

1 Recht, rechtsbronnen en rechtsvinding

*Mr. dr. A.J.G.M. van Montfort & mr. dr. H.F. Munneke**

1.1 Inleiding

Het recht speelt een steeds belangrijkere rol voor burgers, bedrijven en overheidsinstanties. Dat valt onder meer te verklaren uit het feit dat in onze moderne samenleving voortdurend allerlei *belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen*. Het recht is het resultaat van belangenafwegingen op diverse niveaus en vormt tegelijkertijd ook een kader daarvoor. We schenken in dit hoofdstuk allereerst aandacht aan deze belangenafwegingen (par. 1.2).

Vervolgens staan we stil bij de betekenis van het begrip *recht*. Het gaat hierbij om algemene normen waarop burgers, bedrijven en/of overheidsinstanties zich kunnen beroepen in het maatschappelijk verkeer en waarvan de naleving door hen kan worden afgedwongen bij de rechter (par. 1.3).

Deze algemene normen zijn afkomstig uit diverse *rechtsbronnen*. Het zal geen verbazing wekken dat het in Nederland geldende recht in belangrijke mate afkomstig is uit nationale wetgeving. De verordeningen en richtlijnen van de Europese Unie worden echter een steeds belangrijkere rechtsbron (par. 1.4).

Aansluitend bespreken we op welke wijze kan worden bepaald welke rechtsnormen precies van toepassing zijn in een concreet geval. In dat verband komt een aantal methoden van *rechtsvinding* aan bod (par. 1.5).

We sluiten het hoofdstuk af met een relativiserende opmerking. Het moge zo zijn dat het recht een steeds belangrijkere rol speelt in onze samenleving. Dat neemt echter niet weg dat de gedragingen en beslissingen van burgers, bedrijven en overheidsinstanties in de praktijk grotendeels ook door andere factoren dan het recht worden bepaald (par. 1.6).

* De auteurs bedankt prof. dr. W.A. Trommel voor diens commentaar op een eerdere versie van dit hoofdstuk en de volgende twee hoofdstukken.

1.2 Recht en belangenafwegingen

De grote betekenis van het recht voor deelnemers aan het maatschappelijk verkeer hangt in belangrijke mate samen met het feit dat in de samenleving voortdurend allerlei belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. De Romeinen kenden al de godin Justitia met haar weegschaal. In de rechtszaal is dat een duidelijk symbool. De rechter zal hoor en wederhoor moeten toepassen om pas daarna zijn conclusies te trekken. De belangenafweging in de rechtspraak vindt plaats in een gestructureerde omgeving. Het is duidelijk wie de partijen zijn en de rechter kent de toe te passen regels. In vergaderzalen van volksvertegenwoordigers waar (de eventuele noodzaak van) nieuwe regelgeving wordt besproken, zal de belangenafweging vaak minder overzichtelijk zijn.

Belangenafwegingen geschieden zowel op een abstract (dat wil zeggen algemeen) niveau als op een concreet (dat wil zeggen individueel) niveau. In de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is een soort van stappenplan te lezen bij het nemen van overheidsbeslissingen. Dat stappenplan is toe te passen bij zowel het nemen van een *besluit van algemene strekking* als het nemen van een *besluit voor een concreet, individueel geval*. Het stappenplan uit de Awb ziet er als volgt uit:

- Een overheidsinstantie denkt na over het doel van ingrijpen;
- Het vergaat de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen;
- Het gaat over tot belangenafweging (voor zover daartoe ruimte is);
- Het controleert de belangenafweging op afwezigheid van onevenredigheden;
- Het gaat over tot ingrijpen.¹

1.2.1 Belangenafwegingen op een abstract niveau

Belangenafwegingen op een abstract niveau vinden het meest zichtbaar voor de samenleving plaats in het *wetgevingsproces van de rijksoverheid* dat zich in de Tweede en Eerste Kamer (in samenwerking met de regering) voltrekt.

Een voorbeeld van de belangenafwegingen die in het wetgevingsproces van de rijksoverheid op een abstract niveau worden gemaakt, betreft de positie van de aandeelhouders van een bedrijf. De Tweede en Eerste Kamer hebben – overeenkomstig een daartoe strekkend wetsvoorstel van de regering – de bevoegdheden van de aandeelhouders een aantal jaren geleden uitgebreid. Dat is echter niet onbeperkt gebeurd.

1 Voor het nemen van besluiten van algemene strekking door de nationale overheid bestaat een aanvullend stappenschema, waarop we nu niet nader ingaan. Wie meer wil weten, kan het Beleidskompas en de Aanwijzingen voor de regelgeving raadplegen. Zie www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/beleidskompas en <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005730>, beide geraadpleegd op 10 januari 2025.

De raad van bestuur moet immers voldoende armslag blijven houden om het bedrijf verantwoord te kunnen managen.

De belangenafwegingen in het wetgevingsproces van de rijksoverheid hebben het karakter van een politiek besluitvormingsproces, dat wil zeggen een proces waarvan de uitkomsten in belangrijke mate door politieke voorkeuren worden bepaald. In het verleden gemaakte belangenafwegingen kunnen daarom steeds worden bijgesteld. Als er na verkiezingen een nieuw kabinet aantreedt, kan dat andere afwegingen maken dan het vorige. Dat kan dan weer leiden tot nieuwe regelgeving.

Denk bijvoorbeeld aan de afweging tussen bedrijfsbelangen (bijvoorbeeld maximale vrijheid bij het ontplooiën van economische activiteiten) en het belang van de volksgezondheid. Het kabinet-Rutte IV had zich ten doel gesteld problematisch alcoholgebruik tegen te gaan.

Dit heeft geleid tot de Alcoholwet van 2021 met de volgende overwegingen: ‘Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is de Drank- en Horecawet te wijzigen ten einde *problematisch* [cursivering door ons, auteurs] alcoholgebruik tegen te gaan, de positie van de Landelijke Commissie sociale hygiëne te regelen, de naleving van de leeftijdsgrens bij verkoop op afstand te verbeteren en enkele andere aanpassingen mogelijk te maken.’² Kortom: het gaat om enkele aanpassingen. Het door gezondheidsexperts aanbevolen verbod op alcoholreclame – om alcoholgebruik door jongeren en schade hierdoor te verminderen – kwam er niet.

In juli 2024 hebben CDA, NSC, GroenLinks-PvdA en SP moties ingediend om reclame voor alcohol geheel of gedeeltelijk te verbieden. Daarom laten ook de Nederlandse bierbrouwers weer van zich horen. Mogelijk leiden nieuwe afwegingen weer tot nieuwe wettelijke regels. De afweging zit hier in het woord ‘problematisch’; verantwoord alcoholgebruik moet gewoon kunnen.

Veel meer dan vroeger spelen tegenwoordig cijfermatige overzichten een rol bij belangenafwegingen. Bij de discussies over alcoholgebruik gaat het om de cijfers van het Trimbos Instituut. Dit Instituut zet de cijfers overzichtelijk bij elkaar in de Nationale drugsmonitor. Met die cijfers krijgt de politiek een beeld van de maatschappelijke problemen rond een bepaalde drug. Dan wordt duidelijk of maatregelen nodig zijn en, zo ja, welke.

Tegenover het te dienen belang staat de (zogeneten) regeldruk voor betrokken burgers, bedrijven en professionals, bestaande uit nalevingkosten en de administratieve lasten. De overheid probeert de regeldruk zo laag mogelijk te houden bij de

2 Bron: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2021-26.html>, geraadpleegd op 10 januari 2025.

uitwerking van besluiten. Daarom worden de kosten voor burgers en handhavende overheden zo precies mogelijk berekend.

De *lokale wetgever*, meer in het bijzonder de gemeenteraad, verricht eveneens doorlopend belangenafwegingen op een abstract niveau. Deze belangenafwegingen hebben eveneens het karakter van een politiek besluitvormingsproces.

In dit verband valt bijvoorbeeld te wijzen op het gemeentelijke omgevingsplan. Daarin is voor elke locatie in de gemeente vastgelegd of de locatie bestemd is voor huisvesting, voor bedrijfspanden, voor recreatieve voorzieningen, voor horecavoorzieningen, voor winkelpanden, voor kantoorruimte en/of voor een andere functie. Een locatie mag in beginsel niet op een andere wijze worden gebruikt dan waarvoor ze bestemd is. Op locaties die voor recreatieve voorzieningen zijn bestemd, mogen dus in beginsel geen woningen worden gebouwd. Het bepalen van de bestemmingen die voor de verschillende locaties in een gemeente gelden, vergt een zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen.

Een ander voorbeeld is de in veel gemeenten gebruikelijke Evenementenkalender. Zo'n kalender zal worden opgesteld met de belangen van organisatoren, omwonenden en plaatselijke ondernemers (horeca en parkeergarages) in gedachten.³ Bovendien is hij erg handig bij het opstellen van de roosters en agenda's voor de hulpdiensten en de gemeentelijke dienst Openbare Ruimte.

Behalve de wetgever verricht ook de *rechterlijke macht*, zij het in mindere mate, voortdurend belangenafwegingen op een abstract niveau. Deze belangenafwegingen hebben geen politiek karakter, maar zijn vooral op juridische, logische en wetenschappelijke argumenten gebaseerd. De uitkomsten ervan worden neergelegd in rechterlijke uitspraken en behoren daarmee, evenals de regelingen van de wetgever, tot het recht (zie ook par. 1.4).

De rechterlijke macht is in de loop van de tijd een steeds belangrijkere rol gaan spelen bij het op een abstract niveau afwegen van belangen in onze samenleving. Dat komt onder meer door het toenemende gebruik van open normen in wettelijke regelingen. Deze open normen worden in gerechtelijke procedures nader ingevuld.⁴

Zo heeft de Hoge Raad de open norm 'onrechtmatige daad' uit artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek op een bepaalde manier ingevuld voor de situatie dat sprake

3 Op Terschelling speelt ook het 'DNA' van het eiland een rol; zie <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR714622/1>, geraadpleegd op 10 januari 2025.

4 A. Strijers, *Belangenafweging in de rechtsstaat: drie casussen*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2003.

is van hinder in de vorm van bijvoorbeeld geluidsoverlast, trillingen, stankoverlast of ongedierte. Of dergelijke hinder kan worden aangemerkt als een onrechtmatige daad (en daarmee tot een verplichting tot schadevergoeding leidt), hangt volgens de Hoge Raad af van ‘de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteiten worden gediend (...)’.⁵

1.2.2 Belangenafwegingen op een concreet niveau

Al met al is het recht in belangrijke mate te beschouwen als het resultaat van belangenafwegingen die de wetgever en – op meer bescheiden schaal – de rechterlijke macht op een *abstract niveau* hebben uitgevoerd. Deze op een *abstract niveau* verrichte belangenafwegingen bieden overigens vervolgens op hun beurt weer een normatief kader voor belangenafwegingen die op een meer *concreet niveau* in het maatschappelijk verkeer worden uitgevoerd door overheidsorganisaties, particuliere instanties of individuele personen.

We geven twee voorbeelden. De burgemeester kan een gebied aanwijzen als alcoholoverlastgebied indien naar zijn oordeel sprake is van een *ernstige* aantasting van de openbare orde, de leefomgeving of de volksgezondheid door het gebruik van alcohol in dat gebied. Binnen een dergelijk gebied kunnen met een vergunningsweigering nieuwe slijters worden geweerd.⁶ De afweging zit in het woord ‘ernstig’. Een enkel los incident rechtvaardigt geen aanwijzing.

De Omgevingsdienst Noordzeekanaalgebied heeft nieuwe stappen gezet om ervoor te zorgen dat Tata Steel zich ‘aan de wet gaat houden’. Het gaat om de uitstoot van ‘zeer zorgwekkende stoffen’, waaronder zware metalen. De omgevingsdienst komt – namens het provinciebestuur van Noord-Holland – met twee dwangsomopleggingen van in totaal bijna 27 miljoen euro, en dreigt met nieuwe stappen in een

5 Zie onder andere de uitspraken HR 15 februari 1991, *NJ* 1992, 639 (Aalscholvers) en HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994, 107 (Kraaiende hanen), zoals deze beide uitspraken zijn besproken in J.M. Smits, Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2006, p. 134-140. HR is een afkorting van Hoge Raad. De bij de eerste uitspraak gebruikte afkorting ‘NJ’ staat voor *Nederlandse Jurisprudentie*. Dit is een juridisch tijdschrift waarin belangrijke rechterlijke uitspraken worden gepubliceerd.

6 De burgemeester van Rotterdam heeft in 2023 de wijken Bloemhof en Oud-Mathenesse aangewezen als alcoholoverlastgebieden; zie <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR699440/1>, geraadpleegd op 10 januari 2025. Het gaat om wijken met een veiligheidsbeleving die ver achterblijft bij het Rotterdamse gemiddelde; zie <https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR699419/1>, geraadpleegd op 10 januari 2025.