalen. Deze dient te toetsen dat met de norm de doeltellingen van de regelgeving worden bereikt. Aangezien de actoren in het normalisatieproces als co-regelgever worden aangeduid, zal door de wetgever ook moeten worden gecontroleerd of de norm zelf en zijn totstandkomingsproces beantwoorden aan de kwaliteitsvereisten die van regelgeving kunnen worden verwacht.¹¹⁷ Het gaat dus zowel om een inhoudelijke toetsing van de norm als om een vraag van *due process*, zoals bv.: Geeft de norm geen aanleiding tot een ongeoorloofde beperking van het vrij verkeer of van de mededinging? Was het normalisatieproces voldoende open, ruim, transparant en onpartijdig? Is het resultaat ervan breed gedragen? Behartigt de norm de publieke belangen? Schaadt de norm de belangen van derden niet?¹¹⁸

38. Van Gerven en Lierman – met verwijzing naar Van Gestel – wijzen erop dat als de regelgever meer ruimte laat voor particulier initiatief, dat daar ook aangepaste *checks and balances* bij horen met een rol voor de rechter, de burger en maatschappelijke organisaties als *countervailing powers*.¹¹⁹

Er zal in die omstandigheden in het bijzonder op moeten worden toegezien dat *alle* betrokken actoren de kans krijgen om daadwerkelijk tussen te komen in het normalisatieproces.¹²⁰ D. Misonne wijst erop dat normen ook raken aan maatschappelijke belangen zoals de bescherming van de volksgezondheid, het leefmilieu en de consumentenbescherming: “il est donc important que le processus décisionnel intègre, vraiment, une représentation de ces autres intérêts et qu’un débat sur l’ambition même de la norme puisse être mené, au-delà des seules préoccupations techniques”.¹²¹ Het *de facto* uitsluiten

¹¹⁷ Hiervoor wordt doorgaans verwezen naar de *input*, *output* en *throughput legitimacy*, of de vraag naar de legitimiteit van het orgaan dat de norm opstelt, de vraag naar de transparantie, openheid en onpartijdigheid in de normalisatieprocedure en de inhoudelijke kwaliteit, consistentie, aanvaarding en objectiviteit van de norm zelf. Zie bv. J. PAUWELYN, R. WESSEL en J. WOUTERS, J. PAUWELYN, R.A. WESSEL en J. WOUTERS, “Informal International Lawmaking: An Assessment and Template” in J. PAUWELYN, R.A. WESSEL en J. WOUTERS (eds.), *Informal International Lawmaking*, 2012, Oxford, OUP, (500), 529 e.v. Deze auteurs wijzen er op dat regels en standaarden die moeten bijdragen aan en toezien op de kwaliteit van normen en hun totstandkomingsproces niet spontaan door de normalisatie-instellingen worden opgesteld, maar eerder tot stand komen op vraag of onder druk van overheden en rechters (J. PAUWELYN, R. WESSEL en J. WOUTERS, *op. cit.* 530-31, noten 156 en 161).

¹¹⁸ Zie *supra* nrs. 14 e.v., HvJ, 12 juli 2012, C-171/11, Fra.bo SpA en adv.RvS 63.025/3 van 26 maart 2018, nrs. 5 en 6.

¹¹⁹ *Ibid.* 308. Zie ook: P.-J. VAN DE WEYER, *op. cit.* 351-352.

¹²⁰ Zo wijst Lanord Farinelli er bv. op dat “La concertation et la confrontation des intérêts qui président à l’élaboration de normes objectives n’ont pas toujours lieu, du fait de la sous-représentation ou de l’absence, dans les commissions de normalisations, de certains partenaires essentiels, tels que les organisations de consommateurs ou de protection de l’environnement” (M. LANORD FARINELLI, *op. cit.* 748 en 751).

¹²¹ D. MISONNE, *op. cit.* 506-507.

van bepaalde betrokken actoren door een lidmaatschapsbijdrage,¹²² of door een normalisatieproces dat niet voldoende ruim, transparant en onpartijdig verloopt,¹²³ is dan ook uit den boze. Het kan ook aangewezen zijn om bepaalde minder technisch onderlegde, maar niettemin relevante actoren van de nodige bijstand te voorzien bij hun tussenkomst in het normalisatieproces (zie ook *supra* nr. 15).¹²⁴

Maar zoals C. Bradley nog verder onderstreept dient hiervoor niet louter te worden toegezien of bv. een gebrekkige transparantie en toegang tot het proces, een verschil in beschikbare expertise, kennis en financiële middelen aanleiding geeft tot een onevenwichtige impact van bepaalde actoren of belangen in het normalisatieproces, maar moeten ook van bij aanvang de contouren van het debat juist worden bepaald. Zo wijst ze er bv. op dat de belangenverenigingen van financiële ondernemingen erin waren geslaagd om consumenten en hun belangen in belangrijke mate te marginaliseren in de internationale processen van financiële marktregulering en – normering door hun kader waarbinnen het debat plaatsvindt op te dringen. Dit gebeurde o.m. door het hanteren van de harmonisatie-retoriek en de marktbeschermings-retoriek.¹²⁵ Het komt er dan ook op aan om van bij aanvang duidelijk te bepalen dat de geviseerde normen niet louter een technische standaardisatie beogen, een goede en vrije marktwerking en ruimte voor technische innovatie, maar o.m. ook de bescherming van de volksgezondheid, van consumenten en werknemers en van het leefmilieu. Waarbij vervolgens de wetgever

¹²² Vgl. met paragraaf 15(2) van de Oostenrijkse *Bundesgesetz über das Normenwesen (Normengesetz 2016)*: "Für die Mitarbeit an der Normung darf von der Normungsorganisation kein Kosten- oder Teilnahmebeitrag gefordert werden". Het Belgische Wetboek Economisch Recht bepaalt daarentegen dat de normalisatieprogramma's "worden gefinancierd door technische en/of financiële bijdragen in verhouding tot de belangen van de betrokken partijen" (artikel VIII.10), waarbij het NBN wel alles in het werk moet stellen "opdat de belangrijkste betrokken partijen in de normalisatiecommissie vertegenwoordigd zouden zijn" (artikel VIII.7 Wetboek Economisch Recht). Merk overigens het lage ambitieniveau op dat voortvloeit uit de toevoeging van het woord "belangrijkste" betrokken partijen, waarbij natuurlijk ook de vraag rijst wie oordeelt wie deze zijn. Zie ook: P.-J. VAN DE WEYER, *op. cit.* 346-348 en 352.

¹²³ Zie bv. FRDO, advies van 28 november 2000 'over de verpakkingsnormen van het Europees Comité voor Normalisatie (CEN)', 2000a14, §34 en P.-J. VAN DE WEYER, *op. cit.* 349, J. PAUWELYN, R.A. WESSEL en J. WOUTERS, *op. cit.* 525 en B. R. DORBECK-JUNG, "Challenges to the Legitimacy of International Regulation: The Case of Pharmaceuticals Standardisation" in A. FOLLESDAL, R.A. WESSEL en J. WOUTERS (eds.), *Multilevel Regulation and the EU. The Interplay between Global, European and National Normative Processes*, 2008, Leiden, Martinus Nijhoff, 51-71.

¹²⁴ C. PRINS, "Microsoft en de legitimiteit van ISO-standaardisatie", *NJB* 12 oktober 2007, 2287.

¹²⁵ C. BRADLEY, "Financial Trade Associations and Multilevel Regulation" in A. FOLLESDAL, R.A. WESSEL en J. WOUTERS (eds.), *Multilevel Regulation and the EU. The Interplay between Global, European and National Normative Processes*, 2008, Leiden, Martinus Nijhoff, 73-100. Zie ook *supra* nr. 13 en A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.* 109-110 en 114. Verschillende van deze bedenkingen komen ook terug in beleidsdocumenten, zie bv. resolutie van het Europees Parlement van 7 juni 2016 inzake 'de evaluatie van de internationale standaard voor jaarrekeningen (IAS) en de werkzaamheden van de International Financial Reporting Standards (IFRS) Foundation, de European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG) en de Public Interest Oversight Board (PIOB)', P8_TA(2016)0248 en X, "Parliament to challenge international accounting standards", *EurActiv* 8 May 2013.

de essentiële elementen bepaalt waaraan de uit te werken standaard moet beantwoorden.

Rekening houdend met de bijzondere juridische waarde die de norm zou worden verleend, lijkt ons naast de noodzakelijke eisen inzake transparantie en participatie in het normalisatieproces, evenmin een concessies te kunnen worden gedaan op de vereiste van een afdoende toegankelijkheid en kenbaarheid (*supra* nrs. 25 e.v.) van de norm zelf die de regelgever aanwijst als een overeenstemming opleverend met de door hem bepaalde minimale eisen.¹²⁶ De voorgestelde oplossing biedt dan ook geen oplossing voor de huidige praktijk van gebrekkige bekendmaking door de regelgever van normen waaraan hij verordenende kracht verleent.

Besluit

39. In deze bijdrage vertrokken we van een instrument dat zijn oorsprong vindt in de private sfeer en dat op zich ontdaan is van juridische effecten: een norm is volgens zijn definitie immers een vrijwillige afspraak tussen de betrokkenen in een bepaalde sector over wat de regels van goede praktijk zijn voor een product, proces of dienst. We merkten dan ook ietwat laconiek op dat indien normen zich daadwerkelijk hiertoe beperken er niet in te zien valt waarom zoveel betrokkenen zich de moeite getroosten om een veelheid aan normen op te stellen, en dat ook niet in te zien valt waarom dit het voorwerp zou uitmaken van een juridische bijdrage.

Hier blijft het natuurlijk niet toe beperkt. Normen zijn bedoeld voor een veelvuldig en herhaaldelijk gebruik, en beogen dus effect te hebben. Dit gebeurt bv. door de feitelijke naleving door een marktspeler, door een instructie aan zijn ondergeschikten, door een eenzijdig engagement ten aanzien van derden, door de norm op te nemen in een contract of een bestek. Dat normen vaak in dit opzet slagen heeft natuurlijk te maken met het feit dat ze in de praktijk worden ontwikkeld door de belangrijkste marktspelers of hun belangenverenigingen in de betrokken sector.

Maar de mogelijke effecten zijn veel kleurrijker en diverser dan de voorgaande voorbeelden suggereren. Zo kunnen normen ook een impact hebben op niet-contractuele aansprakelijkheidsvorderingen indien de rechter oordeelt dat ze een weerspiegeling zijn van de regels van de kunst (*supra* nr. 10), en ze kunnen een rem vormen op verdergaande overheidsregulering in het licht van het vrij verkeer (*supra* nrs. 12 en 13).

¹²⁶

Zie ook : P.-J. VAN DE WEYER, *op. cit.* 349, nr. 42.

Ook de overheid is geïnteresseerd in normen. Niet louter als feitelijke of privaatrechtelijke gebruiker van normen, maar hij ondersteunt ook actief de normalisatie en heeft hiervoor een rechtskader uitgewerkt. Normen hebben immers een duidelijke beleidsmatige impact. Ze beogen immers de innovatie en het handelsverkeer te bevorderen, maar ze kunnen tevens bijdragen aan de consumentenbescherming, arbeidsbescherming, de bescherming van de volksgezondheid en van het leefmilieu.

De overheid is nog een stap verder gegaan en is normen als reguleringsinstrument gaan gebruiken. Dit kan door een (bepaald onderdeel) van een norm in regelgeving om te zetten of door er in regelgeving naar te verwijzen. Hierdoor verkrijgt deze norm het karakter van algemeen verbindende regelgeving.

Zoals de 'Europese nieuwe aanpak' illustreert gebruikt de regelgever normen ook op een subtielere manier als regelgevingsinstrument: de regelgever 'bestelt' hier in essentie eerst een norm die aan bepaalde essentiële voorwaarden moet voldoen, en bepaalt vervolgens dat de naleving van die norm aanleiding geeft tot een vermoeden van conformiteit met de in deze norm bepaalde essentiële voorwaarden. De subtiliteit van deze regeling erkennend, moeten we toegeven dat de norm hiermee niet tot regelgeving verheven wordt (*supra* nr. 11), maar aan deze norm wordt wel juridisch effect verleend, en in essentie wordt aan de in de ontwikkeling van de norm betrokken partijen de rol van co-regelgever verleend (*supra* nr. 34).

40. Uit het gebruik van normen blijkt ook duidelijk hun succes. Dit hoeft ook niet te verwonderen: doorheen deze bijdrage hebben we immers op verschillende voordelen van normen en het gebruik ervan gewezen.

Het gebruik van normen houdt evenwel ook risico's in. We hebben ze in deze bijdrage eerst vanuit een privaatrechtelijk en vervolgens vanuit een publiekrechtelijk perspectief geanalyseerd. Beide analyses waren grondig verschillend. De geanalyseerde voorbeelden, rechtskaders en bronnen waren in belangrijke mate verschillend evenals de door ons gehanteerde rechtstaal.

Niettemin hebben we in beide analyses een aantal gelijklopende risico's vastgesteld:

- a) normen zijn geen louter vrijwillige technische specificaties, zoals deze soms worden voorgesteld,
- b) normen raken aan verschillende maatschappelijke belangen en de keuzes die er in worden gemaakt hebben een economische, sociale en beleidsmatige impact (*supra* nrs. 13 en 38),
- c) normen kunnen een belangrijk effect ressorteren, zowel feitelijk als juridisch (*supra* nrs. 8-18),

- d) hieruit vloeit het risico voort dat één speler of (een groep) zijn keuze opdringt aan anderen: andere markspelers, derde betrokkenen of de overheid (*supra* nrs. 16-18 en 37-38),
- e) om dit risico te beperken is o.m. openheid, transparantie, participatie en voldoende overheidstoezicht (zowel rechter als bestuur) nodig,
- f) over de nood hieraan bestaat wel een ruime consensus,
- g) maar hieraan wordt slechts deels – en dus in onvoldoende mate – tegemoetgekomen (*supra* nrs. 15, 37 en 38).

41. Het rechtskader van waaruit deze risico's werden geanalyseerd waren grondig verschillend.

In het privaatrechtelijke luik vertrokken we van de vaststelling dat normen in beginsel slechts verbindend zijn door de wil van de partijen (eenzijdige verbintenis of wilsovereenstemming). Al werden we al snel geconfronteerd met mogelijke *spillovers*, zoals de situatie waarbij de naleving norm vereist zou zijn als een impliciete contractbepaling of als een uitdrukking van de regels van de kunst (*supra* nrs. 8 e.v.).

Vervolgens stelden we een evolutie vast in de richting van een geleidelijke verdichting van publiekrechtelijke voorschriften. We wezen op regels ter bescherming van een bepaald publiek goed, die relevant zijn voor normalisatie, maar deze niet specifiek viseren. Zo wezen we op regels ter vrijwaring van de markt en van de verschillende markspelers, zoals de regels van het vrij verkeer en de eerlijke mededinging. We wezen op regels ter bescherming van consumenten of van werknemers, zoals een taalverplichting bij een bepaald gebruik van normen. Daarnaast voorziet de overheid ook in een ondersteuning en omkadering voor normalisatie, omwille van de rol die normalisatie speelt in onze samenleving. Uiteindelijk wezen we op het juridische effect dat de regelgever in bepaalde omstandigheden aan bepaalde normen geeft teneinde een bepaald beleidsdoel te realiseren, zoals het vermoeden van conformiteit met de essentiële eisen van een product onder de Europese nieuwe aanpak, of het vermoeden dat de aanneming of toepassing van een internationale norm geen aanleiding geeft tot een onnodige beperking van de internationale handel onder TBT (*supra* nrs. 11 e.v.).

En zo vloeide de bijdrage geleidelijk aan over in de publiekrechtelijke analyse. De focus lag hier op de situatie waarbij de regelgever naar een norm verwijst en deze aldus een reglementair karakter geeft. De uitoefening van reglementaire bevoegdheid wordt door en krachtens onze Grondwet strikt omkaderd: een verwijzing naar een norm kan voor zover het om een statische verwijzing gaat (omdat de regelgever zich dan de norm eigen maakt), de norm in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt, en het voor

rechtsonderhorigen voldoende duidelijk en begrijpbaar is welke rechten en plichten hieruit voor hen voortvloeien (*supra* nrs. 20 e.v.).

In de praktijk blijkt dat hier vaak niet aan wordt voldaan. Vanuit die bezorgdheid formuleerden de Raad van State, de FOD Economie, het NBN en het BEC (CEB) voorstellen om de Grondwettelijke waarborgen, de beleidsdoelstellingen van de regelgever en de mogelijkheden van de normalisatie-instellingen met elkaar te verzoenen. De Raad van State adviseert regelgevers in de eerste plaats om enkel relevante bepalingen van een norm om te zetten en dit bij voorkeur als een bijlage bij de regelgeving (*supra* nrs. 30 e.v.). De FOD Economie, het NBN en het BEC vragen aan de regelgever om nog eens grondig na te denken of een verwijzing naar normen wel echt nodig is. En zo ja, om enkel naar een Belgische nationale norm te verwijzen na hierover eerst met het NBN in overleg te zijn getreden zodat deze norm op de juiste manier zou kunnen worden bekendgemaakt. De Raad van State ondersteunt dit voorstel (*supra* nrs. 32 en 33). De FOD Economie, het NBN en het BEC formuleerden ook een tweede voorstel: m.n. een op de Europese nieuwe aanpak geïnspireerde werkwijze: de regelgever stelt de essentiële vereisten vast, en voert een vermoeden van conformiteit in dat de naleving van een bepaalde norm een overeenstemming met deze essentiële vereisten oplevert. In deze bijdrage wezen we erop dat een dergelijke reguleringsmethode in bepaalde omstandigheden interessante voordelen kan bieden. We wezen er evenwel ook op dat deze reguleringsmethode geen mirakeloplossing is, en dat deze keuze weloverwogen dient te gebeuren. Ze vereist eerst een fundamentele beleidskeuze van de wetgever om in een bepaalde aangelegenheden over te stappen op deze vorm van zelfregulering evenals een duidelijk wettelijke kader met voldoende waarborgen waarbinnen een dergelijke methode van zelfregulering in overeenstemming met de Grondwet kan worden toegepast (*supra* nrs. 34 e.v.).

42. Afgaande op het veelvuldige en vergaande gebruik dat van normen wordt gemaakt, blijkt normalisatie een succesvol instrument te zijn, waarover de verzuchtingen over onvoldoende transparantie, openheid en betrokkenheid een schaduw blijven werpen.

43. Om nog eens finaal terug te koppelen naar de onderzoeksvragen van dit boek, stellen we wat betreft de verhouding tussen het privaat- en het publiekrechtelijk rechtskader voor normen vast dat er sprake is van een graduele evolutie van regelgevende verdichting. Naast een algemeen rechtskader waarin de Belgische normalisatie kan plaatsvinden, volgt het rechtskader voornamelijk het effect dat van een norm of van zijn gebruik uitgaat: bv. afhankelijk van zijn effect op het vrij verkeer, op de mededinging, op werknemers, op consumenten, enz. Dit mondt uit in een streng rechtskader waaronder

reglementaire kracht kan worden verleend aan normen. In sommige gevallen wordt hiervoor voornamelijk naar het feitelijke effect van het gebruik van de norm gekeken (bv. op de marktwerking), in andere gevallen dan weer naar zijn juridisch effect (bv. het reglementaire karakter dat eraan wordt verleend). Juristen doen er wel goed aan om steeds met beide effecten rekening te houden om te voorkomen dat een *grand écart* zou plaatsvinden tussen de juridische en feitelijke realiteit over het gebruik van normen.