

Alternatieve regelgeving en privaatrecht

Monografieën
Privaatrecht

De serie Monografieën Privaatrecht
staat onder redactie van:

Prof. mr. Jac. Hijma
Mr. W.A.M. van Schendel
Prof. mr. M.H. Wissink

De deeltjes in de serie Monografieën BW vormen gezamenlijk een compleet en onderling samenhangend commentaar op het burgerlijk recht zoals dat vormgegeven is in de Boeken 1, 3, 4, 5, 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek. De serie Monografieën Privaatrecht vult deze serie aan met onderwerpen die niet strikt in het

Burgerlijk Wetboek geregeld hoeven te zijn maar die wel een privaatrechtelijke grondslag hebben. De delen die als Monografie Privaatrecht gaan verschijnen, verschenen eerder in het kader van de serie Studiepockets Privaatrecht. Deze serie is opgehouden te bestaan en gaat op in de serie Monografieën Privaatrecht.

Monografieën
Privaatrecht

8 Alternatieve regelgeving en privaatrecht

Prof. mr. I. Giesen

Aanbevolen citeerwijze:
Mon. Privaatrecht 8 (Giesen)
Omslag: Bert Arts bNO

© 2007, I. Giesen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

ISBN: 978 90 13 04625 0
NUR: 822-214

Voorwoord

In juni 2005 werd ik gevraagd om voor de NJV-vergadering van juni 2007 een preadvies te schrijven. Uiteraard heb ik dat gedaan, en dat preadvies is inmiddels ter perse. In het onderzoeksproces dat leidde tot de totstandkoming van het preadvies bleek het onderwerp, alternatieve regelgeving in het privaatrecht, welhaast alomvattend te zijn en mijn inspiratie om erover te schrijven bleek ook verder te strekken dan ik in dat ene preadvies ooit aan tekst kwijt had gekund. Geïnspireerd daardoor besloot ik om naast het preadvies te werken aan een uitvoeriger boek. De onderhavige monografie is daarvan de weerslag. Dit boek geeft mij (alsnog) de ruimte die ik nodig meende te hebben om alle verzamelde informatie, alle nadere uitwijdingen, interessante details en extra voorbeelden over alternatieve regelgeving en de doorwerking ervan in privaatrechtelijke verhoudingen alsnog integraal op te kunnen nemen. Uiteraard is dat niet gebeurd omdat ik die informatie en details nu eenmaal al verzameld had, maar enkel omdat er naar mijn mening toegevoegde waarde in zou (kunnen) schuilen om een en ander ook naar buiten te brengen. De alsnog behandelde stof biedt mijns inziens een verbreding en verdieping ten opzichte van hetgeen in het preadvies voor de NJV al werd geschreven en daarmee, naar ik hoop, enig extra inzicht in de materie. Het onderhavige is daarmee al met al een uitvoerige, twee maal langere versie van dat preadvies geworden.

Ik dank de redactie van deze reeks en de uitgever voor hun bereidheid om mij dit extra forum ter beschikking te stellen, alsmede de NJV voor het in mij gestelde vertrouwen.

Verder wil ik mijn dank uitspreken in de richting van Carolien van Middelkoop voor de uiterst waardevolle onderzoeksassistentie, aan mijn mede-preadviseurs voor de vruchtbare gedachtewisselingen over ons thema, aan Steven Bartels en Matthias Borgers voor hun inspirerende opmerkingen bij eerdere versies van het preadvies, aan Rogier van Bijnen, Menno Bouwes, Liesbeth Enneking, Marco Loos, Rianka Rijnhout, Lonneke Stevens en Albert Verheij voor waardevolle tips, en aan de A&V-onderzoekers van de Onderzoeksschool 'Ius Commune', de collega's van het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en de RWO-studenten van de UU voor hun luisterend oor en kritische beleefdheid tijdens een aantal (refereer)bijeenkomsten over dit thema.

Tot slot bedank ik graag Jan Vranken die het thema van het preadvies op de (althans: mijn) agenda zette en mij voorzag van tips en bronnenmateriaal. Literatuur en rechtspraak verschenen voor 12-1-2007 werd waar nodig verwerkt.

Amsterdam/Utrecht, maart 2007
Ivo Giesen

Inhoud

1	INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING	1
2	WAT IS ALTERNATIEVE REGELGEVING IN HET PRIVAATRECHT?	7
2.1.	Inleiding: ‘privaatrechtelijke’ terminologie	7
2.2.	Definities en kenmerken	8
2.2.1.	Definities	8
2.2.2.	Kenmerken van alternatieve regelgeving	10
2.2.3.	Keuze voor ruimte	13
2.3.	Enkele mogelijke vormen van alternatieve regelgeving	14
2.4.	Enkele voorbeelden van alternatieve regelgeving in het privaatrecht	17
2.5.	Twee uitvoeriger omschrijvingen	31
2.5.1.	Medische protocollen	31
2.5.2.	Rechtersregelingen	32
2.6.	Het proces van alternatieve regelgeving	34
2.7.	Voordelen en nadelen	35
2.8.	Wanneer alternatieve regelgeving?	39
2.9.	Is alternatieve regelgeving ‘recht’ te noemen?	44
2.9.1.	Introductie	44
2.9.2.	‘Recht’ in Nederland: art. 79 RO	44
2.9.3.	Art. 79 RO en de taakopvatting van de Hoge Raad	48
2.9.4.	Het belang van het voorgaande: een relativering	50
2.10.	Wat volgt: rechtsgevolgen en denkmodellen	51
2.10.1.	Te bespreken vragen ...	51
2.10.2.	... via twee denkmodellen	52
3.	DE RECHTSKRACHT VAN ALTERNATIEVE REGELGEVING: GEBONDENHEID	55
3.1.	Inleiding	55
3.2.	Theoretische vergezichten	56
3.2.1.	Inleiding	56
3.2.2.	Alternatieve regelgeving zonder binding?	56
3.2.3.	Grondslag voor binding: de wet	60
3.2.4.	De tweede grondslag: consensus	62
3.2.5.	De Grondwet als een rem?	66
3.2.6.	Een derde grondslag	68
3.2.7.	De keuze vóór binding in het licht van (nogmaals) enkele nade- len van alternatieve regelgeving	75

3.2.8	Afronding	76
3.3.	Praktijk: medische protocollen	77
3.4.	Praktijk: procesrechtelijke alternatieve regelgeving	81
3.4.1.	Inleiding	81
3.4.2.	De stand van zaken momenteel	83
3.4.3.	Excursie: een terugblik op art. 79 RO	83
3.4.4.	Terug naar het hoofdspoor: gevolgen voor de binding aan rechtersregelingen	85
3.4.5.	Binding van derden	88
3.4.6.	Conclusie	89
4.	ALTERNATIEVE REGELGEVING EN RECHTSVORMING	91
4.1.	Inleiding	91
4.2.	Interne rechtsvorming	92
4.3.	Theorie inzake (externe) rechtsvorming	94
4.3.1.	Introductie	94
4.3.2.	Een 'standaardplaatje' inzake rechtsvorming	94
4.3.3.	Rechtsvorming en de invloed van alternatieve regelgeving: de brugfunctie en een parallel pad met de bindingsvraag	97
4.3.4.	Problemen inzake rechtsvorming via alternatieve regelgeving	101
4.3.5.	Afronding	103
4.4.	Praktijk: medische protocollen	104
4.5.	Praktijk: procesrechtelijke alternatieve regelgeving	107
4.5.1.	Inleiding	107
4.5.2.	Stimulering van alternatieve regelgeving in het procesrecht	108
4.5.3.	Tegenwerpingen	110
4.5.4.	Procesrechtelijke rechtsvorming via alternatieve regelgeving	112
4.5.5.	Het principe: specifieke geschillen en rechtsvorming	113
4.6.	Nadelen en een mogelijke oplossing: de coalitie van samenwerkende rechtsvormers	116
4.6.1.	Introductie	116
4.6.2.	Mogelijk nadelige kanten van rechtsvorming via alternatieve regelgeving	116
4.6.3.	Alternatieve regelgeving als rechtsvorming: interactie met andere rechtsvormers	119
5.	NIET-NALEVING EN HANDHAVING VAN ALTERNATIEVE REGELGEVING	123
5.1.	Inleiding	123
5.2.	Niet-naleving en handhaving	125
5.2.1.	Nakoming	125
5.2.2.	Handhaving	126
5.2.3.	Belonen en straffen; privaatrechtelijke remedies	127

5.2.4.	Parallele handhaving	130
6.	RICHTLIJNEN VOOR ALTERNATIEVE REGELGEVING?	131
6.1.	Primaire en secundaire regels	131
6.1.1.	Inleiding	131
6.1.2.	Belang	132
6.2.	Richtlijnen via Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving (AvdAR)?	133
6.2.1.	Richtlijnen nodig?	133
6.2.2.	Geen wettelijke normering	134
6.2.3.	Wél AvdAR	136
6.3.	Inhoud van de Aanwijzingen	138
7.	AFRONDING	141
	LITERATUURLIJST	145

1. Inleiding en probleemstelling

Het lijkt zo handig. De gezamenlijke artsen in een ziekenhuis besluiten om voor bepaalde ziektegevallen een bepaald vaststaand behandelplan te volgen. Dat plan stellen ze vervolgens op schrift. Zo hebben ze de ‘best practices’ op papier en is de intern aanwezige kennis eenvoudig te verspreiden. Dat scheelt tijd en dus geld. Uiteraard weten ze dat als zich een specifieke patiënt aandient waarvoor een afwijkende behandeling nodig is, dat nog steeds mogelijk is. Vervolgens loopt één van de vele behandelingen echter niet zoals die zou moeten lopen, en wordt er schade geleden. In de aansprakelijkheidsprocedure die daarop volgt, wordt het gezamenlijk vastgelegde behandelplan van stal gehaald, een plan dat net in dit specifieke geval niet gevolgd was, en wordt dat plan door de rechter verheven tot dé norm om naar te handelen. Het plan schreef behandeling A voor, dat is niet geschied, en daarom wordt aangenomen dat de arts aansprakelijk is. Wat hier gebeurt, is dat een vorm van ‘alternatieve regelgeving’ in een privaatrechtelijke verhouding wordt toegepast, met alle (rechts)gevolgen van dien. Precies daarover gaat dit onderzoek.

Het begrip ‘alternatieve regelgeving’ ziet op ‘regels van zeer diverse aard die dienen tot vervanging of nadere invulling van rechtsregels of die strekken tot een bepaalde wijze van gedrag in een beroep of tot een bepaalde wijze van praktijkvoering of andere professionele handelingen. (...) (gedrags)codes, protocollen, convenanten, algemene voorwaarden, alimentatienormen, kantonrechtersformule, etc’.¹ De notie van ‘alternatieve regelgeving’ heeft zodoende veel te maken met hetgeen vaak onder de noemer ‘zelfregulering’ of aanverwante termen² door het juridische leven gaat. Voorlopig ga ook ik uit van het bestaan van een nauwe relatie tussen die twee begrippen³ en gebruik ik beide termen door elkaar. Ik doe dat mede omdat in de (privaatrechtelijke) literatuur meestal over ‘zelfregulering’ gesproken wordt.⁴

- 1 Ik citeer hier uit de startnotitie uit 2005 zoals opgesteld door het bestuur van de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV; deze notitie is raadpleegbaar via de auteur).
- 2 De term ‘soft law’ is bijv. in Europeesrechtelijk verband populair, zie Senden 2003. Omdat in het door haar besproken Europeesrechtelijke perspectief voor de term ‘soft law’ een eigen autonome betekenis bestaat (waarbij de normen niet afkomstig zijn van maatschappelijke actoren maar van ‘publiekrechtelijke’ gemeenschapsorganen, zie p. 101-105, en vgl. Van Driel 1989, p. 14), ga ik daar verder niet speciaal op in (vgl. ook Senden 2003, p. 28, over de beperkte wederzijdse inspiratie die hier mogelijk is).
- 3 Het Engelse ‘Better Regulation Task Force’ (verder: BRTF) spreekt over ‘alternatives to state regulation’ omdat er zoveel vormen en modellen van zelfregulering bestaan, zie BRTF 2000, p. 4.
- 4 In de nota Bruikbare rechtsorde (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 1) wordt gesproken over ‘alternatieve reguleringsmodellen’. Polak 1986, p. 217, stelt dat zelfregulering niet identiek is aan private regelgeving, en daarmee bedoelt hij dat ook (naar de vorm) publiekrechtelijke regelgeving zelfregulering kan zijn. Zelfregulering is daarmee een meeromvattende term. Hier gaat het om zelfregulering op privaatrechtelijk terrein (naar de inhoud).

Waar 'alternatieve regelgeving' als term wellicht nieuw en onbekend overkomt, is zelfregulering een wijd verbreid fenomeen.⁵ Zelfs de overheid stimuleert het gebruik ervan, bijvoorbeeld in het streven om zo tot een vermindering van het aantal regels en de regeldruk te komen⁶ (en dat is zeker geen louter recente aanpak⁷ hoewel het als modern gezien wordt⁸). Zo bepaalt aanwijzing 8 van de *Aanwijzingen voor de regelgeving*:

'Bij het bepalen van de keuze voor een mogelijkheid tot overheidsinterventie om een doelstelling te bereiken wordt zoveel mogelijk aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren.'⁹

Gegeven het bestaan van alternatieve regelgeving, wordt duidelijk dat de gedachte dat er (nog steeds) een 'reguleringsmonopolie' voor de Nederlandse wetgever zou bestaan, nuancering behoeft¹⁰ De juridische werkelijkheid als het om het tot stand komen van regelgeving gaat, is er eerder één van 'rechtspluralisme': er zijn meerdere bronnen van regels en normen.¹¹ Naast het officiële (publieke) rechtssysteem waarbij de (formele of materiële) wetgever de regelgever is, staan systemen van private, niet-officiële ordening in en door allerlei sociale velden, (norm)gemeenschappen en verbanden.¹² Dat is overigens ook in

- 5 Niet alleen in Nederland, maar ook daarbuiten, vgl. bijv. het overzicht bij Cafaggi 2006, en Black 1996, p. 25, voor Engeland. Het navolgende onderzoek is overigens niet rechtsvergelijkend opgezet, al zal ik ruimhartig gebruik maken van buitenlandse bronnen.
- 6 Het programma inzake 'Andere Overheid' en de nota 'Bruikbare rechtsorde' zijn daar voorbeelden van, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 362, nr. 1, resp. 2003/04, 29 279, nr. 9 (vooral p. 12 en 15). Zie ook Van Driel 1989, p. 78 (noot 263), die aangeeft dat vroeger zelfregulering ontstond doordat ondernemers zo hoopten de wetgever buiten de deur te houden. Nu probeert de wetgever te bereiken dat hij niet zelf 'aan de bak' hoeft. Ook noem ik nog het essay 'In regels gevangen?' van een ambtelijke werkgroep <http://www.justitie.nl/images/Essay%20In%20regels%20gevangen_tcm34-3861.pdf>, waarin een kiem van de term alternatieve regelgeving is terug te vinden. Men spreekt daarin immers (p. 9) over 'alternatieven voor en in wetgeving'. Kritisch over de 'vermindering van regels'-insteek zijn o.a. Van der Heijden 2005 en Westerman 2006.
- 7 Zie Schut 1972; ICC 1984; Polak 1986; Hagoort 1988, de nota Zicht op wetgeving (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nrs. 1-2), en het overzicht bij Van Driel 1989, p. 42 e.v.; Donner 1993, p. 155-157, en Edgeworth 2003, p. 68 e.v. Vgl. verder Friedman 1979; Van Gestel 2000, p. 26-27; Hondius 2006, p. 238, en Van Schooten-van der Meer 1997, p. 106.
- 8 Zie Mörth 2004a, p. 194.
- 9 Vgl. ook De Ru 1984, p. 141 (sprekend over 'deregulering'). Bij dit citaat verdient aantekening dat deze Aanwijzing blijktens de toelichting in beginsel ziet op het gebruik, als alternatief, van normalisatie en certificatie. Vgl. tevens Aanwijzing 7 sub c ('onderzocht wordt of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door middel van het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren dan wel daarvoor overheidsinterventie noodzakelijk is'), en Van Driel 1989, p. 61 en 62. In Australië heeft men ook deze koers gekozen, vgl. Black 2001, p. 114.
- 10 Bachmann 2003, p. 10; Parker/Braithwaite 2003, p. 129; McHarg 2006, p. 83; Walker 2006, p. 351. Waar het gaat om het via *overheidsmacht* kunnen afdwingen van bepaald handelen, bestaat er uiteraard nog steeds een monopolie voor de overheid. Dit onderzoek betreft overigens enkel *alternatieven voor* overheidsregelgeving en niet om alternatieve oplossingen *binnen* overheidswetgeving. Zie bijv. (over 'communicatieve wetgeving') Eijlander/Van Gestel et al 2000, p. 69 e.v., en het themanummer van *Recht der Werkelijkheid* uit 2006 (dat echter eerst na afronding van dit boek verscheen).
- 11 Zie Wiarda/Koopmans 1999, p. 143 e.v., vooral p. 146-147; Parker/Braithwaite 2003, p. 129; Griffiths 2005, p. 28 e.v., en Soeteman 2006.
- 12 Zie Galanter 1981, opgenomen in Griffiths/Weyers 2005, m.n. p. 425 e.v., alsmede Schepel 2005, p. 19-23 en p. 32-34. Vgl. voor een contractenrechtelijk voorbeeld Collins 1999, p. 207-209 ('negotiable instruments') en voor de sportwereld het pleidooi van Vermeulen 2006.

Europa het geval.¹³ De oorzaken voor deze ontwikkeling, waarbij ook de Europese regel-drift genoemd zou kunnen worden,¹⁴ laat ik hier verder rusten.¹⁵ Ook de vraag naar de wenselijkheid van deze ontwikkeling – mijn vertrekpunt is het bestaan van alternatieve regelgeving¹⁶ – bespreek ik niet.¹⁷

Over zelfregulering is vooral vanuit het perspectief van het staats- en bestuursrecht, het milieurecht en de bestuurskunde geschreven.¹⁸ Ook rechtssociologen hebben dit (door hen zo genoemde) ‘volksrecht’ geanalyseerd.¹⁹ Het privaatrechtelijk onderzoek is daarbij enigszins achtergebleven, vooral bezien vanuit het traditionele vermogensrecht. Op zichzelf is dat niet onlogisch omdat het denken over regulering tot nu toe typisch in het staats- en bestuursrecht lijkt te gebeuren. Door dit privaatrechtelijke achterblijven heeft dit belangrijke fenomeen²⁰ echter nog onvoldoende omlijsting kunnen krijgen en is er op dit moment (nog) geen vastomlijnd privaatrechtelijk begrippenkader inzake zelfregulering (of alternatieve regelgeving) aanwezig waarop voortgebouwd zou kunnen worden.²¹ Aan de andere kant biedt het wel aanwezige materiaal uit de staats- en bestuursrechtelijk hoek voldoende houvast voor de ontwikkeling van een dergelijk, op privaatrechtelijke leest geschoeid kader. Bovendien is er wel enig materiaal beschikbaar, wordt het belang van zelfregulering in privaatrechtelijke verhoudingen inmiddels meer en meer erkend en wordt er zelfs al van een paradigmawisseling gesproken (van ‘regulation’ naar ‘governance’).²²

Ik kan dat begrippenkader hierna slechts zeer summier op- en uiteenzetten (zie nader par. 2) omdat het navolgende beoogt om verder te reiken dan enkel dat kader. Niet alleen moet nagedacht worden over het begrip en het concept ‘alternatieve regelgeving’, en daarmee over zelfregulering, en dus over het opzetten van een vast (begrippen)kader, maar vooral ook moet dat concept vervolgens toegepast worden op het privaatrecht.²³ De eigenheid van de combinatie ‘privaatrecht/zelfregulering’ dient derhalve onderzocht te worden, en er dienen conclusies en aanbevelingen opgesteld te worden over die combinatie.

Gelukkig kan bespreking van de bedoelde eerste stap (het kader) ook summier blijven omdat in WITTEVEENS’ NJV-advies reeds uiteen is gezet welke begrippen hier een rol

- 13 De Europese wetgever kiest ervoor om waar mogelijk alternatieve reguleringsmechanismen te benutten, zie Senden 2003, p. 18-20; het ‘Interinstitutioneel Akkoord – Beter Wetgeven’ van de Europese raad, de commissie en het Europees parlement, Pb.EU 2003/C 321, p. 2 en 3, en Senden 2005. Van Hoek 2006, p. 142, betoogt overigens dat de Europese invloed een beperkend effect heeft op de autonomie van zelfregulerende verbanden.
- 14 Smits 2006, p. 99.
- 15 Zie het preadvies van Witteveen (Witteveen 2007), alsmede Strömholm 1971, p. 224-229, en Lobel 2005, m.n. p. 275-292, waarin hij een paradigmawisseling op dit vlak onderbouwt.
- 16 Omdat wetgever en rechter het samen niet bolwerken om alle benodigde normen te produceren en uit te leggen, kan de opkomst van alternatieve regelgeving niet als onwenselijk gezien worden, maar is die trend inmiddels een onvermijdelijk gegeven. Zie Strömholm 1971, p. 282; Chalmers 2006, p. 162; Walker 2006, p. 349.
- 17 Zelfregulering heeft niet altijd en overal een goede naam. Vgl. Black 2001, p. 115, en de afkeuring (‘censuur’) die de oproep om tot een zelfreguleringscode voor de media te komen, oproep in het najaar van 2006, vgl. *de Volkskrant* van 31 oktober 2006, p. 22. Of dit wantrouwen terecht is, is echter nog maar de vraag, zie Van Gestel 2000, p. 144.
- 18 Naast de hiervoor al en hierna nog genoemde literatuur noem ik nog Freeman 2000.
- 19 Ik noem hier slechts Moore 1973 en Galanter 1981, beide opgenomen in Griffiths/Weyers 2005.
- 20 De Haan 1999, p. 12, stelt dat de maatschappelijke betekenis ‘gigantisch’ is.
- 21 Overigens verdient nu reeds opmerking dat de literatuur die er is, uitzonderingen daargelaten, ons veelal niet veel verder brengt dan de vaststelling dat zelfregulering bestaat, voor- en nadelen heeft, niet zaligmakend is, maar wel een optie is die de moeite waard kan zijn in bepaalde gevallen.
- 22 Zie Lobel 2005, bijv. p. 264. De vraag of zo een paradigmawisseling plaatsvindt of plaats gevonden heeft, laat ik rusten. Ik wil enige concretere vragen beantwoorden.
- 23 Ik ga dus niet in op allerlei nieuwe sturingsconcepten gericht op de overheid (als sturende partij), zie het overzicht bij Eijlander/Voermans 1999, p. 60 e.v.

spelen en hoe die zich tot elkaar verhouden.²⁴ ‘Alternatieve regulering’ is daar omschreven als een concept dat het midden houdt tussen regulering en zelfregulering, waarbij vanuit reguleringsperspectief de overheid de regulering vaststelt maar daarbij ook een beroep gedaan wordt op het zelfregulerende vermogen van het veld. Vanaf de andere kant bezien, gaat het om zelfregulering die van bovenaf is opgelegd. Uit die ‘definities’ volgt al direct de nauwe onderlinge verbondenheid tussen deze concepten, hetgeen ik hierna (par. 2.2.) nog extra zal benadrukken.

Overigens verdient nu al opmerking dat de term ‘alternatieve regelgeving’ zou kunnen suggereren dat wij te maken hebben met *of* de ene soort regelgeving *of* de andere soort, maar dat is zeker niet steeds het geval.²⁵ Vaak gaat gewone regelgeving *samen* met alternatieve regelgeving. In dat licht bezien zou ‘supplementaire’ of ‘aanvullende’ regelgeving wellicht een betere term zijn geweest.²⁶

In het navolgende wordt niet al te lang stilgestaan bij de diverse mogelijke onderscheidingen en definities van alternatieve regelgeving en/of zelfregulering. Ik zeg er kort iets over in par. 2.2. Waar het om gaat, is bloot te leggen welke ‘rechtsgevolgen’ of invloeden verbonden (kunnen) zijn aan het gebruik maken of benutten van (vormen van) alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen, en welke impact die ‘rechtsgevolgen’ hebben.

Met ‘rechtsgevolgen’ doel ik in deze context op de mogelijke gevolgen die het gebruik van een vorm van alternatieve regelgeving met zich brengt of kan brengen. Het gaat mij daarbij niet zozeer om de materieel-inhoudelijke aspecten van de betreffende regelgeving, maar om de gekozen *vorm*,²⁷ waarbij dan het vertrekpunt is dat die gekozen vorm naar de oorsprong geen wetgeving in formele of materiële zin of een uitspraak door een rechterlijke instantie betreft. Welke consequenties heeft die keuze (nogmaals: ongeacht de specifiek inhoud van de regeling)? Wat is de rol en betekenis van alternatieve regelgeving?

Mogelijke rechtsgevolgen in de hier bedoelde zin zijn dan, en daarop zal ik mij hierna specifiek richten, gevolgen voor wat betreft de rechtsvormende capaciteit van een regeling en van de ‘toepassers’ van die regeling, en gevolgen aangaande de (mate van) binding aan een regeling (wie is wanneer en in hoeverre gebonden?). Ik stel dus twee kernvragen: (1) kan alternatieve regelgeving bindend zijn, en zo ja, op welke wijze,²⁸ en (2) wat is dan de mogelijke (positieve

24 Witteveen 2007, m.n. par. 3 en par. 3.4.

25 Zie echter Weterings 2004, p. 135 e.v., over de keuze tussen zelfregulering of overheidsregulering inzake het schadevergoedingsrecht (doch uitkomend op een combinatie van beide). Dresden 2004, bijv. p. 320, noemt de algemeenverbindendverklaring als een optie om een stap in de richting van zelfregulering te zetten.

26 Zie ook Hondius 2006, p. 245; Koops e.a. 2006, p. 148; Dresden 2004, p. 16; Van Driel 1989, p. 130, en Smits 2006, p. 99 (‘lagen van recht door elkaar en naast elkaar’). Vgl. ook nog Prosser 2006, p. 251, en Schepel 2005, p. 31-32 (over regulering van zelfregulering als een andere wijze om (ook) dingen te regelen).

27 Vgl. in dit kader Schwartz/Scott 1995, p. 596-597, die aangeven dat de inhoud van de producten van ‘alternatieve wetgevers’ wel, doch de relatie tussen die alternatieve wetgevers en hun producten niet onderzocht zijn.

28 Voor Lindahl 2006, p. 39, is dit het principiële punt dat zelfregulering oproept. Asser-Vranken 2005, nr. 91, spreekt de verwachting uit dat algemene criteria kunnen worden geformuleerd in de nabije toekomst. We zullen zien of die toekomst van toen (2005) er nu (2007) al is...

of negatieve) bijdrage van alternatieve regelgeving aan de rechtsvorming in het privaatrecht?²⁹

Beide vragen worden besproken vanuit het perspectief van de betrokken maatschappelijke groeperingen en dat van de civiele rechter (en dus niet vanuit de regulerende overheid),³⁰ en ik zal beide vragen mede vanuit een normatief gezichtspunt benaderen: zou er binding moeten zijn en zou er rechtsvormende invloed moeten zijn³¹

Het belang van (beantwoording van) de voornoemde vragen schuilt in de eerste plaats in het toegenomen kwantitatieve en kwalitatieve belang van alternatieve regelgeving als zodanig.³² Maar het schuilt bijvoorbeeld ook hierin dat met het antwoord op dit soort vragen ook gegeven is – althans ten dele gegeven is – of het zinvol, nuttig of zelfs noodzakelijk is om vormen van alternatieve regelgeving (meer of vaker) in te zetten bij de (nadere) regulering van privaatrechtelijke kwesties of aandachtsgebieden.

De verdere opbouw ziet er dan als volgt uit. Hierna komt eerst kort aan bod wat alternatieve regelgeving eigenlijk is (par. 2).

Welke terminologie is voor de privaatrechtelijk omgang met alternatieve regelgeving bruikbaar (par. 2.1 en 2.2)? Welke vormen bestaan er, wat zijn voorbeelden, en volgens welk proces komen ze tot stand (par. 2.3-2.6)? Welke voor- en nadelen kleven er aan het gebruik ervan (par. 2.7) en wanneer is alternatieve regelgeving op zijn plek (par. 2.8)? Deze paragraaf wordt afgesloten met een bespreking van de vraag of alternatieve regelgeving eigenlijk 'recht' is (par. 2.9).

Ik ga eerst in op de bindende kracht die van alternatieve regelgeving uitgaat of kan gaan, en op de vraag wat de invloed daarvan is of kan zijn op de rechtsvorming (par. 3 en par. 4). Een andere mogelijk, daarmee samenhangend pro-

29 Deze vraag is bij mij opgekomen n.a.v. het betoog in Vranken 2001 inzake de invloed van mediation op de rechtsvorming. Dat betoog heeft de vrees gewekt dat iets soortgelijks (verlies aan rechtsvormend vermogen) zou kunnen optreden bij alternatieve regelgeving.

30 Stambuis 2006, p. 25, zou waarschijnlijk zeggen dat mijn perspectief meer een 'bottom-up approach' t.o.v. zelfregulering behelst dan een 'top-down approach'.

31 Uiteraard zijn er nog andere, hier niet behandelde 'rechtsgevolgen', consequenties van de keuze voor alternatieve regelgeving, en andere problemen te bedenken. Denk aan vragen (zie bijv. Giesen/Vranken 2004, p. 224 e.v.; Asser-Vranken 2005, nr. 83 en 89; McHarg 2006, p. 84, en Van Dijk 2006, p. 155) omtrent democratische legitimatie, representativiteit, organisatiegraad, het proces van totstandkoming, de mogelijke gebruikers, omgang met eventuele spanningen tussen zelfregulering en 'gewoon' recht, de voorwaarden voor succesvolle zelfregulering (draagvlak, handhaafbaarheid), etc. Dat zijn echter vragen die per geval anders beantwoord worden en die veel aan bod komen in de bestaande literatuur. Men zou bijv. ook de vraag kunnen stellen in hoeverre alternatieve regelgeving getoetst kan worden op rechtmatigheid en/of doelmatigheid. In Engeland speelt die vraag waar men zich afvraagt of en wanneer 'judicial review' van een vorm van zelfregulering mogelijk is, vgl. bijv. Black 1996 en Cane 1987, en voor de Europese Unie (EU) nog Schepel 2005, p. 249 e.v. In Nederland zal alternatieve regelgeving in elk geval via de onrechtmatige daadsactie aan een rechterlijke toets onderworpen kunnen worden. Veelal zal dat echter gebeuren als een schakel in een zaak over een breder probleem alternatieve regelgeving een rol speelt.

32 Voor een recent voorbeeld daarvan, zie Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 4 (er ontwikkelt zich een derde weg (naast wetgeving en rechtspraak) om tot noodzakelijke objectieve criteria te komen). Over de opkomst en ontwikkeling van alternatieve regelgeving ook Lobel 2005, bijv. p. 264-265 en 272.

bleem, dat van de handhaving van alternatieve regelgeving, wordt kort in par. 5 besproken. De uit het voorgaande voortvloeiende conclusies, inclusief enkele denklijnen voor de toekomst, en een afronding volgen in par. 6 en par. 7.

Belangrijk is de achtergrond van de genoemde vragen en dus ook van de antwoorden. Die achtergrond betreft in wezen de kwestie hoeveel ruimte alternatieve regelgeving uiteindelijk krijgt of zou moeten krijgen als het om het privaatrecht en private kwesties gaat.³³ Daarbij spelen mijns inziens twee mogelijke denkkaders of modellen een sturende rol (zie hierna par. 2.10)

33 Vgl. Van Heffen-Oude Vrielink/Brandsen 2004, p. 36. Voor het antwoord zijn de mogelijkheden van handhaving wezenlijk zodat ik ook daar kort in inga (vgl. par. 5.2).

2. Wat is alternatieve regelgeving in het privaatrecht?

2.1. Inleiding: ‘privaatrechtelijke’ terminologie

Met de in par. 1 aangereikte omschrijvingen voor ‘alternatieve regulering’ zijn we reeds een eind op weg naar een gedegen, liefst uniforme begripsvorming. Toch vergt de toepassing van dat concept op het privaatrecht – bijvoorbeeld om bestaande voorbeelden daarvan beter te kunnen positioneren en om het van soortgelijke verschijnselen te kunnen onderscheiden – dat ook nog enige specifiek toespitste terminologie besproken wordt.

‘Alternatieve *regulering*’ is een term welke in het preadvies van WITTEVEEN¹ een nauwsluitende omlijsting heeft gekregen door de afbakening ervan ten opzichte van ‘regulering’, ‘zelfregulering’ en ‘non-regulering’. Ik zal hierna, om nader te noemen redenen, uitgaan van een ruimer begrip ‘alternatieve *regelgeving*’.

De brede term alternatieve regelgeving sluit in wezen weinig uit, en omvat daarmee eigenlijk alle regelgeving (algemeen en herhaaldelijk toepasbare (gedrags)normen) die niet als ‘gewone’ regelgeving is te kwalificeren, dus: alternatieve regulering, zelfregulering en non-regulering. ‘Gewone’ regelgeving is dan regelgeving die afkomstig van de formele of materiële (lagere) wetgever, inclusief ministeriële regelingen en andere regels die via delegatie tot stand komen.²

TIMMERMAN spreekt dan ook over zelfregulering als ‘regelgeving die is ontworpen door particulieren’.³ In plaats van alternatieve regelgeving zijn ook de termen ‘private rulemaking’, ‘private ordering’ of ‘private lawmaking’ in gebruik.⁴ Deze laatste termen, te vertalen als private wetgeving of private regelgeving, maken duidelijk dat een onderscheid nodig is tussen privaatrecht in gebruikelijke zin, te weten die regels die de verhouding(en) tussen twee of meer burgers onderling reguleren, waarbij de focus ligt op het *object* van de regels, en privaatrechtelijke of private regel- of wetgeving, termen die betrekking hebben op de *herkomst* van de regels in kwestie, te weten niet langer de publiekrechtelijke wetgever, maar een private partij.⁵

Hiervoor werd reeds aangegeven dat alternatieve regelgeving ook wel geduid of benoemd wordt als zelfregulering. Ik zal dat hierna ten dele ook blijven doen en

1 Witteveen 2007.

2 De term ‘informele regelgeving’ wordt ook wel gebruikt, zie Boogers e.a. 2006, p. 10. Uiteraard is over de term regulering en de definitie ervan veel meer te zeggen, maar dat zal ik niet doen, vgl. echter uitvoerig Black 2001, p. 128 e.v., en Walker 2006, p. 345-346.

3 Timmerman 1997, p. 69.

4 Lobel 2005, p. 266-267, noemt nog 22 (!) andere begrippen die benut worden.

5 Vgl. hieromtrent ook Snyder 2003, p. 375-376: Privaatrecht is niet hetzelfde als ‘privaat gemaakt recht’.

beide termen door elkaar gebruiken,⁶ maar ik doe dat wel met deze waarschuwing dat alternatieve regelgeving uiteindelijk een ruimer begrip is (in mijn visie, vanuit de private partijen gezien) dan zelfregulering (zie par. 2.2. en par. 2.4).⁷

2.2. Definities en kenmerken

2.2.1. Definities

Door de (om die reden verkozen) ‘gelijkstelling’ van zelfregulering en alternatieve regelgeving kunnen we de stap zetten van het nog vrijwel onontgonnen gebied van ‘alternatieve regelgeving’ naar de hevig begraasde wei van de zelfregulering. Dan blijkt dat er vele definities in omloop zijn van het begrip zelfregulering,⁸ en dat deze variëren van beperkt tot ruim, zodat (blijkbaar) de maatvoering inzake zelfregulering kan verschillen.⁹

VRANKEN lijkt pragmatisch te definiëren en spreekt over ‘(mede) door de betrokkenen of hun organisaties zelf opgestelde en ook (mede) door hen zelf gehandhaafde niet-overheidsregels.’¹⁰ Heel ruim is de definitie die uitgaat van het negatieve: ‘selfregulation may be defined as not public governmental regulation’.¹¹ De (ook nog ruime) definitie van EIJLANDER houdt in: ‘aan maatschappelijke organisaties wordt een bepaalde verantwoordelijkheid overgedragen of opgedragen in het kader van de regelgeving zelf of de uitvoering, controle en handhaving van die regelgeving.’¹² HONDIUS definieert zelfregulering daarentegen eigenlijk vrij nauw als ‘a form of regulation by a profession, trade or industry which purports to set rules for the behaviour of its members.’¹³

VAN DRIEL kwam in 1989 tot deze definitie: ‘Niet-statelijke regels die al dan niet in samenwerking met anderen worden vastgesteld door degenen voor wie de regels bestemd zijn respectievelijk hun vertegenwoordigers, en waarbij het toezicht op de naleving mede door deze groepen wordt uitgeoefend.’¹⁴ Wat ik daarin te weinig expliciet terugvind, is dat ook de uitvoering en handhaving (ook in de fase na het handhavingstoezicht) op de maatschappelijke groepering zelf rust.¹⁵

MULDER/BAARSMA hanteren de volgende definitie: ‘Zelfregulering houdt in dat maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of

6 Vgl. Asser-Vranken 2005, nr. 86, op p. 95.

7 Zie ook Snyder 2003, p. 375 en p. 386 e.v. Voor de overheid gaat het bij elke vorm van (non)regulering in wezen om het stimuleren van het gedrag dat gewenst is, vgl. Scott 2006, p. 135, en over een het gebruik van zelfregulering door de overheid McHarg 2006, p. 91 e.v.

8 Vgl. Giesen/Vranken 2004, p. 222, en McHarg 2006, p. 77. Volgens Witteveen 1994, p. 106, ligt dat aan de hoeveelheid motieven die er achter het streven naar zelfregulering schuilgaan.

9 Zie nader Eijlander 1993, p. 181-182, en vgl. ook nog Giesen/Vranken 2004, p. 222-223.

10 Zie de noot van Vranken onder HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 319 (*Hulsman/Van der Graaf*), nr. 8. Vgl. ook Asser-Vranken 2005, nr. 87. In deze zin ook Edgeworth 2003, p. 81.

11 Page 1986, p. 144.

12 Eijlander 1993, p. 181 en p. 229; Zie ook Eijlander 1993a, p. 129, en Eijlander/Van Gestel et al 2000, p. 73. Vgl. ook Horrevorts/Van Esch 2003, p. 35.

13 Hondius 2006, p. 241.

14 Van Driel 1989, p. 2. Zie ook Van Gestel 2000, p. 22.

15 Dat is ook (bewust) het geval bij de omschrijving van Weterings 2004, p. 132-133; Van Bijnen 2005, p. 78, en bij Stamhuis 2006, p. 37, die aansluiting zoekt bij het concept van de semi-autonome sociale velden.

uitvoeren en/of handhaven van regels, indien nodig binnen een wettelijke kader.¹⁶ Vervolgens onderscheiden zij vrije zelfregulering (zonder dat de overheid stuurt) en geconditioneerde zelfregulering (waarbij de overheid vastlegt dat een bepaalde branche zelf regels dient op te stellen).¹⁷ GEELHOED ziet zelfregulering 'als een vorm van bindende normstelling door een representatief kader uit de groep van belanghebbenden.'¹⁸ Heel compact is de omschrijving van zelfregulering als 'groepsgewijze zelforganisatie'.¹⁹ LACLÉ/MEUWESE komen in een recente studie tot deze insteek dat er sprake is van zelfregulering wanneer 'an issue of public interest is addressed by standard-setting monitoring and/or enforcement carried out by private bodies vis-à-vis their members or affiliates who voluntarily subject themselves to this regulation'.²⁰

De Europese wetgever ziet zelfregulering als 'the possibility for economic operators, the social partners, non-governmental organisations or associations to adopt amongst themselves and for themselves common guidelines at European level (particularly codes of practice or sectoral agreements)'.²¹

Vanuit rechtseconomische hoek wordt een vrij nauwe definitie gebruikt. OGUS²² spreekt over 'law formulated by private agencies to govern professional trading activities' waarbij dan vooral het toepassingsbereik van zelfregulering (mijns inziens onnodig) ingeperkt blijft. Vanuit de politicologie wordt een ruimer terrein bestreken. Zelfregulering is 'an arrangement, involving formal or informal procedures, rules and norms, that is widely recognised as having the purpose of constraining the conduct of a set of private actors, where the procedures, rules and norms are shaped to a significant degree by some or all of these actors'.²³

Geen van de mij bekende definities voor alternatieve regelgeving of zelfregulering is algemeen geaccepteerd, mede omdat de invulling van wat zelfregulering is, afhangt van het land waarover gesproken wordt (en de wetgevingstraditie in dat land).²⁴ Verder valt op dat er ook stevig gediscussieerd wordt over de vele definities die, als gezegd, in omloop zijn. Ik vraag mij af – retorisch – of de discussie wel daarover zou moeten gaan. Maar dat laat onverlet dat zo duidelijk mogelijk moet zijn welk begrip gehanteerd wordt en dus is definiëring zeker niet overbodig. Wat wel beklijft van de retorische twijfel, is dat het wellicht handig(er) is om (ook) alvast enige kenmerken te benoemen van het te hanteren begrip.

16 Mulder/Baarsma 2006, p. 152. Zie ook Baarsma e.a. 2003, p. 13, en Dijkhoff e.a. 2006, p. 11.

17 Mulder/Baarsma 2006, p. 152.

18 Geelhoed 1993, p. 49. Daarbij aanhakend komt Peters 1994, p. 138-140, vervolgens tot een zeer nauwe, m.i. te nauwe omschrijving van zelfregulering.

19 Van Schooten-van der Meer 1997, p. 12. Aantekening verdient wel dat daaraan voorafgaat een ruimere omschrijving als 'regels die in het intermenselijk verkeer het handelen bepalen' en die 'strekken tot groepsgewijze zelfordening en zelfsturing'.

20 LACLÉ/Meuwese 2006, par. I.

21 'Interinstitutioneel Akkoord – Beter Wetgeven' van de Europese raad, de commissie en het Europees parlement, *PbEU* 2003/C 321, p. 3, nr. 22. Toegevoegd wordt meteen dat dit soort initiatieven niet met zich brengen dat de Europese instituties eraan gebonden zijn (nr. 23).

22 Ogus 2000, p. 587. Zo ook Philipsen 2003, p. 35.

23 Porter/Ronit 2006, p. 43.

24 Wagemans 2002, p. 62. Vgl. ook Prosser 2006, p. 248, voor Engeland.

2.2.2. Kenmerken van alternatieve regelgeving

Wezenlijk is ten eerste dat alternatieve regelgeving of zelfregulering steeds tegenover overheidsregulering wordt geplaatst, en dat dan ook nog eens bij wijze van tegenstelling.²⁵ In de woorden van BLACK: 'Whatever self-regulation is, it is not state regulation.'²⁶ Deze tegenstelling krijgt dan ook nog eens extra cachet doordat er diverse tussenvormen tussen overheids- en zelfregulering genoemd worden als typen van zelfregulering (zie par. 2.3).²⁷

Kenmerkend is in het verlengde hiervan dat zelfregulering veelal gepaard gaat met of voortspuit uit de wens of noodzaak of feitelijkheid van een terugtrekkende overheid.²⁸ Maar dat heeft dan wel tot gevolg dat er een soort 'watchdog' nodig is die in de gaten houdt hoe een en ander loopt (zodat de overheid alsnog betrokken moet zijn, maar dan als toezichthouder). Deze paradox zien we steeds terug bij zelfregulering, hetgeen wellicht mede een verklaring betekent voor de enorme groei van het aantal toezichthouders.

De zonet genoemde wens tot reductie van overheidsbemoeienis kan politiek en/of cultureel bepaald zijn. In het onderwijs mag de overheid zich niet al te zeer bemoeien met het veld in verband met de vrijheid van onderwijs (art. 23 Gw), en in perszaken is dat ook zo in verband met de eisen van art. 7 Gw en art. 10 EVRM, de persvrijheid. Waar pluralisme nodig is, zoals in de pers en in het onderwijs, daar is de overheid liever niet al te prominent als regelgever aanwezig.²⁹

Ten tweede gaat het steeds om 'privaatrechtelijke' verschijnselen zodat ook het onderscheid publiek/privaatrecht een rol schijnt te spelen.³⁰ Ik vraag me dat overigens af, omdat vormen van zelfregulering juist ook publiekrechtelijke themata en vraagstukken (kunnen) afdekken en van overheidsregelgeving kunnen vrijwaren (negotiated decision-making; convenanten, etc).³¹ Dat alles laat echter onverlet, en daar gaat het mij nu om, dat er naast de traditionele 'publieke

25 Van Driel 1989, p. 12; Peters 1994, p. 138; Polak 1986, p. 217; Dresden 2004, p. 14; Strömholm 1971, p. 274. Cane 1987, p. 324, geeft terecht aan dat er eigenlijk geen tegenstelling is omdat zelfregulering een alternatief voor overheidsregulering is zodat de overheid nog steeds een belang heeft bij die vorm van regulering. Regulering van activiteiten die geen publiek belang dienen, noemt hij 'non-regulation'. Vgl. ook Porter/Ronit 2006, p. 67: 'self-regulation has become an important part of public policy', en vgl. Van Gestel 2000, p. 136 (wetgeving en zelfregulering zijn geen tegenpolen).

26 Black 2001, p. 113. Zie over dit en de hierna genoemde kenmerken van zelfregulering ook p. 116-118 (collective, voluntary, lack of government involvement, soft law).

27 Lindahl 2006, p. 40, verwijzend naar Van Driel 1989, p. 2, en Geelhoed 1993, p. 49. Frappant is daarbij overigens dat bepaalde vormen van zelfregulering om goed te kunnen functioneren, meer en meer op overheidsregulering gaan (en moeten gaan) lijken, vgl. De Vroom 1989, p. 272 en 273. Vgl. ook par. 6.

28 Kritisch te dien aanzien Van Erp/Verberk 2004, p. 220 e.v., die claimen dat de overheid wel betrokken moet zijn (bij certificering). Actief burgerschap, waartoe ik zelfregulering reken, en een terugtrekkende overheid blijken niet per se bij elkaar te passen, aldus Hurenkamp e.a., *de Volkskrant* 28 oktober 2006, het Betoog, p. 1.

29 Vgl. Schwarcz 2002, p. 320-321.

30 Lindahl 2006, p. 40. Zie ook Scott 2006, p. 134-135; McHarg 2006, p. 97 e.v.; Mörth 2004a, p. 196, en (de tegenstelling ontkrachtend) Freeman 2000.

31 Lindahl 2006, p. 40, noemt dat de privatisering van het publiekrecht. Het publieke en private domein lopen door elkaar, aldus Walker 2006, p. 349.

wetgever' (enkelvoud³²) nu ook 'private wetgevers' (meervoud) zijn komen te staan die private verhoudingen door algemene regels reguleren en niet langer enkel en alleen door onderlinge afspraken of overeenkomsten.³³

Wezenlijk is verder dat het bij zelfregulering om een vorm van collectiviteit gaat.³⁴ Dat komt bijvoorbeeld naar voren bij BLACK. De essentie van zelfregulering is volgens haar het proces van 'collective government':

'Self-regulation describes the situation of a group of persons or bodies, acting together, performing a regulatory function in respect of themselves and others who accept their authority.'³⁵

Uiteraard heeft dit uitgangspunt consequenties. Het contract (of andere afspraken) tussen twee personen is géén zelfregulering in de hier besproken zin, hoewel het sluiten van een contract op zichzelf best als een wijze van zelfregulering gezien zou kunnen worden.³⁶ Dat contract vervangt immers het regelend recht van het BW. Zo ver wil ik hier echter niet gaan,³⁷ want dan is het concept zelfregulering eindeloos breed en dus betekenisloos geworden.³⁸ Bovendien is er in zo'n geval geen sprake van de algemeenheid die regulering, en daar gaat het ook bij zelfregulering om, kenmerkt. Een regel die slechts op een individueel geval gericht is, is geen werkelijke 'regel'.³⁹ Men zou dit laatste ook zo kunnen omschrijven dat alternatieve regelgeving ziet op regels die een bepaalde relatie voor een onafgebakende periode reguleren, zodat individuele contracten (*ad hoc* als ze zijn) er niet onder vallen.⁴⁰

32 Als we afzien van een hiërarchie van wetgevers op internationaal niveau.

33 Asser-Vranken 2005, nr. 78, p. 87, noemt dit de privatisering van het privaatrecht.

34 Page 1986, p. 144, wijst daar indringend op. Zie ook Stamhuis 2006, p. 37, en Scott 2006, p. 132.

35 Black 1996, p. 27. Zij onderscheidt dit van 'individualized regulation', zoals regulering voor een enkel bedrijf.

36 Dat betekent dat de forumkeuze of rechtskeuze in het ipr (incl. de keuze voor toepasselijkheid van bijv. het Weens Koopverdrag) buiten het bereik van zelfregulering zoals hier begrepen valt, hoewel de partijen daarmee eveneens zelf bepalen hoe hun relatie verder afgewikkeld of geregeld wordt. Men komt dan uiteindelijk immers toch terecht bij het recht van een 'gewone' wetgever. Ook het ouderschapsplan zoals dat voorzien wordt voor toekomstige echtscheidingen (*Kamerstukken II 2004/05*, 30 145) zie ik als een afspraak tussen twee partijen en dus niet als alternatieve regelgeving, hoewel er een direct rechtsgevolg aan verbonden is (ontvankelijkheid, vgl. het nieuwe art. 815 lid 2 Ontwerp Rv).

37 Ware 1999 spreekt in deze gevallen over 'privatizing law', hetgeen licht verwarring kan wekken.

38 Van Beukering-Rosmuller 2006, p. 40, lijkt zich enkel op contractspartijen te richten in haar definitie van zelfregulering. Omdat ik juist het onderscheid tussen 'zelfregulering' en 'contract' nastreef, is deze definitie hier niet bruikbaar. Haar bijdrage handelt verder ook over regulier contractenrecht.

39 Van Schooten-van der Meer 1997, p. 17. Vgl. ook Ogun 2000, p. 588, die spreekt over 'collective restraint, other than that following directly from government' (mijn curs., *IG*).

40 Ik ontleen dit aan Strömholm 1971, p. 223. Collins 1999, p. 63-64, gaat juist uit van een begrip 'self-regulation' dat het opstellen van contractuele bedingen in een overeenkomst tussen twee specifieke partijen wel omvat. Het aanvullende recht is dan een model voor hoe die zelfregulering eruit kan zien. Hij geeft daarbij echter ook aan dat deze omschrijving niet helemaal correspondeert met wat gewoonlijk onder zelfregulering verstaan wordt, waarbij het collectieve element benadrukt wordt.

Uiteraard komen de grenzen van zelfregulering in troebel water als we de stap zetten van een tweepartijovereenkomst naar de meerpartijovereenkomst. Dan komt immers al snel een collectiviteit in beeld en rijst de vraag of zo'n meerpartijovereenkomst als zelfregulering kan gelden. Die overeenkomst blijft mijns inziens echter een 'gewone' overeenkomst als het niet het oogmerk of de bedoeling ervan is om werkelijk te 'reguleren'.⁴¹ Bij zelfregulering staat immers voorop dat de deelnemers bepaalde regels of (gedrags)normen willen vastleggen en dat ze een regeling willen die algemeen is en voor herhaald gebruik geschikt is. Een meerpartijovereenkomst als zodanig is dat niet van zichzelf, die behelst in beginsel slechts een contractuele regeling voor een bepaalde situatie voor meerdere partijen tezamen, zonder dat daarmee dé regels voor de toekomst en ook voor anderen dan de contractspartijen als deelnemers zijn gegeven.

Naast het voorgaande is voor zelfregulering, ten vierde, nog wezenlijk dat degene die reguleert, ook (zelf) gereguleerd wordt. Zelfregulering heeft de coöperatie nodig van zij die gereguleerd worden. De termen alternatieve regelgeving en zelfregulering zullen verder dan ook gebruikt worden voor iemand (een persoon of organisatie) die of zichzelf (en zijn eigen achterban) reguleert of voor iemand die mede anderen reguleert of kan reguleren. Als iemand niet alleen zichzelf reguleert, maar ook anderen kan binden, dan doet die persoon naar mijn mening aan zelfregulering en binding als een private regelgever (waarbij ik dan de grondslag voor die binding nog even terzijde laat).⁴² Hij bindt dan immers ook en vooral zichzelf, en dat is hier wezenlijk, want zelfregulering betekent nu eenmaal 'dat degenen die regelgeving tot stand brengen dezelfde zijn als degenen die daaraan onderworpen zijn.'⁴³ Men spreekt in dit verband ook over 'responsive regulation' of over 'reflexive regulation' als tegengesteld aan 'command and control regulation'.⁴⁴ Alternatieve regelgeving dient daarmee dus als alternatief voor dergelijke vormen van 'command and control' regulering,⁴⁵ hetgeen ook hierin tot uitdrukking komt dat het steeds gaat om 'bottom-up lawmaking' en niet om 'top-down lawmaking'.⁴⁶

Bij bepaling van wat iets is, kan het tot slot ook behulpzaam zijn te bedenken wat datgene niet is. Het concept of idee van werken met open, globale normen – in het privaatrecht ook wel vage normen genoemd – dient te worden onderscheiden van zelfregulering. De nadere invulling van die open normen is dan wellicht aan de rechtsgenoten overgelaten, maar dat kan ook geschieden doordat de rechter dat in een voorkomend geval geheel zelfstandig doet.⁴⁷ Overigens kan het zijn dat de rechter daarbij dan gebruik maakt van regels, aanbevelingen, etc. die in de praktijk een rol spelen, zodat wellicht die achterliggende regels als zelfregulering te kwalificeren zijn. Maar de open norm als zodanig en het gebruik ervan, is dat dan nog steeds niet.

41 Page 1986, p. 145.

42 Zo ook Stamhuis 2006, p. 37. Anders Snyder 2003, p. 386-388 en p. 402 en p. 403, die juist niet meer van zelfregulering wil spreken als iemand ook anderen dan zichzelf binden kan. In dat geval spreekt hij dan weer van 'private lawmaking', hetgeen tot begripsverwarring aanleiding kan geven.

43 Zo Lindahl 2006, p. 41. Zie ook Scott 2006, p. 132.

44 Collins 1999, p. 65.

45 Laclé/Meuwese 2006, § I.

46 Snyder 2003, p. 436-437. Zelfregulering in deze zin markeert dan ook, in de woorden van Schepel 2005, p. 19, de overstap van 'government' naar 'governance' omdat in het laatste geval het onderscheid tussen wie regeert en geregeerd wordt, komt te vervallen.

47 Eijlander/Voermans 1999, p. 74; Eijlander 1994, p. 103.

Ook het gebruik van convenanten is mijns inziens niet te kwalificeren als zelfregulering.⁴⁸ Het betreft hier immers een afspraak of samenstel van afspraken tussen de overheid en één of meer wederpartijen die betrekking heeft op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden of die anderszins is gericht op de verwerkelijking van overheidsbeleid. Het beleidsmatige karakter maakt dat er hier geen sprake is van een gewone privaatrechtelijke, maar dan (toevallig) door de overheid gesloten overeenkomst. De inhoud van een convenant hoeft ook niet op het tot stand brengen van zelfregulering gericht te zijn. In zo'n geval is er dus enkel sprake van een overeenkomst met de overheid en dat kwalificeert op zichzelf niet als zelfregulering, zoals ook uit mijn voorgaande afbakening blijkt.

Opmerking verdient tot slot nog dat de mate van effectiviteit (van handhaving) in elk geval *geen kenmerkend* verschil tussen wetgeving en zelfregulering is, want beide vormen kunnen in potentie even (in)effectief zijn.⁴⁹ Wat wel verschilt, is de manier waarop een eventuele sanctie in laatste instantie opgelegd kan worden, simpelweg omdat het geweldsmonopolie uiteindelijk bij de overheid ligt.⁵⁰ Het strafrechtelijke sanctiearsenaal kan dus niet benut worden in of via een systeem van zelfregulering.⁵¹ Het sanctiearsenaal voor de overheid lijkt derhalve groter.⁵²

2.2.3. Keuze voor ruimte

Gegeven deze uitgangspunten en mijn doelstelling (inventariseren welke binding en welke rechtsgevolgen mogelijk verbonden zijn aan vormen van alternatieve regelgeving in de context van het privaatrecht), lijkt het zinvol een ruime definitie te hanteren, namelijk deze:

Alternatieve regelgeving houdt in dat maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van de regels, indien nodig binnen een wettelijk of rechterlijk kader.⁵³

Belangrijk is dat alternatieve regelgeving (of zelfregulering, indien die term als synoniem wordt benut) niet enkel om het opstellen van regels gaat, maar dat ook de uitvoering en/of handhaving van de regeling eronder valt,⁵⁴ bijvoorbeeld omdat het handig kan zijn de sancties af te stemmen op de aard van de onderliggende regeling.⁵⁵ Bovendien sluit een definitie van alternatieve regelgeving die

48 Zie Eijlander 1994, p. 103; Eijlander/Voermans 1999, p. 77. Anders echter Baarsma e.a. 2003, p. 52. Vgl. verder nog Dresden 2004, p. 24 e.v.

49 Vgl. Ahrne/Brunsson 2004, p. 187, die aangegeven dat vooral op de langere termijn 'soft regulation' veel 'compliance' kan verwachten. Zie hierover ook Latin 1985; Van Driel 1989, p. 128-129, en vgl. Mörth 2004a, p. 196. Marcussen 2004, p. 124-125, laat zien dat waar de OECD de effectiviteit van zijn 'soft law' moet aantonen, tegelijk de EU op 'soft law' gaat bouwen om effectiever te zijn.

50 Zie Moore 1973, opgenomen in Griffiths/Weyers 2005, p. 194; en McHarg 2006, p. 84.

51 Zie ICC 1984, p. 13.

52 Mulder/Baarsma 2006, p. 155. Vgl. ook de nuancering (een boete of verwijdering, etc. kunnen ook serieus aankomen) bij McHarg 2006, p. 85.

53 De definitie leunt sterk op Baarsma e.a. 2003, p. 13, en Mulder/Baarsma 2006, p. 152, en sluit nauw aan bij de definitie van Eijlander 1993, p. 181. Het 'wettelijk' kader heb ik verbreed om ook de eventuele inbreng van de kant van de rechter expliciet mee te kunnen nemen.

54 Handhaven hoort bij de definitie want dat is een logisch complement van het begrip, zie Eijlander 1994, p. 94. Vgl. ook Wagemans 2002, p. 62, en Dresden 2004, p. 14 en 18. E.e.a. betekent dat een zelfreguleringsstelsel een 'self-contained' systeem is, vgl. Black 1997, p. 36.

55 Vgl. Schut 1972, p. 362.

ook handhaving omvat, goed aan bij de min of meer gangbare omschrijving van 'regulering' (normen stellen, nakoming monitoren en afdwingen).⁵⁶

Daarmee is ook (nogmaals) aangegeven dat zelfregulering, alternatieve regulering, en regulering als zodanig wat mij betreft nauw verwant en verbonden zijn. Ze lopen vloeiend in elkaar, of in non-regulering, over. Te dien aanzien verdient nog expliciet opmerking dat er hier voor gekozen is om alternatieve regelgeving breder te zien dan 'alternatieve regulering' in de betekenis zoals daaraan is gegeven door WITTEVEEN. Voor het privaatrecht is het mijns inziens noodzaak zoveel mogelijk vormen van alternatieve regelgeving mee te kunnen nemen in de analyse, ook als die vormen volgens de norm van WITTEVEEN als non-regulering of als zelfregulering zouden gelden.⁵⁷ *Alternatieve regelgeving* omvat hierna dus alternatieve regulering, zelfregulering en non-regulering.

2.3. Enkele mogelijke vormen van alternatieve regelgeving

Keer op keer wordt benadrukt in de literatuur dat zelfregulering geen vastomlijnd begrip is in die zin dat er diverse vormen van bestaan, vormen die onderling enorm kunnen verschillen.⁵⁸ De verschillen hangen vervolgens meestal samen met de mate van overheidsbemoeyenis bij de zelfregulering. Het gaat dan om bemoeyenis in de zin van overheidsparticipatie of overheidsverboden of -geboden in relatie tot de te regelen materie.⁵⁹

In 1989 heeft VAN DRIEL onderscheid gemaakt tussen zelfregulering zonder wettelijk kader en mét wettelijk kader. De eerste categorie omvat dan de gevallen van zelfregulering die autonoom en geheel vrijwillig ontstaan en de gevallen waarin er sprake is van (enige) druk van de overheid. De tweede categorie ziet op die gevallen waarin er sprake is van zelfregulering die dient ter opvulling van ruimte die de wetgever heeft gelaten, of van opvulling van een lacune in de wet, dan wel van zelfregulering ter uitvoering van een opdracht.⁶⁰ Verder op spreekt VAN DRIEL ook nog over tweezijdige zelfregulering, doelend op die vormen van zelfregulering waarbij er overleg plaatsvond tussen (representanten van) het bedrijfsleven en de consumenten.⁶¹ Ik kom daar zo op terug.

EIJLANDER en VOERMANS onderscheiden drie typen van zelfregulering: naast zuivere zelfregulering, staat vervangende zelfregulering (zonder verplichting, maar op aandrang van de wetgever tot stand gekomen) en (wettelijk) geconditioneerde zelfregulering. Wettelijk geconditioneerde zelfregulering heeft als kenmerken dat de wetgever de randvoorwaarden stelt en niet meer, dat er veel vrijheid is voor de maatschappelijke organisatie en de burgers bij de invulling

56 Parker e.a. 2004, p. 1. Vgl. ook Black 2004, p. 34. Over 'regulation' en 'regulatory theory' is te veel geschreven om daar nu nader op in te gaan.

57 Zie Witteveen 2007.

58 Zie vooral het overzicht bij Black 2001, p. 119-121, en bij Scott 2006, p. 135-138.

59 Vgl. Ogus 1995, p. 99-100.

60 Van Driel 1989, p. 2-3.

61 Van Driel 1989, p. 13.

van het wettelijke kader, en dat de overheid een voorname plaats heeft bij de controle op het resultaat.⁶²

WAGEMANS⁶³ onderscheidt vier typen zelfregulering: puur; associatief; wettelijk geconditioneerd en co-regulering. GEELHOED⁶⁴ onderzoekt vrije of zuivere zelfregulering, vervangende zelfregulering, geconditioneerde zelfregulering en convenanten. CAFAGGI⁶⁵ ziet binnen private regelgeving een tweedeling tussen vormen van zelfregulering waarbij regelgeleiders en gereguleerden samenvallen, en de zogenaamde participerende private regelgeving waarbij dat niet zo is en er ook 'beneficiaries' (derdebelanghebbenden, zij die profiteren van de regulering voor de gereguleerden) zijn.

Ook BLACK bespreekt de verhouding van zelfregulering tot de staat (en de rol van de wetgever). In dat verband noemt zij vier vormen of typen van zelfregulering: gemandateerde ('mandated'), gesanctioneerde ('sanctioned'), afdgedwongen ('coerced') en vrijwillige ('voluntary') zelfregulering. Het gaat dan om gevallen a) waarin een groep verplicht of aangewezen is door de overheid om normen te ontwikkelen binnen een door de overheid gegeven kader, b) de normen aan goedkeuring door de overheid onderworpen zijn, c) de normen ontwikkeld worden in antwoord op dreigementen van de overheid om anders zelf met regulering te komen, en d) de normen die geheel op vrijwillige basis, zonder overheidsbemoeienis tot stand worden gebracht.⁶⁶ Daarnaast zou er ook nog onderscheiden kunnen worden naar participanten (groepsleden of ook anderen), structuur (agentschappen of een soort kartel), en type, aard en soort van regels.⁶⁷

Verder is ook een onderscheid tussen eenzijdig of tweezijdig dan wel meerzijdig tot stand gekomen zelfregulering mogelijk.⁶⁸ Bij eenzijdige zelfregulering is een deel van de betrokkenen die door de zelfreguleerder gebonden worden aan de zelfregulering niet betrokken geweest bij het opstellen van de regels. Rechtersregelingen worden bijvoorbeeld in beginsel door de rechters onderling, zonder overleg met anderen van buiten de beroepsgroep, opgesteld en benut. Bij tweezijdige zelfregulering is dat wel het geval. Dit onderscheid vinden we, met rechtsgevolgen, terug in de regeling van algemene voorwaarden. In die regeling is in art. 6:240 BW opgenomen dat bepaalde belangenorganisaties (zie lid 3) kunnen vorderen dat bedingen in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend verklaard worden (lid 1). Die mogelijkheid is er echter niet indien de betrokken rechtspersoon met het gebruik in algemene voorwaarden heeft ingestemd. Dat betekent dus dat een dergelijke vordering bij tweezijdig tot stand gekomen algemene voorwaarden niet mogelijk is.

62 Zie Eijlander 1993, p. 230; Eijlander 1993a, p. 136; Eijlander 1994, p. 101 en p. 104; Eijlander/Voermans 1999, p. 71-74. In NCC 2000, p. 6 e.v., worden daarentegen bijv. acht typen van zelfregulering onderscheiden.

63 Wagemans 2002, p. 63.

64 Geelhoed 1993, p. 49-50.

65 Cafaggi 2006, p. 18-19.

66 Black 1996, p. 27. Zie ook Black 2001, p. 118.

67 Black 1996, p. 27-28. Later voegt ze nog 'stakeholder' zelfregulering, geverifieerde zelfregulering ('verified') en geaccrediteerde zelfregulering ('accredited') toe, zie Black 2001, p. 119.

68 Zie bijv. Timmerman 1997, p. 69.

In het gezondheidsrecht worden, analoog hieraan, interne en externe zelfregulering onderscheiden. Intern is zelfregulering als de regels eenzijdig opgesteld zijn, zoals professionele codes. Extern zijn die vormen van zelfregulering die overeengekomen zijn tussen organisaties van patiënten en artsen. Die laatste vorm dient aan een aantal voorwaarden te voldoen: de regeling dient bindend te zijn, ingesteld te zijn met het oog op het algemeen belang en niet het groepsbelang, openbaar te zijn en voor controle toegankelijk te zijn.⁶⁹ De interne zelfregulering kan overigens externe werking krijgen als deze normen gevolgd worden in de rechtspraak (par. 3.3).⁷⁰

Een andere tweedeling, die niet met de vorige vergelijkbaar is, betreft het onderscheid tussen impliciete en expliciete zelfregulering.⁷¹ Zelfregulering die zich vormt als impliciete regels die spontaan ontstaan uit interactief handelen, wordt daarbij afgezet tegen de zelfregulering die voorkomt uit expliciet gestelde, geschreven dan wel ongeschreven regels die de groep produceert ten behoeve van haar 'zelforganisatie'.

Omdat ik niet al te zeer verzeild wil raken in de ook veel breder te voeren discussie over de mogelijkheden die er bestaan qua vormen van zelfregulering, volsta ik hier verder met een weergave van een tabel waarin een aantal mogelijke vormen van zelfregulering is opgenomen:⁷²

<p><i>'Techniekgerichte instrumenten'</i> Normalisatie NTA Regulering door techniek</p>	<p><i>'Contractuele instrumenten'</i> Overleg over algemene voorwaarden Standaardregeling</p>
<p><i>'Gedraggerichte instrumenten'</i> Gedragscode Herenakkoord Reclamecode Convenant Protocol Kartel</p>	<p><i>'Geschilbeslechtende instrumenten'</i> Arbitrage Bindend advies Mediation Ombudsman Tuchtrecht</p>
<p><i>'Informerende instrumenten'</i> Keurmerk Certificatie Erkenningsregeling ketengarantiestelsel Visitatie</p>	<p>PBO's</p>

Bron: Baarsma e.a. 2003

69 Leenen/Gevers 2000 p. 181-182, en Leenen/Gevers/Biesart 2002, p. 15.

70 Leenen/Gevers/Biesart 2002, p. 15 en 17.

71 Van Schooten-van der Meer 1997, p. 12-13

72 Wat mij betreft, zie par. 2.2. hiervoor, zijn niet alle in de tabel genoemde instrumenten te beschouwen als een vorm van zelfregulering, maar ik heb ervoor gekozen de tabel in zijn geheel over te nemen.

2.4. Enkele voorbeelden van alternatieve regelgeving in het privaatrecht

Alternatieve regelgeving lijkt vooralsnog vooral verbonden te zijn aan, en wordt veelal in eerste instantie geassocieerd met, reclame en met (tuchtrechtelijke) normen voor beroepsbeoefenaren. Het scala is echter veel ruimer. De vraag rijst dus: wat is er momenteel zoal beschikbaar aan (soorten of vormen van) alternatieve regelgeving binnen het Nederlandse⁷³ privaatrecht?⁷⁴ Die vraag stellen staat echter bijna gelijk aan wetenschappelijke zelfmoord voor iemand met de neiging om volledig te willen zijn. Er bestaan te veel voorbeelden om zelfs maar te kunnen proberen volledigheid na te streven.⁷⁵ Ik zal die valkuil dan ook omzeilen en hierna alleen enkele aansprekende voorbeelden noemen en vervolgens (in par. 2.5) twee voorbeelden iets uitvoeriger beschrijven.⁷⁶

Die uitvoeriger omschrijvingen volgen hierna, na een (nog steeds beperkte) opsomming van wat er zoal beschreven had kunnen worden. Ik probeer daarbij de structuur van het BW te volgen, en stap dan over naar aanpalende wetgeving.

Startend bij Boek 1 BW en dus bij het personen- en familierecht, noem ik allereerst de bekende, recent aangepaste en in de praktijk veel gebruikte alimentatienormen, de richtlijnen neergelegd in het Rapport Alimentatienormen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR).

Daarnaast zijn er, voor de procesrechtelijke kant van de (familie)zaak, de diverse procesreglementen voor het procederen in familiezaken. Verder is er discussie over de vraag of familierechtelijke overeenkomsten, en daarmee in deze context iets dat zelfregulering genoemd zou kunnen worden, een belangrijker plek zou moeten krijgen.⁷⁷ Ik teken daarbij aan dat het gebruik van een overeenkomst of het overeenkomstenrecht om zaken te reguleren, op zich onvoldoende is wat mij betreft om van zelfregulering te mogen spreken.⁷⁸

Uit het ondernemingsrecht is de Code Tabaksblat natuurlijk meer dan vermeldenswaard,⁷⁹ hetgeen overigens niet betekent dat deze niet zeer kritisch beje-

73 In het buitenland zijn ook legio voorbeelden te vinden. Ik noem hier slechts de 'Restatements' van het ALI en de 'uniform laws', zoals de 'Uniform Commercial Code' (UCC) van de NCCUSL in de Verenigde Staten van Amerika (VS), waarover bijv. Schwartz/Scott 1995 en Snyder 2003.

74 Zie verder nog de uitvoerige inventarisatie bij Baarsma e.a. 2003 van 22 instrumenten.

75 T.a.v. al die voorbeelden geldt vervolgens – en dat is niet onbelangrijk – dat de keuze om een specifiek geval wel of niet als een vorm van alternatieve regelgeving te zien, per beoordelaar anders kan uitvallen en steeds betwist kan worden. Ik hoop die discussie te mogen omzeilen. De besproken voorbeelden zijn bedoeld om een algemeen beeld te schetsen van wat er zoals is/zou kunnen zijn aan alternatieve regelgeving en om een algemeen beeld te geven van mijn eigen opvatting daarover.

76 De twee voorbeelden die ik in par. 2.5 behandel, zijn gekozen omdat het twee inmiddels redelijk bekende kwesties betreft ten aanzien waarvan er inmiddels ook enig materiaal (literatuur en/of rechtspraak) voorhanden is, zodat daarop voortgebouwd kon worden in de par. 3 en par. 4, terwijl het bovendien een materieelrechtelijk en een procesrechtelijk geval betreft zodat er ook van enige spreiding sprake is.

77 Eijlander/Van Gestel et al 2000, p. 80-81, met verdere verwijzingen (echtscheiding bij conventant, in welke vorm dan ook).

78 Zie par. 2.2.

79 Recentelijk uitvoerig daarover Stamhuis 2006, p. 125 e.v.

gend wordt, zowel qua inhoud als qua instrument van zelfregulering (die status wordt bestreden).⁸⁰ Maar ook daarbuiten wordt nagedacht over nieuwe vormen van regulering in het ondernemingsrecht.⁸¹

In het effectenrecht speelt heden ten dage overheidsregelgeving (weer) een overheersende rol,⁸² maar dat laat onverlaat dat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) ook tot regelgeving komt na consultatie van de markt.⁸³ Bovendien mag (de Klachtencommissie van) het Dutch Securities Institute (als geschilbeslechter voor de branche) niet onbenoemd blijven.⁸⁴ Verder was de handel en wandel van de effectenbeurs via vroeger de AEX en nu Euronext (en haar toelatingsovereenkomst) mede gebouwd op zelfregulering,⁸⁵ maar ook dat is minder geworden. De Wft neemt de zaken over. Verder is nog vermeldenswaard de oude SER-Fusiegedragscode, hoewel (ook) deze inmiddels gedeeltelijk niet langer als zelfregulering geldt, maar 'gewoon' wet is geworden (in de Wte, Wft en het BW)⁸⁶ en voor het overige vernoemd is (SER-besluit Fusiegedragsregels 2000).⁸⁷

Uit Boek 3 BW kan met enige goede wil de regeling van art. 3:168 BW inzake de gemeenschap genoemd worden.⁸⁸ De deelgenoten in een gemeenschap regelen zelf bij overeenkomst het genot, gebruik en beheer van de gemeenschappelijke goederen. Die regeling zou als zelfregulering bestempeld kunnen worden, maar dan is het verschil met een gewone overeenkomst (die ik niet onder het hier gehanteerde begrip zelfregulering zou willen scharen, zie par. 2.2), mijns inziens te gering geworden.

Waar het gaat om de stille verpanding van (toekomstige) vorderingen wordt, als bekend, met pandlijsten (een lijst van vorderingen die onder het pandrecht vallen) gewerkt. Deze manier van doen zou als een verdere invulling van de wet (art. 3:239 BW) gezien kunnen worden, een invulling die vervolgens door de rechtspraak geaccordeerd is. Omdat de lijsten eenzijdig door de bank als contractuele wederpartij gemaakt worden, en dan enkel voor de desbetreffende klant gelden, kan van regelgeving (in de zin van algemeen toepasbare normen) echter geen sprake zijn.

- 80 Zie bijv. Raaijmakers 2004, m.n. p. 121-122, die deze code niet als een vorm van zelfregulering beschouwt omdat deze niet ontworpen is door een daartoe toegeruste maatschappelijke organisatie. Zo ook Stamhuis 2006, p. 154-155 (men reguleerde niet zichzelf, maar anderen). Ook in België heeft men een code, zie <<http://www.corporategovernancecommittee.be/nl/home/>>. Vgl. verder Wymeersch 2005 voor rechtsvergelijkende informatie.
- 81 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 752, 2, p. 18 e.v. Statuten van een rechtspersoon zijn als zodanig geen alternatieve regelgeving. Een andere opvatting zou die notie, net zoals ik verdedig t.a.v. de overeenkomst (par. 2.2), te ver oprekken.
- 82 Zie Laclé/Meuwese 2006, Case study II.2, die ook op de nog bestaande zelfregulering wijzen. In Engeland werd begin jaren '80 zelfregulering binnen de sector cruciaal geacht, maar nam de animo ervoor vervolgens halverwege de jaren '80 af, zie Black 1997, p. 55 e.v., en Prosser 2006, p. 252.
- 83 In de Wet op het financieel toezicht (Wft; *Stb.* 2006, 475) is een regeling opgenomen waarin een wijze van zelfregulering is vastgelegd die het melden waard is. Art. 1:28 Wft regelt dat wanneer de toezichthouder (DNB, AFM) regelgeving mag uitvaardigen, dat geschiedt na een consultatieronde van en met de marktpartijen. De minister mag eventueel ingrijpen als de regeling in strijd met hoger recht is (art. 1:29 Wft).
- 84 Vgl. De Haan 1999, p. 13, en Van Luyn/Du Perron 2004 (zie m.n. p. 301 e.v. over de procedure in klachtzaken).
- 85 Timmerman 1997, p. 71. Vgl. ook Rb. Amsterdam 26 januari 2005, *LJN*: AT39898 (Accent Aigu/AFM), r.o. 5, waarin beslist werd dat het toezicht op de naleving van het Fondsenreglement in eerste instantie op Euronext rustte.
- 86 Zie voor de stand van zaken *Kamerstukken II* 2005/06, 30 419, m.n. nr. 3, p. 2 (en inmiddels *Kamerstukken I* 2006/07, 30 419, B), en Raaijmakers 2004, p. 106-107. Uit Engeland noem ik het verwante Takeover Panel, beschreven door Cane 1987.
- 87 Besluit van 17 maart 2000 betrekking hebbend op de bescherming van de werknemers bij een fusie.
- 88 Ik denk dat De Haan 1999, p. 12 hierop doelt.

Art 3:305a bevordert zelfregulering doordat voorafgaand onderling overleg tussen partijen verplicht wordt gesteld om ontvankelijk te zijn bij de rechter. Datzelfde is geregeld in art. 6:240 lid 4 BW. Dat is echter onvoldoende om van zelfregulering als zodanig te mogen spreken, want met overleg zijn nog geen normen of regels opgesteld.

Eerder in aanmerking komt het modelreglement voor splitsing van appartementsrechten. Dit model betreft een invulling van het bij de akte van splitsing verplichte (art. 5:111 sub d BW) reglement van splitsing (waarover art. 5:112 BW). Het is opgesteld door een commissie van de (toen nog) Koninklijke Notariële Broederschap, voor het eerst in 1953. In 2006 werd het laatste reglement uitgebracht. In de praktijk wordt meestal van dit modelreglement (of een oudere variant ervan) gebruik gemaakt.⁸⁹

In het licht van de Boeken 3 én 6 BW memoreer ik de Gedragscode hypothecaire financieringen waaraan eigenlijk alle grote banken zich verbonden hebben. Een geschillencommissie wikkelt twistpunten over hypotheekverstrekking af.⁹⁰

Voor de gevallen van letselschade die via de onrechtmatige daad en het schadevergoedingsrecht afgewikkeld worden, noem ik hier niet al die vormen van alternatieve regelgeving die op dat terrein door het leven gaan onder de noemer 'normering van schadevergoeding'.⁹¹ Wel daarover kort nog dit. Deze tendens tot normering kent in hoofdlijnen twee varianten, namelijk materiële normering en procedurele normering. Tot de eerste variant reken ik bijvoorbeeld de regelingen van het Verbond van Verzekeraars inzake buitengerechtigde kosten, zowel voor gevallen van letsel (RBK-L 2001) als voor materiële schade, alsmede de (inmiddels 16e druk van de) *Smartengeldgids* van de ANWB.⁹² Hoewel deze Smartengeldgids in elk geval normerend werkt, is de vraag gerechtvaardigd of deze als een vorm van alternatieve regelgeving of zelfregulering door het leven kan gaan. Normering en alternatieve regelgeving lopen niet per se parallel. Ten aanzien van de Smartengeldgids hebben we van doen met een collectie van rechterlijke uitspraken, een particuliere 'codificatie' van wat eerder beslist is in vergelijkbare gevallen door andere rechters. Dat andere rechters en procespartijen die lijn vervolgens plegen te volgen, zeg niet zo veel omdat dat voor elke rechterlijke invulling van elke norm (het betreft hier de open norm van schadevergoeding naar billijkheid, art. 6:106 BW) geldt. Omdat de uitspraken niet door een of meer maatschappelijke groeperingen worden omgezet in abstracte regels (wat opgenomen is, zijn de uitspraken als zodanig) meen ik dat niet aan de eerder besproken definitie van zelfregulering voldaan is in dit geval. Langs deze lijn doordenkend, zou dan immers ook de *Nederlandse Jurisprudentie* een vorm van alternatieve regelgeving zijn en dat zal niemand willen betogen, vermoed ik.⁹³

Tot de inmiddels bekendere voorbeelden van procedurele normering op het terrein van het schadevergoedingsrecht behoort de Gedragscode Behandeling Let-

89 Zie Mertens 2006, nr. 13.

90 Zie <<http://www.geschillencommissie.nl/index.asp>>.

91 Zie uitvoerig Giesen 2004, de hierna volgende noten en bijv. de bijdragen van Tromp en Kremer in Hulsman e.a. 2006. Zie verder nog Giesen/Kamminga/Barendrecht 2001; Tzankova/Weterings 2003; Weterings 2004, m.n. p. 116 e.v., en Barendrecht c.s. 2004, p. 38 e.v. en p. 132 e.v.

92 Vergelijkbare gidsen worden gebruikt in Duitsland (Schmerzengeldtabelle), België (indicatieve tabel, zie De Temmerman/De Kezel 2002) en Engeland ('Guidelines for the Assessment of Personal Injuries', waarover Giesen 2001).

93 Ook de voorgestelde (maar tijdelijk in de wacht gezette) wettelijke regeling inzake de vergoeding van affectieschade (*Kamerstukken I 2005/06*, 28 781, E) is een voorbeeld van materiële normering, maar ook dat betreft geen voorbeeld van alternatieve regelgeving. De wetgever is hiervoor immers verantwoordelijk.

selschade die al in de opstartfase veel belangstelling en ook politieke steun kreeg, maar tevens kritisch bejegend is.⁹⁴ Deze code is erop gericht de afwikkeling van letselschadegevallen zo goed en snel mogelijk te laten verlopen.⁹⁵ Vergelijkbare initiatieven zijn eerder en elders al ingevoerd⁹⁶ of aanbevolen.⁹⁷

Ik noem ook het Instituut Asbestslachtoffers (IAS) opgericht door het Comité Asbestslachtoffers, FNV, CNV, MHP, VNO-NCW, MKB-Nederland, LTO-Nederland, Verbond Sectorwerkgevers Overheid en het Verbond van Verzekeraars, waarbij de overheid zich vervolgens aangesloten heeft.⁹⁸

Inzake (het verhaal van) buitengerechtelijke kosten (art. 6:96 lid 2 sub c BW) is de wetgever ook genegen om het zelfregulerend vermogen van de branche het werk te laten doen. De wetgever wil tarifiering zodat discussies per dossier, die immers kostbaar zijn, achterwege blijven. Dat geldt zelfs, binnen de grenzen der redelijkheid, als de tarieven eenzijdig, door een beroepsorganisatie worden opgesteld en gehanteerd.⁹⁹

De Stichting Reclame Code en de daaruit voortvloeiende Reclame Code Commissie is, aanhakend bij de normen die zijn neergelegd in art. 6:194 e.v. BW, een typisch voorbeeld van een zelfregulerende organisatie die al jaren meedraait en zeer bekend is.¹⁰⁰ De genoemde BW-bepalingen komen voort uit een tweetal Europese richtlijnen die zelfregulering expliciet toestaan.¹⁰¹

94 Barendrecht c.s. 2006. Kritisch zijn bijv. Dekker 2005; LSA 2004, p. 20. Zie verder nog de special van het *PIV Bulletin* van oktober 2005 met diverse (kritische) bijdragen over gedragscodes en normering. Veel positiever (over het proces van 'consensus building') zijn Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 6, en voor wat betreft de theorie Weterings 2004, p. 144 e.v., die ook nog de positie van de critici (veelal belangenbehartigers) in perspectief plaatst (p. 150).

95 Zie naast de code zelf <www.letselcode.nl> bijvoorbeeld ook het themanummer van *TVP* (TVP 2005/4) en Weterings 2004, m.n. p. 176 e.v.

96 Zie bijv. Bedrijfsregeling 15 van het Verbond van Verzekeraars, en vooral de NPP-richtlijn inzake een vlottere letselschaderegeling, waarover Renckens 2003, p. 181-182, en Giesen 2004, p. 150, en de recente NPP aanbevelingen Studievertraging en Zelfwerkzaamheid, zie NPP 2006. Ik noem verder nog de werkzaamheden van de IWMD, gevestigd aan de VU (zie <www.rechten.vu.nl/iwmd>), en van elders de 'pre-action protocols' in Engeland (waarover Tzankova/Weterings 2003, p. 9 e.v.) en de Personal Injuries Assessment Board Act 2003 uit Ierland (Oireachtas 28 december 2003, 2003, nr. 46) waardoor letselschadezaken niet meer door de gewone rechter maar door een panel worden afgedaan.

97 Zie ook het rapport van de Commissie-Borghouts 2004, m.n. p. 47-49, en Weterings 2004, p. 102.

98 Zie <www.asbestslachtoffers.nl/> en verder bijv. Kop 2004, en Van Boom 2005. De daaraan gelieerde regeling tegemoetkoming Asbestslachtoffers (TAS-regeling) is een vorm van overheidsregulering (die overigens goed werkt, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 25 834, nr. 36).

99 Zie de conclusie van Vranken voor HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 314 (*Drost/Koebbrugge*), die stelt dat er 'slechts bij uitzondering plaats [is] voor afwijking naar beneden door de rechter. Bij gebruikelijk gehanteerde tarieven is de redelijkheidstoets van de rechter beperkt tot het tegengaan van wat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat is wat algemeen in de genoemde literatuur wordt betoogd voor overeengekomen buitengerechtelijke kosten. Ik zou, gegeven de ook door de wetgever onderstreepte behoefte aan tarifiering bij wege van zelfregulering, hetzelfde willen aanvaarden voor niet-overeengekomen, maar door de eigen beroepsorganisatie opgestelde tarieven'.

100 Meer informatie o.a. bij Verkade 1993; Mentink 2006, p. 159 e.v., en Laclé/Meuwese 2006, II.4.4. Voor de situatie in Engeland, zie BRTF 2000, p. 9 e.v., en vgl. Prosser 2006, p. 267.

101 Zie bijv. art. 5 Richtlijn 84/450/EEG, waarover Verkade 1993, p. 18. In de overige lidstaten van de EU en daarbuiten treffen we vergelijkbare zelfreguleringsinitiatieven aan, zoals de 'Werberat' in Duitsland, zie Ruess 2003, p. 215-216.

Door de introductie van een nieuw Europees regiem op het vlak van 'unfair trade practices' (hetgeen een regeling oplevert die verder reikt dan misleidende reclame, en ongeoorloofde mededinging in breder verband beziet, hoewel slechts voor consumententransacties) zal de betekenis van zelfregulering hier alleen nog maar groeien, zo verwacht ik.¹⁰²

Uit het overeenkomstenrecht noem ik eerst de wettelijke bepaling inzake de standaardregeling (art. 6:214) die als een vorm van alternatieve regelgeving benoemd zou kunnen worden.¹⁰³ Een standaardregeling, te weten een vorm van regelgeving in materiële zin (want bij AMvB goedgekeurd) kan van rechtswege toepasselijk zijn indien een bepaalde overeenkomst wordt gesloten in de uitoefening van beroep of bedrijf, en kan zo voor een gehele bedrijfstak of beroepsgroep gaan gelden, mits er natuurlijk een overeenkomst van de betreffende soort wordt gesloten en er een standaardregeling bestaat.

Gevolg daarvan is dat de regels die in de standaardregeling opgenomen zijn, gelden voor zover iemand in de uitoefening van die bedrijfstak of beroepsgroep een overeenkomst sluit en er niet van af wijkt (de standaardregeling betreft aanvullend recht).¹⁰⁴ De vaststelling en eventueel wijziging of intrekking van een standaardregeling geschiedt door een commissie benoemd door de Minister van Justitie.

Deze regeling is niet gebruikt tot op heden, en dus wil ik er verder weinig woorden aan vuil maken,¹⁰⁵ maar ik merk wel op dat de *wet* hier uiteindelijk de juridische grondslag voor de binding van de bedrijfstak aan de regeling geeft (art. 6:214 lid 1 BW: een overeenkomst (...) is (...) ook onderworpen aan een standaardregeling wanneer (...)).¹⁰⁶ De vraag is dan ook of er hier werkelijk sprake is van zelfregulering. Dat geldt te meer omdat de standaardregeling gezien wordt als een lichte vorm van overheidsingrijpen, als een tussenvorm tussen zelfregulering en wetgeving.¹⁰⁷ Het antwoord op voormelde vraag zal mijns inziens afhangen van de inbreng van de bedrijfstak bij het opstellen van de regels en vooral ook van de samenstelling van de commissie. Nu het niet de bedoeling is dat de overheid de regels eenzijdig opstelt, daarvoor bestaat het wettelijk instrumentarium, maar juist dat de

102 Voor meer informatie over deze regeling, zie De Vrey 2005, en over zelfregulering m.n. p. 73-75.

103 Zo ook Vranken 2001, p. 252-253. Anders: Van Driel 1989, p. 155, en Dresden 2004, p. 34.

104 Loos 1998, p. 92. Zie over deze regeling ook uitvoerig Loos 1996, en Dresden 2004, p. 33-35.

105 Vgl. Loos 1998, p. 92 en p. 242-243, inzake mogelijke redenen daarvoor (de standaardregeling is niet flexibeler dan een wettelijke regeling; groepsbelangen zijn wellicht beter zeker te stellen, maar het betreft aanvullend recht zodat afwijken kan en een standaardregeling dus weinig oplevert; inmenging van buitenstaanders op regulering wordt niet gewenst). Weterings 2004, p. 142, noemt dit een 'ultimum remedium'. Echter, de minister van Justitie heeft aangegeven dat de mogelijkheid van gebruik van de standaardregeling binnen de SER onderzocht wordt, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 17, p. 4. In 2005 werd inderdaad gesproken over een standaardregeling voor kinderopvang, zie het Jaarverslag 2005 van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de SER (CZ/245, 9 maart 2006, <http://www.ser.nl/publicaties/default.asp?desc=publicaties_rapporten_en_verslagen>), p. 7, hetgeen in die zin bevreedend is omdat men in 2004 al overeenstemming leek te hebben bereikt <http://www.ser.nl/publicaties/default.asp?desc=publicaties_bulletins_200402_6#3>. Inmiddels is aangekondigd dat voor de kinderopvangsector de AMvB die nodig is, in voorbereiding is genomen, zie de Voortgangsrapportage voor het programma Bruikbare Rechtsorde, *Kamerstukken II* 2006/07, 29 279, nr. 41, p. 18.

106 Conform art 6:214 lid 5 BW, zie ook Loos 1998, p. 92; Loos 1996, p. 86 en p. 91 e.v., kan er wel weer van de standaardregeling afgeweken worden.

107 Vgl. Loos 1998, p. 241. Dat de overheid betrokken is bij het proces, wil niet zeggen dat er geen sprake meer is van zelfregulering, zo ook Cane 1987, p. 326-327.

marktpartijen samen met de overheid tot een regeling komen,¹⁰⁸ neig ik ernaar om hier wel nog van zelfregulering (of co-regulering als variant daarvan) te spreken. Als ik het goed zie, is een standaardregeling een vorm van alternatieve regelgeving totdat de overheid deze goedkeurt. Dan verschiet de regeling derhalve van kleur, van alternatieve regelgeving naar materiële wetgeving.

Het contractenrecht is praktisch gezien algemene voorwaardenrecht. Algemene voorwaarden zijn belangrijker, in elk geval voor wat betreft de frequentie van gebruik, dan welke wettelijke bepaling dan ook.¹⁰⁹ Algemene voorwaarden zijn in hun gebruikelijke vorm tevens een oertype van zelfregulering.¹¹⁰ Die ‘gebruikelijke vorm’ is dan deze dat een bepaalde branche of beroepsgroep via de overkoepelende branche- of beroepsorganisatie aan de branche- of groepsleden een verzameling van algemene voorwaarden ter beschikking stelt, ontworpen op brancheniveau, waarna die voorwaarden vervolgens door de leden als ‘gebruiker’ (in de zin van ons BW) benut worden in de contracten die door die leden gesloten worden met hun afnemers (typischerwijs veelal consumenten).¹¹¹ We ontstijgen dan het niveau van de individuele overeenkomst – die hier niet als zelfregulering besproken wordt – want de in de uiteindelijke individuele overeenkomsten opgenomen algemene voorwaarden zijn niet door de specifieke (toevallige) individuele gebruiker opgesteld¹¹² maar zijn door hem overgenomen van zijn branche- of beroepsvereniging.

De regeling is daarmee dus uiteindelijk ontworpen op brancheniveau. Op dat niveau kan het dan vervolgens om eenzijdige of meezijdige algemene voorwaarden gaan, waarbij er juist niet of juist wel vertegenwoordigers van de afnemers (consumentenorganisaties) betrokken waren bij de totstandkoming, over de algemene voorwaarden onderhandeld is en ze uiteindelijk ook (dat is althans de bedoeling) door beide zijden geaccordeerd zijn. Dat overleg wordt gefaciliteerd binnen de SER door de Coördinatiegroep zelfreguleringsoverleg.¹¹³ In een dergelijk geval is er derhalve door maatschappelijke organisaties in onderling overleg een stel normen geschapen, meestal inclusief een geschillenregeling, die als

108 Een standaardregeling komt in overleg tussen belangenorganisaties tot stand en wordt dan door de Kroon goedgekeurd, zie Loos 1998, p. 242.

109 Vgl. Slawson 1971, p. 529: ‘The contracting still imagined by courts and law teachers as typical, in which both parties participate in choosing the language of their entire agreement, is no longer of much more than historical importance.’

110 Nader Asser-Vranken 2005, nr. 88-90. Over zelfregulering en algemene voorwaarden is ook bij Van Bijnen 2005 veel terug te vinden (bijv. over de positionering ervan, op p. 78-81, en over de relatie met transactiekosten, op p. 121-123).

111 Vgl. ook Vranken 2001, p. 252. De minder gebruikelijk vorm is dat een persoon, bijv. een private verhuurder, in de enkele huurovereenkomsten die hij afsluit, steeds dezelfde bepaling laat terugkeren. Ook dat is een algemene voorwaarde in de zin van art. 6:231 sub a BW, maar niet een beding zoals bedoeld in de tekst waar ik spreek over algemene voorwaarden in de gebruikelijke vorm.

112 Dat kan op zich natuurlijk wel, maar die gevallen reken ik dan niet tot zelfregulering want er is dan sprake van een contractuele afspraak tussen twee partijen en dat is m.i. nog geen zelfregulering. De meeste auteurs rekenen algemene voorwaarden ‘gewoon’ tot de voorbeelden van zelfregulering, zoals bijv. Polak 1986, p. 216. Zie ook Kornet 2006, p. 397, die ook over de hier bedoelde, door een gebruiker opgestelde voorwaarden spreekt, en daarbij bepleit dat wetgever en rechter een corrigerende rol spelen. Eventuele (tweezijdige) branchevoorwaarden zijn wel bruikbare vormen van zelfregulering, zie Kornet 2006, p. 391.

113 Vgl. bijv. Van Bijnen 2005, p. 79. Voor dat overleg is vervolgens ook weer een protocol opgesteld: zie <www.ser.nl/downloadpdf.asp?filename=/_upload/CZprotocolhandleiding.pdf>.

zelfregulering te boek kan staan.¹¹⁴ De geschillenregeling behelst meestal de mogelijkheid om naar een geschillencommissie van de SGC (Stichting Geschillencommissies Consumentenzaken) te stappen, waarvan er nu zo'n 30 bestaan (uitbreiding is voorzien) en welke erkend zijn door het ministerie van Justitie. Het voordeel van werken via de SGC is dat de aangesloten branches een nakomingsgarantie bieden.¹¹⁵

Of de partijen aan de voorwaarden gebonden zijn, is vervolgens vraag twee; het antwoord hangt af van de gebruiker die ervoor kiest de algemene voorwaarden van toepassing te verklaren en diens uiteindelijke wederpartij die deze aanvaardt. Het gaat hier om, vooruitlopend op par. 3.2, wilsovereenstemming, maar dan wel wilsovereenstemming (snelle gebondenheid) in de zin van art. 6:232.¹¹⁶

Ook het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking is in aanraking geweest met vormen van alternatieve regelgeving. Ik verwijs naar de uitspraken van de Hoge Raad inzake *Van der Tuuk Adriani/Batelaan* en *Hulsman/Van der Graaf* en de noot van VRANKEN onder laatstgenoemde arrest.¹¹⁷ In beide gevallen ging het om de vraag of bij beëindiging van een doktersapothek ten faveure van een gewone apothek een geldelijke vergoeding toekwam aan de dokter, uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. De door de branche opgestelde BACO-overeenkomst speelde daarbij een rol. Deze arresten laten zien dat waar (niet bindende) compensatieregelingen vanuit de branche opgesteld zijn, en bepaalde personen daarvan uitgesloten worden, het privaatrecht zijn intrede kan doen als correctiemechanisme. Dat zal nog nader aan bod komen waar het gaat om de binding aan alternatieve regelgeving (par. 3.2).¹¹⁸

In het huurrecht (art. 7:201 e.v. BW) wordt ook weer veel met algemene voorwaarden gewerkt. De Raad voor Onroerende Zaken (ROZ) heeft in dat kader een veelgebruikt model voor de verhuur op de zakelijke markt opgesteld.¹¹⁹ In het bouwrecht is onder auspiciën van de CROW gewerkt aan de zogenaamde UAV-GC 2000 (inmiddels in een herziene versie van 2005 beschikbaar¹²⁰) voor de regulering van de totstandkoming en uitvoering van geïntegreerde bouwcontracten.

Gerelateerd aan Boek 7 BW, en vooral de overeenkomst van opdracht en de geneeskundige behandelingsovereenkomst, zijn de als alternatieve regelgeving te beschouwen beroepsnormen of gedragsregels voor advocaten, notarissen, ac-

114 Vgl. over het voorgaande ook Loos 1998, p. 7-9. Het consumentenrecht is overigens ook los van algemene voorwaarden een rijke bron van zelfregulering, hier en elders (vgl. bijv. Hillier/Parker 1997, en de *National Consumer Council* in Engeland, zie <<http://www.ncc.org.uk/regulation/index.htm>>). Die tendens tot zelfregulering is zelfs zo sterk dat de Consumentenautoriteit die per 1 januari 2007 van start is gegaan, alleen zal ingrijpen als de marktpartijen zelf niet in staat zijn het consumentenrecht na te leven, aldus *Kamerstukken II 2005/06*, 27 879, nr. 14, p. 6. Overigens, voordat dat moment er is, valt er m.i. ook weinig in te grijpen

115 Voor de stand van zaken in deze, zie *Kamerstukken II 2005/06*, 27 879, nr. 14, p. 4-5: het aantal klachten neemt toe, de behandelingsduur neemt af.

116 Zie over 'lawmaking' via algemene voorwaarden kritisch Slawson 1971 (waarbij opmerking verdient dat de manier waarop een consument toen in de VS via algemene voorwaarden 'gepakt' kon worden, voor Nederland nu niet geldt) en over algemene voorwaarden en zelfregulering in de Internetbranche Kasperen e.a. 1999.

117 HR 15 maart 1996, *NJ* 1997, 3, resp. HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 319 (m.nt. JBMV).

118 Overigens wordt de apothekbranche gedomineerd door zelfregulering vanwege de KNMP, zie Philipsen 2003, p. 76, bijv. inzake professioneel gedrag.

119 Uit het huurrecht noem ik verder de oproep van Vranken inzake de wenselijkheid van het gebruik van zelfregulering bij de toepassing van (nu) art. 7:268 lid 2 BW, zie de noot van Vranken onder HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 591 (*Westerheide/Van Wageningen*).

120 Zie <<http://www.uavgc.nl/>>.

countants en artsen die in het tuchtrecht zijn neergelegd,¹²¹ en daarnaast specifiek de medische protocollen voor medici (zie par. 2.5).¹²²

Daarmee verbonden zijn natuurlijk de aanpalende Openbare lichamen in de zin van art 134 Gw voor advocaten, notarissen en deurwaarders.¹²³ Ook de algemene voorwaarden die dienstverleners gebruiken, zijn hier (opnieuw) te noemen.

Verder noem ik nog de Modelregeling arts-patiënt, die voor de inwerkingtreding van de WGBO eigenlijk al de daarin opgenomen regels bevatte.¹²⁴ In het gezondheidsrecht is vervolgens met die WGBO (art. 7:446 e.v. BW) dus een wettelijke regeling ingevoerd, maar dat laat onverlet dat zelfregulering hier nog steeds een rol kan spelen. Modelovereenkomsten kunnen de WGBO aanvullen en vage bepalingen daaruit nader invullen.¹²⁵ Verder kunnen in de medische wereld ontwikkelde regels, aanbevelingen, normen en standaarden hun invloed doen gelden. In whiplashzaken zijn inmiddels de richtlijnen van de NVvN (Nederlandse Vereniging voor Neurologie) van belang geworden. Deze richtlijnen zijn niet onomstreden, maar volgens Rechtbank Roermond wel het meest gezaghebbende wat er op dit moment voorhanden is inzake whiplash.¹²⁶

Uit het arbeidsrecht (art. 7:610 e.v. BW) is de kantonrechtersformule natuurlijk een bekend fenomeen. De regel 'A x B x C' (aantal dienstjaren x bruto maandsalaris x correctiefactor) is ook ver buiten het arbeidsrecht bekend.¹²⁷

Het betreft hier een voorbeeld van regulering door de rechterlijke macht, niet zozeer van een procedure, maar ten aanzien van de mogelijke materiële uitkomst van een soort zaak waarvan er vele duizenden langskomen. Materiële normering, zouden we ook kunnen zeggen. Als een voorbeeld van een rechtersregeling is hier sprake van alternatieve regelgeving.

Het gebruik van CAO's wordt ook snel bij zelfregulering ingedeeld. De vraag is echter of dat helemaal terecht is. Een CAO is een overeenkomst tussen twee partijen, werkgevers- en werknemersorganisaties, en in die zin geen zelfregulering, want als we elke overeenkomst gaan benoemen als zelfregulering verliest dat begrip zijn onderscheidende betekenis.

Wat echter apart is aan een CAO, is dat die overeenkomst meteen bindend is voor vele anderen die bij het opstellen ervan vertegenwoordigd werden (de feitelijke werkgevers en werknemers). Aan de andere kant, vertegenwoordiging is een normaal privaatrechtelijk instrument om mensen aan een overeenkomst te binden terwijl ze deze overeenkomst niet zelf ondertekenden.

121 Voor medici en andere hulpverleners in de zorgsector: Leenen/Gevers/Biesart 2002, p. 16-17. Voor accountants: Koolmees 2005, p. 458-461 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30 397 (voorstel voor een Wet tuchterspraak accountants).

122 Ook de reisbranche werkt aan een gedragscode, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 27 879, nr. 14, p. 6.

123 Zie de omschrijving bij Laclé/Meuwese 2006, § I.2.1 en I.2.2 en vooral in Case study II.1.

124 Vgl. Leenen/Gevers 2000, p. 181; Malsch 1996, p. 16, en Dorbeck-Jung/Van Heffen-Oude Vrielink 2005.

125 Van Veen 2002, p. 7.

126 Zie Rb. Roermond 1 september 2004, *NJF* 2004, 578 (*M./Europeesche*).

127 Recentelijk kritisch daarover Bender 2006.

Waar een CAO voor ons thema echt wezenlijk wordt, is waar deze algemeen verbindend verklaard wordt door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,¹²⁸ want dan zijn ook mensen in de branche die niet vertegenwoordigd werden, aan die CAO gebonden.

De extra binding zit hier, net als bij de hierna nog te noemen Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM), in het wettelijk fiat dat achteraf gegeven wordt. Het is de vraag of we dan van zelfregulering zouden mogen spreken. Net zoals ten aanzien van de WCAM zou ik hier wel van zelfregulering willen spreken.¹²⁹ De ruime definitie die ik hanteer, laat dat ook toe. Maatschappelijke partijen nemen immers ook hier de verantwoordelijkheid om zelf een kwestie inhoudelijk te regelen (via het opstellen en uitvoeren van specifieke normen), en dat doen ze binnen een juridisch kader (het wettelijk geregelde stempel van goedkeuring door de minister), waarbij kenmerkend is dat dat kader achteraf toegepast wordt. In die zin is er eigenlijk sprake van een soort *ex post*-zelfregulering.¹³⁰ Welbeschouwd verwordt hier een overeenkomst tot een vorm van zelfregulering door tussenkomst (achteraf) van de wetgever die de afspraken een ruimer bereik geeft en zo het element 'massaliteit' toevoegt.

Arbeidsrechtelijk relevant is ook dat er naast of in plaats van een CAO gebruik wordt gemaakt van arboconvenanten, afspraken tussen de overheid, werkgeversorganisaties en vakbonden die niet bindend zijn voor individuele werkgevers. Die afspraken kunnen dan betrekking hebben op bijvoorbeeld werkdruk, tegengaan van RSI, verzuimbegeleiding, reïntegratie, etc., en zullen erop gericht zijn om de gevallen van teveel werkdruk, verzuim door RSI, etc. terug te dringen. Omdat het de bedoeling is dat deze arboconvenanten in CAO's worden opgenomen, ga ik verder aan deze vorm van zelfregulering voorbij.¹³¹ Ook noem ik nog de reglementen (vaak opgesteld per individueel bedrijf) waarin afspraken tussen werkgever en werknemer zijn opgenomen. Soms is in CAO's voorzien dat de in dergelijke reglementen opgenomen kwesties langs die weg nader geregeld moeten of kunnen worden.

Gerelateerd daaraan verdient nog vermelding dat er ook normen opgenomen zijn in handleidingen (soms van de overheid), brochures, afspraken tussen sociale partners, instructies van de Arbeidsinspectie (over pesten, werkdruk, etc.), en in gedragscodes. Voor 'klokkenluiders' is er bijvoorbeeld een gedragscode van de Stichting voor de Arbeid.¹³² De normen neergelegd in dit soort instrumenten zijn in beginsel normen die niet direct bindend zijn, maar wel alsnog bindend kunnen worden via de invulling van open normen zoals 7:658 en vooral ook 7:611.¹³³ Daarover echter later meer (par. 3.2).

De regeling zoals neergelegd in de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM, art. 7:907 e.v. BW) heeft ook een band met alternatieve regelgeving, maar het is twijfelachtig of deze hier als zodanig genoemd kan worden. De overeenkomst tussen de schadeveroorzaker(s) en de slachtoffers is een gewone civielrechtelijke overeenkomst die ik niet als zelfregulering in de hier bedoelde

128 Zie daarover (in relatie tot zelfregulering) Dresden 2004, p. 75 e.v.

129 Vgl. ook Asser-Vranken 2005, nr. 87, en Dresden 2004, p. 14.

130 Laclé/Meuwese 2006, I.2.2. Van Hoek 2006, p. 148, spreekt over 'de facto gedelegeerde wetgeving'. Zie verder nog Van Driel 1989, p. 156 e.v., over de mogelijkheid van bredere toepassing van een algemeenverbindendverklaring, en Van Gestel 2000, p. 24 en p. 135, die als een (aan de CAO verwant) voorbeeld de algemeen verbindendverklaring van milieuafspraken noemt (waarover uitvoerig Dresden 2004). Deze zijn bedoeld om free rider gedrag (een nadeel van zelfregulering aldus Geelhoed 1993, p. 49; Dresden 2004, p. 201) tegen te gaan.

131 Zie Vegter 2005, p. 60.

132 Uitvoerig (en kritisch, want pleitend voor overheidsingrijpen) Van Uden 2006.

133 Vegter 2005, p. 62.

zin zou willen opvatten, hoewel dat soort overeenkomsten wel de nodige uitwerking en aanvulling van het schadevergoedingsrecht zullen bevatten. Echter, de algemeen verbindendverklaring die de rechter daarop los kan laten, maakt dat deze overeenkomst vervolgens een veel breder bereikt krijgt en ook andere slachtoffers kan binden.

Daarmee krijgt die overeenkomst dus opeens een bredere strekking en worden de afspraken opeens tot normen voor een ieder (die binnen de slachtoffercategorie valt). Die extra binding zit echter in het rechterlijk fiat dat (achteraf) gegeven wordt en het is de vraag of we dan van zelfregulering mogen spreken. De werking van de WCAM is te vergelijken met die van de algemeen verbindendverklaring van een CAO en daarvoor geldt toch over het algemeen ook dat die als een vorm van alternatieve regelgeving gezien wordt. Datzelfde zou dan ook voor de WCAM moeten of ten minste kunnen gelden, en dat klopt in zoverre ook dat de definitie die ik hanteer ruimte laat voor die uitkomst. Maatschappelijke partijen nemen zelf de verantwoordelijkheid om een kwestie te regelen (via het opstellen en uitvoeren van specifieke normen), en dat doen ze binnen een juridisch kader (het rechterlijk stempel van goedkeuring).

Ook buiten het BW zijn er diverse voorbeelden van privaatrechtelijk georiënteerde zelfregulering te vinden.¹³⁴ Het recht inzake privacy is geregeld in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), maar evenzeer of wellicht zelfs meer nog in de diverse uitwerkingen daarvan via bijvoorbeeld overeenkomsten (modelclausules van de International Chamber of Commerce), aanbevelingen (van de OECD), gedragscodes (al dan niet voorzien van het 'keurmerk' van het CBP ex art. 25 Wbp) en algemene privacy statements.¹³⁵ Dus ook bij de regulering van privacy wordt zelfregulering al jaren benut.

Deze lijn doortrekkend, wordt snel duidelijk dat ook buiten kwesties van privacy de online-wereld zweert bij alternatieve regelgeving. Waar het gaat over regulering van de handel in de online-wereld ('e-commerce'), is zelfregulering een heel serieuze, zo niet dé te verkiezen optie als het gaat om regulering.¹³⁶ Zo is bijvoorbeeld enige jaren terug een model Gedragscode ontwikkeld voor bedrijven door ECP.NL.¹³⁷ Veelal gaat het bij e-commerce overigens om het gebruik van algemene voorwaarden, bijvoorbeeld die welke door Fenit tot stand zijn gebracht.¹³⁸ Daarnaast staat 'online dispute resolution' stevig in de belangstelling.¹³⁹ En het systeem van Internet domeinnamen is ook helemaal privaat geordend, in Nederland via de SIDN en in de VS via de zogenaamde ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers).¹⁴⁰ De reden hiervoor is waarschijnlijk dat de 'snelle wereld' van het internet een flexibel instrument, zoals zelfregulering, prefereert boven meer

134 Voor de 'markten' inzake zorg (modelovereenkomsten, beroepscommissie en geschillencommissie) en onderwijs (nog geen zelfregulering) verwijs ik naar Van Mierlo 2004.

135 Zie bijv. over reguleringsinstrumenten inzake privacy, vooral ten aanzien van e-commerce, Van Esch 2000. Overigens rijst in dit verband ook de vraag of regulering in het BW in plaats van in een additionele wet (de Wbp) niet beter zou zijn, zie daarover Cuijpers 2004.

136 Zie bijv. het overzicht in Hijmans 2002, vooral p. 12-17; Laclé/Meuwese 2006, Case study II.6; Koops et al 2006, p. 110 e.v. en p. 126 e.v., en de aanbeveling uit 2001 van de Verenigde Naties <http://www.unece.org/cefact/recommendations/rec32/rec32_ecetrd277.pdf>.

137 <http://www.ecp.nl/downloads/id=1005/Model_Gedragscode_voor_Elektronisch_Zakendoen.html>.

138 Inmiddels is Fenit gefuseerd tot ICT-Office, zie <<http://www.ictoffice.nl/>>.

139 Zie bijv. Wagemans 2002, p. 77 e.v., en Hijmans 2002, p. 30.

140 Vgl. Schwarcz 2002, p. 320.

statische regelgeving langs gewone weg, terwijl zelfregulering, zoals het internet zelf, niet aan grenzen gebonden is.¹⁴¹

De journalistiek wil eigenlijk niet aan de alternatieve regelgeving, maar heeft toch een vorm van zelfregulering te pakken via de Raad voor de Journalistiek,¹⁴² waarvan overigens velen vinden dat die onvoldoende functioneert. Er wordt dan ook voor meer zelfregulering gepleit, bijvoorbeeld via de creatie van een gedragscode voor journalisten.¹⁴³

Voor het terrein van het faillissementsrecht zijn de Recofa-richtlijnen inmiddels welbekend. Deze richtlijnen, herzien per 1 januari 2005, zijn opgesteld door het landelijk overleg van rechters-commissarissen insolventies (Recofa) na overleg met de advocatuur. Doel is de uniformering van het rolbeleid van de faillissementskamers van de rechtbanken.¹⁴⁴

In de Wet op het consumentenkrediet (WCK) is opgenomen dat de kredietgever moet handelen zoals van een goed kredietgever in het maatschappelijk verkeer mag worden verwacht (anders wordt geen vergunning verleend, zie art. 13 sub b WCK). Die norm wordt vervolgens nader ingekleurd door middel van de door zelfregulering tot stand gekomen regels uit de VFN-code (de VFN is de Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland), zie vooral art. 9 van die code.¹⁴⁵

Uit het burgerlijk procesrecht noem ik het Landelijke rolreglement (voor rechtbanken en voor kantongerechten), de Leidraad onpartijdigheid¹⁴⁶, het rapport Voor-werk II inzake de afwikkeling van proceskosten, etc. Ik kom op deze en andere voorbeelden zo nog terug (par. 2.5).¹⁴⁷

Daarnaast zou wellicht ook arbitrage geïnclassificeerd kunnen worden als een vorm van zelfregulering of alternatieve regelgeving, zeker als het geschiedt volgens de normen van de International Chamber of Commerce. Dat er ook een wettelijke regeling voor bestaat (art. 1020 e.v. Rv) maakt dat dit echter te betwijfelen valt. Bovendien betreft arbitrage in wezen een overeenkomst tussen twee partijen om op bepaalde wijze met een geschil om te gaan, en overeenkomsten als zodanig beschouw ik niet als vormen van zelfregulering (zie par. 2.2). Als het dus om individuele arbitrages gaat is er geen sprake van zelfregulering. Modelreglementen inzake arbitrageregels welke toepasbaar zijn op vele individuele arbitrages, kunnen er echter wel onder vallen.

- 141 Hijmans 2002, p. 13-14. Zie naast de al geciteerde werken bijv. nog Horrevorts/Van Esch 2003 inzake elektronische handtekeningen en documenten. Zij zien ruimte voor zelfregulering op dat vlak omdat de bestaande (Europese) wetgeving open normen bevat die nadere invulling behoeven.
- 142 Zie <<http://www.rvdj.nl/>>, en daarover o.a. Mentink 2006. Zie in zijn algemeenheid over zelfregulering en media Van Harinxma thoe Slooten 2006, m.n. p. 57 e.v. en p. 65 e.v.; Prosser 2006, p. 254 e.v.; Nikoltchev 2006, en Laclé/Meuwese 2006, Case study II.4, waarin o.a. de 'Kijkwijzer' van de NICAM genoemd wordt.
- 143 O.a. Van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 57 e.v., en Mentink 2006 (over codes, zie p. 132 e.v., met rechtsvergelijkende gegevens over codes elders, en p. 177 e.v.). In het licht van het preadvies van Witteveen (Witteveen 2007) ga ik hier nu verder aan voorbij.
- 144 Zie de Bijlage bij *TvI* 2005/1 waarin de richtlijnen opgenomen zijn. Zie inzake (zelfregulering en) co-regulering in het faillissementsrecht ook Van Dijk 2006, p. 153 e.v.
- 145 Zie <http://www.vfn.nl/downloads/gedragscode_2005.pdf>.
- 146 Zie Vrieze 2005, en over de voorgeschiedenis daarvan Franken 2002, p. 305-306. Er is een internationale tegenhanger, de 'Bangalore Principles of Judicial Conduct', zie Vrieze 2005, p. 147 e.v.
- 147 Binnen het mededingingsrecht functioneren enkele Europese netwerken van toezichthouders (Lavrijssen-Heijmans 2006, p. 375 e.v.; Gijrath 2006, p. 250 e.v.) die mijns inziens te vergelijken zijn met de samenwerkende rechterlijke autoriteiten in Nederland. Deze netwerken hebben regulerend effect, aldus Lavrijssen-Heijmans 2006, p. 421, en een legitimiteitsprobleem (p. 422 e.v.).

De gedragsregels van de NOvA en vergelijkbare beroepsorganisaties elders worden ook beschouwd als vormen van zelfregulering.¹⁴⁸ Ik noem hierbij ook specifiek het Mediation Reglement van het Nederlands Mediation Instituut (NMI) dat dient als modelovereenkomst voor de specifiek te sluiten mediation-overeenkomst (vgl. de opmerkingen hiervoor inzake arbitrage). Het NMI heeft ook Gedragsregels ontwikkeld voor de aangesloten mediators.¹⁴⁹

Niet alleen vanuit het perspectief van het resultaat kunnen vormen van alternatieve regelgeving benoemd worden, ook wanneer we het thema bekijken vanuit het proces, de procesmatige kant, komen we vormen van alternatieve regelgeving tegen. Zo zijn normalisatie (het proces waarbinnen normen in de zin van vaste afspraken omtrent eigenschappen op basis waarvan men producten kan specificeren, tot stand komen) en certificatie (de activiteiten op grond waarvan een onafhankelijke deskundige instelling schriftelijk kenbaar maakt dat een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat een product of dienst of persoon of systeem voldoet aan vooraf gestelde eisen) specifieke vormen van zelfregulering.

De normen komen *bottom-up* tot stand en hebben vooral betrekking op technische normen, zoals maten en gewichten. Ze spelen door het hele maatschappelijke leven een rol.¹⁵⁰ Deze normen (in Nederland NEN-normen, in Duitsland DIN-normen, CEN- en ISO-normen in Europees en internationaal verband) zijn bijvoorbeeld wezenlijk voor de inrichting van de openbare weg (overigens net als de aanbevelingen van het CROW).¹⁵¹ Certificering is bekend en populair, in zodanige mate zelfs dat er een 'bias' in de richting van certificering lijkt te bestaan.¹⁵²

Normen die via een proces van normalisatie en/of certificatie tot stand komen, kunnen (uiteraard) ook juridisch relevant zijn. Als interne richtlijnen zijn ze dat niet rechtstreeks, maar ze kunnen ook extern gaan werken doordat ze geïncorporeerd worden in regelgeving (bijvoorbeeld het Bouwbesluit). De werking is dan expliciet extern. Impliciet externe werking is er voor een norm indien de rechter met de norm rekening houdt bij de invulling van een open maatstaf (bijvoorbeeld: productveiligheid). De norm wordt zo een (bindende) maatstaf voor handelen.¹⁵³

De horizon nog breder (want: internationaler) makend, kan ook de vraag gesteld worden of de Unidroit-principles, de Lando-principles en vergelijkbare initiatieven zoals de European Principles of Tort Law, te beschouwen zijn als alternatieve regelgeving. Mijns inziens is dat niet het geval.

Op zichzelf zijn die regelingen wellicht te beschouwen als een vorm van alternatieve regelgeving (het zijn 'regels' van een niet-wetgevend orgaan), maar ze zijn door de deskundige opstellers ervan geheel ongevraagd afgeleverd, ze zijn dus ook niet gemaakt voor een specifieke branche of maatschappelijke groepering of hun achterban (ze zijn bedoeld voor

148 Deze kunnen creatief gebruikt worden, bijvoorbeeld om de toegang tot recht te verbeteren, vgl. Drion 2006, p. 2167.

149 Vgl. over deze aspecten Bol/Lodder 2005, vooral p. 378 en 379.

150 Zie Eijlander/Voermans 1999, p. 78 e.v.; Baarsma e.a. 2003, p. 25-26; Van Gestel 2000, p. 127 e.v., en vooral Evers 1998, p. 88-89, en Evers 2002, alsmede Schepel 2005 (voor de VS en de EU, en dan speciaal voor productveiligheidsnormen).

151 Vgl. Rijnhout 2006, p. 18.

152 Baarsma e.a. 2004, p. 92-94 (gevolg zou zijn een afwenteling van handhavingskosten op de consument).

153 Evers 1998, p. 92-93. Zie nader par. 3.2.

algemeen gebruik), en ze komen niet voort uit een representatieve groep van een groter geheel (maar enkel van een knap stel wetenschappers), of vanuit een specifiek probleem gerelateerd aan een gebrek aan (deugdelijke) regelgeving. Er is dus geen representativiteit en geen vooraf verworven draagvlak, zodat ik deze regelingen niet zou willen beschouwen als alternatieve regelgeving in de hier bedoelde zin.

Het in ontwikkeling zijnde (niet-bindende) 'Common Frame of Reference' (CFR) wordt in eerste instantie ook ontwikkeld door groepen wetenschappers, zodat hetzelfde verhaal hier opgeld doet. Het is onduidelijk wie de 'zelf' in zelfregulering is of zou (kunnen) zijn, anders dan wij allen, de maatschappij als geheel. Bovendien zal, naar ik begriep, de Europese wetgever met het CFR aan de haal gaan als het klaar is, zodat er mijns inziens alsdan sprake zal zijn van een vorm van overheidsregulering.¹⁵⁴ Wel kan gezegd worden dat er sprake is van een vorm van alternatieve regelgeving, in die zin dat de regels dan op ongebruikelijke wijze tot stand gekomen zijn. Dat is op zichzelf echter onvoldoende.

In het internationale circuit is echter wel degelijk zelfregulering en alternatieve regelgeving te vinden. Ik noem voor het documentair krediet (de bankgaranties) de in meer dan 90% van de gevallen gebruikte 'International Chamber of Commerce Uniform Customs and Practice for Documentary Credits' (UCP 500), welke bij afspraak voorgaan op het regelend recht inzake bankgaranties (indien al aanwezig).¹⁵⁵

Ook wijs ik erop dat waar het gaat over 'corporate social responsibility', zelfregulering, bijvoorbeeld via OECD Guidelines zoals de OECD Principles of Corporate Governance, een hoge vlucht heeft genomen.¹⁵⁶ Diezelfde OECD is overigens ook actief als het gaat om zelfregulering op het terrein van de elektronische handel.¹⁵⁷ In de internationale handel zijn ook de Incoterms (algemene voorwaarden in internationaal verband) van groot belang, ook omdat het daarbinnen mogelijk is om op eenvoudige wijze bepaalde keuzes te maken.¹⁵⁸ Het bestaan van de 'lex mercatoria' als zodanig verdient ook vermelding.¹⁵⁹ In het kader van het effectenrecht zijn de internationale werkzaamheden van CESR (de CESR is de 'Committee of European Securities Regulators', de verzamelde nationale toezichhouders¹⁶⁰) vermeldenswaard. Verder vermeld ik nog dat er ook voor credit rating agencies een gedragscode bestaat, de IOSCO Code of conduct.¹⁶¹

154 Zie over dit alles Smits 2006; Sniijders 2007. p. 13-14 (die dit soft law noemt) en Bouwes 2005, die aangeeft dat via rechtspraak de normen van het CFR best alsnog bindend kunnen worden (p. 947). Dat is juist, zie par. 3.2. Overigens hebben diverse Directoraten-generaal zich er ook al aan gecommitteerd aangaande hun eigen regelgeving. Zie ook nog Barendrecht 2005, p. 342.

155 Zie Snyder 2003, p. 390-391; Kornet 2006, p. 398. Vgl. ook in breder verband Van Hoek 2006, p. 142-143.

156 Zie Bouchez 2006. Over regulering via de OECD in algemene zin, zie Marcussen 2004.

157 Hijmans 2002, p. 21. Op dat terrein zijn bijv. ook de Raad van Europa, de WTO en de WIPO actief. De actieve rol van de OECD aangaande zelfregulering laat zich verklaren doordat in organisaties waarvan de leden ook weer organisaties zijn, de tendens tot zelfregulering groot is, zie Ahrne/Brunsson 2004, p. 179.

158 Zie Van Bijnen 2005, p. 331-332, en voor keuzemenu's ook p. 352 e.v., waarbij ook de UAV-GC 2000 en de ISDA Master Agreement genoemd worden als voorbeelden van dergelijke keuzemenu's.

159 Ik noem in dit verband slechts Schroeder 2003, p. 257 e.v., en Edgeworth 2003, p. 190-192.

160 Zie daarover <<http://www.cesr-eu.org/>> en bijv. Kristen 2004, p. 170-174, en Ferrarini 2005, m.n. p. 30, inzake de rol van de CESR in de zogenaamde Lamfalussy-procedure.

161 Zie <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD180.pdf>>.

Niet alleen het nationale recht of het internationale spectrum laat ruimte voor zelfregulering, dat doet ook het Europese recht. Zo kwam de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten tot stand na overleg met (of op aandringen van) de industrie.¹⁶² Daarnaast wordt in diverse Europese richtlijnen ruimte gelaten aan verdere (rechts)ontwikkeling via zelfregulering.

Ik noem als voorbeelden de e-commerce-richtlijn (Richtlijn 2000/31, art. 16¹⁶³) en de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29, art. 10¹⁶⁴). Hetzelfde was voordien overigens al beproefd in de richtlijnen betreffende misleidende en vergelijkende reclame.¹⁶⁵ In de richtlijn misleidende reclame is in art. 5 bepaald dat vrijwillig toezicht door zelfreguleringscolleges niet uitgesloten is, mits daarnaast een civiele procedure mogelijk is, hetgeen in Nederland de positie van de Reclame Code Commissie heeft gewaarborgd. In de richtlijn vergelijkende reclame staat hetzelfde in art. 1 lid 7. Daaraan is bovendien nog toegevoegd dat zelfreguleringstoezicht gestimuleerd mag worden.

Los van dit soort specifieke richtlijnen wordt tegenwoordig ook in zijn algemeenheid veel waarde toegekend aan zelfregulering in de context van de Europese Unie.¹⁶⁶ Vooral het interinstitutioneel akkoord 'Beter Wetgeven' is in dit kader relevant omdat daarin zelfregulering uitdrukkelijk naar voren komt en van enkele kaders voor het wel of niet gebruiken ervan, voorzien wordt.¹⁶⁷

Een belangrijke conclusie uit deze inventarisatie van voorbeelden van alternatieve regelgeving in de ruime zin van het woord, is dat de inhoud van wat met de term alternatieve regelgeving geduid wordt, weliswaar vaak gelijk op gaat met zelfregulering, maar uiteindelijk toch net iets ruimer is dan dat. Ook als er geen afgebakende groepering is die regelgeving ontwerpt, maar het uiteindelijk de wetgever is die langs andere weg ontworpen regels overneemt, kan er (voordien) sprake zijn (geweest) van 'alternatieve regelgeving'.

Deze conclusie strookt ook met de keuze mijnerzijds (zie par. 2.5) om rechtersregelingen te bestempelen tot alternatieve regelgeving. Immers, daar zijn de betrokken maatschappelijke groepen ook minder prominent aanwezig en reguleren de rechters vooral zichzelf, het staatsorgaan 'de rechterlijke macht', zodat ook daar de term zelfregulering niet helemaal past. Daarbij speelt dan wel ook nog mee dat die regulering voor rechters uitstraling heeft naar de (handelwijze van) procespartijen en hun advocaten.

162 Zie Van Vliet 2005, p. 190.

163 Zie Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000, Pb. EU 2000, L 178/1, en hierover nader Horrevorts/Van Esch 2003, p. 41. Lidstaten dienen o.a. de totstandkoming van gedragscodes te stimuleren, aldus art. 16. Zie ook Nikoltchev 2006, p. 274-275.

164 Zie Richtlijn 2005/29 van 11 mei 2005, Pb. EU 2005, L 149/22, en nader daarover De Vrey 2005, m.n. p. 73-74.

165 Zie Richtlijn 84/450/EEG van 10 september 1984 en Richtlijn 97/55/EG van 6 oktober 1997, Pb. EG L 290/18, en over het navolgende Fokker 2004.

166 Zie voor het (internationale en Europese) milieurecht bijv. Van Gestel 2000, p. 120 e.v., en Verschuuren 2004.

167 Zie het 'Interinstitutioneel Akkoord – Beter Wetgeven' van de Europese raad, de commissie en het Europees parlement, Pb.EU 2003/C 321, p. 2 en 3, en Senden 2005, vooral § 3.3. Zo wordt overigens het instrument van zelfregulering 'ingepakt' in een wettelijke regeling waardoor er op meta-niveau (regels over regelvorming) gereguleerd wordt. Zie nader daarover par. 6.

2.5. Twee uitvoeriger omschrijvingen

2.5.1. Medische protocollen

In het gezondheidsrecht spelen de zogenaamde medische protocollen of richtlijnen een belangrijke rol.¹⁶⁸ Een medisch protocol, om die term maar te hanteren, is een door de artsen in een bepaalde kring (door de beroepsgroep of binnen een specifiek ziekenhuis) opgesteld model of plan over hoe met een bepaalde ziekte omgegaan wordt of moet worden. Het gaat om 'op systematische wijze ontwikkelde normen die beogen ten aanzien van bepaalde medische beslissingen te expliciteren en specificeren wat goed medisch handelen inhoudt'.¹⁶⁹ Het betreft dus voorschriften die geen rechtsregel zijn maar die artsen beroepsmatig in acht behoren te nemen, aldus BUIJSEN.¹⁷⁰

Doel van deze richtlijnen kan onder andere zijn het bieden van een hulpmiddel (een advies) bij beslissingen die in de praktijk genomen moeten worden, zodat de (rechts)onzekerheid minder groot is. Daarmee wordt dan tevens de discussie over juist medisch handelen gevoed en een bepaalde mate van transparantie bereikt. Tegelijkertijd kan het gedrag van de medici gestuurd worden en aan een gemeenschappelijke standaard onderworpen worden, hetgeen het normbewustzijn weer doet stijgen.¹⁷¹

Medische protocollen hebben een zekere mate van abstractie¹⁷² maar blijken evenzeer relevant te zijn voor beantwoording van de vraag of een arts eventueel aansprakelijk is als er tijdens de behandeling iets mis gegaan is (zie nader par. 3.3 en par. 4.4).¹⁷³

De koppeling tussen protocol en aansprakelijkheid en daarmee verantwoordelijkheid, is overigens niet vreemd omdat met het introduceren van een protocol de verantwoordelijkheid veelal ook afgeschoven wordt naar dat protocol. Een protocol roept immers over zich af dat individuele artsen zich zullen verdedigen langs de lijnen van 'we hebben een protocol, ik heb dat protocol gevolgd, ik ben derhalve niet verantwoordelijk voor wat er mis is gegaan'. Dat afschuiven kan vervolgens worden ondervangen door de koppeling tussen protocol en verantwoordelijkheid nader vorm te geven.

Een voorbeeld van een protocol is dat van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie die een model voor de omgang met gevallen van (vermeende)

168 Inmiddels worden ook in het onderwijs protocollen benut, bijv. om dyslexie op tijd te onderkennen. Laat men gebruik ervan na, dan kan dat tot aansprakelijkheid leiden, zie Engelhard/Van Maanen 2005, p. 272.

169 Biesaat/Gevers 1999, p. 6. Vgl. verder Giard 2005, p. 154 e.v. Voor richtlijnen in Zwitserland, zie Rüetschi 2003.

170 Buijsen 2000, p. 57. Medische protocollen worden ook wel aangeduid als richtlijnen voor medisch handelen, standaarden, gedragsregels, adviezen, etc. Over de terminologie ook Van Wijmen in zijn noot onder HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (*MC Leeuwarden/In 't Hout*), ad. 2.1.

171 Ontleend aan Rüetschi 2003, p. 234-236.

172 Buijsen 2000, p. 57; Hulst 2002, p. 439.

173 Het geval dat niet het handelen van de arts ter discussie staat, maar het de vraag is of het protocol zelf gebrekkig is, laat ik hier terzijde, zie nader Buijsen 2000 en HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377 (m.nt. Van Wijmen en HJS; *X./ZAO*).

whiplash heeft opgesteld.¹⁷⁴ Dit model wordt inmiddels gebruikt (en wordt daarmee dus ook 'erkend') in de lagere rechtspraak.¹⁷⁵ De totstandkoming van dit soort richtlijnen, althans bij deze vereniging, heeft niet altijd al te veel voeten in de aarde, of, positiever geformuleerd, getuigt van veel flexibiliteit.

De procedure laat zich soms op minder dan een half A-4 uiteenzetten, zoals het navolgende voorbeeld laat zien:¹⁷⁶

In 2005 is een nieuwe procedure voor de goedkeuring van richtlijnen tot stand gekomen. In de Algemene Ledenvergadering (ALV) van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (NVN) van 18 november 2005 is deze nieuwe procedure vastgesteld. De nieuwe procedure bestaat uit de volgende 4 stappen:

1. op de ALV worden, aan de hand van stellingen, de conceptrichtlijnen besproken. *NB: deze stap is niet verplicht!*
2. de richtlijnen worden in conceptvorm 6 weken op de website van de NVN geplaatst, ter becommentariëring.
3. niet-controversiële richtlijnen worden door het bestuur in overleg met de subcommissie Richtlijnen geaccordeerd.
4. op de eerstvolgende ALV worden de richtlijnen officieel goedgekeurd. Richtlijnen, die niet in de ALV worden besproken, worden alleen op de website geplaatst, waarna accordering door het bestuur en de subcommissie Richtlijnen volgt. Bij het plaatsen van de conceptrichtlijn op de website zullen alle leden hiervan per e-mail in kennis worden gesteld.

Deze eenvoudige wijze van totstandkoming zoals hier getoond, mag en kan echter niet verhullen dat het bestaan van dit soort richtlijnen juridisch van groot belang is. Ik kom daarop nog terug (par. 3.3 en par. 4.4).

2.5.2. *Rechtersregelingen*

Uit de context van het burgerlijk procesrecht wil ik hier de zogenaamde rechtersregelingen iets nader belichten. Een rechtersregeling is 'een op schrift gestelde algemene regel (dan wel een complex van zulke regels) die is vastgesteld door een of meer rechters, anders dan in de vorm van een beslissing in een concrete zaak, en die betrekking heeft op de invulling van een bepaalde vorm van beslissingsruimte die de rechter heeft ten aanzien van de behandeling of beslis-

174 Ook de KNMG, het Nederlands Huisartsen Genootschap, etc. zijn actief bij het ontwikkelen van protocollen, zie Biesart/Gevers 1999, p. 9. Ook buiten het medisch terrein, bijv. bij de reclassering, wordt met protocollen gewerkt; het hiernavolgende is in principe analoog daarop toe te passen.

175 Zie Rb. Roermond 1 september 2004, *NJF* 2004, 578 (*M./Europese*).

176 <http://www.neurologie.nl/uploads/131/618/procedure_goedkeuring_richtlijnen_voor_website.doc>. Uiteraard is de totstandkoming per organisatie weer anders geregeld.

sing van zaken.’¹⁷⁷ Het betreft, kortom, het fenomeen dat de rechterlijke macht voor een bepaald vraagstuk een (landelijk) gezamenlijk beleid ontwikkelt, dat ook op schrift stelt en toepast teneinde zo tot meer eenheid en duidelijkheid in de rechtstoepassing te komen. Of de betreffende regelingen ook ‘bindend’ zijn, is hiermee overigens nog niet bepaald (zie daarover nader par. 3.4).

Voor de goede orde vermeld ik hier vast dat de rechterlijke macht deze regelingen niet perse als vorm van (zelf)regulering of regelgeving ziet of wenst te zien. Men spreekt liever over hulpmiddelen bij het afhandelen van zaken. Omdat echter de regelingen zien op vele duizenden gevallen die naar de kern gelijk behandeld moeten worden, en omdat deze regelingen ook het vertrouwen wekken dat precies dat (gelijke behandeling) langs die weg, via deze regelingen, geschieden zal, gaat het hier wel degelijk over algemeen toepasselijke normen of regels.

Het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken¹⁷⁸ en het Landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren zijn de bekendste voorbeelden van rechtersregelingen. Andere rolreglementen betreffen de gerechts-hoven (voor familiezaken) en de rechtbanken voor scheidingen en alimentatie-procedures.¹⁷⁹ Daarnaast noem ik nog de Checklist dagvaarding in rolzaken sector civiel, de Beslagsyllabus inzake de omgang met conservatoir beslag, de Liquidatietarieven, het Rapport Voor-Werk II inzake buitengerechtelijke kosten,¹⁸⁰ de Kantonrechtersformule (ex art. 7:685) van de Kring van Kantonrechters, en de Aanbevelingen van Recofa inzake de toepassing van de Wet Schuldsanering natuurlijke personen.¹⁸¹

De genoemde voorbeelden betreffen rechtersregelingen die openbaar en toegankelijk zijn. Daarnaast, en sinds kort op meer structurele wijze, werkt de rechterlijke macht ook met een aantal niet-toegankelijke Handleidingen. Zo zijn er bijvoorbeeld Handleidingen inzake bewijslevering, deskundigen en comparities. Het betreft hier richtlijnen die, met uitzondering van de Leidraad deskundigen in civiele zaken, (nog) niet openbaar gemaakt zijn en dat voorlopig niet (schijnen) te worden.¹⁸² Exit transparantie, exit publieke controle derhalve. Welke reden of noodzaak daar achter schuilt, is lastig te achterhalen, maar wellicht gaat het (mede) om de vrees dat elke advocaat die een afwijking van een Handleiding ziet, daarop zal wijzen en zal betogen dat zulks niet kan, hetgeen dan weer tot extra werk leidt.

Of die reden valide is, betwijfel ik. Afwijken van een Handleiding is mogelijk en moet ook mogelijk zijn, maar het moet ook te motiveren zijn dat dat is gebeurd. Om die motivering veilig te stellen, beter: af te dwingen, dient dat afwijken dan wel in alle openheid te gebeuren. Het getuigt mijns inziens van ongefundeerde angst, van de oude ‘we mogen

177 Teuben 2004, p. 7.

178 Uitvoerig over de totstandkoming daarvan en over de voorwaarden waaronder een rechtersregeling in zijn algemeenheid tot stand kan komen: Uniken Venema 2001.

179 Ze zijn te vinden via <www.rechtspraak.nl>. Zie ook Teuben 2004, p. 14.

180 Zie het *Jaarverslag 2004* van de Raad voor de Rechtspraak, p. 11-12.

181 Meer over deze en andere vormen bij Teuben 2004, p. 13 e.v.

182 De informatie die ik erover heb, stamt uit een interview van Rammeloo en Knapen met Rick Verschoof en Dineke de Groot in het *Advocatenblad* 2006, p. 540-542.

geen fouten maken'-cultuur, om zo te opereren. Het zou de rechtspraak sieren als die openbaarheid zo spoedig mogelijk alsnog werd gezocht zodat vervolgens de advocatuur kan reageren op die Handleidingen. Van die inbreng kan men slechts leren.

Ik keer terug naar de wel openbare rechtersregelingen. In art. 35 Rv is bepaald dat bij AMvB nadere regels kunnen worden gesteld over termijnen voor proceshandelingen en de voorwaarden voor het mogen uitstellen van proceshandelingen. Ook over het verloop van de procedure en over maatregelen ter bevordering van de eenheid, zijn maatregelen bij AMvB mogelijk. Wat in de diverse rolreglementen en de andere rechtersregelingen vastgelegd is, had dus ook bij AMvB geregeld kunnen worden.

Daarmee rijst de vraag wat de rol is of zou kunnen zijn van art. 35 Rv en waarom dat artikel vooralsnog niet benut is of wordt. Betreft het een uiting van wantrouwen ten opzichte van rechtersregelingen?¹⁸³ Het kan echter ook zo zijn dat de wetgever eerst de kat uit de boom wil(de) kijken om op termijn de goed werkende regelingen over te nemen.¹⁸⁴ Of is het artikel een stok achter de deur, een instrument voor de wetgever om de diverse rechtersregelingen later alsnog wettelijk verbindend te kunnen maken als dat nodig mocht zijn? Dat zou bijvoorbeeld relevant kunnen worden als in de rechtspraak aangenomen zou worden of uit analyse van de rechtersregelingen zou volgen dat deze reglementen de procespartijen juridisch niet kunnen binden zodat er opeens geen vaste termijnen meer zouden gelden. In dat geval zou dan heel snel het juridisch gat gedicht kunnen worden door de reglementen (wederom maar dan) bij AMvB af te kondigen.

Blijkens de wetsgeschiedenis en TEUBENS analyse daarvan, ligt de oplossing van de vraag het dichtst bij de laatste geopperde mogelijkheid. De wetgever is namelijk van mening dat de bedoelde regelingen eerst en vooral door de rechterlijke macht ontwikkeld zouden moeten worden. Slechts wanneer dat niet of niet op tijd gebeurt, zal de wetgever ingrijpen en via art. 35 Rv snel alsnog zelf (kunnen) handelen en bedoelde regelingen alsnog (kunnen) afkondigen.¹⁸⁵ Dat laatste geldt natuurlijk, na tijdige totstandkoming van de regelingen, nog steeds zodat de wetgever nog immer kan ingrijpen, mocht dat nodig zijn, bijvoorbeeld omdat de rechtersregelingen onder druk komen te staan. Het signaal aan de praktijk dat pogingen om de regelingen onderuit te halen, weinig zinvol zullen zijn, omdat eventueel dezelfde regels als AMvB terug zullen keren, is helder. Duidelijk wordt hiermee overigens ook nog dat de rechter in elk geval bevoegd is (in de gedachtegang van de wetgever) om dit soort regelingen op te stellen, uiteraard zonder daarmee de bevoegdheid van de wetgever zelf aan te tasten.¹⁸⁶

2.6. Het proces van alternatieve regelgeving

Om te komen tot een vorm van alternatieve regelgeving die vervolgens toegepast wordt, zal (eventueel gaandeweg) een bepaald proces ontwikkeld en doorlopen moeten worden. Dat proces verschilt per geval van ontwikkeling van regels, standaarden, normen, protocollen of welke naam we er ook aan hechten. Wel kan vastgesteld worden dat dit proces grofweg drie fasen kent:¹⁸⁷

1. de normen of standaarden vaststellen (het formuleren van de normen)
2. het controleren van de naleving

183 De suggestie is van Teuben 2004, p. 95. Zie ook Snijders 2001, p. 22, die stelt dat de wetgever een oordeel over rechtersregelingen uit de weg gaat.

184 Stein/Rueb 2005, p. 104, schrijven dat 'vooruitlopend' op de mogelijkheden van art. 35 Rv sinds 2000 het rolreglement bestaat.

185 Zie Teuben 2004, p. 95-96, verwijzend naar en citerend uit de parlementaire geschiedenis van het nieuwe Rv.

186 Teuben 2004, p. 94-96.

187 Cafaggi 2005, p. 128; Scott 2006, p. 132.

3. de sanctionering bij niet-naleving

Andere hanteren echter weer andere indelingen. Zo gaan BAARSMa E.A.¹⁸⁸ ervan uit dat er drie fases zijn die als volgt ingedeeld zijn:

1. Totstandkoming (ontwikkeling, implementatie en uitvoering)
2. Naleving via controle en dwang
3. Aanpassing van de regulering

Weer anderen identificeren vijf fases: ‘agenda-setting, problem-identification, decision-making, implementation and evaluation’, en constateren dan dat die fases regelmatig in elkaar overlopen.¹⁸⁹

VAN DRIEL maakt nog een onderscheid naar de structuur van het overleg dat tot de zelfregulering moet leiden. Dat overleg kan eenzijdig (gedragsregels in vrije beroepen; gedragscodes in het bedrijfsleven), tweezijdig (overleg tussen bedrijfsleven en consumentenorganisaties of overleg bedrijfsleven en overheid) of geïnstitutionaliseerd zijn (bijvoorbeeld via de Commissie voor Consumentenaangelegenheden, CCA, via hun eigen protocol).¹⁹⁰

Inmiddels zijn er ook al handleidingen ontwikkeld over hoe het proces van zelfregulering opgezet zou kunnen worden. Zo kent men in Canada de brochure ‘*Voluntary Codes*’ uit 1998, waarin een acht stappen-model wordt omschreven. Ik verwijs graag naar die en andere brochures en laat het thema van het proces van zelfregulering verder rusten.¹⁹¹ Ik wil immers vooral bezien welke rechtsgevolgen aan succesvol totstandgekomen zelfregulering kunnen kleven.

2.7. Voordelen en nadelen

Zelfregulering of alternatieve regelgeving mag dan wel gelijk gesteld worden aan ‘volwassen gedrag’¹⁹² en wellicht zelfs ‘nagenoeg altijd de voorkeur’¹⁹³ verdienen, maar het is zeker geen kuur voor alle kwalen, en zal dat ook niet worden.¹⁹⁴ Sterker nog, er zitten ook gevaren aan, bijvoorbeeld het gevaar van ‘corporatisme’ (het verkrijgen van (teveel) macht door groepen die vervolgens geen verantwoording schuldig zijn aan het publiek langs de gebruikelijke politieke kanalen) en het doorbreken van de machtscheiding.¹⁹⁵ Bovendien kan

188 Baarsma e.a. 2004, p. 9.

189 Uitvoerig daarover, vanuit de politicologie-hoek, Porter/Ronit 2006, m.n. p. 64. Vgl. ook nog de vijf stappen bij Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 7.

190 Zie over e.e.a. Van Driel 1989, p. 85-110.

191 Het proces van totstandkoming van zelfregulering loopt m.i. parallel aan dat van de normering van schadevergoeding. Zie over dat proces en de voorwaarden ervoor Weterings 2004, p. 147 e.v., en Giesen/Kamminga/Barendrecht 2001, m.n. p. 132-144.

192 Bartels/Kroeze 1993, p. 620.

193 Eijlander/Voermans 1999, p. 64-65. Voor commerciële contracten is Kornet 2006, zie p. 428 e.v., een voorstander van zelfregulering in combinatie met een strikte, formalistische wijze van uitleg en aanvulling.

194 Eijlander/Gilhuis/Peters 1993, p. 2-3; Van Erp/Verberk 2004, p. 216-217. Witteveen 1994, p. 118, stelt dat zelfregulering dezelfde problemen kent als regelgeving door de overheid.

195 Ogus 1995, p. 98-99.

zelfregulering ook benut worden om (een zelfde soort) ‘command and control’-regulering te creëren maar dan op een ander niveau. De zwakheden van gewone regulering (norm met sanctie) worden dan overgenomen. Bovendien, net als bij overheidsregulering is kennis, kunde en motivatie nodig om effectieve regels te kunnen implementeren.¹⁹⁶

Maar, alternatieve regelgeving kan wel – zo wordt gesteld en soms wellicht verondersteld – een bijdrage leveren aan verbetering van de manier waarop regels menselijk gedrag sturen, en nageleefd worden.¹⁹⁷ Ook de (meest effectieve) wijze van totstandkoming van nadere regels kan bevorderd worden.¹⁹⁸ De mogelijke bijdrage daaraan hangt natuurlijk nauw samen met de voor- en nadelen die verbonden zijn aan zelfregulering.

In navolging van EIJLANDER en VOERMANS¹⁹⁹ kunnen als mogelijke voordelen van het gebruik van (wettelijk geconditioneerde) zelfregulering worden genoemd:

- de betere aansluiting van de regels op het handelingsperspectief van de betrokkenen;
- de grotere bereidheid tot naleving van de zelfgestelde regels;
- de geringere uitvoeringslasten voor de overheid;
- de nauwere band tussen het nemen van beslissingen en het dragen van de gevolgen daarvan;
- de grotere betrokkenheid van burgers en maatschappelijke organisaties bij het desbetreffende onderwerp, vanwege de toegenomen mogelijkheid om zelf in ruimere mate richting te geven aan het gedrag.

Als mogelijke nadelen noemen dezelfde auteurs:

- de toenemende macht van de sterkste of de best georganiseerde;
- de mogelijk beperkte doordringbaarheid van de zelfreguleringscollectiviteit of -instantie voor geluiden of impulsen uit de buitenwereld;
- de daling van het niveau van regulering;
- de beperkte afdwingbaarheid van de (groeps)regels;
- de (soms) onnodige verschillen in regelgeving;
- de toenemende uitvoeringslasten voor burgers en maatschappelijke organisaties.

196 Black 2001, p. 123.

197 Sceptisch echter Black 2001, p. 123: het probleem van gedragsbeïnvloeding is ‘assumed away’.

198 Vgl. Kornet 2006, p. 388 e.v., over de manier waarop zelfregulering kan bijdragen aan de aanvulling (bij voorbaat) van incomplete contracten.

199 Eijlander/Voermans 1999, p. 75. Zie ook Eijlander 1993, p. 182, 231; Eijlander 1993a, p. 133. Vgl. ook de (lijsten met) voor- en nadelen bij Cane 1987, p. 328 e.v.; Polak 1986, p. 218-219; Van Driel 1989, p. 8; Wagemans 2002, p. 64-65; Eijlander/Van Gestel et al 2000, p. 74; Franken 2002; Rüetschi 2003, p. 246-247; Horrevorts/Van Esch 2003, p. 36-37; Dresden 2004, p. 15; Hondius 2006, p. 242-244, en Koops e.a. 2006, p. 123 e.v. Zie verder nog (in betoogvorm) Van Gestel 2000, p. 290-348; Weterings 2004, p. 136-139; Van Dijck 2006, p. 155-156, en Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 6, alsmede over de voordelen (en nadelen) van zelfregulering als mechanisme om de leemten in overeenkomsten aan te vullen Kornet 2006, p. 392-395.

Uit een recent artikel van MULDER/BAARSMa haal ik het volgende overzicht van voor- en nadelen van zelfregulering:²⁰⁰

Voordelen – baten	Valkuilen – kosten
<p>→ Meer en betere informatie binnen de sector: Specifieke kennis, die vereist is voor het opstellen van de regulering, is bij de sector vaak meer aanwezig dan bij de overheid, of de sector kan tegen lagere kosten de benodigde informatie verzamelen.²⁰¹</p> <p>→ Grotere prikkel en bereidheid tot naleving doordat de regulering niet wordt opgelegd van bovenaf, maar (mede) zelf is opgesteld.</p> <p>→ Zelfregulering is flexibeler omdat de regels sneller en soepeler vastgesteld en gewijzigd kunnen worden in vergelijking met het opstellen en implementeren van wetgeving.</p> <p>→ Zelfregulering kan tot een ontlasting van het overheidsapparaat leiden wat betreft toezicht (door inschakeling van private certificerende instellingen)²⁰³</p>	<p>→ Zelfregulering kan de mededinging beperken, bijvoorbeeld door excessief hoge kwaliteitsstandaarden of vaste prijzen te stellen of het opwerpen van toetredingsbelemmeringen.²⁰² Ook kan zelfregulering gepaard gaan met intensieve communicatie, hetgeen samenspanning in de hand kan werken.</p> <p>→ Mogelijke aantasting rechtszekerheid doordat sommige zelfreguleringsafspraken moeilijk zijn af te dwingen en er voor verschillende partijen – afhankelijk van hun machtspositie en relatie tot de regulator – andere voorwaarden kunnen gelden. Ook het gemakkelijk veranderen van de regels kan rechtsongelijkheid in de hand werken.</p> <p>→ Gevoeligheid voor lobbyisten (dit kan echter ook een rol spelen bij wetgeving).</p> <p>→ Mogelijk preëemptief effect: een sector kan door met zelfregulering een bepaalde richting in te slaan de wetgever als die later strengere regulering overweegt voor een <i>fait accompli</i> stellen. Bij wetgeving geeft de overheid van begin af aan (eventueel in overleg met een sector) de richting aan en is er dus minder sprake van <i>path dependence</i>.</p> <p>→ De overheid wil vaak toch toezicht houden, waardoor de kosten voor metatoezicht nemen.</p>

BRON: Baarsma et al 2003 & Mulder/Baarsma 2006

200 Mulder/Baarsma 2006, p. 154. Zie ook Ogus 1995, p. 97-98. Ik heb de verwijzingen zoals opgenomen in het oorspronkelijke schema, weggelaten en een enkele eigen verwijzing, omgeven door [], ingevoegd.

201 Schwarcz 1995, p. 921. Dat betekent dus ook meer algemeen dat de reguleringskosten bij zelfregulering lager zullen zijn, zie ook Baarsma e.a. 2004, p. 86-88; Giesen/Vranken 2004, p. 230, en vooral ook Ogus 1995, p. 97-98. Bovendien, door de veelal aanwezige eigen interne handhaving (zie par. 5) van de zelfreguleringsnormen zal het beroep op de rechter afnemen, ook dat scheelt in de kosten.

202 Economen gebruiken daarbij de term 'rent-seeking', vgl. nader Ogus 2000, p. 591-592; Weterings 2004, p. 143-144, en Den Hertog 2003, p. 55. Het gaat daarbij om pogingen tot het doen toenemen van persoonlijk welzijn en tegelijk een negatieve bijdrage leveren aan het welzijn van de gemeenschap als geheel.

203 Dat leidt dan ook weer tot kostenbesparingen, vgl. ook Van Mierlo 2004, p. 125.

PHILIPSEN²⁰⁴ bespreekt de voor- en nadelen van zelfregulering vanuit een rechts-economische invalshoek, maar dat levert enkel een herhaling van zetten op als het om de voordelen gaat. Ook langs die weg komen we uit bij specifieke deskundigheid, flexibiliteit en lagere kosten.²⁰⁵ Bezien wij de nadelen, dan valt op het argument dat professionals geen prikkel hebben om de kwaliteitsstandaard te handhaven en controleren,²⁰⁶ terwijl meestal juist als voordeel van zelfregulering genoemd wordt dat er een prikkel en bereidheid tot naleving is doordat de regulering niet wordt opgelegd van bovenaf, maar (mede) zelf is opgesteld. Bij nader inzien zijn beide stellingen echter niet onvereenigbaar. Immers, hoewel er blijkbaar geen prikkels zijn tot handhaving, is dat feitelijk geen probleem omdat de naleving als het ware vanzelf, zonder (noodzaak tot daadwerkelijke) handhaving, van de grond komt. Dat, ten tweede, de mededinging in gevaar is of kan komen, is een veel gehoord nadeel.²⁰⁷

SNYDER benadrukt dat het bij alternatieve regelgeving gaat om 'default rules' en omdat deze 'rules' het best gemaakt kunnen worden door aan te knopen bij de preferenties of 'best practices' van de bepaalde groepen, zal 'private law making' een attractief proces zijn dat het doel van afstemming tussen recht en praktijk beter zal bereiken dan 'gewoon recht'. Bovendien wijst hij erop dat 'private law making' meer 'nimble' (vlug, rap, vaardig) zal zijn, sneller kan reageren, flexibeler en efficiënter zal zijn. Ofwel: meer snelheid, en minder verloren moeite, zo zal men de 'entropic tendencies' van het recht vermijden; men kan voorkomen dat het recht rigide wordt.²⁰⁸

Wat van het voorgaande verder zij, zelfregulering leidt in elk geval niet tot minder regels,²⁰⁹ en dat is kwalijk, zo wordt daar meestal aan toegevoegd, want het is schadelijk voor de productiviteit en daarmee de economische groei.

Dit effect doet zich mijns inziens voor omdat het vervangen van regels door bijvoorbeeld open normen en zorgplichten niet leidt tot minder regels. Die vervangende normen moeten dan immers weer worden ingevuld via en door vormen van alternatieve regelgeving, gemaakt door andere groepen op een ander niveau.²¹⁰

Dit effect zou doorbroken moeten worden via een kosten/baten-analyse van bestaande en nieuwe wet- en regelgeving en door afschaffing van wetgeving als de kosten hoger zijn.²¹¹ Ten aanzien van de kosten (en baten!) van de keuze tus-

204 Philipsen 2003, p. 37-39. Zie ook Ogus 2000, p. 591, en Barbou des Places 2006, p. 217-219.

205 Voor een overzicht van kosten en baten, zie Baarsma e.a. 2004, p. 19.

206 Contrair overigens Ogus 2000, p. 591.

207 Philipsen 2003, p. 39; Ogus 2000, p. 587; Van Driel 1989, p. 5. Inzake de mededinging ook Hondius 2006, p. 244; Weterings 2004, p. 140, en Donner 1993, p. 162.

208 Snyder 2003, p. 420-422.

209 Bijv. Giesen/Vranken 2004, p. 223; Dresden 2004, p. 17; Eijlander 2000, p. 13 en p. 14. Vgl. ook Van der Heijden 2005, p. 2083 (die aangeeft dat het 'over de schutting gooien' richting de burgers van de opdracht tot regelgeving, niet tot winst leidt).

210 Een voorbeeld hiervan biedt het pleidooi van Lavrijssen-Heijmans 2006, p. 511-512, om de open normen voor toezichthouders in te vullen via 'good governance'-beginselen die dan in een code zouden moeten worden opgenomen en waarover dan verslag moet worden gedaan.

211 Zie het Advies van de Raad van Economische Adviseurs (REA), *Kamerstukken II 2004/05*, 30 123, nr. 2. In de VS is al in de jaren '80 een bureau opgetuigd (het OMB) om het teveel aan regulering tegen te gaan, zie zeer kritisch daarover Bagley/Revesz 2005.

sen alternatieve regelgeving of wetgeving kan nog gezegd worden dat over het algemeen niet de ene optie goedkoper is dan de ander. Wel kan vastgesteld worden dat de specifieke kosten van totstandkoming en naleving lager zijn bij zelfregulering. Zo bezien, heeft zelfregulering dus de beste papieren. Zelfregulering sluit makkelijker aan bij de al aanwezige kennis en ervaring en kost minder tijd. Bovendien is er meer spontane naleving en wordt er efficiënter afgewogen hoeveel handhaving nodig is.²¹² Een groot nadeel is echter dat het bij regels en normen om 'public goods' gaat, zodat private partijen geen inherente prikkel hebben om deze zelf te ontwerpen.²¹³

2.8. Wanneer alternatieve regelgeving?

Men zegt wel dat daar waar zelfregulering mogelijk is, overheidsregulering achterwege dient te blijven.²¹⁴ Dat de overheid zelfregulering lijkt te stimuleren, is dan ook een 'understatement', het lijkt meer een tweede natuur (geworden).²¹⁵ Maar, toch zal steeds per geval bezien worden of zelfregulering inderdaad een optie is²¹⁶ en daarbij kunnen diverse factoren een rol spelen.²¹⁷

Opvallend is dat hoewel de voordelen en nadelen van zelfregulering al vaker op een rij gezet zijn, het systematisch afwegen (bijvoorbeeld via een kosten/baten-analyse) van wat nu eigenlijk beter of efficiënter of goedkoper is, zelfregulering dan wel wetgeving, nog (te) weinig plaats vindt.²¹⁸ Rechtseconomisch is een rechtvaardiging voor zelfregulering aanwezig indien aan drie voorwaarden voldaan is, aldus OGUS. Er moet sprake zijn van een marktfalen, zoals informatieasymmetrie, rondom de activiteit die in aanmerking komt, in-

212 Mulder/Baarsma 2006, p. 150 en 166. Vgl. ook Giesen/Vranken 2004, p. 230.

213 Giesen/Vranken 2004, p. 230, met verdere verwijzingen.

214 Zie bijv. Loos 1998, p. 231 en 240, alsmede de Aanwijzingen voor de regelgeving.

215 De overheid probeert waar mogelijk de eigen rol terug te brengen tot een 'faciliterende' ten faveure van de eigen verantwoordelijkheid die de private partijen moeten nemen. In dat licht is het niet vreemd dat dezelfde overheid in diverse beleidsstukken getuigt van de (zelfs vergaande) bereidheid om zelfregulering te stimuleren. Vaak heeft dat van doen met de gedachte dat de handhaving in private handen zou moeten komen (of blijven). Zie nader Witteveen 2007.

216 In de reactie op het rapport van de Commissie-Borghouts over tegemoetkomingen bij rampen en calamiteiten formuleert het kabinet als uitgangspunt dat de overheid zich terughoudender moet opstellen op terreinen waar de samenleving in staat moet worden geacht zelfregulerend op te treden, zie *Kamerstukken II 2005/06*, 29 668, nr. 11, p. 1 en p. 5. Dat betekent bijv. dat de overheid niet voorop zal lopen bij de oprichting van een permanent bemiddelingsinstituut voor letselschade (p. 18-19).

217 Van Driel 1989, p. 70 e.v., bespreekt een basismodel om te bepalen welke onderwerpen voor zelfregulering in aanmerking komen. De eventuele effectiviteit van zelfregulering hangt volgens Van Driel (p. 74-77) af van een aantal factoren, zoals de aanwezigheid en mate van belangentegenstellingen, de organisatorische macht van de initiatiefnemer om de achterban te binden en daaraan gekoppeld de representativiteit, de vraag of er een concurrentiebeperking optreedt, en de vorm van controle en toezicht. Zie verder nog Van Driel 1989, p. 277-280, en hierover ook nog Hillier/Parker 1997, p. 6-8, en het themanummer van *Recht der Werkelijkheid* uit 2006 (verschenen na afronding van dit boek).

218 Baarsma e.a. 2004. Vgl. nog BRTF 2000, p. 24 e.v., waaruit duidelijk wordt dat de vraag of zelfregulering de voorkeur verdient, sterk gelieerd is aan de voordelen ervan. Waar veel deskundigheid nodig is, is zelfregulering wellicht beter dan overheidsregulering. Zie ook Schulz/Held 2004, p. 61 e.v.

strumenten van regulier privaatrecht zijn inadequaaf of te kostbaar om dat marktfalen te herstellen, en zelfregulering is een betere (goedkopere) manier om de situatie te corrigeren dan de gebruikelijke publieke regulering.²¹⁹ Of aan die laatste voorwaarde is voldaan, zal ervan afhangen of de voordelen die aan zelfregulering toegekend worden, ook in het betreffende geval bestaan (zie par. 2.7). Verder zal het ook van de soort zelfregulering afhangen of en wanneer er daarvoor ruimte is. Consensuele zelfregulering inzake veilige arbeidsomstandigheden is bijvoorbeeld slechts een optie als er onderhandelingen plaats kunnen vinden tussen zij die de risico's creëren en de potentiële slachtoffers daarvan en als die onderhandelingen niet al te prijzig zijn.²²⁰

Het *motief* voor alternatieve regelgeving kan hetzelfde zijn als de mogelijke motieven voor overheidsregulering (economisch gesproken: marktfalen corrigeren of politieke overwegingen).²²¹ Het kan ook gaan om anticipatie op overheidsregulering (strengere regelgeving voorkomen), en dus kan de overheid zelfregulering afdwingen door juist met eigen regels te dreigen. Uiteraard is zelfregulering ook mogelijk waar de overheid geen initiatieven zal ontplooiën, bijvoorbeeld omdat het marktfalen nog geen interventie rechtvaardigen kan of omdat het om andere motieven dan die voor regulering gaat. Tot slot kan een reden zijn om zelfregulering toe te staan of te stimuleren dat zulks het particuliere initiatief prikkelt.²²²

Of zelfregulering een haalbare en wenselijke optie is, is enige jaren terug uitvoerig onder de loep genomen door SEO. Eén van de conclusies luidt dat zelfregulering een optie is die zich aandient indien het marktfalen dat gecorrigeerd moet worden (en niet via marktwerking te corrigeren is), bestaat uit informatieasymmetrie, externe effecten of transactiekosten.²²³ Zelfregulering is niet bruikbaar bij een marktfalen dat te maken heeft met een gebrek aan concurrentie of met publieke goederen.²²⁴ Of zelfregulering werkelijk passend is, hangt vervolgens ook weer af van de actoren die erbij betrokken zijn: de gebruikers (neemt men de verantwoordelijkheid voor het probleem, is er deskundigheid aanwezig, is er draagvlak en een zekere organisatiegraad?), de overheid (welke mate van inmenging is nodig?), de overige belanghebbenden en de faciliterende instanties.²²⁵

Ook Koops e.a.²²⁶ noemen diverse criteria die de afweging tussen de keuze voor zelfregulering of voor overheidsregulering kunnen sturen: 'fairness' (is er voldoende bescherming van ieders belangen en grondrechten?), 'inclusiveness' (wie doet mee en zijn ze voldoende representatief?), 'compliance' (op welke

219 Ogus 1995, p. 97. Inzake de kosten ook Baarsma e.a. 2004, p. 86-88.

220 Vgl. Ogus 1995, p. 100-102.

221 Nader over de hier besproken aspecten Baarsma e.a. 2003.

222 Daarover Van Gestel 2000, p. 109.

223 Baarsma e.a. 2003, p. 45, p. 46 en p. 49. Teneinde overheidsregulering uit paternalistische motieven te voorkomen, kan zelfregulering ook inzetbaar zijn, zie p. 48.

224 Baarsma e.a. 2003, p. 44-45 en p. 47. Ook het rechte trekken van een ongelijke welvaartsverdeling of het oplossen van grote onevenwichtigheden zal niet via zelfregulering zijn beslag krijgen, zie p. 47 en 48.

225 Baarsma e.a. 2003, p. 50 e.v. Vgl. in dit verband ook Giesen/Vranken 2004, p. 224 e.v., en Horrevorts/Van Esch 2003, p. 39, die wijzen op factoren als organisatiegraad, gelijkwaardige belangenbehartiging, binding van alle partijen en voldoende handhaving, en onderstrepen dat zelfregulering niet alleen als alternatief voor, maar ook als aanvulling op wetgeving kan functioneren (p. 40). Wagemans 2002, p. 85, onderstreept het belang van draagvlak; Lindahl 2005, p. 1893, noemt representativiteit.

226 Koops e.a. 2006, p. 136-140. Vgl. ook nog Wagemans 2002, p. 62.

wijze en in welke mate is wie verantwoordelijk te houden voor handhaving van de regels?²²⁷), ‘transparency’ (is het proces en de uitkomst van regelontwikkeling openbaar genoeg?), ‘legal certainty’ (zijn de ontworpen regels voldoende duidelijk, precies en consistent?), ‘context’ (wat wil men bereiken, in welke omgeving en over welk thema?), en ‘efficiency’ (welke manier van reguleren is het meest efficiënt en het minst kostbaar?).

Volgens EIJLANDER dient zelfregulering met name overwogen te worden ‘bij regulering van het gedrag van professionals, in situaties waarin individuele of groepsbelangen niet te zeer verschillen van het belang dat de desbetreffende (kader)wet beoogt te bieden, en in omstandigheden waarin (volledige) overheidsregulering niet of nauwelijks controleerbaar of handhaafbaar is.’²²⁸ Daar komt dan nog bij dat er een voldoende graad van organisatie en institutionalisering moet bestaan om tot gedeelde normen te komen en dat er voldoende bereidheid is om problemen werkelijk aan te pakken.²²⁹ Daaruit volgt dan dat de zelfregulering niet enkel een alibi mag zijn om de overheid van regulering af te houden.

Wat nodig is voor zelfregulering binnen een bepaalde sector is, aldus LACLÉ en MEUWSE, veel kennis, veel steun, voldoende organisatiegraad, een onderwerp dat niet teveel conflicterende belangen omvat, bescherming van maatschappelijke belangen en gegarandeerde handhaving.²³⁰

Op de vraag wanneer zelfregulering een optie is, antwoordt SLAGTER in drievoud. Zelfregulering is een (of: de) optie als consumentenorganisaties in staat zijn om bepaalde grote belangen van de consumenten te beschermen, indien de kosten van uitvoering en controle van overheidsregels niet opwegen tegen de baten, en indien algemene regels niet op te stellen zijn omdat per branche de problemen en oplossingen verschillen.²³¹

De eisen die het bedrijfsleven aan het recht stelt, zijn: complete en duidelijke regels, snelheid in toepassing ervan en de mogelijkheid om informatie geheim te houden. Als daaraan niet is voldaan, ontstaat de urgentie om de regels te vervangen of aan te vullen met een systeem van private regels;²³² vooral het gebrek aan snelheid van aanpassing speelt hierbij een rol.²³³ Zelfregulering ontstaat, met andere woorden, alleen maar wanneer het bedrijfsleven daar belang bij heeft.²³⁴

227 Dit is minder een issue als er meer betrokkenen meedoen, zie Koops e.a. 2006, p. 138.

228 Eijlander 2000, p. 18. Zie ook reeds Eijlander 1993, p. 231 en Eijlander 1993a, p. 136. Zie verder Dorbeck-Jung 1993, p. 147 (niet te veel verschillende belangen).

229 Eijlander 2000, p. 18.

230 Laclé/Meuwese 2006, § I.

231 Slagter 1988, p. 92.

232 Zie Strömholm 1971, p. 225-226, die aangeeft dat dit best tot onredelijke regels kan leiden.

233 Strömholm 1971, p. 233 en p. 234: Hoe preciezer de regel, hoe sneller die verouderd zal zijn. Open normen gaan langer mee.

234 Zie Gilhuis 1993, p. 78, die ook aangeeft dat men wellicht probeert om overheidsregulering te verhinderen onder het mom van zelfregulering (zie p. 79), zodat vrijblijvendheid wat hem betreft niet mogelijk is (p. 80); de overheid moet randvoorwaarden stellen (p. 80). Asser-Vranken 2005, nr. 87, op p. 96, meent dat zelfregulering steeds ‘ten dele’ in het belang van het bedrijfsleven is. Vgl. verder Brenninkmeijer 2006, p. 2283, die samenwerking (bij ‘governance’) ziet ontstaan als daartoe een commercieel belang bestaat, en Van Driel 1989, p. 94.

Vaak is men daar uitgesproken over: vrijwillige zelfregulering door privaatrechtelijke organisaties stoelt op commerciële belangen²³⁵ en dus op het eigen belang van het bedrijfsleven.²³⁶ Zelfregulering wordt dan ook wel gezien als een moderne vorm van ‘corporatism’, het machtig worden van groepen die niet verantwoordelijk zijn langs de gewone politieke, democratische kanalen.²³⁷

Is zelfregulering dan wellicht alleen het overwegen waard als er ook wetgeving is om die regelgeving de nodige ‘back-up’ te geven? Ik werp de vraag op omdat dat volgens HONDIUS het geval is; anderen zitten op dezelfde lijn.²³⁸ Maar wellicht speelt daarbij mee dat HONDIUS over het consumentenrecht spreekt en daarbij speelt een zekere beschermingsgedachte (bescherming van de consument) altijd mee. Die bescherming is dan, zo luidt de premisse, het best verzekerd via dwingende overheidswetgeving of vergelijkbare arrangementen. Zo kan ik mij voorstellen dat de Consumentenautoriteit bijvoorbeeld de zelfregulering in de consumentenbranche gaat bewaken en dat daarmee voldoende ‘spierballen’ klaarstaan om in te grijpen, indien nodig.

Uiteraard is het niet zo dat de keuze altijd òf zelfregulering òf overheidsregulering is, vaak bestaat er een begaanbare middenweg, zoals het later alsnog codificeren van de zelfreguleringsnormen,²³⁹ het maken van een kaderwet, het dreigen met wetgeving voor het geval er geen zelfregulering komt,²⁴⁰ het opstellen van procedurele regels en voorwaarden inzake zelfregulering, of het maken van een combinatie, een mix van wetgeving en zelfregulering, waarbij de totstandkoming particulier geschiedt en het resultaat vervolgens wordt omgezet of bekrachtigd via wetgeving. Beide reguleringsvormen kunnen elkaar dus aanvullen.²⁴¹ Ook kan de overheid het overleg tussen bepaalde groepen faciliteren, informatie verspreiden om zo het bewustzijn te vergroten en de sanctionering en handhaving te vereenvoudigen.²⁴² Bovendien is zelfregulering vanuit het perspectief van de overheid alleen realiseerbaar als er niet te veel verschillende of zelfs tegengestelde belangen in het geding zijn.²⁴³

Wellicht heeft dit laatste aspect een rol gespeeld bij de (ontvangst van de) Gedragscode Behandeling Letselschade. In de eerste fase van het proces van totstandkoming bestonden er veel, waarschijnlijk te veel, verschillen tussen de deelnemers aan het overleg. Na het uitstappen van de advocatuur, tot dan toe vertegenwoordigd via de LSA en de WAA, was het verschil van inzicht zodanig gereduceerd dat overeenstemming toen wel mogelijk werd en was. Maar, of dat dan ook betekent dat er nog steeds voldoende draagvlak is voor de Gedragscode in kwestie, is een ander verhaal. De aanwezigheid van één van de doelgroepen, de rechtshulpverleners, is wat dat aangaat een stevig (en mijns inziens onnodig) gemis.²⁴⁴

235 Dorbeck-Jung 1993, p. 148.

236 Van Driel 1989, p. 9 en 94.

237 Bijv. Ogos 2000, p. 587; Barbou des Places 2006, p. 220.

238 Hondius 2006, p. 238; Parker/Braithwaite 2003, p. 135; vgl. ook Witteveen 1994, p. 120: zelfregulering heeft voorrang op regulering mits men terug kan vallen op regulering.

239 De zelfregulering is dan een ‘transitional mode of rule making’, aldus Mörth 2004, p. 3.

240 Snyder 2003, p. 445, spreekt over ‘loud government inaction’.

241 Mulder/Baarsma 2006, p. 166; Eijlander 1993a, p. 135.

242 Koops e.a. 2006, p. 140-148.

243 Dorbeck-Jung 1993, p. 147.

244 Zie voor meer informatie <www.letselcode.nl>.

Zelfregulering ontstaat niet vanzelf, maar onder invloed van maatschappelijke en politieke ontwikkelingen: men probeert de overheid voor te zijn. Ook de gedachte dat de kwaliteit beter zal zijn, speelt een rol, net als het idee dat via zelfregulering een imagoverbetering kan worden bereikt.²⁴⁵

Aanhakend bij dat kwaliteitsaspect stelt TEUBEN dat alternatieve regelgeving vaak opkomt als er uiteenlopende beslissingen bereikt worden, als de smartengeldbedragen niet in de pas lopen, de vergoedingen bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst niet stroken en de strafmaat voor een delict steeds anders uitvalt. Waar de lagere rechtspraak structureel uiteenloopt qua beslissingen en resultaten, ontstaat rechterlijke samenwerking om tot afstemming te komen.²⁴⁶ Men wil rechtsgelijkheid en rechtszekerheid bevorderen. Daarbij gaat het dus om algemene samenwerking en niet slechts om incidentele groepsvorming. Dezelfde lijn kan ook tot buiten het terrein van de rechtspraak en de invoering van rechtersregelingen doorgetrokken worden; daar waar de oplossingen, de beslissingen, uiteenlopen, is eenheid nodig. Dat geldt vervolgens eens te meer waar het een onderwerp betreft dat veel aan de orde is, en dus massa heeft, en waarvoor aan de beslisser enige beslissingsruimte is gelaten, zodat een nadere invulling steeds weer nodig is.²⁴⁷

De vraag of er ruimte is voor zelfregulering, hangt natuurlijk ook nog af van het antwoord op de vraag of er soms ruimte is voor, of wellicht zelfs een noodzaak bestaat tot, het ontwerpen en invoeren van een wettelijke regeling.²⁴⁸ Dat maakt de hier besproken kwestie uiteraard oneindig gecompliceerd, omdat er vele goede redenen bestaan of te bedenken zijn voor het invoeren van een wet. Daarnaast of in plaats daarvan kan ook nog een tweesporenbeleid verkieslijk zijn, te weten zelfregulering voor de koplopers, zij die het goed doen, en dwingende wettelijke regels, inclusief strenge handhaving, voor de rest, zij die minder goed presteren.²⁴⁹

Sterk relativerend over zelfregulering (in relatie tot wetgeving) is (of wellicht beter: was) DONNER.²⁵⁰ Zelfregulering heeft geen andere functie dan regulering en die regulering dient ertoe lasten of risico's te vermijden of eerlijk te verdelen. In relatie tot derden schuilt in zelfregulering dan het gevaar dat de regelende partijen de risico's bij die derden (en uiteraard niet bij henzelf) leggen. Ook komt het onderscheid publiek/privaat daarmee op de tocht te staan, en dan kan zelfregulering de gelegenheid bieden om verder in te grijpen dan de overheid zou kunnen (men wil het zelf immers). Zelfregulering tekent dan de onmacht van de wetgever. Voor zover zelfregulering gekoppeld is aan privaatrechtelijke verhoudingen, levert die vorm van regulering mijns inziens echter niet noodzakelijkerwijs onoverkomelijke problemen op als het gaat om democratische legi-

245 Van Driel 1989, p. 10-11.

246 Zie Teuben 2004, p. 2-3.

247 Teuben 2004, p. 4-5.

248 Eijlander/Voermans 1999, p. 54 e.v.

249 Zie daarover vooral Van Gestel 2000, en Eijlander/Van Gestel et al 2000, p. 76.

250 Donner 1993, p. 163-165.

timatie en legaliteit, zoals nog zal blijken.²⁵¹ Het privaatrecht is immers goed in staat alternatieve regelgeving te incorporeren, omdat het privaatrecht gebouwd is op de gedachte van private partijen die vanuit hun eigen autonomie hun eigen afspraken maken en daarbij alleen terugvallen op wetgeversrecht als ze zelf niets (willen) regelen. Het ‘zelf doen’ is dus ingebakken en via het BW als regeling van in beginsel aanvullend recht, gelegitimeerd.

2.9. Is alternatieve regelgeving ‘recht’ te noemen?

2.9.1. *Introductie*

In Duitsland is in de rechtspraak over zogenaamde DIN-normen bepaald dat deze geen rechtsnormen zijn, maar private, technische regelingen die ‘Empfelungscharakter’ hebben. Of een gebouwde zaak een gebrek heeft of niet, kan daarmee niet louter aan de hand van een DIN-norm bepaald worden. Doet de rechter dat wel, dan verstrekt hij de norm een deze niet toekomende ‘Rechtsnormqualität’.²⁵² Opmerking verdient daarbij wel dat er wordt bepleit dit juist anders aan te pakken, om niet stil te staan bij het publiekrechtelijke ‘transformatiemechanisme’ waardoor recht ontstaat. Ook privaat gemaakte standaarden, zoals voornoemde DIN-normen, zouden als een normatief fenomeen geaccepteerd moeten worden.²⁵³ De traditionele rechtsbronnenleer is in die opvatting dan niet meer voldoende, pluralisme is de nieuwe norm.²⁵⁴

In datzelfde Duitsland worden de regels van het tuchtrecht (Standesrichtlinien) niet als rechtsnormen gezien, maar werd daaraan wel een zekere ‘rechtserhebliche’ betekenis toegerekend in de ‘ehrengerichtlichen’ rechtspraak.²⁵⁵ Beroepsplichten werden via een open norm omschreven en als rechtsgrondslag voor ingrepen in de beroepsuitoefening voldeed dat. Een uitleg en toepassing van die open norm aan de hand van de ‘Standesrichtlinien’ lag dan ook voor de hand. De richtlijnen werden als kennisbron erkend en gebruikt als hulpmiddel bij de uitleg en concretisering van de open norm (‘Generalklausel’). In een uit-

251 Vgl. par. 6 en par. 7. Ik ga de vraag naar de staatsrechtelijke en/of democratische achtergrond en legitimatie van alternatieve regelgeving graag uit de weg, maar opmerking verdient dat er hier technisch-juridisch gezien inderdaad een democratisch tekort ligt. Dat is met alle alternatieve regelgeving het geval, terwijl wel de rechtszekerheid (als een aspect van rechtvaardigheid) ermee gediend is en de normen materiële (inhoudelijke) autoriteit hebben en praktisch zijn, zie Rüetschi 2003, p. 251, en vgl. Mörth 2004a, p. 196-199. Praktische doelmatigheid en democratische geboden staan hier dus tegenover elkaar. Overigens vindt Rüetschi 2003, p. 252-253, dat het zelfs de plicht van de wetgever is om normen te maken (en dat dus niet aan zelfregulering over te laten) waar het om de centrale vragen gaat (zoals de medische standaarden waarover hij schrijft). Hij stelt (p. 254): ‘Kein noch so gut funktionierendes System privater Regelungen darf den Gesetzgeber dazu verführen, sich der ihm von der Verfassung zugedachten Aufgabe zu entziehen.’. Richtlijnen zijn voor hem hoogstens een overgangsoptlossing.

252 Zie BGH 14 mei 1988, BGHZ 139, 16, op p. 19-20, met verdere verwijzingen. Vgl. ook Bachmann 2003, p. 28; Chalmers 2006, p. 180 (voor de VS) en over dit thema in brede zin Schepel 2005.

253 Ladeur 2000, p. 98.

254 Ladeur 2000, p. 99.

255 Zie daarover BverfGE 76, 171, op p. 186.

spraak van het *Bundesverfassungsgericht* uit 1987 wordt hier echter van afgestapt.²⁵⁶ De beroepsplichten weerspiegelen wel de beroepsethos, maar een verdergaande betekenis eraan toekennen, leidt tot grondwettelijke bedenkingen. Ze zijn onvoldoende gelegitimeerd voor een inbreuk op grondrechten en moeten dan ook vervangen worden.²⁵⁷ Achtergrond is, aldus LORZ,²⁵⁸ dat het *Bundesverfassungsgericht* een diep wantrouwen koestert ten opzichte van normen van beroepsverbanden.

2.9.2. 'Recht' in Nederland: art. 79 RO

Hoe is de situatie in Nederland ten aanzien van dit soort technische normen en andere vormen van alternatieve regelgeving? Mogen we te dien aanzien van 'recht' spreken? Ik doel dan op de specifieke vraag of het hier om recht in de zin van art. 79 RO gaat, met het daaraan verbonden gevolg dat de betreffende regel toetsbaar in cassatie is via een rechtsklacht.²⁵⁹ Deze vraag is daarom relevant omdat de binding aan alternatieve regelgeving in bepaalde gevallen hiervan lijkt af te (kunnen) hangen.²⁶⁰

De vraag wat recht is en of alternatieve regelgeving recht is, is ook los van art. 79 RO interessant (en eigenlijk enkel vanuit rechtstheoretisch perspectief te beantwoorden). Ik wil er slechts kort iets over zeggen, in relatie tot zelfregulering, uiteraard. SNYDER²⁶¹ gaat in dit verband uit van het *effect* van een norm. Kort gezegd: een 'gewone' regel is van invloed voor een beperkte, afgebakende groep mensen (een reglement van een golfclub bijvoorbeeld), terwijl een rechtsregel vele duizenden mensen raakt. Verder gaat dit idee ervan uit dat een rechtsregel op alle betrokkenen wordt losgelaten, terwijl een andersoortige norm (een algemene voorwaarde bijvoorbeeld) alleen door de ene partij aan de andere wordt opgedrongen. Dat het bij zelfregulering vaak om keuzes gaat, en om een vorm van regelend recht, doet er verder niet aan af dat het hier om 'recht' gaat, want veel van ons recht is 'slechts' regelend recht.²⁶² Sterker nog, meestal komt een regel van zelfregulering in plaats van een wettelijke norm die als 'default' regel, als regel van aanvullend recht, geldt.²⁶³ En veel van de zelfregulerende regels gelden in feite als 'mandatory', als dwingend recht, want er is geen ontsnappen aan omdat er geen alternatief is.²⁶⁴

De vraag of er sprake is of kan zijn van (rechtsvormende) beïnvloeding door regels die als alternatieve regelgeving te boek staan, komt onder de noemer rechtsvorming in par. 4 aan bod. Die invloed kan er en zal er mijns inziens ook zijn als er verder geen sprake is van 'recht' in de hier bedoelde officiële zin van het woord (zie par. 3 en par. 4) zodat met het antwoord op de 'art. 79 RO'-

256 BverfGE 76, 171, op p. 187.

257 BverfGE 76, 171, op p. 188 en 189. Zie ook Lorz 2002 en Bachmann 2003, p. 28.

258 Lorz 2002, p. 174.

259 Zie nader de conclusie van A-G Verkade (nr. 4.14) voor HR 20 oktober 2006, *NJ* 2006, 573 (*X./De Vereniging*). Als een regeling geen 'recht' in deze zin betreft, zijn de overwegingen dienaangaande wel op begrijpelijkheid te toetsen. Zie ook Korthals Altes 2005, p. 918. Het belang van art. 79 RO moet dus niet overdreven worden.

260 Ik bespreek deze vraag op deze plek omdat het een algemene vraag betreft over wat alternatieve regelgeving eigenlijk is.

261 Snyder 2003, p. 404 e.v.

262 Snyder 2003, p. 406.

263 Snyder 2003, p. 409.

264 Snyder 2003, p. 410.

vraag zeker niet alles gezegd is over de invloed van alternatieve regelgeving.²⁶⁵ Bovendien is toetsing in cassatie op begrijpelijkheid in elk geval mogelijk.²⁶⁶

Echter, een kwalificatie als 'recht' zal wel meer gewicht en status aan een regel verlenen en daarmee het idee dat deze regel mogelijk invloed zou kunnen hebben, eenvoudiger aanvaardbaar maken.²⁶⁷ Daarom ga ik hierna toch in op de vraag wanneer er sprake kan zijn van recht in de zin van art. 79 RO.

Deze vraag is in de rechtspraak regelmatig aan bod geweest en in de literatuur ook recent nog uitvoerig beschreven.²⁶⁸ Kort gezegd komt het systeem hierop neer. Een regeling is als recht in de zin van art. 79 RO te beschouwen indien er sprake is van 'naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in den zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent'.²⁶⁹

In een recente uitspraak werd deze formulering ingekort tot 'een naar buiten werkende, tot een ieder gerichte algemene regeling die op behoorlijke wijze is bekend gemaakt'²⁷⁰ maar daarbij stond wel vast dat de regeling in kwestie terug te voeren viel op een wettelijke regeling.

Materieel is de norm sindsdien niet gewijzigd en is derhalve nodig dat er een wettelijke grondslag aanwezig is, dat het een naar buiten werkende, algemene regeling betreft en dat deze genoegzaam bekend is gemaakt.²⁷¹ Een algemeen

265 Als exemplarisch voorbeeld noem ik alvast het arrest *Kouwenberg/Rabobank* (HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (m.nt. C.E. du Perron)) waarin een reglement dat *niet* als recht in de zin van art. 79 RO bestempeld werd, toch van invloed bleek op de uitkomst. Zie ook Asser-Vranken 2005, nr. 79-83 en nr. 84. Alternatieve regelgeving moet in dergelijke gevallen in de beschouwingen meegenomen worden, aldus ook Teuben 2004, p. 347-348. Volgens Korthals Altes 2005, p. 918, heeft art. 79 RO in dit verband alleen betekenis voor de toetsing in cassatie.

266 Zie nogmaals de conclusie van A-G Verkade (nr. 4.14) voor HR 20 oktober 2006, *NJ* 2006, 573 (*X./De Vereniging*), en Korthals Altes 2005, p. 918.

267 Vgl. Giesen/Vranken 2004, p. 227. Ik wijs er nog op dat voor Asser-Vranken 2005, nr. 83, art. 79 RO geen geschikt kader biedt. De criteria zouden wat hem betreft moeten veranderen in het licht van de omgang met alternatieve regelgeving.

268 Teuben 2004, p. 56 e.v.; Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen), nr. 74 e.v.

269 De norm stamt uit twee arresten van de strafkamer van de Hoge Raad, zie HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, 647 en *NJ* 1919, 650.

270 HR 24 februari 2006, *NJ* 2006, 302 (*ACM/Albert Heijn*). De eis dat de regeling op een wettelijke grondslag zou moeten berusten, wordt volgens Teuben 2004, p. 57, niet (meer) als harde voorwaarde gesteld. Anders: Wesseling-van Gent in haar conclusie (2.18) voor het voornoemde arrest.

271 Zie recent HR 24 november 2006, *RvdW* 2006, 1109 (*Renzenbrink/Van Lanschot Bankiers*). Overigens wijkt de exacte formulering nog wel eens af van de zojuist gebruikte en wordt er ook over 'naar buiten werkende, voor betrokkenen bindende' regels gesproken, zie Teuben 2004, p. 57. Zij gaat op p. 58-59 nog speciaal in op beleidsregels. Daaraan ga ik hier voorbij, verwijzend naar HR 29 juni 1990, *NJ* 1991, 120 (*Vreemdelingencirculaire*).

verbindend verklaarde CAO valt bijvoorbeeld onder deze norm, net als de Naderere regeling toezicht effectenverkeer 1995.²⁷²

Specifiek voor rechtersregelingen en daarmee voor alternatieve regelgeving in bredere zin lijkt hier vooral het zogenaamde *Rolrichtlijnen*-arrest van de Hoge Raad van belang. In dat arrest werd beslist, kort gezegd, dat niet alleen beleidsregels van het bestuur,²⁷³ maar ook rolrichtlijnen onder de noemer ‘recht’ konden vallen, hoewel deze niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid gegeven zijn. De reden om ze toch als recht te beschouwen, is dat deze rolrichtlijnen de rechter wel binden op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging en naar hun inhoud en strekking als rechtsregels kunnen worden toegepast, terwijl zij voorts behoorlijk bekend zijn gemaakt.²⁷⁴

Of aan deze uitspraak ook in breder verband en voor andere vormen van alternatieve regelgeving veel belang gehecht mag worden, kan echter betwijfeld worden. Immers, voor de alimentatienormen (aanbevelingen van de NVvR) ontkent de rechtspraak dat deze ‘recht’ zouden zijn.²⁷⁵ En hetzelfde geldt voor het Liquidatietarief rechtbanken en hoven (na overleg tussen NVvR en NOvA tot stand gekomen).²⁷⁶ Ook sprak de Hoge Raad zich in vergelijkbare, negatieve zin uit waar het ging om een andere vorm van private regelgeving, namelijk ten aanzien van het Reglement voor de handel op de optiebeurs (RHO):²⁷⁷

‘3.5.3. Onderdeel 3.2.2 neemt tot uitgangspunt dat het RHO recht in de zin van art. 79 RO behelst, maar dat is niet het geval. Het RHO, dat private regelgeving betreft, voldoet niet aan de in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde criteria om van recht in vorenbedoelde zin te kunnen spreken.’

Waarom het RHO dan niet voldoet aan de criteria, wordt hier niet nader toegelicht, ook niet door de A-G. De enige hier vermelde reden is dat het ‘private re-

272 Zie Teuben 2004, p. 58 (noot 13); Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen), nr. 74; de conclusie van A-G Verkade (nr. 4.1 t/m 4.14) voor HR 20 oktober 2006, *NJ* 2006, 573 (*X./De Vereniging*), en HR 24 november 2006, *RvdW* 2006, 1109 (*Renzenbrink/Van Lanschot Bankiers*). In de zaak uit oktober 2006 besliste de Hoge Raad overigens dat indien een bepaling deel is van zowel een publiekrechtelijke regeling als van een (niet algemeen verbindende) CAO, deze toch als ‘recht’ beschouwd mag worden.

273 Zie daarover Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen), nr. 79, en Teuben 2004, p. 62 e.v.

274 Zo de parafraze van A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie, nr. 2.17, voor HR 24 februari 2006, *NJ* 2006, 302 (*ACM/Albert Heijn*), uiteraard verwijzend naar HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 495 (m.nt. HJS; *De Nieuwe Woning/Staat*). Zie ook HR 4 april 1997, *NJ* 1998, 220 (*Van Schaik/Verboom-Hekman*); HR 23 april 2004, *NJ* 2004, 350 (*B./H.*); Teuben 2004, p. 59-61, en Lindijer 2006, p. 301-303.

275 Zie HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30 (*M./H.*). Datzelfde is het geval ten aanzien van de Trema-normen (die bepalend zijn voor iemands draagkracht bij het vaststellen van de hoogte van de alimentatie), aldus HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 365 (*B./Gemeente A.*).

276 HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571 (*Lindenboom/Beusmans*). Zie over het voorgaande ook Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen), nr. 79.

277 HR 11 juni 2003, *NJ* 2005, 103 (m.nt. C.E. du Perron; *Kouwenberg/Rabobank*).

gelgeving' betreft. Dat is op zichzelf echter ook bij de voornoemde rolrichtlijnen het geval zodat daarin mijns inziens geen dragende reden gelegen kan zijn.²⁷⁸

Nadere beschouwing leert dat de betrokkenheid van de rechterlijke macht als staatsorgaan bij de totstandkoming van de regels die beoordeeld worden, het cruciale verschil lijkt te maken. Waar ten aanzien van de alimentatienormen wordt gesteld dat deze geen recht zijn 'nu zij niet zijn vastgesteld door een orgaan van het openbaar bestuur met het oog op de uitoefening van zijn eigen beleid, maar slechts (...) tot de alimentatierechters gerichte aanbevelingen van een privaatrechtelijke instelling [zijn]',²⁷⁹ speelde dat (te weten het karakter van aanbevelingen van een private instelling) bij de rolrichtlijnen geen rol, omdat die door de rechterlijke macht zelf (i.c. de Rechtbank) opgesteld waren.

Kortom, alternatieve regelgeving die (als minimumvoorwaarde) afkomstig is van een staatsorgaan, ook als dat geen wetgevend orgaan is, kan 'recht' zijn, terwijl (andere private) alternatieve regelgeving van andere instellingen dat niet kan zijn. Als derhalve de NVvR als beroepsvereniging van de rechters regels maakt, is dat geen recht; maar als dezelfde regels door de rechters gezamenlijk, maar dan in hun hoedanigheid als rechter (per arrondissement, ressort of wellicht zelfs landelijk) worden opgesteld, is er daarvan wel sprake.²⁸⁰

Mijns inziens is dit verschil niet wezenlijk genoeg om de daaruit getrokken conclusie te kunnen dragen. In beide gevallen zijn het immers dezelfde personen die met hetzelfde doel (bijvoorbeeld rechtseenheid en rechtszekerheid bieden) dezelfde regels ontworpen hebben en vervolgens in dezelfde gevallen (willen) toepassen, zodat deze uiteindelijk dezelfde invloed (rechtskracht) op de verhouding van de partijen (zouden) verkrijgen. Alleen de 'rechtsvorm' waarbinnen men opereert, is anders: als (individuele) rechter binnen een gerecht of als (individueel) lid van een vereniging van rechters.²⁸¹ Voor de justitiabele zal het verschil niet aanwijsbaar zijn; het blijft de rechter die een regeling benut welke gemaakt is door rechters. Naar mijn mening verdient de eis dat een

278 Tenzij de Hoge Raad intern een strikt afgebakende, niet geopenbaarde definitie van private regelgeving benut waaraan het ene geval wel en het andere niet voldoet. Ik waag te betwijfelen of dat het geval is, doch zie ook de tekst hierna. Verder merk ik nog op dat t.a.v. het Fondsenreglement overwogen is door A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie, nr. 2.22, voor HR 24 februari 2006, *NJ* 2006, 302 (*ACM/Albert Heijn*) dat aan het als recht beschouwen daarvan 'niet in de weg [staat] dat het Fondsenreglement van toepassing wordt verklaard via een privaatrechtelijke overeenkomst (namelijk de noteringsovereenkomst), nu in het Fondsenreglement is vastgelegd dat deze overeenkomst moet worden gesloten en het enkele feit dat het Fondsenreglement langs privaatrechtelijke weg gelding verkrijgt niet afdoet aan de inhoud en algemene strekking van het Fondsenreglement.' Het private karakter van een regeling lijkt derhalve op zichzelf niet doorslaggevend te zijn.

279 Zie Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen), nr. 79, die hier HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30 (*M./H.*) parafraseren.

280 In die zin ook Snijders 2001, p. 26. Volgens Teuben 2004, p. 101-102, zit het verschil hierin dat er geen sprake is van 'zelfbinding' als de NVvR of een andere privaatrechtelijke instelling de regels opstelt omdat die de oorspronkelijke bevoegdheid (om de beslissingsruimte in te vullen) niet hadden. Zij is het dan ook eens met deze lijn in de rechtspraak.

281 Vgl. in dit kader Teuben 2004, p. 133, die daar aangeeft dat de vaststelling van rechtersregelingen i.v.m. diverse later nog te bespreken eisen door de gezamenlijke rechters binnen het gerecht moet geschieden, hoewel unanimitieit niet nodig is.

staatsorgaan betrokken moet zijn bij de alternatieve regelgeving om deze tot 'recht' te kunnen bestempelen, dan ook heroverweging.

2.9.3. Art. 79 RO en de taakopvatting van de Hoge Raad

Relevant is hier waarschijnlijk echter ook nog dat de reikwijdte van art. 79 RO tevens samenhangt met de taakopvatting van de Hoge Raad. Wil hij bepaalde kwesties aantrekken of juist niet, bijvoorbeeld om de uniforme uitleg en toepassing te bewaken?²⁸² Zo ja, dan is het noodzakelijk om ervan uit te gaan dat de betreffende regeling 'recht' is. Wil hij dat niet, dan is kwalificatie als 'recht' niet nodig.²⁸³ Dit betekent ook dat het uiteindelijk aan de Hoge Raad is om te bepalen – en liefst daarover een eigen intern beleid te ontwikkelen – of hij zich wel of niet iets gelegen zal laten liggen aan alternatieve regelgeving, of hij daarover controle wil uitoefenen of niet.²⁸⁴

Er is uiteraard veel voor te zeggen om dat te doen (inhoudscontrole; zelf richting geven), maar daar tegenover staat dat die koers het gebruik van alternatieve regelgeving door maatschappelijke groeperingen juist zou kunnen afschrikken. Het zou bovendien de kloof tussen wetgeving en alternatieve regelgeving verkleinen, maar daarmee tevens de inbreuk op de bestaande machtenscheiding en vooral op het wetgevingsmonopolie versterken omdat alternatieve regelgeving dan als rechtsbron ook officieel erkenning zou vinden.²⁸⁵ Uiteraard is hier ook weer het verschil zichtbaar tussen de twee eerder al genoemde denkmodellen inzake de omgang met alternatieve regelgeving (meer of minder vrijheid toekennen).

Wellicht ligt in die taakopvatting van de Hoge Raad wel de verklaring waarom de toepassing van de op zichzelf eenvoudige voorwaarden die in het kader van art. 79 RO gesteld zijn, toch nog tot problemen aanleiding geeft. Naast de eerder al genoemde kwesties, noem ik nog als voorbeeld dat de aanbeveling van de Kring van Kantonrechters inzake art. 7:685 BW, aldus A-G WESSELING-VAN GENT, slechts te beschouwen is als interne zelfregulering, naar haar aard vergelijkbaar met de alimentatienormen. Daarmee komt deze niet voor toetsing in cassatie in aanmerking; het is geen recht in de zin van art. 79 RO.²⁸⁶

282 Expliciet in die zin Teuben 2004, p. 58, en in algemenere zin Barendrecht 1998. De massaliteit van de groep die eraan gebonden is (het belang van de regeling) zal daarbij een belangrijke rol spelen.

283 Vooral t.a.v. de alimentatienormen zal dat gespeeld hebben, want daarmee zou een bulk aan zaken zijn binnengehaald, zie ook Teuben 2004, p. 101.

284 Uiteraard heeft ook de Raad voor de Rechtspraak (RvdR) nog een taak als het om de rechtseenheid gaat, zie art. 94 RO, maar de uitleg die aan dat artikel en de daarin gelegen bevoegdheid wordt gegeven, maakt dat die taak eigenlijk weinig kan voorstellen. De Commissie Deetman 2006, p. 19-20, ziet deze bevoegdheid als zeer beperkt: het maken van afspraken over de uitleg van regels en de beantwoording van rechtsvragen, is uit den boze; afspraken mogen enkel de uniforme toepassing van het recht betreffen, ook al binden die regels de individuele rechter niet. M.i. wordt zo ten onrechte een goede mogelijkheid om snel verder te komen, geblokkeerd.

285 Officieus is die erkenning er al, dus zo bezwaarlijk is dit niet.

286 Zie haar conclusie voor HR 30 maart 2001, NJ 2001, 303 (*De Jonge/SVRZ*).

Ik zoek de verklaring vooral in deze taakopvatting omdat ik zo direct geen andere steekhoudende reden zie. Immers, ik constateer dat aan de norm zoals de Hoge Raad die aangelegd heeft voor rolrichtlijnen, in de net genoemde gevallen ook voldaan wordt, zodat er hier in wezen ook over recht gesproken moet worden. Waarom zou de rechter wel gebonden zijn aan rolrichtlijnen (op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging) en niet aan andere voor en door diezelfde rechterlijke macht ontwikkelde regels om geschillen te beslechten, zoals de alimentatienormen en de kantonrechttersformule? Ook die normen kunnen naar hun inhoud en strekking als rechtsregels worden toegepast, terwijl zij voorts behoorlijk bekend (kunnen) zijn gemaakt.

Het enige werkelijk relevante verschil (naast het mijns inziens niet relevante verschil welke club, groepering of orgaan de regels maakte, zie hiervoor), en daarmee wellicht de enige mogelijke andere reden om de diverse gevallen anders aan te pakken, is mijns inziens dat de rolrichtlijnen zien op de procedure als zodanig terwijl de alimentatienormen op concrete bedragen zien en dus op de materiële kant van de zaak.²⁸⁷ Naar mijn mening zou dan echter een geforceerde en niet te handhaven scheiding tussen inhoud en procedure (welke steeds op elkaar betrokken zijn en moeten worden) worden aangelegd. Bovendien is het niet te verantwoorden dat bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke rechtspleging niet in beide gevallen zou gelden.²⁸⁸ Ook wijs ik er nog op dat de wel als recht beschouwde CAO's ook over de inhoudelijke kant van de zaak gaan.

2.9.4. Het belang van het voorgaande: een relativering

Ter relativering van de discussie over art. 79 RO herhaal ik ten eerste dat die vooral voor de (mate van) cassatiecontrole van belang is en niet voor de intrinsieke invloed van alternatieve regelgeving. Ten tweede wijs ik erop dat het niet zo is dat het feit dat een zelfreguleringsnorm tot 'recht' bestempeld wordt, altijd per se gunstig (of juist ongunstig) is. Dat hangt in eerste instantie van het perspectief af: wie doet er een beroep op? Daar komt bij dat het bestempelen tot 'recht' de betrokken normen meer zeggingskracht zal geven en deze sterker bindend maakt (zie nader par. 3), en zo kan een en ander ertoe leiden dat er wellicht uitkomsten bereikt worden die door de zelfregulerende partijen niet voorzien of bedoeld waren. Dat kan tot gevolg hebben dat de branche zich (nogmaals) bedenkt over wat men met de zelfregulering wil en dat men wellicht ingrijpt. Ook dat laatste is overigens weer niet direct negatief te duiden, want die consequentie houdt betrokkenen in elk geval scherp en zorgt misschien voor de broodnodige periodieke bijstelling van de normen. En uiteraard kan de wet-

287 Dat dit onderscheid relevant zou kunnen zijn, is ook terug te vinden bij Teuben 2004, p. 115-116, verwijzend naar bestuursrechtelijke literatuur, en p. 124-125. Zie ook Köhne 2000, p. 155-157.

288 Zie Teuben 2004, p. 116, alsmede p. 90-93, over de gelijkenissen en overlap tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van behoorlijke rechtspleging.

gever te allen tijde (alsnog) inspringen en het zelfreguleringsysteem afschaffen of wijzigen.²⁸⁹

Dat een uit zelfregulering voortvloeiende norm als 'recht' bestempeld kan worden, wil tot slot ook niet zeggen dat die norm dan altijd leidend is. Hogere normen zullen steeds voorgaan, en bij alternatieve regelgeving als vorm van recht zijn diverse concurrenten. Een bepaling in een vorm van alternatieve regelgeving zal bijvoorbeeld moeten wijken voor andersluidend Europees recht.²⁹⁰

Mede in dat licht ('hoger recht gaat voor') is nog interessant de uitspraak van de Hoge Raad²⁹¹ waarin het 'Bijzonder rekestreglement personen- en familierecht van het Gerechtshof te 's-Gravenhage' tot recht in de zin van art. 79 RO gerekend wordt. De uitspraak is vooral interessant omdat de Hoge Raad vervolgens dat reglement als een uitwerking ziet van art. 34 Rv en ook als zodanig behandelt. Immers, bepaald wordt door de Hoge Raad dat genoemd art. 34 Rv niet de bevoegdheid verleent om bij (rol)reglement te bepalen dat schending van een bepaald procesrechtelijk voorschrift (hier: het overleggen van afschriften van de uitspraak in vorige instantie en de overige processtukken) tot niet-ontvankelijkheid zal leiden, zodat de door het Hof eerder uitgesproken niet-ontvankelijkheid sneuvelt.

Deze uitspraak is mede hierom opmerkelijk omdat een norm die via zelfregulering tot stand kwam – de rechters hebben zelf genoemd reglement opgesteld – tot recht in de zin van art. 79 RO verheven wordt, om deze norm vervolgens als een onjuist opgevatte bevoegdheidsverlening af te kunnen schieten. Dat lijkt omslachtig, en dat is het ook, maar dat was (blijkbaar) nodig om het Reglement inhoudelijk te kunnen toetsen en te kunnen verwerpen. Debet daaraan is natuurlijk het huidige cassatiestelsel en de eisen van art. 79 RO. Voordeel is wel dat op deze wijze de vraag omzeild kan worden of het Reglement *in zichzelf*, als Reglement, eigenlijk bindend (juridisch rechtsgevolgen scheppend) is (omdat daarvoor nu de 'art. 79 RO'-route benut wordt), en zo ja, hoe en op welke grond dan. Een minder omslachtige, maar wellicht juridisch niet direct eenvoudiger oplossing zou hebben bestaan uit een expliciete erkenning van de binding die het Reglement als vorm van alternatieve regelgeving heeft voor de rechter en de procespartijen, om dan van daaruit de afstemming met art. 34 Rv af te kaarten.

2.10. Wat volgt: rechtsgevolgen en denkmodellen

2.10.1. Te bespreken vragen...

Alternatieve regelgeving komt veel voor, komt steeds vaker voor, en de mogelijkheden zijn nog niet eens uitgeput.²⁹² Deze wijze van regulering is derhalve inmiddels een maatschappelijke realiteit die we enkel nog kunnen (en dus moeten) aanvaarden en waarmee we zullen moeten (gaan) werken. Naast voordelen, reeds benoemd, zijn er echter, zoals we ook al zagen, ook nadelen verbonden aan regulering via alternatieve regelgeving. Het betreft dan nadelen die deels

289 Dat laatste, de mogelijkheid om 'overruled' te kunnen worden, geldt natuurlijk ook voor recht dat gewoon publiekrechtelijk van aard is, vgl. nader Snyder 2003, p. 413-414.

290 Zo zal het nu geldende liquidatietarief op basis van de Europese regels pas op de plaats moeten maken voor de vergoeding van de werkelijke proceskosten in IE-zaken, zie Visser/Tsoutsanis 2006, p. 1940-1941.

291 HR 14 januari 2005, *NJ* 2005, 481 (*W/L*).

292 Dit is één van de kernpunten uit Baarsma e.a. 2004 (zie p. 97-98).

van praktische aard, maar deels ook van theoretische aard zijn.²⁹³ Een probleem bij zelfregulering is immers, algemeen gesteld, het democratisch gehalte ervan. Onze democratische uitgangspunten en de machtscheiding worden aangetast doordat de materiële normstelling elders dan in het parlement plaatsvindt, en zelfs geschiedt door groeperingen die niet hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een minister zodat er ook geen ministeriële verantwoordelijkheid kan bestaan. Er is geen parlementaire invloed en geen parlementaire controle.²⁹⁴

Dat gebrek aan democratisch gehalte roept vervolgens de vraag op welke (rechts)gevolgen er eigenlijk aan zelfregulering verbonden (zouden mogen) zijn, en of, en hoe, die gevolgen dan eventueel nog (liefst voorafgaand aan hun intreden) getoetst kunnen worden door de rechter (als een soort laatste strohalm, denkend vanuit de klassieke machtscheiding).²⁹⁵ Die vragen zijn van belang omdat als er geen rechtsgevolgen gekoppeld zouden zijn aan het werken met alternatieve regelgeving, een eventueel democratisch tekort of een inbreuk op de machtscheiding verwaarloosbaar zou zijn.

In het hierna volgende staat dan ook centraal²⁹⁶ hoe de omgang met alternatieve regelgeving door de (civiele) rechter geregeld is of zou moeten zijn. In de kern dienen zich dan twee, aaneensluitende en onderling verbonden vragen aan. Ten eerste, mag de rechter de norm uit het complex van alternatieve regelgeving toepassen, en zo ja, ten opzichte van wie? Dit betreft de vraag naar de *rechtskracht*, de binding aan alternatieve regelgeving (par. 3). Ten tweede, in welke mate mag en kan de rechter zich (materieel-inhoudelijk) door de norm uit

293 Het is dan ook niet zo dat iedereen enthousiast is over het toegenomen gebruik van private regelgeving, vgl. bijv. Tjittes 2005, p. 1883, die erop wijst dat handelsgebruiken lastig (feitelijk) vast te stellen zijn, en als ze al vastliggen, wellicht langs niet-representatieve weg tot stand gekomen zijn of (anderszins) wellicht niet de meest rechtvaardige oplossing behelzen. Deze bezwaren betreffen, als ik het goed zie, vooral de totstandkomingsfase, die belangrijk is en goed gemonitord zal moeten worden, maar niet de vervolgvraag wat te doen met de private regelgeving als die vorm van regelgeving eenmaal geaccepteerd is.

294 Zie Van Schooten-van der Meer 1997, p. 107 en p. 134-135, waar blijkt, volgens de auteur, dat dit tekort niet op andere wijze wordt gecompenseerd. Ik meen dat enige compensatie in het hierna volgende te vinden is (in de wijze waarop zelfregulering binding krijgt). Of private regelgeving ook in strijd is met het legaliteitsbeginsel, betwijfel ik. Van Schooten-van der Meer 1997, p. 108 stelt dat zulks het geval is: omdat de grens tussen het publieke en private domein overschreden wordt, laat de regelsteller het legaliteitsbeginsel achter zich en dat is dan in strijd daarmee. M.i. speelt het legaliteitsbeginsel hier, het gaat om private handelingen en niet om (de grondslag voor) overheidshandelen, gewoonweg geen enkele rol. Het legaliteitsbeginsel betreft overheidshandelen, zelfs als dat onderhandelen in een privaatrechtelijke context plaatsvindt, vgl. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 898 (*Rauwerda/Staat*), maar daarbuiten heeft het geen functie.

295 Uiteraard is ingrijpen door de wetgever d.m.v. een (nieuwe) wettelijke regeling *altijd* en uit de aard der zaak mogelijk, maar daarmee is dat voor nu ook geen interessante, en dus nader uit te diepen mogelijkheid meer.

296 Wat niet te vinden zal zijn, is een verhandeling over reflexief recht en het autopoiëtisch (gesloten) systeem zoals ontwikkeld door Luhmann en Teubner. Diverse schrijvers gingen mij te dien aanzien voor en ik zou het niet beter kunnen doen, zie vooral Van Gestel 2000, p. 29 e.v.; Van Schooten-van der Meer 1997, p. 161 e.v.; Wilthagen 1992; Hirsch Ballin 1999, p. 25-26; Eijlander 1993, p. 189 e.v.; Black 1996, p. 43 e.v.; Edgeworth 2003, p. 117 e.v.; Schepel 2005, p. 15 e.v. Vgl. ook Eijlander/Voermans 1999, p. 62. Bovendien meen ik dat ik er voor het vervolg van mijn betoog, dat meer gericht is op de praktische privaatrechtelijke inbedding van alternatieve regelgeving, weinig aan zal kunnen ontleenen. Blijkens Wilthagen 1992, p. 131, vindt Teubner dat overigens zelf ook.

het complex van alternatieve regelgeving laten leiden? Dit betreft de vraag naar de eventuele *rechtsvormende* invloed van alternatieve regelgeving (par. 4).

Daarnaast zijn nog enkele andere mogelijke problemen voorzienbaar of nu al zichtbaar (lees: de handhavingsproblematiek) die (kort) onze aandacht vragen als de verdere omgang met alternatieve regelgeving aan de orde is (hierna par. 5).

2.10.2. ... via twee denkmodellen

Bij beantwoording van voornoemde vragen dienen zich naar mijn mening *twee mogelijke denkramen* (kaders, denkmodellen of concepten) aan waar het gaat om de omgang met alternatieve regelgeving.²⁹⁷ Iemands keuze tussen het ene of het andere model lijkt daarbij van invloed te (kunnen) zijn op de verdere beantwoording van de nog te bespreken (en andere) vragen, vooral ten aanzien van *de mate* waarin de binding aan zelfregulering en de rechtsvormende invloed een rol (kunnen) spelen. Het is daarom wenselijk te trachten voor ogen te houden welk model op welk moment in beeld is, veelal impliciet, of welk model als mogelijkheid overwogen wordt. De twee hier onderscheiden modellen of denkpatronen zijn de volgende.²⁹⁸

De eerste insteek is dat bij alternatieve regelgeving de ruimte om te doen of laten wat nodig of wenselijk lijkt, ruim bemeten is. Er is (uiteraard) wel een grens maar dat is dan een uiterste grens, namelijk deze dat alles kan mits het te rangschikken is binnen de grenzen van wat de openbare orde en goede zeden minimaal vereisen. De inhoud wordt dus begrensd door wat nog door de beugel (van openbare orde en goede zeden) kan. Procedurele vereisten zijn er verder niet. Ik noem dit het 'ruime model' of het 'openbare orde' model.

De tweede insteek, het 'randvoorwaarden' model of het 'beperkte' model, is voorzien van een strakkere inperking en dus van een verdere beperking van de aan alternatieve regelgeving gegeven ruimte. Zelfregulering kan en mag, en wordt zelfs gestimuleerd, maar enkel binnen bepaalde tevoren afgebakende randvoorwaarden, waarbij met name aan procedurele eisen kan en zal worden gedacht.²⁹⁹ Denk aan transparantie, een behoorlijke participatiegraad en (de verdeling van) verantwoordelijkheden welke bij voorbaat geregeld zijn.³⁰⁰ Het idee daarbij is dan dat op materieel niveau de sector, de betrokken groepering, kan bepalen wat er gebeuren zal, terwijl er op procedureel niveau van hogere hand of in elk geval uit andere hoek, enige nadere voorwaarden of eisen worden gesteld.³⁰¹ Naast deze procedurele of formele eisen, staat dan nog steeds de ma-

297 Allerlei mogelijk tussenvormen worden dus niet apart benoemd, al bestaan die uiteraard wel. Het gaat hier om het markeren van de 'uitersten'.

298 Vgl. ook McHarg 2006, p. 93 ('standards of good governance') en p. 94 ('prescriptions deprive self-regulation of its chief attractions').

299 Ik noem bijv. Gilhuis 1993, p. 80, die aangeeft dat vrijblijvendheid wat hem betreft niet mogelijk is, de overheid moet randvoorwaarden stellen.

300 Vgl. Cafaggi 2006, p. 14-15.

301 Vgl. in dit verband Senden 2003, bijv. op p. 22 en op p. 25-26, die voor het Europese recht op zoek gaat naar regulering inzake 'soft law' teneinde die 'soft law' te kunnen verankeren in het Europese rechtssysteem.

teriële vrijheid (ook weer tot de grens van wat de openbare orde en de goede zeden gebieden, uiteraard).

De keuze voor het ene of het andere model is van belang, zo zal hierna nog blijken. Daaraan voorafgaand kan daarover alvast dit gezegd worden. Het ruime model lijkt met zich te brengen dat de binding, als die er eenmaal is, waarover par. 3 hierna, er ook is zolang de grens van openbare orde en goede zeden maar niet overschreden wordt. Het beperkte model kent randvoorwaarden en daarmee lijkt het in dat model bijvoorbeeld eenvoudiger om eerder tot een zekere binding van niet-instemmers te komen (er zijn immers waarborgen opgenomen, zodat de derde een zekere bescherming geboden wordt).

Ook kan de gedachte postvatten dat het beperkte model wellicht beter zou kunnen concurreren met reguliere wetgeving, indien we uitgaan van het rechtsvormend potentieel, omdat er dan ook op zelfreguleringsniveau bepaalde procedures in acht genomen moeten worden. Dat geeft extra legitimiteit en versterkt de concurrentiekracht. Dit soort concurrentie van rechtsvormers lijkt lastiger te rechtvaardigen in het ruime model.

Bovendien laat zich denken dat de aanwezigheid van procedurele eisen een eventuele overname van de materiële regels door de wetgever eerder en eenvoudiger mogelijk maakt, hoewel de wetgever uiteraard zelfstandig voldoende legitimatie kan verschaffen aan de over te nemen regels. Iets minder voor de hand liggend, maar wel interessant, is het idee om bij goed functionerende en gelegitimeerde zelfreguleringsnormen uit te gaan van een soort motiveringsplicht voor de wetgever mocht deze besluiten om niet tot overname van die regels over te gaan.³⁰²

Tot slot kan nu reeds opgemerkt worden dat het in acht nemen van procedurele waarborgen iets is dat qua cultuur goed past in het Nederlandse bestel, net zoals zelfregulering als zodanig goed past. Daarmee lijkt een combinatie en dus een beperkt model ook inpasbaar.³⁰³ Gegeven deze preliminaire opmerkingen lijkt een 'randvoorwaarden' model de voorkeur te genieten, maar of dat werkelijk zo is, zal hierna nog moeten blijken.

302 Van Gestel 2000, p. 358-359, spreekt over een motiveringsplicht (t.a.v. het milieubelang) wanneer er wel tot zelfregulering wordt besloten.

303 Overigens kan ook opgeworpen worden dat het ruime model naïef is, want hoe zouden we ooit zonder randvoorwaarden kunnen functioneren?

3. De rechtskracht van alternatieve regelgeving: gebondenheid

3.1. Inleiding

‘Het succes van zelfreguleringsinitiatieven staat of valt met de effectiviteit van de handhaving van de gestelde regels. Het maatschappelijke effect van zelfregulering zal dus niet minder mogen zijn dan die van de publiekrechtelijke regulering, waarvoor zij een vervanging vormt’, aldus WAGEMANS.¹ Om nu die handhaving ter hand te kunnen nemen,² of om zelfs maar een begin daarmee te kunnen maken,³ zal degene bij wie gehandhaafd wordt of moet worden, wel op enig moment aan de normen zoals opgelegd, gebonden moeten zijn (geweest).⁴ Zonder die binding kan niet verlangd worden dat betrokkene zich anders dan vrijwillig conformeert (hetgeen overigens een zeer belangrijke bron voor nakoming is). De *binding* aan zelfregulering staat daarmee aan de basis van de handhaving en derhalve aan de basis van het eventuele succes ervan.⁵

Alle reden dus voor de vraag naar het hoe, wie en wanneer van binding aan alternatieve regelgeving. Het vertrekpunt daarbij is de maatschappelijke realiteit dat organisaties en personen zichzelf (steeds meer en vaker) ‘vastleggen’ via procedures en normen of door anderszins regels te maken (zie par. 2.10). Verder is van belang in het oog te houden of de alternatieve regelgeving beoogt om ook (het gedrag van) derden te controleren of alleen (het gedrag van) de leden.⁶ De reden daarvoor is eenvoudig deze dat in het eerste geval de binding evident lastiger te verantwoorden zal zijn dan in het tweede geval, terwijl ook al voor

1 Wagemans 2002, p. 71. Vgl. ook Schulz/Held 2004, p. 64. Ter illustratie: de OECD Principles of Corporate Governance werden aangepast i.v.m. problemen bij de ‘enforcement’ ervan, zie Bouchez 2006, p. 379.

2 Waarbij dan een voordeel is dat nieuwe (niet juridische) vormen van sanctionering bedacht kunnen worden, vgl. Cane 1987, p. 329 en p. 334. Zie over naleving in meer algemene zin Van Erp 2005, en par. 5 hierna.

3 Die handhaving is geen probleem als en zolang er sprake is van spontane naleving, maar daarvan is zeker niet altijd sprake, vgl. de aankondiging in *NJB* 2006, p. 240 en *NJB* 2007, p. 136, inzake de Code Tabaksblad, hoewel dat soms wel gedacht wordt, vgl. de waarschuwing bij Van Erp/Verberk 2004, p. 219-220. Gebrek aan bindende kracht wordt dan opgevoerd als reden voor het gebrek aan naleving.

4 Het vertrekpunt daarbij is veelal dat zelfregulering effectiever is dan overheidsregulering, vgl. Ruess 2003, p. 228; Van Heffen-Oude Vrielink/Brandens 2004, p. 36-37. Naleving is namelijk beter geregeld indien de regels aansluiten bij de werkelijkheid van de door die regels aangesprokene, vgl. Van Erp 2005, p. 20 en 27.

5 Los van de vraag naar binding staan verdere handhavingsperikelen en de effectiviteit van mogelijke handhavingsmechanismen hier niet principieel ter discussie. Niettemin zal her en der af en toe op handhavingsperikelen gepreludeerd worden omdat de verbondenheid van de thema’s daartoe noodzaakt. Zie bovendien ook nog par. 5.

6 Cane 1987, p. 325, maakt dit onderscheid.

het eerste geval terughoudend verdedigd wordt.⁷ Bovendien treedt met de komst van de derde ook een meer publiek belang (derdenbescherming) naar voren.⁸

3.2. Theoretische vergezichten

3.2.1. Inleiding

Een van de belangrijke principiële punten die alternatieve regelgeving oproept, betreft de grondslag van haar juridische binding, zo stelt LINDAHL.⁹ Daarbij gaat hij ervan uit dat binding op zichzelf 'inherent' is aan zelfregulering.¹⁰ Beide stellingen nodigen uit deze kwestie nader aan te vatten. Dat doet ook de verwachting van VRANKEN dat wat dit aangaat algemene criteria kunnen worden geformuleerd (in de nabije toekomst).¹¹

3.2.2. Alternatieve regelgeving zonder binding?

De eerste vraag die antwoord behoeft, is of binding aan de vastgelegde regels of normen inderdaad altijd verbonden is aan zelfregulering. Kan alternatieve regelgeving bestaan zonder dat deze op enige wijze bindende kracht heeft en, vooral, telt dat dan nog als een vorm van (zelf)regulering?¹² Zoals nog zal blijken, is de wellicht in het oog springende gedachte dat zelfregulering of alternatieve regelgeving iets is waar je (toch) niet aan gehouden kunt worden, in elk geval voor het Nederlandse privaatrecht niet correct.¹³

Eigenlijk gaat hieraan vooraf nog de vraag wat *binding* of bindende kracht in dit geval betekent. Dat zal veelal ook bepalend zijn voor de vraag of die binding aanwezig moet worden geacht. VRANKEN lijkt een onderscheid te hanteren tussen wettelijk bindende kracht, die bij 'soft law' afwezig is, en feitelijk bindende kracht die 'soft law' wel heeft: de regels worden dan feitelijk in acht genomen en werken, afhankelijk van hun overtuigingskracht, meer of minder regulerend.¹⁴ De grondslag van die (feitelijke) binding wordt verder niet erg expliciet gemaakt, wel worden de vrijheid van partijen en overname door de wetgever

7 Zo bijv. Korthals Altes 2005, p. 920.

8 Cane 1987, p. 325; Van Gestel 2000, p. 340.

9 Lindahl 2006, p. 39. In wezen betreft deze vraag naar de grondslag van binding aan zelfregulering de vraag naar haar legitimatie. Zie over binding in Europeesrechtelijk verband uitvoerig Senden 2003.

10 Lindahl 2006, p. 41.

11 Zie Asser-Vranken 2005, nr. 91.

12 In Europees verband is de aanwezigheid of het ontbreken van 'legally binding force' precies hetgeen wat 'hard' en 'soft law' kenmerkt, Senden 2003, p. 28 en p. 101-102.

13 Vgl. ook Köhne 2000, p. 133, en Mörth 2004a, p. 192 (sprekend over een 'highly contested issue'). Dat laat onverlet dat niet-gebondenheid soms wel nagestreefd wordt in Nederland en ook voor het Europees privaatrecht, zie Giesen/Vranken 2004, p. 226. Vooruitlopend op wat nog komt, kan reeds nu gezegd worden dat een vergelijkbare conclusie geldt voor Europese vormen van 'soft law', zie Senden 2003, p. 22, die stelt dat 'geen binding' niet gelijk staat aan 'geen rechtsgevolg'.

14 Asser-Vranken 2005, nr. 87. In die zin ook Van Dijck 2006, p. 154 ('men blijkt er in de praktijk moeilijk omheen te kunnen') en Köhne 2000, p. 132. Vgl. ook Weterings 2004, p. 133-135.

(achteraf) genoemd.¹⁵ Ik kom op beide nog terug. Wat mij betreft, wordt het begrip binding ruim ingevuld en ziet dat op het gegeven dat iemand geacht wordt, ongeacht de grond daarvoor, zich te houden aan een aantal regels, en dat die persoon daarop ook aanspreekbaar is, al dan niet via erkende sancties of op morele gronden.

Bij het voorgaande verdient nog explicitering dat dwang dus op zich niet altijd nodig is om bepaalde normen richtinggevend te kunnen doen zijn, want overtuigingskracht kan voldoende zijn.¹⁶

GEELHOED gaat ervan uit dat de normen die voortkomen uit een proces van zelfregulering, bindend zijn; de naleving door belanghebbenden is afdwingbaar. Dat is ook logisch, want in zijn visie is zelfregulering ontstaan door de inspanning van een representatief deel uit de groep van belanghebbenden. Deze belanghebbenden zijn dan ook gebonden.¹⁷ De normen gelden echter slechts tussen betrokkenen,¹⁸ zij die (indirect) ingestemd hebben. Op dezelfde lijn zit HJMANS die ervan uit gaat dat als er *geen* sprake is van binding, er *geen* zelfregulering is. Vrijblijvende instrumenten rekt hij niet tot zelfregulering.¹⁹

In de definitie van zelfregulering zoals VAN DRIEL die hanteert, ligt besloten dat, ondanks de niet-statelijkheid ervan, de regels voortkomend uit zelfregulering toch *recht* zijn (en dus bindend, zo voeg ik toe). Zelfregulering is een vorm van regelgeving die voor de betrokken groep als een vorm van recht geldt, zodat VAN DRIEL kan spreken over 'recht in eigen kring'.²⁰

Het (bevestigende) antwoord op de vraag of regels van zelfregulering steeds bindend zijn, lijkt daarmee gegeven, maar zo eenvoudig ligt de zaak toch niet. Er zijn immers diverse zelfreguleringsinitiatieven bekend waarvan ook duidelijk is dat die in aanleg en qua oogmerk *juist niet* bindend zijn,²¹ terwijl vaak als nadeel van zelfregulering gewezen wordt op het gebrek aan verbindende kracht.²² Zo wordt over de Modelregeling arts-patiënt gezegd dat de afdwingbaarheid ervan zwak is, en dat deze de leden van de KNMG niet bindt, maar slechts een zwaarwegend advies is.²³

Een verwant voorbeeld is dat in Zwitserland in zijn algemeenheid geldt dat richtlijnen voor medici van de Zwitserse Academie voor Medische Wetenschappen niet-verbindend

15 Asser-Vranken 2005, nr. 86, resp. 87.

16 Zie ook Giesen 2004, p. 159.

17 Geelhoed 1993, p. 49.

18 Geelhoed 1993, p. 50.

19 Hijmans 2002, p. 29. De handhaving zal dan ook minder effectief kunnen zijn, zie Cane 1987, p. 329.

20 Zie Van Driel 1989, p. 2.

21 Ook in de literatuur wordt wel gezegd dat het bij vormen van zelfregulering gaat om regels of codes die 'werking missen' (Schut 1972, p. 363). Verder wordt wel gesteld dat de gebondenheid aan bijv. een modelregeling 'minder sterk' is dan de binding aan wetgeving, de binding is dan minder 'dwingend' en meer van 'morele' dan van juridische aard, aldus Malsch 1996, p. 17. Vgl. ook Ahrne/Brunsson 2004, p. 171.

22 Vgl. Cuijpers 2004, p. 215.

23 Leenen/Gevers 2000, p. 181. Het is overigens opvallend dat op p. 182 vervolgens gesteld wordt dat een voorwaarde voor externe zelfregulering is dat deze de betrokkenen dient te binden. Dat is niet te rijmen met de eerdere stelling dat de binding zwak, want adviserend, is.

zijn.²⁴ Ook bemerkenswaard is dat de Belgische indicatieve tabel voor de vergoeding van personenschade slechts een hulpmiddel wil zijn voor de partijen en de rechters, en geen dwingende bepaling.²⁵ De rechter heeft daar derhalve een discretionaire bevoegdheid om de normen te gebruiken.

Ook in Nederland kennen wij het fenomeen van (in de letselschadepraktijk gebruikte) normen die (uiteindelijk) geen bindende kracht hebben, vandaar dat het goed lijkt om iets langer bij dit thema stil te staan.²⁶ De Gedragscode Behandeling Letselschade bevat bijvoorbeeld bewust geen sanctioneringsmechanismen. Het opnemen van sancties stuitte op teveel weerstand en dus is ervan afgezien. Wel hanteert men een positieve handhavingsfilosofie die ervan uit gaat dat het opvolgen van 'best practices' voor iedereen op zich aantrekkelijk is en dat men elkaar kan beoordelen en kan bijsturen. Daarnaast zal een Permanente Organisatie de naleving gaan stimuleren en kunnen belanghebbenden zelf publiekelijk aangeven dat zij de code zullen volgen.²⁷

Deze insteek is in die zin niet vreemd dat de letselschadebranche al bekend is met een dergelijk, of althans een vergelijkbaar fenomeen. Immers, de *Smartengeld*-gids²⁸ bevat bijvoorbeeld ook alleen richtlijnen, richtbedragen, en geen bindende regels of normen. Het gaat om wat dan heet 'suggererende' normen (aanbevelingen, richtlijnen).²⁹ Aan de andere kant, echte zelfregulering betreft het hier niet (zie par. 2.4). Dit alles heeft echter aan de populariteit ervan, zowel bij partijen als bij de rechterlijke macht, niets afgedaan, zo lijkt het. En zodoende rijst de vraag waar de populariteit van dit soort niet-bindende, maar veel-er suggererende regels (bij pogingen om tot normering te komen) vandaan komt.

Een voordeel van normen die niet bindend zijn, is volgens BARENDRECHT dat ruimte voor debat (tussen partijen) de kans op een aanvaardbare uitkomst vergroot: 'Normen helpen een uitkomst te bereiken, zij bepalen die uitkomst niet.'³⁰ Een norm die ruimte laat voor individuele afstemming, kan eerder op zodanige wijze toegepast worden dat beide partijen zich erin kunnen vinden. Lossere, minder dwingende regels kunnen zo dus tot betere uitkomsten leiden die eerder geaccepteerd worden. Indien de kans op een aanvaardbaar resultaat voor beide partijen inderdaad vergroot wordt, zal daarmee de buitengerechtelijke afdoening gestimuleerd worden. Dat zou dus een goede reden kunnen zijn om niet-bindende normen te gebruiken. Bovendien wordt het verlies aan rechtszekerheid ten opzichte van een wel dwingende norm (waarover met regelmaat toch weer gediscussieerd en geprocedeerd zal gaan worden) in elk geval ten dele gecompenseerd doordat er wel een zekere richtlijn bestaat.

24 Rüetschi 2003, p. 244. Daarna volgt overigens een exposé over de uitzonderingen daarop, bijv. als het tuchtrecht ernaar verwijst. De auteur is daarover erg kritisch, want deze techniek zou niet grondwettelijk zijn (sterker nog, vaak zou formele wetgeving nodig zijn).

25 Zie daarover bijv. De Temmerman/De Kezel 2002, p. 103 e.v., en Cousy 2002, p. 157. De pragmatische reden waarom de normen uit die indicatieve tabel niet bindend zijn, is dat zulks in strijd met art. 6 van de Belgische Grondwet zou zijn. De rechter mag geen uitspraak doen bij wege van algemene beschikking.

26 Daarbuiten, in de ICT-sector bijv., is binding ook niet evident, vgl. Koops e.a. 2006, p. 120 ('if the rules are binding ...').

27 Zie Barendrecht c.s. 2006, p. 7 en p. 14-15. Deze gang van zaken laat zich verklaren door de grote belangenconflicten die zich op het terrein van de letselschadeafwikkeling afspelen. In dergelijke gevallen is 'softe' regulering voor de hand liggend, zie Ahrne/Brunsson 2004, p. 180.

28 Smartengeldgids 2006.

29 De term is van Vranken/Weterings 2000, p. 61.

30 Zie Barendrecht 1999, p. 80. Vgl. tevens Giesen/Kamminga/Barendrecht 2001, p. 133 en p. 157-158.

Een en ander laat wel nog steeds in het midden wat nu precies de status en het eventuele rechtsgevolg is van dit soort regels. Binding kan en zal mijns inziens gewoon aanwezig zijn indien de (bij letselschades) betrokken partijen zelf, en niet de rechterlijke macht, de normen opstellen. Die normen zijn dan niet bindend zoals wettelijke regels dat zouden zijn, maar zij binden wel zoals een partijafpraak bindt, zodat er bij partijafpraak ook, indien nodig, weer van afgeweken kan worden.³¹ Ik kom daar nog op terug.

Voor zover de rechterlijke macht betrokken is bij dit soort niet-bindende aanbevelingen, ligt de zaak minder eenvoudig. Er is dan geen partijafpraak die de grondslag voor de binding levert, de rechter is immers geen partij, en er is geen wet of van de wet afgeleide bevoegdheid die bindende kracht geeft. Wat resteert, is de uitspraak van de rechter, die door toepassing van de norm deze tussen partijen tot 'recht' bestempelt.

Het kan derhalve zo zijn, en uiteraard is dat geheel en al afhankelijk van elk geval op zich, dat een vorm van (of een aantal regels dat in elk geval lijkt op) alternatieve regelgeving op zich niet als bindende norm voor een betrokkene geldt of in elk geval niet zo bedoeld is.³² Maar wat er vervolgens lijkt te (en kan) gebeuren, is dat zo'n niet-bindende norm alsnog, bijvoorbeeld via de band van 'een rechtsovertuiging binnen de kring van personen' om wie het gaat, tot gebondenheid leidt.³³ Daarover volgt hierna meer. Als tussenschakel in die keten geldt dan de uitspraak van een rechter of andersoortige geschilbeslechter. Gebondenheid zonder *voorafgaande* binding is derhalve wat hier uiteindelijk speelt.

Exemplarisch is de zogenaamde BACO-overeenkomst die in het verleden een rol speelde bij de overname van doktersapotheken door 'gewone' apotheken. Die overeenkomst, gesloten tussen de beroepsorganisaties, was slechts een aanbeveling voor de leden om een bepaald overnamebedrag te bepalen. In het arrest *Van der Tuuk/Adriani* vormde deze overeenkomst echter een belangrijk argument om de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking toe te wijzen, zodat er zonder binding uiteindelijk toch gebondenheid ontstond. De overeenkomst werd vervolgens opgezegd zodat in het arrest *Hulsmans/Van der Graaf* daaraan niet langer een doorslaggevende rol toe kon komen.³⁴ Mijns inziens kan uit dit voorbeeld afgeleid worden dat binding ook kan ontstaan via de invulling van open normen (schadevergoeding naar billijkheid; ongerechtvaardigde verrijking, etc) uit ons BW. Ik kom daar hierna op terug.

- 31 Ik weet dat de advocatuur meent niet gebonden te kunnen zijn of worden. Mijns inziens kan dat echter wel, als men dat zou willen als advocaat (dat is een keuze die elk voor zich kan maken) en men dit ('ik werk op die en die wijze') bij voorbaat aan de cliënten duidelijk maakt.
- 32 Zie bijv. ook Mörth 2004, p. 1, die stelt: 'soft law is not considered to be legally binding', er zijn geen sancties aan verbonden. Vgl. ook Prosser 2006, p. 250.
- 33 Vgl. de definitie bij Mörth 2004, p. 6, waaruit blijkt dat zelfregulering niet bindend is maar wel 'practical effects' kan hebben.
- 34 Zie hierover de noot van Vranken onder HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 319 (m.nt. JBMV; *Hulsmans/Van der Graaf*), sub 4 e.v., en HR 15 maart 1996, *NJ* 1997, 3 (*Van der Tuuk/Adriani*).

Voor nu staat zo wel vast dat échte zelfregulering (uiteindelijk) bindend is, althans achteraf bindend kan worden of is te maken.³⁵

3.2.3. Grondslag voor binding: de wet

Met het voorgaande komt een tweede vraag op, namelijk *wie* dan gebonden is aan de alternatieve regelgeving. Zijn dat enkel de partijen bij de zelfreguleringsafspraken of strekt die binding verder?³⁶ Omdat die vraag mijns inziens alleen te beantwoorden is met inachtneming van het antwoord op de vraag naar de grondslag van de binding, ga ik op die vraag nader in.

De derde vraag betreft derhalve die naar de *grondslag* van de binding aan zelfreguleringsnormen. In aanmerking komen dan in eerste instantie het eigen gezag van de groepering die de normen stelt (contract of autonomie), en de bindende kracht van de wet of een (alsnog te creëren) wettelijke regeling.³⁷

Ik begin met die tweede vorm, de wet of een (alsnog te creëren) wettelijke regeling. Onder die noemer is het ten eerste mogelijk dat een wet een specifieke grondslag geeft voor de nadere invulling van bijvoorbeeld beroepsregels, waarna dergelijke regels vervolgens vanuit de beroepsgroep zelf (via een overkoepelende organisatie) opgesteld, afgekondigd en eventueel later gewijzigd worden. De Advocatenwet en de daaraan gelieerde regulering is een bekend voorbeeld.³⁸ Andere beroepsbeoefenaren kennen vergelijkbare regelingen.³⁹

De binding aan alternatieve regelgeving kan echter ook met een (latere) tussenstap gelijk getrokken worden met de binding aan ‘gewone’ overheidsregelgeving: de wetgever stapt op enig moment in en verleent bindende kracht aan een regeling. Uiteindelijk vindt de binding aan de zelfreguleringsafspraken dan haar grond in de erkenning van de wet als bron van recht.⁴⁰

Voor vormen van alternatieve regelgeving betekent deze tussenstap via de wetgever dat de beoogde binding aan bepaalde normen in bijvoorbeeld een gedragscode, ook (vooraf of alsnog achteraf) ingebouwd kan worden door een

35 Zoals bijv. ook Weterings 2004, p. 133, onderkent. Dat kan ook geschieden doordat het meedoen aan een verder vrijwillige regeling ertoe leidt dat de deelnemer gebonden raakt. Als iemand bijv. een zaak aan het Instituut Asbestslachtoffers (IAS) voorlegt, is die persoon vervolgens ook aan de regels van het IAS gebonden, vgl. Kop 2004, p. 343.

36 Daarbij verdient nu reeds opmerking dat de vraag naar binding vooral relevant is waar de alternatieve regelgeving plichten schept, en niet waar deze aanspraken of rechten (voor de wederpartij of een derde) creëert. De vraag is immers of een dergelijke plicht afdwingbaar is. Vgl. Korthals Altes 2005, p. 920.

37 Lindahl 2006, p. 40; Donner 1993, p. 159. Ik zie ook nog een derde wijze van binding, daarover hierna meer.

38 Ik noem bijv. de Verordeningen, zoals de Verordening op de beroepsaansprakelijkheid 1991, vastgesteld door het college van afgevaardigden (ex art. 28 Advocatenwet), welke conform art. 29 Advocatenwet verbindend zijn voor de leden, doch ook de Gedragscode Controle Verordeningen (opgenomen in Vademecum 2005, p. 116 e.v.), en de Gedragsregels 1992 (Vademecum 2005, p. 277 e.v.).

39 Zoals bijv. de gerechtsdeurwaarders via art. 57 Gerechtsdeurwaarderswet en de notarissen via art. 61 van de Wet op het notarisambt. Vgl. in algemene zin Scott 2006, p. 133.

40 Lindahl 2006, p. 41. Waar die laatste erkenning dan vervolgens op rust, is een vraag die niet hier besproken hoeft te worden. Die erkenning is uiteindelijk noodzakelijkerwijs gemeengoed, anders zou geen enkele vorm van legaliteit (zonder oneindige problemen) mogelijk zijn.

‘wettelijk sausje’ daar overheen te gooien, door dus (alsnog) via een wettelijke interventie (extra) gezag en binding mee te geven aan die normen.

De ‘lotgevallen’ van de Code Tabaksblat⁴¹ kunnen hier model staan.⁴² Na afkondiging van die code, opgesteld door een commissie uit het bedrijfsleven, werd daaraan door de wetgever op voorspraak van de commissie extra gewicht toegekend door deze wettelijk te verankeren.⁴³ In art. 2:391 lid 5 BW staat nu dan ook dat de eisen aan de inhoud van het jaarverslag van een onderneming bij AMvB nader ingevuld kunnen worden en dat die voorschriften dan betrekking kunnen hebben op de naleving van een, ook bij AMvB, aan te wijzen gedragscode. Vervolgens is natuurlijk de Code Tabaksblat aangewezen. Daarmee is via een omweg alsnog wettelijk gezag aan die code verleend.⁴⁴ Voordeel hiervan is dat op deze wijze ‘free rider’ gedrag tegen kan worden gegaan.⁴⁵

Denk hierbij ook aan art. 15.36 Wet Milieubeheer,⁴⁶ en aan de regeling in de Wet collectieve afwikkeling massaschade. In die laatste wet wordt de mogelijkheid geopend om via een algemeen verbindendverklaring door de rechter (art. 7:907 BW) bindende kracht te verlenen aan een schikkingsovereenkomst waarbij (wellicht) niet elk slachtoffer zich aangesloten had.⁴⁷

Iets vergelijkbaars zien we gebeuren ten aanzien van art. 4 UCC in de VS. Het betreft hier een zogenaamde ‘default rule’ zodat partijen ervan mogen afwijken. Het opmerkelijke is nu dat zulks niet alleen geschieden kan bij overeenkomst, wat verder niet opwindend is, maar ook via ‘clearinghouse rules and the like (...) whether or not specifically assented to by all the parties interested in the items handled’.⁴⁸ Deze ‘clearinghouse rules’ worden opgesteld door (vertegenwoordigers van) een selecte club van grote banken (waaronder de ABN Amro) en beïnvloeden vervolgens iedereen die een cheque wil uitschrijven. Deze regels worden dus rechtens relevant doordat section 4-103 (b) UCC dat toestaat.

Van een andere orde is het volgende punt (dat ik echter toch hier behandel, omdat het met bindende kracht wordt geassocieerd). De binding aan gedragscodes strekt zich, in elk geval waar het om privacynormen gaat, in beginsel uit tot de daarbij aangesloten partijen (zie hierna inzake consensus als grondslag). Echter, zo wordt gesteld, het is soms mogelijk een ‘brede werking’ te bereiken. In de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) is namelijk een regeling neergelegd die dat bereiken kan. Op basis van art. 25 Wbp kan het

41 Waarbij ik aanteken dat het voor bijv. Raaijmakers 2004, p. 121 e.v., hier niet om zelfregulering gaat.

42 Zie over deze vorm van zelfregulering ook Schwarcz 2002, p. 324 e.v.

43 Vgl. ook Tabaksblat 2004, p. 109.

44 Kritisch over de gang van zaken in dit geval Raaijmakers 2004, p. 122-123. Zie verder Wymeersch 2005, nr. 13 e.v.; Das 2004, p. 126 e.v. en Stamhuis 2006, p. 141-142. Schwarcz 1995, p. 981, noot 253, geeft aan dat omzetting door de wetgever niet altijd werkelijk gezag, naast binding, verleent aan de zelfreguleringsregel.

45 Vgl. Van Gestel 2000, p. 24; Dresden 2004, p. 201, en Giesen 2004, p. 158, inzake de mogelijkheden tot normering van schadevergoeding, en waarbij dan tevens gewaarschuwd wordt voor verlies aan draagvlak die deze ‘dwang’ met zich brengt.

46 Uitvoerig daarover Dresden 2004, p. 141 e.v.

47 Hoe het ook kan lopen: in de eerste zaak die speelde onder deze nieuwe wet ging het niet zo zeer om het niet gebonden willen zijn, maar betrof de discussie vooral enkele groepen slachtoffers die niet inbegrepen waren maar dat wel wilden zijn. Zie nader Frenk 2006 over de uitspraak van Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006, 461 inzake de Des-schikking. Overigens verdient hierbij nog opmerking dat het wetgevingstraject en de totstandkoming van de overeenkomst tussen de partijen in de Des-zaak min of meer gelijk op gingen. Om de schikking te doen slagen, was wettelijke verankering noodzakelijk.

48 Aldus Snyder 2003, p. 396-397.

College bescherming persoonsgegevens (CBP) aan gedragscodes inzake privacybescherming een ‘instemmende verklaring’, een stempel van goedkeuring, verlenen. Als dat ‘keurmerk’ verstrekt is, wil dat zeggen dat de regels in de gedragscode in kwestie een juiste uitwerking vormen van de wettelijke regels inzake privacybescherming.⁴⁹ Dat is belangrijk omdat die gedragscoderegels een nadere concretisering van de wet vormen (zo zijn ze bedoeld) en die concretisering dus blijkbaar in orde is volgens de toezichhouder. En dat betekent dan weer, bijvoorbeeld, dat in eventuele latere procedures de juistheid van die privacynormen niet ter discussie zal staan. Of hiermee de bindende kracht van de zelfreguleringsregels groter wordt in die zin dat er meer mensen aan gebonden raken, valt nog te bezien. De binding wordt mijns inziens alleen tussen betrokkenen versterkt. Wel zal de invloed van de zelfreguleringsnorm op de invulling en dus de inhoud van het privacyrecht zodoende kunnen toenemen.

Ook de standaardregeling van art. 6:214 BW kan hier nog genoemd worden. De wet geeft daarbij de grondslag voor de binding van een hele bedrijfstak aan een regeling zoals overeengekomen tussen de betrokkenen en de overheid.⁵⁰

In de literatuur wordt wel een verschil gemaakt tussen zuivere zelfregulering en andere vormen van zelfregulering, waarbij het verschil betrekking heeft op de grondslag waarop het handelen van de betrokken groepen verbindend wordt: uit eigen gezag of uit kracht van een wettelijke regeling. Indien dat laatste het geval is, zo wordt gesteld, is er geen sprake van zuivere zelfregulering. Een CAO verkrijgt bijvoorbeeld algemene binding door een uitspraak van de wetgever. De wetgever verleent daarmee de noodzakelijke (publiekrechtelijke) macht of autoriteit.⁵¹ Wat verder zij van het genoemde verschil, voor de discussie hier is dit niet relevant want hier verschilt eventueel de bron of grondslag voor eventuele gebondenheid, maar niet de noodzaak of eis van binding als zodanig.

3.2.4. *De tweede grondslag: consensus*

Ten tweede noemde ik als grondslag of bron voor binding aan alternatieve regelgeving het eigen gezag van de groepering. Iets anders geformuleerd, in de woorden van LINDAHL:⁵²

‘lijkt de binding van zelfregulering uit een eigen bron voort te vloeien, met name de vrijheid van individuen om onderling regelingen te treffen, waarbij vrijheid opgevat wordt als identiteit in de zin van ‘co-referentialiteit’: het zijn dezelfde individuen die een rechtsnorm stellen én zich daaraan onderwerpen.’

LINDAHL meent dus dat zelfregulering haar binding aan de individuele vrijheid ontleent, aan de autonomie van het individu als grondbeginsel van het privaatrecht.⁵³ Kiest men voor zelfregulering, dan kiest men voor horizontale verhou-

49 Over het voorgaande Cuijpers 2004, p. 215-216.

50 Zie verder Slagter 1988, p. 95, die aangeeft dat de standaardregeling nuttig kan zijn als zelfregulering wenselijk is maar er te weinig organisatiegraad aanwezig is.

51 Zie nader Donner 1993, p. 159-160, en Van Driel 1989, p. 156 e.v. Ook de binding via de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en Openbare lichamen ex art. 134 Gw loopt uiteindelijk via de wetgever die deze moet installeren, vgl. nader Van Driel 1989, p. 161-162.

52 Lindahl 2006, p. 41.

53 Zie ook Asser-Vranken 2005, nr. 86 (‘de vrijheid vormt uiteindelijk de rechtvaardiging voor de bindende kracht van hun afspraken’). Vgl. voor het ondernemingsrecht in dit verband Raaijmakers 2004, p. 114.

dingen tussen individuen en dus voor de wederkerigheid die daarbij hoort.⁵⁴ Het grote voordeel van het privaatrecht boven andere rechtsgebieden is wat dit betreft dat binnen het privaatrecht een substituut voor rechtskracht via de wet beschikbaar is – te weten *pacta sunt servanda* – omdat een overeenkomst de partijen bindt als ware zij wet (vgl. art. 1374 oud BW).⁵⁵

Binding is privaatrechtelijk gerelateerd aan de autonomie van betrokkenen; men kiest er zelf voor om onder de private regels te vallen. Derhalve brengt die binding op zichzelf ook geen problemen met zich. Het enige mogelijk minpunt is dat ontsnappen aan de zelfregulering in kwestie regelmatig niet werkelijk mogelijk is (men moet eraan meedoen⁵⁶) zodat uiteindelijk de individuele autonomie toch onder druk kan komen te staan (is er wel echt een keuze?). Rechtseconomen zullen dit overigens niet werkelijk als lastig ervaren. Immers, er is altijd nog de mogelijkheid van concurrentie. Als de zelfregulering echt slecht is, zal er een alternatief ontstaan.⁵⁷

Opmerking verdient nog dat het er hierbij niet om gaat dat er door de aanwezigheid van een overeenkomst sprake is van zelfregulering (zie ook par. 2.2). Waar het hier om draait, is dat de zelfregulering die er is, bindende kracht verwerft doordat er (ook) afspraken zijn gemaakt, al dan niet in de vorm van een overeenkomst in de zin van het BW (art. 6:213 jo. 6:217 BW).

Die vrijheid, die autonomie (of zelfwetgeving⁵⁸), is echter wel een beperkte autonomie in LINDAHL'S visie. Om juridisch te kunnen en mogen binden, kan de zelfregulering namelijk nooit helemaal zuiver zijn. Zelfs zuivere zelfregulering staat altijd nog bloot aan een kritische toets door de wetgever, de rechter of een toezichthouder die kan ingrijpen als de nieuw gemaakte regels bijvoorbeeld inbreken op de algemene geldende (wettelijk vastgelegde) rechtsnormen.⁵⁹ En alleen onder voorwaarde van (de mogelijkheid van) die kritische toets mogen (kunnen) de maatschappelijke actoren hun autonomie uitoefenen via een vorm van alternatieve regelgeving in plaats van te moeten wachten op wettelijke regels. Dit betekent derhalve dat de binding van en aan zelfregulering altijd ten dele of mede bepaald wordt door een andere bron van recht (de wetgever en/of de rechter).⁶⁰ LINDAHL vat dit alles zo samen dat een norm slechts een recht-snorm is 'wanneer zij een plaats krijgt in de eenheid van een rechtsorde'. Die eenheid van rechtsorde, en het waarborgen ervan, bepaalt in welke mate plurali-

54 Lindahl 2006, p. 41. Vgl. ook Schwarcz 2002, p. 327, en Asser-Scholten 1974, p. 109. Scholten spreekt aldaar over het 'vrijwillig onderwerpen' door partijen, maar hij geeft tegelijk aan dat partijen vaak niet anders kunnen. Bij het aangaan van bepaalde typen overeenkomsten worden bepaalde voorschriften automatisch van toepassing. 'Dan naderen zij de wet', aldus Scholten. De bankgarantie, genoemd in par. 2.4, is een hedendaags voorbeeld.

55 Vgl. Giesen 2004, p. 158, en Korthals Altes 2005, p. 919 (die overigens, zie ook p. 920, de 'aanvaarding' als enige bindingswijze onderkent en erkent), en in internationaalrechtelijk kader ook Åkermark 2004, p. 63. Daarbij geldt dan wel dat de belofte niet bindt omdat de wet het zegt, maar dat het 'belofterecht' naast het wetten-recht staat, zie Asser-Scholten 1974, p. 105.

56 Vaak is bijv. een bepaalde geschilbeslechtingsmethodiek deel van een groter pakket. Dat specifieke deel eruit lichten en vervangen is niet de bedoeling.

57 Zie over het voorgaande Snyder 2003, p. 424 e.v.

58 Van Schooten-van der Meer 1997, p. 14.

59 Dat geldt zelfs in het ruime denkmodel zoals ik dat onderscheiden heb.

60 Zie over e.e.a. Lindahl 2006, p. 42.

teit (verschillende vormen van recht, zoals zelfregulering naast gewone wetgeving) wordt toegestaan.⁶¹

Het punt dat hier gemaakt wordt, is hetzelfde als dat van VRANKEN en diens 'schema wetgeving-rechtspraak' waar elke vorm van alternatieve regelgeving 'doorheen' moet om werkelijk relevant, in de zin van bindend, te (kunnen) worden.⁶² Hij stelt dat 'schema' als volgt voor dat de wetgever algemene regels vaststelt en dat de rechter die algemeenheden in concrete gevallen tot leven moet brengen en bij de tijd moet houden. Het schema wordt vervolgens als exclusief gezien in die zin dat de wetgever en rechter de enige twee rechtsvormers zijn. Het probleem is echter dat het schema niet alomvattend is: de behoefte aan voldoende en duidelijke regels wordt niet bevredigd en de rechtspraak kan niet alle gaten stoppen. Daarom zou het schema aangevuld moeten worden door 'erkenning' van alternatieve (private) regelgeving.⁶³ Het enige probleem is, zo analyseert VRANKEN, dat ook die alternatieve regelgeving altijd weer en alsnog 'door' het schema, langs de sluizen van de wetgever of rechter moet.⁶⁴

Dezelfde problematiek stipt ook VANDENBERG aan.⁶⁵ De fixatie op de wetgever wordt heden ten dage meer en meer losgelaten zodat aangesloten kan worden bij wat uit het maatschappelijk veld, en uit de interactie tussen rechters en dat veld, naar voren komt. Dat gaat dan echter niet gepaard met het opgeven van de centrale positie van de wetgever. Die wetgever heeft namelijk vage normen geïntroduceerd die ruimte bieden voor invulling van onderop maar die tegelijk, juist omdat de wetgever die bepalingen heeft ingevoerd, diens positie formeel in stand laten en het primaat van de wet als rechtsbron handhaven, in elk geval in schijn.

De Duitse auteur LADEUR meent in dit verband dat de nog bestaande centrale positie voor de wetgever en rechter eindig is en dat de nieuwe ontwikkelingen (de vormen van alternatieve regelgeving) ingebed moeten worden in een nieuw, flexibel systeem van instituties, gebaseerd op proceduralisering en samenwerking. De zelfregulering moet gestimuleerd en behouden worden; de pluraliteit van 'Rechtsordnungen' dient erkend te worden.⁶⁶

Los van deze inbeddingsproblematiek en een enkele kanttekening die nog bij de positie van de autonomiegedachte heden ten dage gemaakt zou kunnen worden,⁶⁷ staat vast dat via de notie van contractsvrijheid aan vele regels, aan vele

61 Lindahl 2005, p. 1892.

62 Zie Asser-Vranken 2005, nr. 93. In vergelijkbare zin ook al Van Gestel 2000, p. 119.

63 Zie het betoog in Asser-Vranken 2005, nr. 72-78.

64 Nogmaals Asser-Vranken 2005, nr. 93.

65 Van den Berg 2002, p. 199. In die zin ook Snyder 2003, p. 373 en p. 379 voor de UCC in de VS.

66 Ladeur 2000, p. 101-102.

67 Een opmerking die hier nog gemaakt zou kunnen worden, is dat deze (partij)autonomie of zelfbeschikking momenteel onder vuur ligt, zie Van Laarhoven 2006, p. 25-28, in elk geval indien de autonomie als de (enige) bron van gebondenheid van partijen aan een overeenkomst van stal wordt gehaald. In dat kader wordt tegenwoordig ook met kracht verdedigd dat het zorgplichtbeginsel (mede) van belang is, Van Laarhoven 2006, p. 28-29. Als dat nieuwe beeld juist zou zijn, heeft dat wellicht ook gevolgen voor de manier van of de mogelijkheden tot binding van de betrokkenen aan alternatieve regelgeving, omdat daarbij het contract-model, en dus de autonomie als bron, vooralsnog zo nauw gevolgd wordt. Voorlopig is dit thema echter nog onvoldoende uitgekristalliseerd om er hier op voort te kunnen bouwen.

afspraken, aan vele ‘rechtsbronnen’ een vorm van bindende kracht kan worden toegekend. Door contractuele afspraken te maken kan een stevige binding van velen (en dus wellicht⁶⁸ ook een hoge mate van naleving) bereikt worden op vele terreinen.⁶⁹ Daarbij gaat het overigens niet enkel en alleen om contracten in de specifieke juridische betekenis van een privaatrechtelijke overeenkomst maar veeleer over een bredere notie van ‘bindende afspraken maken’.⁷⁰ Dat kan bijvoorbeeld ook in het kader van een rechtspersoon. Zelfregulering op het terrein van het ondernemingsrecht is bijvoorbeeld niet alleen te bereiken doordat degenen tot wie de regels zich richten, zichzelf expliciet bij overeenkomst verplichten tot nakoming ervan, maar ook doordat de leden van een vereniging krachtens het verenigingsrecht verplicht zijn de regels uit de statuten of de reglementen na te leven.⁷¹ Langs die weg kan de door de vereniging aanvaarde alternatieve regelgeving ook bindend worden voor de individuele leden ervan.

Het voorbeeld van statuten is belangrijk omdat veel zelfregulering binnen stichtingen of verenigingen⁷² tot stand komt (denk aan de reclamebranche en de journalistiek) en omdat dit aangeeft dat de binding aan zelfregulering, iets breder beschouwd, lijkt te berusten op wat ik *consensus* zou willen noemen.⁷³ Die consensus kan zich openbaren doordat iemand zichzelf committeert door mee te doen, maar consensus kan natuurlijk ook uit een meerderheidsbesluit van een groep (en het bijbehorende lidmaatschap) voortvloeien.⁷⁴ Dat betekent dat de meerderheid van een groep de minderheid kan binden, net zoals dat op het niveau van de gewone wetgever gebeurt.⁷⁵

68 Of binding helemaal automatisch tot naleving leidt, is twijfelachtig, al zegt men wel dat bij zelfregulering de naleving redelijk tot behoorlijk goed verzorgd is. Het ligt voor de hand dat die naleving beter is naarmate de binding ‘dichterbij’ is, naarmate iemand zelf ook meent gebonden te zijn omdat hij of zij nauw(er) betrokken was bij wat er afgesproken is. Hoe minder ‘zelfbinding’ (hoe verder de binding van iemand af staat), hoe minder de naleving zal zijn, zo laat zich veronderstellen.

69 Binding van beursgenoteerde vennootschappen zou bijv. kunnen verlopen via de noteringsovereenkomst van Euronext, hetgeen bij de Code Tabaksblat niet is geschied, vgl. Bartman 2004, p. 123.

70 Het aangaan van een overeenkomst tussen twee private partijen is geen zelfregulering, zoals ik al schreef. Dat laat echter onverlet dat *als* we eenmaal van doen hebben met een vorm van zelfregulering, bekeken kan worden of de deelnemers soms afspraken hebben gemaakt. Zo ja, dan kunnen die afspraken (consensus) tot binding leiden.

71 Vgl. Timmerman 1997, p. 69, en de omschrijving bij Laclé/Meuwese 2006, § 1.2.1. Zie ook Peters 1994, p. 148, en Scott 2006, p. 133. Voor bestuurders geldt dat eens te meer. Als door een bestuurder gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, moet dat als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder in de zin van art. 2:9 BW (ernstig verwijt) vestigt, aldus HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (*Schwantz/Berghuizer Papierfabriek*).

72 De statuten van een rechtspersoon als zodanig vormen m.i. geen alternatieve regelgeving. Een andere opvatting zou die notie, net zoals ik verdedig t.a.v. de overeenkomst (par. 2.2), te ver oprekken.

73 Vgl. ook HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (*MC Leeuwarden/In 't Hout*), waarin consensus expliciet een rol speelde, en *Barendrecht/Van Zeeland* 2007, p. 6 en p. 7, die inzake het totstandkomen van vormen van zelfregulering zelfs spreken over ‘consensus building’.

74 Vgl. Van Heffen-Oude Vrielink/Brandsen 2004, p. 42; Leijten 1997, p. 189-190 (inzake art. 2:8, 2:9 en 2:15 BW); Van Driel 1989, p. 83; Wymeersch 2005, nr. 9-10.

75 Zie Leijten 1997, p. 189.

Binding kan derhalve voortvloeien uit instemming of toestemming.⁷⁶ Als die gegeven is, kan vervolgens niet geklaagd worden over het gebruik of de toepassing van een bepaalde regel. Aan de andere kant, als die instemming niet gegeven is,⁷⁷ is die partij in beginsel ook niet gebonden aan welke norm of standaard dan ook.⁷⁸

3.2.5. *De Grondwet als een rem?*

Ik wil er geen misverstand over laten bestaan dat de binding via de contractsvrijheid, via consensus, vrij ver kan gaan en vergaande gevolgen kan hebben. Zo worden buitenlandse rechtsfiguren (uiteraard) beheerst door buitenlandse regels, maar die externe regels kunnen hier ten lande ook gaan gelden, namelijk via een rechtsbetrekking die aan Nederland verknoopt is, doordat die regels tot de inhoud van die rechtsbetrekking worden gemaakt via de contractsvrijheid.⁷⁹

Juist omdat via consensus zoveel bereikt kan worden, kunnen de gevolgen ervan groot zijn en kan de vraag rijzen of dit ‘zo maar’ en ‘grenzeloos’ kan. Concreter: staat bijvoorbeeld onze Grondwet (Gw) niet in de weg aan de binding via alternatieve regelgeving? Zeker binnen het model dat van randvoorwaarden uitgaat, zou het denkbaar zijn dat de Grondwet die voorwaarden aan zou reiken.

Een voorbeeld ter toelichting. De Kantonrechttersformule ter bepaling van de hoogte van een ontslagvergoeding is door de rechterlijke macht ontwikkeld, zonder wetgevende bemoeienis en legitimatie (ook niet door bijvoorbeeld delegatie of mandaat). Deze formule wordt sindsdien zonder al te veel morren en in elk geval zeer veelvuldig toegepast.⁸⁰ Hoewel zich hier wellicht het toetsingsverbod van art. 120 Gw wreekt in die zin dat daardoor a) toetsing als zodanig niet mogelijk is en b) Nederlandse juristen nog onvoldoende gewoon zijn te denken in grondwettelijke termen,⁸¹ kan voorlopig niet anders geconcludeerd worden dan dat in een eventuele strijd met de Grondwet naar Nederlands recht geen reden lijkt te liggen om met niet-bindende normen in plaats van bindende normen te (moeten) werken.

76 Zie in dit verband Bachmann 2003, p. 17-19: in het privaatrecht dient de toestemming zich snel aan als legitimering. Die legitimatie door toestemming verdient echter aanvulling vanuit een algemeen belang-gedachte, omdat het om regelgeving voor grote groepen gaat. Toestemming zou dan als legitimering en bindingsfactor kunnen worden aangevuld met de idee van het ‘Gruppenwohl’. Zie ook nog de uitwerking op p. 20 e.v.

77 Daarbij komt dan nog als basisvoorwaarde dat een eventuele binding ook gerelateerd is aan de organisatiegraad van de betrokkenen (de betrokken vorm van zelfregulering moet voldoende mensen binden), zie nader Slagter 1988, p. 94. Deze, ook weer op democratische principes geënte gedachte, sluit nauw aan bij het idee van het ‘Gruppenwohl’, zoals in de vorige noot besproken.

78 Dat bleek bijv. uit het arrest van Hof ’s-Gravenhage 25 augustus 1998, *NJ* 1999, 298 (*Consumentenbond/Stad Rotterdam*) over art. 6:240 BW. Stad Rotterdam voerde aan dat de Consumentenbond niet ontvangen kon worden in haar actie om een algemene voorwaarde onredelijk bezwarend te verklaren, omdat dezelfde Consumentenbond ingestemd zou hebben met het betreffende beding in het kader van de totstandkoming van de Gedragscode hypothecaire financiering. Daarvan was echter niet gebleken.

79 Wiarda/Koopmans 1999, p. 145.

80 Vgl. reeds Giesen 2001, p. 123. Zie echter ook de aankondiging in *NJB* 2006, p. 1674.

81 Art. 120 Gw verbiedt slechts toetsing van de formele wet aan de Grondwet, zodat zelfreguleringsnormen wat dat betreft vrijelijk aan de Grondwet getoetst kunnen worden.

Bekijken we die Grondwet,⁸² los van toetsingsproblemen, dan valt te constateren dat in art. 107 Gw de opdracht is vastgelegd om onder andere het burgerlijke recht in algemene wetboeken, een codificatie op wetgevingsniveau dus, te regelen. In de *Justitiebegroting* uit 2003 is er nog op gewezen dat het tot stand brengen en actueel houden van deze codificaties een centrale doelstelling is.⁸³ Nu zou de vraag opgeworpen kunnen worden in hoeverre zo'n grondwettelijke opdracht in de weg staat of zou kunnen staan aan de ontwikkeling van allerlei instrumenten, leidraden, codes, etc. die als alternatieven voor een 'gewone' codificatie door het leven gaan. Aangezien echter geen van de besproken en nog te bespreken instrumenten bedoeld is of het oogmerk heeft de bestaande wetgeving te vervangen, met als gevolg dat de achterliggende codificatie (hier: het BW en Rv) altijd aanwezig zal blijven, en ook nodig zal zijn als het bredere kader waarbinnen de vorm van alternatieve regelgeving dan functioneert, komt het mij voor dat er hier geen al te groot probleem ligt. Alternatieve regelgeving vormt een alternatief in de zin van een *aanvulling* op het bestaande arsenaal aan gecodificeerde wetgeving, en doet dus niet af aan vervulling van de opdracht zoals in art. 107 Gw neergelegd.

Natuurlijk zou de opdracht tot het actueel houden van de codificatie hier in de knel kunnen komen, zeker als de alternatieve instrumenten goed blijken te werken. Immers, als de nodige dynamiek in het privaatrecht bereikt zou worden via alternatieve regelgeving, waarom zouden wij dan nog tijd besteden aan het bijwerken van de achterliggende of onderliggende wetgeving al dan niet neergelegd in een heus wetboek? Als dat echter zo zou zijn en/of de populariteit van de alternatieve regelgeving zo groot zou worden dat de codificatie in het geheel niet meer benut of bijgehouden wordt, dan is dat alternatief blijkbaar ook zo treffend dat het dan tevens hoog tijd lijkt te worden, als er al iets gebeuren moet, om dat alternatief als nieuwe codificatie op te nemen. In dat geval is de codificatie meteen weer geactualiseerd en is derhalve ook aan de grondwettelijke opdracht voldaan. Al met al meen ik dus dat art. 107 Gw niet in de knel zal komen,⁸⁴ en dus niet in de weg kan staan aan of bijzondere voorwaarden kan stellen aan (het denken over) alternatieve regelgeving.

Waar het over binding aan regels, om gebondenheid gaat, is niet alleen de Grondwet maar ook, als uitvloeisel van de rechtsstaat, het *legaliteitsbeginsel* niet ver weg. Althans, indien de insteek er één vanuit het bestuursrecht of het strafrecht is, want civilisten denken niet vanuit bevoegdheden van de overheid en het gebrek daaraan als die niet specifiek toegerekend zijn, zodat denken vanuit legaliteit geen gemeengoed is.⁸⁵ Echter, een (overheids)ingreep in iemands vrijheid of eigendom kan soms ook langs privaatrechtelijk weg lopen en ook dan moet daarvoor een rechtvaardiging aanwezig zijn. De ratio achter het legaliteitsbeginsel (slechts met machtiging van de volksvertegenwoordiging kan door de overheid ingegrepen worden in de rechten en vrijheden van burgers⁸⁶) maakt dat een dergelijke rechtvaardiging ook privaatrechtelijk aanwezig zou moeten zijn, of in elk geval wenselijk is, als die overheid op enigerlei wijze te betrekken is bij het privaatrechtelijke

82 Het navolgende is ontleend aan Giesen 2004.

83 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 2, p. 46. Of dat zal lukken, valt nog te bezien, vgl. de schets van Snijders 2007 dienaangaande die over 'decodificatie' spreekt.

84 Asser/Groen/Vranken 2003, p. 248 (noot 542), lijken iets voorzichtiger te zijn en geven aan dat de codificatiegedachte zwaar weegt. Dat belet de auteurs overigens niet om vervolgens allerlei moderne alternatieven voor een codificatie aan te dragen.

85 Vgl. ook Groenhuijsen 2004, p. 169-170, en Groenhuijsen 2004a, p. 203-205.

86 Vgl. Eijlander/Voermans 1999, p. 55.

geschil (bijvoorbeeld via een positieve plicht op basis van het EVRM). De hedendaagse opmars van art. 1, 1e protocol bij het EVRM getuigt daar mijns inziens van. Het 'privaatrechtelijke voordeel' is echter dat de 'legaliteitsnormen' minder streng (kunnen) zijn of zelfs ontbreken, indien de overheid helemaal niet betrokken is, en het 'gewoon' gaat om de relatie tussen twee private partijen. In die setting kan bijvoorbeeld de bindende kracht van een overeenkomst, van consensus, als surrogaat voor 'echte' legaliteit dienen.⁸⁷

3.2.6. Een derde grondslag

In het voorgaande werd er al op gepreludeerd dat er nog een (derde) wijze van binding aan alternatieve regelgeving aan te wijzen is. Een dergelijke binding kan namelijk ook bereikt worden via de diverse open normen die wij in ons BW hanteren.⁸⁸ Dat gaat dan ongeveer zo dat bij de invulling van die open normen, gekenmerkt door termen als 'naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid', 'naar billijkheid', 'de in het verkeer geldende opvattingen' of 'naar hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt', door de rechter gelet wordt op hetgeen art. 3:12 BW uitdraagt, namelijk dat rekening moet worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen (en uiteraard de algemeen erkende rechtsbeginselen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen).⁸⁹ In-dachtig die opdracht kan de rechter vervolgens een beroep doen op de in alternatieve regelgeving neergelegde normen of standaarden, omdat deze gezien kunnen worden als een soort kristallisatie van die rechtsovertuigingen.⁹⁰ De rechter haalt de alternatieve regelgeving dus binnen, al gebeurt dat niet steeds expliciet, via art. 3:12 BW in verbinding met een toepasselijke open norm (die vrijwel steeds voorradig zal zijn).

Overigens is het natuurlijk evenzeer mogelijk, zoals blijkt uit het *HBG*-arrest, dat uit de op een bepaald terrein heersende maatschappelijke inzichten volgt dat een bepaalde regel die als 'rechtsregel' is aangevoerd, juist (nog) *niet* geldt.⁹¹ Dan hebben die maatschappelijke opvattingen nog steeds zeggingskracht. Ook kan het zo zijn dat de invloed van een maatschappelijk inzicht niet direct teruggevoerd wordt op een open norm, maar 'op zichzelf' lijkt te staan.⁹²

87 Waarbij die bindende kracht vroeger weer terug te voeren was op de wetgever, via art. 1374 lid 1 Oud BW, een terugkoppeling die in wezen nog steeds mogelijk is, nu via art. 6:1 BW, een artikel van dezelfde strekking. Zie nader Giesen/Vranken 2004, p. 225.

88 Over de principiële openheid van niet alleen diverse normen uit het BW maar ook van het systeem van dat BW als zodanig, zie Snijders 2007, p. 14, die daaraan koppelt dat het BW ruimte biedt voor alternatieve regelgeving. Elders zien wij het hiernavolgende stramien ook opduiken, vgl. Voluntary Codes 1998, p. 27 voor Canada. Zie ook Wymeersch 2005, nr. 5-6.

89 Zie bijv. Boukema 1991, p. 41 en 43.

90 Vgl. PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1036. Daarbij geldt dat het gaat om rechtsovertuigingen binnen een bepaalde kring van personen, een kring die functioneel bepaald is zoals beroeps- en bedrijfsgenoten, zie ook Reurich 2005, p. 43 en p. 44-45, zodat de band met alternatieve regelgeving heel nadrukkelijk naar voren komt.

91 Zie HR 21 februari 2003, *NJ* 2003, 182 (m.nt. Ma; *HBG*): er kan geen plicht tot consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders bij het niet meewerken aan een overnamebod afgeleid worden uit de wet of andere regelgeving of uit de in Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance.

92 Zie nogmaals HR 21 februari 2003, *NJ* 2003, 182 (m.nt. Ma; *HBG*). Daarbij past wel de kanttekening dat de maatschappelijke inzichten hier dus niet tot een bepaalde rechtsregel aanleiding gaven, zodat er ook geen basis daarvoor nodig was.

Op deze wijze vindt er derhalve een ‘receptie’ van alternatieve regelgeving plaats via bijvoorbeeld het aansprakelijkheidsrecht of via andere open normen.⁹³ Op basis van art. 3:15 BW geldt vervolgens hetzelfde buiten het algemene vermogensrecht, zodat dezelfde ‘truc’ bijvoorbeeld ook kan worden toegepast op en via art. 2:8 en 9 BW⁹⁴ en bijvoorbeeld in het arbeidsrecht via de open normen van art. 7:658 BW en art. 7:611 BW.

De goede verstaander heeft al gezien dat in het voorgaande niet alleen de open norm van de redelijkheid en billijkheid aangevuld werd via art. 3:12 BW, maar dat ik ook de open normen van de verkeersopvattingen en de maatschappelijke zorgvuldigheid in de constructie heb betrokken. De binding aan alternatieve regelgeving schuilt in dat laatste geval hierin dat het niet volgen ervan tot schending van een zorgvuldigheidsnorm en dus tot aansprakelijkheid zou kunnen leiden.⁹⁵ Ik weet uiteraard dat de ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ (en aanverwanten) dienen om de redelijkheid en billijkheid aan te vullen en dat art. 3:12 BW niets zegt over de andere open normen, zoals art. 6:162 BW, maar ik meen toch deze gelijkstelling te mogen maken. De redenen daarvoor zijn dat beide soorten open normen een nadere invulling dienen te krijgen en er geen reden is dat bij de ene soort principieel anders te doen dan bij de andere.⁹⁶ Bovendien wordt aansprakelijkheid en daarmee ook de norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid uiteindelijk bepaald door, zo leert de heersende leer, de billijkheid, zodat toch weer op de invulling van de billijkheid teruggevallen kan worden.⁹⁷ Ook het feit dat maatschappelijke en persoonlijk belangen wezenlijk zijn voor de nadere invulling van de zorgvuldigheidsnorm en diezelfde factoren ook in art. 3:12 BW figureren, maakt dat de koppeling zoals hier gemaakt, voor de hand ligt. Nog een argument is dat de verkeersopvattingen die in het aansprakelijkheidsrecht een wezenlijke rol spelen, in wezen niet anders ingevuld kunnen worden dan op de wijze zoals door art. 3:12 BW is voorgeschreven voor de redelijkheid en billijkheid, dat wil zeggen door terug te vallen op onder andere de rechtsovertuigingen. Andere factoren dienen zich wellicht ook aan, maar de algemeen erkende rechtsbeginselen en vooral de in Nederland levende rechtsovertuigingen zijn bij uitstek geschikt om die verkeersopvattingen (mede) te duiden.⁹⁸

Bij het voorgaande verdient ook nog opmerking dat art. 3:12 BW op zichzelf *niet noodzakelijk* is om de invulling van bijvoorbeeld de zorgvuldigheidsnorm via alternatieve regelgeving of zelfregulering gestalte te geven. De zorgvuldigheidsnorm is immers (zo) open dat die alternatieve regelgeving ook als het ware *direct* de inhoud van die norm zou

93 Vgl. Bachmann 2003, p. 28 (met kritiek daarop omdat groepsbelangen dan te zwaar kunnen wegen) en Van Gestel 2000, p. 100-101 (vooral bij open normen zal de rechter zich moeten oriënteren op wat in bepaalde groepen als recht gezien wordt om zijn beslissing deugdelijk te kunnen motiveren).

94 Vgl. Bartman 2004, p. 124-125; Das 2004, p. 128; Wymeersch 2005, nr. 6, en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 752, 2, p. 22. Zo zou de rechterlijke macht bijv. ook aan de regels uit de Code Tabaksblat bindende kracht kunnen geven, vgl. ook nog Stamhuis 2006, p. 145.

95 Vgl. reeds Giesen 2004, p. 159. ‘Soft law’ kan zodoende ‘hard law’ worden, vgl. Mörth 2004a, p. 192.

96 Zie ook Van Gestel 2000, p. 132-133, voor gevallen van milieuaansprakelijkheid. Van Driel 1989, p. 167, pleitte ook reeds voor een ruimer toetsingsbeleid door de rechter, maar dan i.v.m. de consumentenbescherming.

97 Zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 19. De uiteindelijke (gemeenschappelijke) grond voor aansprakelijkheid is de billijkheid. Zie ook Verheij 2005, p. 14.

98 Zie Rogmans 1999, nr. 10-11 over de verwantschap tussen verkeersopvattingen en redelijkheid en billijkheid en nr. 12 over de evidente verwantschap tussen verkeersopvattingen en de ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ (omdat zij dezelfde bron hebben).

kunnen bepalen, zonder tussenkomst van art. 3:12 BW.⁹⁹ Dat artikel is wat dat betreft alleen of voornamelijk van belang als een wettelijke kapstok om er zeker van te zijn dat wat er gebeurt, ook door de beugel van de wet kan. Datzelfde geldt dan ook weer voor de invulling van de redelijkheid en billijkheid als open norm, want art. 3:12 BW is dienaangaande niet uitputtend of limitatief bedoeld, zodat andere dan de genoemde richtsnoeren ook benut mogen worden om die billijkheid gestalte te geven.¹⁰⁰

Opmerking verdient nog dat deze wijze van binding ook ‘derden’ kan betreffen, personen die bij het ontwerpen en afkondigen van de alternatieve regelgeving zelf niet betrokken waren.¹⁰¹ Als voorbeeld noem ik de doorwerking van een medisch protocol via de medische zorgplicht dat hierna (par. 3.3) nog uitvoerig besproken wordt. Meer in het algemeen kunnen derden bovendien tot een zekere gebondenheid geraken doordat de invulling door de rechter van de open norm via alternatieve regelgeving als rechterlijke uitspraak een zekere precedentwerking zal hebben.¹⁰² Men zou wellicht van een zekere ‘reflexwerking’ kunnen spreken, doordat een regel die in een bepaalde verhouding bindt, uitstraling zal hebben naar andere, daaraan gelieerde verhoudingen.

Verder stip ik nog aan dat in plaats van deze rechtsovertuigingen ook de *gewoonte* ingeroepen had kunnen worden. Een gewoonte binnen een kring van personen kan een bron zijn van rechtsregels, zo wordt erkend.¹⁰³ Alternatieve regelgeving kan wellicht zelfs eerder als ‘gewoonte’ geduid worden¹⁰⁴ dan als rechtsovertuiging, want bij gewoonten gaat het immers om herhaaldelijk gevolgde gedragslijnen waarbij er op de naleving daarvan wordt gerekend (regelmaat is het kenmerkende aspect).¹⁰⁵ Hetzelfde is het geval bij alternatieve regelgeving. Echter, omdat bij rechtsovertuigingen de pluraliteit daarvan (rechtsovertuigingen in meervoud) gewaarborgd is, zelfs ingebakken is in het concept,¹⁰⁶ en die pluraliteit bij alternatieve regelgeving ook aanwezig kan zijn,

99 Zulks blijkt bijv. ook uit de voorbeelden in Asser-Vranken 2005, nrs. 79 e.v., 84 en 85. Alternatieve regelgeving kan daarnaast ook nog via de open norm ‘verkeersopvatting’ haar intrede doen.

100 PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1035; Reurich 2005, p. 43.

101 Anders Korthals Altes 2005, p. 919, die stelt dat binding van derden alleen plaatsvindt bij aanvaarding daarvan door die derde, als deze dus (in mijn visie) via consensus (de tweede wijze van binding) gebonden raakt.

102 Ik werk de binding aan precedenten niet nader uit, zie recentelijk o.a. Teuben 2004, p. 231 e.v.; Adams 2006; Hondius 2005; Haazen 2006.

103 Zie Reurich 2005, p. 44, met verdere verwijzingen, alsmede Van Gestel 2000, p. 110. Over gewoonte als rechtsbron ook nog Pontier 1998, p. 17 en 20 en Asser-Scholten 1974, p. 97 e.v.

104 Van Gestel 2000, p. 112, legde ook al het verband tussen alternatieve regelgeving en gewoonterecht, en voordien deed dat ook Asser-Scholten 1974, p. 109 e.v. Inmiddels ook zo De Groot 2006, p. 110. Ik kom hier nog op terug, zie hierna.

105 Asser-Scholten 1974, p. 111. Over gewoonte ook Asser-Hartkamp 4-II, nr. 292-293, en in relatie tot de verkeersopvattingen Rogmans 1999, nr. 9. In het internationale recht liggen de eisen wat betreft het gewoonterecht iets anders, en kan bovendien een staat die zich blijft verzetten tegen een bepaalde gewoonte, een zgn. ‘persistent objector’, daaraan niet gebonden raken (vgl. Fon/Parisi 2003). Naar Nederlands privaatrecht zal voortdurend protesteren m.i. zeker meewegen in de rechterlijke afweging van omstandigheden t.a.v. de vraag of een bepaalde organisatie aan bepaalde normen gebonden zou kunnen worden.

106 Over het voorgaande Reurich 2005, p. 44 en p. 45. Vgl. ook PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1035, over het gebruik van de meervoudsvorm.

vind ik het verkieslijk om (ook) bij de in Nederland levende rechtsovertuigingen aan te (kunnen) haken.

REURICH¹⁰⁷ stelt dat bij rechtsovertuigingen de algemene en herhaalde gedragslijn ontbreekt, en dat daarin het verschil met een gewoonte schuilt. Zo bekeken zal het bij alternatieve regelgeving vaak om gewoonterecht gaan. Mijns inziens is dat echter niet noodzakelijkerwijs het geval. Er kan in elk geval (al dan niet daarnaast) *ook* over rechtsovertuigingen gesproken worden, alleen al omdat het bij alternatieve regelgeving ook om nieuwe, voorheen nog niet gevolgde normen kan gaan die dus nog geen gewoonte zijn (of hebben kunnen worden), maar wel al een rechtsovertuiging vormen omdat ze door een groep belanghebbenden afgekondigd zijn.

Intussen zal de keuze om een regel van zelfregulering via ofwel gewoonterecht ofwel de rechtsovertuigingen van art. 3:12 BW (een vorm van) bindende kracht te geven, geen wezenlijke verschillen op praktisch vlak sorteren. In het eerste geval is de gewoonte de bron van recht, in het tweede geval is dat de redelijkheid en billijkheid of een andere norm (ingevuld door een rechtsovertuiging). Wel kan gezegd worden dat de eerste route directer lijkt, maar beide routes zijn toch afhankelijk van de rechter die uiteindelijk vaststellen moet dat er juridische binding is.¹⁰⁸

De receptie van rechtsovertuigingen is in Nederland overigens geen gunstige geweest, zo stelt REURICH vast.¹⁰⁹ Aardig is dat de klacht dan vooral betreft dat het hierbij om (te) algemene noties zou gaan; dat is in die zin aardig omdat juist dat bij vormen van alternatieve regelgeving niet het geval is, meestal betreft het vrij specifieke of zelfs gedetailleerde invullingen van wat als juist handelen gezien wordt. En de aanpalende klacht dat (enkel) het groepsbelang de rechtsovertuiging zal hebben gedictieerd, is ook ondervangen nu dat juist de bedoeling is bij zelfregulering (waarbij uiteraard wel de belangen van alle groepen mee moeten spelen).

De kern van één en ander, wat mij betreft, is dat het zowel bij de gewoonte als bij de rechtsovertuigingen gaat om de *normatieve verwachting* die bij betrokkenen bestaat ten aanzien van bepaald gedrag. En dat is precies wat ook door alternatieve regelgeving geschapen wordt: een normatieve verwachting binnen een bepaalde kring van personen. Men zou dan ook kunnen zeggen dat alternatieve regelgeving een vorm van *gewoonterecht in wording* is en voordien al als rechtsovertuiging kan functioneren. Hierbij verdient nog opmerking dat SCHOLTEN alternatieve regelgeving en gewoonte sterk aan elkaar koppelde. Hij beschrijft immers bij de vraag naar de betekenis van de formulering van gewoonterecht dat juist andere autoriteiten dan het staatsgezag tot het beschrijven en vastleggen van gewoonterecht overgaan, waarbij hij voorbeelden noemt uit de internationale handel die nu als alternatieve regelgeving zouden kunnen gelden.¹¹⁰

SCHOLTEN¹¹¹ voorzag dat de formulering van een gewoonte drie gevolgen zou (kunnen) hebben, gevolgen die ik hier kort memoreer omdat die, in het licht van het voorgaande, ook voor alternatieve regelgeving zouden kunnen intreden. Ten eerste meende hij dat met

107 Reurich 2005, p. 45.

108 Voor het gewoonterecht zo Van Gestel 2000, p. 104.

109 Reurich 2005, p. 46, verwijzend naar Asser-Scholten 1974, p. 127. In gelijke zin Tjittes 2005, p. 1883.

110 Asser-Scholten 1974, p. 109.

111 Asser-Scholten 1974, p. 109-110.

de formulering de formule zelf deel van het recht zou worden (en bijvoorbeeld uitleg zou behoeven). Ten tweede voorzag hij dat de formulering het recht zou stollen, de ontwikkeling zou vertragen, en ten derde dat door de formulering de eis dat conform de gewoonte gehandeld wordt, zou vervallen. Vooral de eerste twee gevolgen zouden mijns inziens bij alternatieve regelgeving eveneens kunnen opduiken.

Gezien de hoeveelheid open normen in het vermogensrecht en de fundamentele, breed erkende mogelijkheid dat private partijen voor hun private verhouding hun eigen rechtspositie kunnen bepalen (autonomie), zou daarmee gezegd kunnen worden dat binding aan alternatieve regelgeving ingebouwd is in het privaatrechtelijke systeem.¹¹²

Daarbij moet dan echter wel nogmaals deze waarschuwing gegeven worden dat een overeenkomst tussen twee partijen niet als alternatieve regelgeving beschouwd kan worden (par. 2.2). Ook wijs ik er nog op dat open normen ook welbewust en voordat er een rechter aan te pas komt, via zelfregulering nader ingevuld zouden kunnen worden, eventueel ook in de vorm van co-regulering.¹¹³

Dat alles is vooralsnog de theorie, maar werkt het uiteindelijk ook in de praktijk zo? Een vroeg voorbeeld, voorzichtig ingekleed overigens, van binding door tussenkomst van een rechterlijke uitspraak waarbij een open norm werd ingevuld op basis van alternatieve regelgeving, is te vinden in de *Batco*-uitspraak van de Ondernemingskamer (OK) van het Amsterdamse Hof. In de afweging of er sprake was van wanbeleid door Batco omdat het overleg met het personeel over de voorgenomen sluiting van een vestiging te vroeg zou zijn afgebroken, werd mede betrokken ('Tenslotte is niet zonder betekenis...') dat de moedermaatschappij in Engeland de 'OECD Guidelines for multinational enterprises' als richtlijn voor haar beleid had aanvaard.¹¹⁴ Die richtlijnen speelden dus een – weliswaar bescheiden, maar toch – rol bij de invulling van de open norm 'wanbeleid'.

Uit het ondernemingsrecht stammen ook twee andere voorbeelden. Zo was in de zaak *Verhoeven/Ahlsell* de vraag aan de orde of Ahlsell een openbaar bod gestand moest doen. Daarbij werd één van de bepalingen (art. 11 lid 2 sub c) uit het SER-besluit Fusiegedragsregels 1975 aan de uitspraak ten grondslag gelegd, met als gevolg dat het oordeel van de Vereniging voor de Effectenhandel ingeroepen moest worden door Ahlsell.¹¹⁵ Ten tweede noem ik de *Versatel*-uitspraak van de OK waarin aan de Code Tabaksblat een vergaande werking gegeven werd, buiten het gewone bereik ervan, door deze ook toepasselijk te achten op een inmiddels niet meer beurs-NV.¹¹⁶

Een bekend voorbeeld uit het verzekeringsrecht betreft de omgang met de uitspraken van de (toenmalige) Raad van Toezicht voor het Schadeverzekeringsbedrijf (nu: Raad van Toezicht Verzekeringen). De normen zoals neergelegd in die uitspraken hebben betekenis

112 Baarsma e.a. 2003, p. 16.

113 Een poging daartoe is te vinden bij Horrevorts/Van Esch 2003.

114 Zie Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71 (*Batco*).

115 Zie Pres. Rb. Rotterdam 25 juni 1982, *KG* 1982, 113.

116 Zie OK 27 september 2005 en 14 december 2005, *AA* 2006, p. 198 e.v. (m.nt Raaijmakers) (zie vooral p. 205).

gekregen als invulling van 'de in Nederland levende rechtsovertuigingen' in de zin van art. 3:12 BW.¹¹⁷ In par. 4.3 kom ik hierop terug.

In gedingen over de juistheid en geoorloofdheid van reclames voor geneesmiddelen, is inmiddels geoordeeld dat een norm die voor de betreffende branche door middel van zelfregulering is neergelegd in de Gedragscode Geneesmiddelenreclame, ook 'bindend' is voor bedrijven die zich niet aan de betreffende code gebonden hebben (bijvoorbeeld omdat ze geen lid zijn van de brancheorganisatie, in dit geval de Nefarma). De civiele rechter gebruikt namelijk die zelfreguleringsnorm (te weten: dat gezondheidsclaims moeten worden geadstrueerd door twee vergelijkende wetenschappelijke studies) om de open norm van art. 6:194 inzake misleidende reclame nader in te vullen. Die invulling geschiedt dan simpelweg door de zelfreguleringsnorm als een nadere toespitsing van de genoemde open norm te beschouwen, zodat het niet in acht nemen van die zelfreguleringsnorm ook tot onrechtmatigheid op basis van art. 6:194 BW leidt.¹¹⁸ Door dat artikel zo in te vullen, is de zelfreguleringsnorm derhalve, via de 'verbindende' kracht van (eerdere) rechtspraak, ook voor anderen dan de brancheleden en de ondertekenaars van de gedragscode een bindende norm geworden waarop die ander afgerekend wordt.¹¹⁹

Uit het zojuist besproken voorbeeld van de doorwerking van de Code Tabaksblat blijkt al dat deze derde grondslag voor binding er een is die ook voor normen die niet als alternatieve regelgeving of zelfregulering in de hier bedoelde zin kunnen gelden, van belang kan zijn. De normen uit die code, maar bijvoorbeeld ook de (regels uit de) Unidroit-principles, de Lando-principles, de European Principles of Tort Law en het CFR zouden langs deze weg (open normen invullend) wellicht een bepaalde verbindende kracht kunnen verkrijgen.¹²⁰ Daarnaast zouden die Principles zelf wellicht nog nader ingevuld kunnen worden door onderliggende vormen van alternatieve regelgeving op Europees niveau. Voor de toekomst van het Europees privaatrecht kan dit alles van groot belang zijn en tot sluipende codificatie¹²¹ leiden.

Omdat de beschreven manier van binding via de rechter loopt, kan de vraag opkomen of en in hoeverre dit een andere, en dus inderdaad derde, wijze van binding aan alternatieve regelgeving is of dat deze wijze (te) veel lijkt op de andere twee wijzen van binding (via de wetgever, vooraf of achteraf, of via consensus). Vooral omdat de binding via consensus uiteindelijk handhaafbaar is via de rechter en dat vooruitzicht zijn schaduwen uiteraard vooruit werpt, is het mogelijk een parallel te trekken tussen die consensus en de hier besproken derde wijze van binding. Na ampele afweging meen ik dat het procédé en de achtergrond van de derde bindingsmethode zodanig anders is, dat er hier toch van een zelfstandige wijze van binding gesproken kan worden. Consensus is hier uiteinde-

117 HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 (m.nt. MMM; *Kroymans/Sun Alliance*). Vgl. ook Asser-Hartkamp 4-II, nr. 303.

118 Zie Vznr. Rb. Den Haag 26 juli 2004, *JGR* 2004/34 (m.nt. Schutjens; *Aventis Pharma/Novo Nordisk Pharma*) (met nadere verwijzingen naar soortgelijke uitspraken). Over de achtergronden van de zelfregulering in deze sector, zie De Vroom 1989, vooral p. 277 e.v.

119 In Engeland is overigens hetzelfde gebeurd, zie Scott 2002, p. 64. Ik ga hier voorbij aan de vraag in hoeverre (lagere) rechtspraak op zichzelf bindend is of kan zijn voor toekomstige procespartijen. Een precedentenstelsel kennen wij officieel niet, zo heet het dan, maar de facto geschiedt wel precies ('zwaartekrachtwerking') dat wat precedenten tot precedenten maakt: de hogere rechtspraak zal de facto gevolgd worden en mitsdien en in zoverre 'bindend' zijn voor toekomstige procespartijen, vgl. Gommer 2007, p. 23. Zie recentelijk nader over dit thema o.a. Teuben 2004, p. 231 e.v.; Adams 2006; Hondius 2005; Haazen 2006.

120 Ik merk nog op dat die invulling via deze beginselen alleen mogelijk is als die specifiek zijn dan de in te vullen open norm, hetgeen zeker niet steeds het geval is.

121 Vgl. Berger 2001.

lijk niet de bron van de binding, want die binding berust in wezen op de invulling van de norm door de rechter.¹²²

Uiteraard bestaan er nauwe verbanden tussen de diverse methoden van binding. Zo kan hetgeen de maatschappelijke zorgvuldigheid eist bijvoorbeeld voortvloeien uit de consensus binnen bepaalde groepen. Dat gegeven tekent overigens niet alleen het verband tussen de diverse grondslagen voor binding, het betekent ook dat art. 6:162 BW als een handhavingsmechanisme ten behoeve van de consensus (als bindingsgrondslag) kan functioneren.

In Europees verband zien wij de hiervoor besproken drie wijzen van binding ook terugkeren. SENDEN leert ons daarover het volgende, in sneltreinvaart weergegeven. De Europese wetgever kan voor 'legally binding force' zorgen, uiteraard, waarbij die binding soms 'inherent' is (eerste grondslag) en in andere gevallen 'incidental', op basis van de inhoud van een handeling (eerste grondslag) of op basis van afspraken (tweede grondslag). Daarnaast kan er sprake zijn van 'indirect legal effects', onder andere als resultaat van interpretatie door de nationale rechter of als resultaat van de toepassing van algemene rechtsbeginselen (derde grondslag).¹²³ Bij dat begrip 'indirect legal effects' gaat het meer specifiek om binding door omzetting van de regels in (Europese of nationale) wetgeving, om binding doordat de (Europese of nationale) rechter de alternatieve regelgeving gebruikt of soms zelfs moet gebruiken bij de uitleg van 'hard law', en om binding bij bestuurshandelingen bijvoorbeeld via Europese beginselen van behoorlijk bestuur. De notie dat 'soft law' bij de uitleg van 'hard law' een rol spelen kan, spoort met mijn bevindingen inzake het Nederlandse recht.¹²⁴

Het voorgaande laat overigens onverlet dat ook deze derde grondslag, de rechterlijke invulling van open normen, net als de eerste twee vormen van binding, niet ontsnapt aan VRANKENS hiervoor al besproken 'schema wetgeving-rechtspraak'. De rechter komt er hier aan te pas om die binding te verzorgen en garanderen. VRANKEN stelt daarbij wel nog de principiële vraag of private regelgeving rechtstreeks zelf bindende kracht heeft of kan hebben, maar die vraag beantwoordt hij ontkennend.¹²⁵

Dat elke vorm van alternatieve regelgeving toch door de sluisen van het schema moet, is niet per se een negatief te waardenen feit. Deze verplichte tournure levert immers (enige) indirecte democratische legitimatie op omdat de rechter gelegitimeerd is in zijn gezagsuitoefening. De regel in kwestie gaat dan langs een wel gelegitimeerd orgaan alvorens bindend te worden.¹²⁶ Een vergelijkbare, maar nog indirectere legitimiteit kan overigens gevonden worden via het onveranderlijke uitgangspunt dat de wetgever altijd nog kan ingrijpen en de regels veranderen.

Voor de lezer die nu een vlammend betoog verwacht waarin het voorgaande ontzenuwd wordt en waarin alsnog tot een niet in het schema te vangen route of

122 Ik merk nog op dat de derde wijze van binding er één is waarbij de rechter, en geschilbeslechting als mechanisme in zijn algemeenheid, ook benut wordt om anderen te dwingen om standaarden, normen of regels te ontwikkelen of te bekrachtigen. De dreiging van procederen kan immers partijen ertoe bewegen om standaarden vast te leggen. Vgl. Scott 2002, p. 66 en p. 72.

123 Uitvoerig over al deze vormen Senden 2003, m.n. p. 264-268 of p. 468-482 voor het overzicht, en de §§ 9.4-9.6 voor de verdere uitwerking van beide vormen van 'legally binding force', alsmede de hoofdstukken 11-13 voor wat betreft de 'indirect legal effects'.

124 Over dat specifieke aspect Senden 2003, p. 407.

125 Asser-Vranken 2005, nr. 93.

126 Vgl. Schroeder 2003, p. 275.

wijze van binding gekomen wordt, kan ik slechts teleurstellen. Alleen als alternatieve regelgeving op enig moment a) strak ingekaderd kan worden als juridische begrip, zodat helder is wat er wel onder valt en wat niet, en b) op enigerlei wijze een vorm van democratische legitimatie voor gevonden wordt (bijvoorbeeld via de eisen die wij stellen aan draagvlak, representativiteit, organisatiegraad, etc.¹²⁷), en c) die vorm van regulering vervolgens ook nog eens zo belangrijk wordt dat deze als zelfstandige rechtsbron erkend wordt (door liefst de wetgever of anders de rechter), dan is er ruimte voor zo'n betoog. Als we daar zijn, kan het schema op de schop, althans, dan is het schema klaar om te worden uitgebreid met die nieuwe zelfstandige rechtsbron genaamd private regelgeving of alternatieve regelgeving. Dan is er een nieuw schema, het 'schema wetgeving-private regulering-rechtspraak'. Maar tot die tijd, helaas, kan ik dat betoog niet leveren.¹²⁸

Impliciet is hier bepaald dat iets 'rechtsbron' moet zijn om toegelaten te worden tot het schema. Nu wordt de eerder al besproken 'gewoonte' over het algemeen als rechtsbron beschouwd, zodat de vraag gerechtvaardigd is of die gewoonte niet nu al als extra rechtsbron en als extra poort door het schema zou kunnen dienen. Mijns inziens kan dat niet. De gewoonte op zichzelf is te diffuus (te onzeker) om werkelijke binding te garanderen; een rechterlijke uitspraak waarin die gewoonte erkend¹²⁹ wordt, is steeds nodig om dat diffuse karakter weg te nemen. Daarmee zijn haar kansen verkeken.¹³⁰

3.2.7. *De keuze vóór binding in het licht van (nogmaals) enkele nadelen van alternatieve regelgeving*

Hiervoor is geconstateerd *dat* er invloed uitgaat van alternatieve regelgeving in die zin dat deze regels bindend kunnen zijn of worden, voor betrokkenen en voor derden. Een waardeoordeel daarover is nog niet (expliciet) uitgesproken. Op zich ben ik een voorstander van het gebruiken van alternatieve regelgeving en van het verbinden van juridische kracht aan dat soort regels. We kunnen er eenvoudigweg niet omheen. De al eerder gememoreerde maatschappelijke realiteit dat organisaties en personen zichzelf (steeds meer en vaker) binden door procedures vast te leggen, normen af te spreken of anderszins eigen regels te maken, verdient erkenning in rechte, in elk geval in het privaatrecht waarin autonomie een wezenlijk uitgangspunt is.

Dat gezegd zijnde, wil ik niet het verwijt krijgen blind te zijn (geweest) voor de nadelige kanten van de binding aan alternatieve regelgeving.¹³¹ Ten eerste

127 In Giesen/Vranken 2004, p. 227-228, betoogde ik reeds dat draagvlak kan dienen als vervanging voor de gebruikelijke vorm waarop een regeling legaliteit krijgt (nl. via democratische legitimatie), want ook bij draagvlak gaat het in wezen om instemming door de meerderheid.

128 Vgl. ook Giesen/Vranken 2004, p. 225 (de band met overheidsoptreden blijft) en p. 227, alsmede McHarg 2006, p. 85.

129 De gewoonte wordt door de uitspraak niet geschapen, maar wel geformuleerd en eventueel erkend, vgl. Asser-Scholten 1974, p. 107.

130 Ik stelde hiervoor al vast dat vormen van alternatieve regelgeving meestal betrekking hebben op specifieke of zelfs gedetailleerde invullingen van wat als juist handelen gezien wordt.

131 Zo pleit bijv. Bartman 2004, p. 126, voor een terughoudende opstelling van de rechter bij het gebruik van de Code Tabaksblad.

verwijs ik nogmaals naar de nadelen verbonden aan zelfregulering zoals besproken in par. 2.7,¹³² maar roep ik ook de daar al genoemde voordelen in herinnering. Specifiek gerelateerd aan de kwestie van 'binding' memoreer ik verder nog het volgende. SCHROEDER geeft terecht aan dat iemands marktmacht bepalend voor diens invloed zal (kunnen) zijn, en daarmee dus ook voor diens invloed op de afgesproken zelfreguleringsnormen. Daarmee kan de invloed per betrokkene (diens lobby) verschillen en zelfs ertoe leiden dat bepaalde partijen niet eens als betrokkene te boek komen te staan, terwijl ze wellicht wel gebonden raken.¹³³ Deze ongelijkheid moet voorkomen worden. Als tegenwicht wijst hij er dan op dat de structuur van de betrokken maatschappelijke groeperingen hierin veel ellende kan voorkomen, dat de rechter controle uitoefenen kan, en dat deze onevenwichtigheid niet exclusief is voor zelfregulering, want ook bij overheidsregulering kunnen dit soort verschillen opduiken.¹³⁴

Gerelateerd aan de invloed die iemand zou kunnen hebben op de tot stand te brengen normen, is de notie dat die normen concurrentiebepkend zouden kunnen uitpakken (bewust of onbewust). Ook dat nadeel werd al eerder genoemd. Wat als een 'groepsnorm' opgesteld wordt, kan makkelijk verworden tot een toetredingsvoorwaarde voor nieuwe marktpartijen. De voordelen van zelfregulering (vooral op het vlak van informatie en deskundigheid) worden dan wellicht overtroffen door de nadelen, zodat dit tegengegaan moet worden. Naast de ultieme controlemogelijkheid voor de wetgever, die immers altijd andersluidende eigen regels kan uitvaardigen, noem ik daartoe nog specifiek het creëren van de mogelijkheid om besluiten van de beroepsgroep terug te kunnen draaien.¹³⁵ Als deze en andere correctiemechanismen benut worden, dan is een ruime binding aan alternatieve regelgeving mijns inziens goed verdedigbaar en maatschappelijk wenselijk.

3.2.8. Afronding

Afrondend merk ik nog op, aansluitend bij de hetgeen aan de start van deze pa-

132 Ik voeg daaraan toe dat Van Bijnen 2005, p. 163-164, tegenstander is van wat hij noemt de 'directe werking' van 'soft law' (in contractuele verhoudingen) omdat dat tot rechtsonzekerheid zou leiden (partijen weten dan niet welke normen gelden). Indirecte werking van 'soft law' via de invulling van open normen zoals hiervoor besproken, wijst hij niet (categorisch) af.

133 Vgl. op dit punt ook Stamhuis 2006, p. 38; Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 6; Choi/Gulati 2006, p. 1142; Weterings 2004, p. 139 en 144 (wijzend op het ontstaan van competitie tussen diverse belangengroepen), en Edgeworth 2003, p. 198. Bij het totstandkomen van wetgeving wordt er ook gelobbyd, maar dan concurreren de lobbyisten openlijk met elkaar. Dat lijkt bij zelfregulering minder het geval te zijn, vgl. hieromtrent Schwartz/Scott 1995, p. 637. Zie over het proces van totstandkoming van alternatieve regelgeving ook nog Schwarcz 1995, die o.a. aangeeft dat het proces zo zijn gebreken heeft en bijv. onder invloed van belangengroepen staat (p. 917-921). Ook Snyder 2003, p. 433-434, wijst op de gevoeligheid voor invloed vanuit de sector; men zit gevangen in het web van de achterban.

134 Over het voorgaande Schroeder 2003, p. 276-277. Het punt van de marktmacht is ook nog te vinden bij Schepel 2005, p. 356.

135 Vgl. in dit kader art. 30 Advocatenwet, inzake de vernietiging bij KB van besluiten van de Orde.

ragraaf werd gesteld, dat de daadwerkelijke binding aan vormen van alternatieve regelgeving, in welke variant dan ook, niet alleen berust op een bepaalde gekozen grondslag daarvoor, maar mede afhankelijk is van de vraag of er een sanctie bestaat op niet-nakoming en of die sanctie vervolgens ook toegepast wordt.¹³⁶ Voor de binnen een bepaalde sociale groep gemaakte afspraken staat in elk geval als sanctie open dat ex-communicatie bij niet-naleving een optie is. Dat is dan echter meteen ook een zware sanctie, wellicht zelfs wel de zwaarst denkbare.¹³⁷

3.3. Praktijk: medische protocollen

In par. 1 kwam al aan de orde dat de aanwezigheid van een medisch protocol van belang kan zijn voor de vraag naar de eventuele aansprakelijkheid van de behandelend arts. Op het eerste gezicht is dat wellicht vreemd omdat over die protocollen ook gezegd wordt dat ze niet afdwingbaar zijn (ze hebben geen wettelijke status).¹³⁸ Hier wordt echter afdwingbaarheid te nauw verbonden aan de status van wettelijke regel. Immers, die afdwingbaarheid is ook langs andere wegen bereikbaar, zoals we al zagen. En dat betekent dat dergelijke protocollen wel degelijk juridisch relevant (kunnen) zijn.¹³⁹

Die relevantie komt hierin tot uitdrukking dat bij de invulling van de (open) norm van een goed hulpverlener, de redelijk handelende arts, het handelen in overeenstemming met de professionele standaard (vgl. art. 7:453 BW in relatie met art. 7:401 BW en art. 6:74 BW) mede bepaald wordt door de inhoud van het protocol. Dat protocol vormt de ‘meetlat waarlangs de rechter het handelen van de medicus legt’.¹⁴⁰ Daarbij verdient opmerking dat – grof gezegd – nalaten het protocol te volgen niet per definitie tot aansprakelijkheid leiden zal (afwijken, gemotiveerd, is mogelijk, want de omstandigheden van het geval zijn bepalend), terwijl het wel volgen van een protocol niet per definitie als een vrijwaring tegen aansprakelijkheid werkt (opnieuw omdat de bijzondere omstandigheden van het geval bepalend zijn).¹⁴¹

136 Dit punt raakt aan de kwestie dat soms het onderscheid in soorten of varianten van zelfregulering gemaakt wordt op basis van de ‘mate’ van binding aan die zelfregulering. Zie Ogus 2000, p. 589, die een onderscheid maakt tussen: de formeel bindende zelfregulering; die waarbij er sancties staan (publiek of privaatrechtelijk) op niet naleving; de gedragscode die van toepassing is, tenzij de overtreder bewijst dat een andere handelswijze het doel van de regulering ook kon bereiken; de zelfregulering voorzien van niet juridische sancties, en die waarbij er sprake is van puur vrijwillige ‘compliance’.

137 Zie nader par. 5.2 en nu reeds Franken 2002, p. 305. Zie ook Van Schooten-van der Meer 1997, p. 177, handelend over de theorie van de semi-autonome sociale velden.

138 Biesart/Gevers 1999, p. 6.

139 Zoals ook Biesart/Gevers 1999, p. 6 en p. 16, erkennen. Een protocol biedt een toetsingskader aan de rechter. Vgl. tevens Giard 2005, p. 158.

140 Biesart/Gevers 1999, p. 16 en 27. Zie ook De Groot 2006, p. 109 en p. 112 (hulpmiddel voor de rechter; houvast bieden).

141 Zie hierna en voor nu reeds Buijsen 2000, p. 57, de conclusie ad 3.8.1 van Spier voor HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377 (m.nt. Van Wijmen en HJS; *X.ZAO*), alsmede dat arrest zelf. Hulst 2002, vooral p. 448, lijkt de nuance (afwijken kan) te onderschatten. Afwijken moet mogelijk zijn omdat protocollen ‘beslissingsondersteunend’ zijn, zie Biesart/Gevers 1999, p. 18, p. 19 (flexibiliteit is noodzaak) en p. 22 e.v. (met een overzicht van oudere rechtspraak).

Deze regels inzake aansprakelijkheid zijn in dit kader van belang omdat daarmee tevens (in elk geval tot op zekere hoogte) de binding aan de normen in een protocol gegeven is.¹⁴² In een arrest van 2 maart 2001 is de Hoge Raad¹⁴³ zonder zich al te zeer te bekommeren om de mogelijke theoretische aspecten, een heel eind op weg gegaan om de binding aan zelfregulerende normen als het ware te ‘legaliseren’ door daaraan (een zekere) bindende kracht te verschaffen.¹⁴⁴

Het ging in deze zaak om een patiënt die na een knieoperatie trombose ontwikkelde. Op grond van een binnen het ziekenhuis vastgesteld protocol had bij de betreffende operatie een anti-stollingsmiddel moeten worden toegediend, maar dat was niet gebeurd. In cassatie overweegt de Hoge Raad:

‘(...) Het hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de gegeven omstandigheden te oordelen dat het niet naleven van het protocol als een toerekenbare tekortkoming heeft te gelden. Het oordeel dat het onderhavige protocol berust op consensus tussen de Stichting M. en de aan de Stichting M. verbonden artsen met betrekking tot medisch verantwoord handelen, is in cassatie niet bestreden. Van Stichting M. c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien zulks in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Nu het niet toepassen van de door het protocol voorgeschreven behandeling uitsluitend te wijten was aan “vergeten” en dus van een beargumenteerde afwijking van voormeld voorschrift geen sprake was, behoeft het Hof niet in te gaan op de stelling van Stichting M. c.s. dat binnen de beroepsgroep als geheel verschil van inzicht bestond omtrent de in het protocol voorgeschreven behandeling.’

Dit komt hierop neer dat een protocol intern bindend is voor de betrokken artsen. Voorschriften die men zelf opgesteld heeft, en waarover onderlinge consensus heerst, dient men in acht te nemen. Dat is alleen anders als afwijking in het belang van de patiënt is, zodat een protocol ook slechts in zoverre bindend is. Daarbij geldt dan uiteraard dat afwijken een goede reden en motivering vereist.¹⁴⁵

De vraag *wie* gebonden is, is hiermee helder beantwoord. Gebonden zijn in elk geval het ziekenhuis en de daar werkzame artsen die het protocol hebben opgesteld. Het betreft immers een interne richtlijn. De *grondslag* voor de binding lijkt hier gelegen te zijn in de consensus die er heerste in de groep bij het

142 Dat in de literatuur gesteld wordt dat de richtlijnen een niet-verbindend karakter hebben, zie Biesart/Gevers 1999, p. 27, doet daaraan niet af, omdat via de invulling van de open aansprakelijkheidsnorm die binding wel aanwezig is, zie hierna.

143 HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (m.nt. Van Wijmen en JBMV; *MC Leeuwarden/In 't Hout*). Zie ook Asser-Vranken 2005, nr. 84, en De Groot 2006.

144 Voor de discussie hier kan dan in het midden blijven of een protocol getypeerd kan of moet worden als een veiligheidsnorm. Die vraag is vooral van belang voor causaliteitskwesties die hier niet aan bod hoeven komen omdat die kwesties de vraag naar de binding niet beroeren. Zie (tegen die kwalificatie) Hulst 2002. Ik denk zelf dat dat vooral afhangt van het protocol dat ter beoordeling voorligt, en dan vooral van het doel en de formulering ervan. Per geval zal zulks dus bepaald moeten worden, zodat de rechtsvormende kracht voor het causaliteitsoordeel per geval anders zal zijn.

145 Zo reeds Biesart/Gevers 1999, p. 27.

opstellen van de voorschriften.¹⁴⁶ Op zich zou ook betoogd kunnen worden dat de binding in dit soort gevallen in zijn algemeenheid via de derde manier, de nadere invulling van een open norm, verloopt, in dit geval via de medisch-professionele standaard.¹⁴⁷ Omdat echter dit specifieke protocol slechts een beperkt aantal personen (intern in het betreffende ziekenhuis) bindt, en ook niet meer beoogde, kunnen de voorschriften daaruit niet zonder meer als een algemeen geldende (landelijke) invulling van de open norm (handelen naar de medisch-professionele standaard) beschouwd worden.¹⁴⁸ In dit geval vullen ze wel die standaard nader in, omdat dat zo is afgesproken, maar daartoe beperkt zich hun invloed. In de consensus is in casu derhalve de grond voor de binding gelegen. Afspraak is afspraak, ongeacht hoe men het protocol of de richtlijn precies noemt, en ongeacht de invulling van de open norm die zodoende natuurlijk ook plaatsvindt.¹⁴⁹ Omdat men het ook erover eens is dat het in het belang van de patiënt kan zijn dat er afgeweken wordt van de richtlijn, is die consensus bovendien bepalend voor het bestaan van die mogelijkheid van afwijking.

Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat andere protocollen of richtlijnen, bijvoorbeeld die welke geacht worden in breder verband (landelijk) te gelden,¹⁵⁰ juist wel langs de weg van de 'invulling van de open norm' bindend worden. In wezen geldt daarbij ook steeds weer dat de consensus op medisch vlak (mede) maakt dat in beginsel het landelijke protocol gevolgd moet worden en dat die consensus ook behelst dat afwijken kan (en moet), mits dat beargumenteerd en in het belang van de patiënt gebeurt. Er dienen zich hier dus in wezen twee wijzen van binding aan, waarbij de 'open norm'-route naar het zich laat aanzien meer invloed zal krijgen als de consensus minder (sterk) is, bijvoorbeeld omdat de artsen een landelijk opgelegde richtlijn moeten volgen en geen eigengemaakte, interne afspraak naleven.

Naast dit alles staat natuurlijk nog het gegeven dat ook een derde, de patiënt, rechten aan de interne norm kan ontleen. In die zin kan men zeggen dat het protocol ook jegens die partij, een derde, bindend is, 'derdenwerking' heeft. Het

146 Vgl. Van Wijmen (nr. 3.2) in zijn noot onder het arrest: de betrokkenen, althans een meerderheid van hen, dienen het eens te zijn.

147 Kastelein 2003, p. 92.

148 Ook De Groot 2006, p. 108-110, ziet de gebondenheid niet liggen in de professionele standaard, noch in de wijze van totstandkoming, noch in de openbaarmaking ervan. Het gaat hem om de stand van de wetenschap (p. 112-113). Die stand bepaalt of het protocol gevolgd moet worden.

149 Kastelein 2003, p. 97. Anders De Groot 2006, p. 113: de overeenkomst tussen arts en ziekenhuis bindt de arts niet jegens de patiënt, want die is geen partij. Dat laatste klopt, maar daaruit volgt m.i. niet dat deze zich niet erop zou kunnen beroepen dat de arts en het ziekenhuis een bepaalde afspraak hebben gemaakt (daarbij zie ik af van de dogmatische vraag of dat dan een derdenbeding ex art. 6:253 BW is of zou kunnen zijn).

150 In de conclusie van De Vries Lentsch-Kostense (nr. 8) voor HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (m.nt. Van Wijmen en JBMV; *MC Leeuwarden/In 't Hout*) wordt een aanzet gegeven voor een te maken onderscheid, maar omdat het hier om een geval ging waarin men vergeten was het protocol te volgen, was dat verder niet relevant. Als er in den brede medische consensus bestaat dan is afwijken van de norm wegens verschil van inzicht niet licht denkbaar.

protocol schept overigens alleen rechten, geen plichten voor de patiënten, zodat de bindingsvraag feitelijk niet relevant zal zijn vanuit patiëntenperspectief.¹⁵¹

Op het eerste gezicht contrair aan hetgeen zojuist naar voren is gebracht, be-
toogt VAN WIJMEN in zijn noot onder het arrest dat richtlijnen (waartoe protocol-
len behoren) niet verbindend zijn. Het zijn onverbindende handelingsinstructies,
omdat de arts er van af mag wijken.¹⁵² Strikt genomen is dat juist maar enkel als
'verbindend' hier gelezen moet worden als 'immer en altijd bindend'. Daarbij
ziet die stelling er aan voorbij dat de arts in principe gebonden is de richtlijn te
volgen, tenzij hij kan (of medisch gezien zelfs moet) verantwoorden dat dat in
een bepaald geval niet behoort. Men is dus weldegelijk gebonden, en het heeft
ook juridische gevolgen als men zonder meer (zonder gedegen argumentatie) an-
ders handelt. Spreken over een 'onverbindend voorschrift' lijkt geen recht te
doen aan de bestaande maatschappelijke realiteit waarin protocollen werken en
binden. Dat geldt zelfs als het al zo zou zijn dat het 'in een rechtsstaat toch moei-
lijk aanvaardbaar' is om rechtskracht aan dit soort regels te geven.¹⁵³

De zojuist besproken uitspraak uit 2001 werd in 2005 gevolgd door een soortgelijk arrest
met een vergelijkbare uitkomst waar het om het protocol gaat.¹⁵⁴ Bij een keizersnede werd
conform het vigerende protocol een antibioticum toegediend terwijl dat bij overgevoelig-
heid voor penicilline niet zou moeten geschieden. De patiënte was, en dat was bekend,
overgevoelig voor penicilline, maar kreeg toch het antibioticum toegediend, met als ge-
volg dat zij in coma raakte. In het kader van de beoordeling van de aansprakelijkheid van
het ziekenhuis overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.4:

'Een protocol voor medische behandeling geeft een richtlijn die in beginsel in acht moet
worden genomen, maar waarvan soms kan en in bepaalde gevallen ook moet worden afge-
weken, waarbij als maatstaf heeft te gelden dat aan de patiënt de zorg behoort te worden
verleend die in de omstandigheden van het geval van een redelijk bekwaam arts mag wor-
den verlangd. Deze maatstaf brengt enerzijds mee dat een afwijking van het protocol door
een arts moet kunnen worden beargumenteerd (vgl. HR 2 maart 2001, nr. C99/089, *NJ*
2001, 649), maar anderzijds dat het volgen van het protocol niet zonder meer betekent dat
de arts juist heeft gehandeld. Voor de inhoud van het protocol betekent dit dat de opstel-
lers ermee rekening mogen houden dat het wordt gehanteerd door redelijk bekwame art-
sen, en dat derhalve, mede uit een oogpunt van praktische hanteerbaarheid, niet alle
gegevens behoeven te worden vermeld die aan de betrokken artsen op grond van hun me-
dische kennis en ervaring bekend behoren te zijn.'

Degene die het protocol opstelt,¹⁵⁵ en dat kunnen ook de artsen zijn die dat protocol ver-
volgens gebruiken, mag er dus rekening mee houden dat het protocol gebruikt zal worden

151 Vgl. Korthals Altes 2005, p. 920.

152 Zie diens noot onder HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377 (m.nt. Van Wijmen en HJS; *X./ZAO*), als-
mede De Groot 2006, p. 112 (ondersteunende functie).

153 De tegenwerping is van De Groot 2006, p. 110, die de bedoelde realiteit lijkt te willen 'weg-
poetsen' door grote woorden (de rechtsstaat) in de strijd te werpen, maar vervolgens niet aan-
voert waarom 'de rechtsstaat' hier in gevaar zou zijn.

154 HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377 (m.nt. Van Wijmen en HJS; *X./ZAO*). Enige lagere rechtspraak
is te vinden bij Kastelein 2003, p. 87-88.

155 Het antwoord op de vraag in hoeverre er een gehoudenheid bestaat voor een ziekenhuis om
zorg te dragen voor het totstandbrengen van protocollen, zodat aansprakelijkheid aangenomen
kan worden als die ontbreken, wordt in het midden gelaten, zie HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377
(m.nt. Van Wijmen en HJS; *X./ZAO*), r.o. 3.5.

door redelijk bekwame artsen zodat gegevens die die artsen bekend moeten zijn, geen vermelding behoeven. Voor wat betreft de binding van de artsen aan protocollen, voegt dit arrest niet veel toe aan hetgeen al besproken is. Men moet het protocol volgen, maar mag dat niet slaafs doen; de arts behoudt zijn eigen verantwoordelijkheid.¹⁵⁶

Samenvattend geldt: artsen zijn gebonden aan een onderling afgesproken protocol. Zo'n protocol heeft daarmee ook gevolgen voor derden, de patiënten. Die kunnen zich erop beroepen. Dat zal vooral spelen als er iets mis is gegaan, als de arts het protocol genegeerd heeft, met alle (aansprakelijkheids)gevolgen van dien.¹⁵⁷

Een fenomeen dat lijkt op dat van de medische protocollen of richtlijnen, betreft de informele regelgeving die in het kader van de rampenbestrijding tot ontplooiing is gekomen. Op dat vlak bestaan er diverse leidraden, handleidingen, handreikingen, richtlijnen en andere documentatie die gericht zijn op de aansturing van de lokale praktijk als het om rampenbestrijding gaat. De status van en beoogde omgang met die informele regelgeving roept vragen op. De gemeenten, formeel verantwoordelijk voor rampenbestrijding, weten niet of en in welke mate welke leidraad of handleiding navolging behoort te krijgen en wat de prioriteit daarbij is; de doorwerking ervan blijft dan achter bij de verwachtingen en de betrokkenheid van de gemeenten wordt niet (meer) gestimuleerd.¹⁵⁸ In wezen betreft het hier hulpmiddelen (adviezen) voor de gemeenten, maar die hulpmiddelen aangereikt door het Rijk worden al snel als bindend normkader beschouwd en het Rijk wordt dan al snel als eindverantwoordelijk gezien.¹⁵⁹ Het laat zich nu al raden dat na een volgende ramp¹⁶⁰ ter afwenteling van de schade al snel bekeken zal worden of en in hoeverre deze 'best practices', adviezen, leidraden, richtlijnen, etc. gevolgd zijn, en dat, als dat niet gebeurt is, daaraan juridische consequenties worden verbonden, ter invulling van de open norm dat een gemeente zich zorgvuldig dient te gedragen bij de vervulling van haar taak als rampenbestrijder. Mocht het zover komen, ik sluit dat nadrukkelijk niet uit, dan is de status van deze informele regelgeving wel meteen helder (want via het aansprakelijkheidsrecht ook juridisch bindend) geworden.

3.4. Praktijk: procesrechtelijke alternatieve regelgeving

3.4.1. Inleiding

In het burgerlijk procesrecht is al enige tijd een toename in het gebruik van zelfreguleringsinstrumenten zichtbaar (par. 2.5).

Ik noemde al het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken en het Landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren, de andere rolreglementen betreffende de gerechtshoven (voor familiezaken) en de rechtbanken voor scheidingen en alimentatieprocedures, de Checklist dagvaarding in rolzaken sector civiel, de Leidraad on-

156 De terminologie is van Hartlief/Tjittes 2005, p. 1610.

157 Doorwerking jegens een derde van alternatieve regelgeving is zeker niet altijd aanwezig, zie bijv. HR 27 april 1984, NJ 1984, 679 (NVB/Helder) waarin een bank zich jegens een kredietbemiddelaar niet mocht beroepen op een eenzijdige wijziging van de overeenkomst afkomstig van haar brancheorganisatie. Nader daarover Van Driel 1989, p. 152.

158 Zie Boogers e.a. 2006, m.n. p. 28 en p. 44-46.

159 Boogers e.a. 2006, p. 14-15, 26 en 47.

160 Of bij de verdere afwikkeling van een voorgaande ramp, ik denk aan de brand in het cellencomplex op Schiphol en de positie van de gemeente Haarlemmermeer daarbij.

partijdigheid, de Beslagsyllabus inzake de omgang met conservatoir beslag, de liquidatietarieven, het rapport Voor-Werk II inzake buitengerechtigde kosten, de kantonrechttersformule (ex art. 7:685) van de Kring van Kantonrechtters, de aanbevelingen van Recofa inzake de toepassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen.¹⁶¹

Gegeven het voorgaande theoretische kader, laat zich ook hier de vraag stellen *in hoeverre* de resultaten van rechterlijke samenwerking (rechttersregelingen) bindend zijn, en *voor wie* deze dan bindend zijn.¹⁶² Daarbij doel ik in eerste instantie op de binding voor de gereuleerde groep, de rechterlijke macht derhalve. Maar bij dit soort regelingen is ook interessant in hoeverre buitenstaanders, derden, de procespartijen en hun advocaten, aan de betreffende regels gehouden kunnen worden, en of zij op hun beurt de rechterlijke macht aan die regels kunnen houden.

Het betreft hier in zekere zin een speciaal thema vanwege de bijzondere positie van de rechter in de maatschappij en binnen de trias politica. Echter, in de kern is de vraag naar de (grond van de) binding van een rechter aan een regel van alternatieve regelgeving dezelfde als de vraag naar de (grond van de) binding van een ander aan een (zelfgekozen) vorm van zelfregulering. Zonder wettelijke grond (zonder democratische basis) wordt een regeling opgesteld en gevolgd door een aantal betrokkenen: wie moet zich daaraan conformeren?

De vraag naar de eventuele binding van de rechter kent geen evident antwoord, zo lijkt het. Loth schrijft dat rechterlijke samenwerking in de vorm van richtlijnen dienstbaar kan zijn (in het kader van het bereiken van rechtseenheid) maar dat daarvoor dan wel nodig is dat die richtlijnen 'een adviserend, flexibel en open karakter hebben'.¹⁶³ Binding is daarmee uit den boze. Dat is ook de opvatting van Mak, die vreest dat de rechterlijke onafhankelijkheid in het geding is.¹⁶⁴ Het is echter de vraag of dat alles wel helemaal juist en acceptabel is,¹⁶⁵ ook omdat we al eerder (par. 3.2) hebben gezien dat binding uiteindelijk toch, ook als het bestaan ervan ontkend wordt, van belang is.

161 Meer over deze en andere vormen bij Teuben 2004, p. 13 e.v. Ook in de Dexia-zaak is er overleg geweest, een gezamenlijk plan en een beslismodule opgesteld, zie de aankondiging in *NJB* 2006, p. 2392.

162 De *bevoegdheid* van de rechter om rechttersregelingen te ontwikkelen (let wel: dat is iets anders dan *de bindende kracht* van die regelingen voor rechtters en partijen, vgl. Teuben 2004, p. 93) steunt niet op de bevoegdheid om recht te spreken in concrete geschillen (Teuben 2004, p. 94), maar op het feit dat de wetgever de rechter beslissingsruimte heeft gegeven (*idem*). Steun voor het bestaan van deze bevoegdheid is ook te ontleen aan art. 35 Rv, waarover par. 2.5 hiervoor, en aan art. 23 lid 3 en 94 RO, waarover Teuben 2004, p. 96.

163 Loth 2005, p. 683, alsmede Loth 2001, p. 118-119.

164 Mak 2006, m.n. p. 378. Snijders 2001, p. 17-18 en p. 30, plaatst het 'leerstuk' in termen van onafhankelijkheid versus rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, en spreekt vervolgens uit (p. 23-24) dat ook hij een gevaar voor de onafhankelijkheid van de rechter ziet. Ook Loth 2001, p. 113-115, waarschuwt tegen verabsolutering van de notie van rechtseenheid.

165 Zie bijv. Köhne 2000, p. 139 (dat rechterlijke afspraken geen binding zouden hebben, is onaanvaardbaar) en Snijders 2001, p. 31 (geen onoverkomelijke problemen met binding). Loth 2001, p. 118, is tegen binding.

3.4.2. *De stand van zaken momenteel*

Het proefschrift van TEUBEN vormt een belangrijke leidraad bij beantwoording van de hiervoor geïdentificeerde vraag. Allereerst concludeert zij dat de onafhankelijkheid van de rechter zoals verankerd in art. 6 EVRM in elk geval niet aan binding van de rechter aan een rechtersregeling in de weg staat.¹⁶⁶ Dat is alvast een eerste stap.

Vervolgens komt naar voren dat via het *Rolrichtlijnen*-arrest van de Hoge Raad aanvaard is dat dit soort regelingen inderdaad kunnen binden.¹⁶⁷ Het gaat dan om zogenaamde ‘zelfbinding’: het vaststellen van regels dient te geschieden binnen de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid, door de ter zake bevoegde rechters. De grondslag voor de binding vormen de beginselen van behoorlijke rechtspleging, vooral het gelijkheidsbeginsel. Naast die zelfbinding is dan nog relevant dat de regels voldoende bekend zijn gemaakt,¹⁶⁸ dat die binding niet absoluut is (deze strekt tot de grens van de beslissingsruimte van de rechter, en afwijken ervan is toegestaan)¹⁶⁹ en dat het gaat om ‘voorafgaande’ binding (het gaat om keuzes die voorafgaand aan een geschil gemaakt worden, anders dan bij precedentwerking).¹⁷⁰ Uiteindelijk loopt de binding van de rechter aan een rechtersregeling hier min of meer parallel met het zijn van ‘recht’ in de zin van art. 79 RO.¹⁷¹

3.4.3. *Excursie: een terugblik op art. 79 RO*

Gegeven het voorgaande wordt de vraag relevant wanneer er sprake kan zijn van recht in de zin van art. 79 RO. Kort gezegd (zie verder par. 2.9) komt het systeem hierop neer. Een regeling is als recht in de zin van art. 79 RO te beschouwen indien er sprake is van ‘naar buiten werkende, dus tot een ieder gericht algemeene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in den zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent’.¹⁷² Materieel is de norm sindsdien niet gewijzigd; het is derhalve nodig dat er een wettelijke grondslag aanwezig is die inhoudt dat het

¹⁶⁶ Teuben 2004, p. 31 en p. 53.

¹⁶⁷ HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 495 (m.nt. HJS; *Rolrichtlijnen*); Teuben 2004, p. 103, en par. 2.9. Daarbij verdient nog opmerking dat Teuben (2004, p. 9) een ruime omschrijving van binding hanteert, want binding is er ‘wanneer het recht op enigerlei wijze consequenties verbindt aan de aanwezigheid van een bepaalde regel’.

¹⁶⁸ Teuben 2004, p. 103-104. De relatie met art. 79 RO is vrij nauw, omdat de twee genoemde eisen ook in dat kader gesteld worden, maar binding volgt niet uit het zijn van ‘recht’ in de zin van die bepaling (*t.a.p.*, p. 104-105).

¹⁶⁹ Teuben 2004, p. 105-107. Vgl. ook de al besproken medische protocollen; niet iedereen is gebonden.

¹⁷⁰ Teuben 2004, p. 107.

¹⁷¹ Zie Teuben 2004, p. 126 en 127, en in die richting ook al, maar minder evident, op p. 114, voortbouwend op het betoog op p. 104-105. Op p. 129 wordt echter nog een additionele voorwaarde toegevoegd welke het verschil markeert tussen binding en ‘recht’ zijn.

¹⁷² De norm stamt uit twee arresten van de strafkamer van de Hoge Raad, zie HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, 647 en *NJ* 1919, 650.

een naar buiten werkende, algemene regeling betreft en dat deze genoegzaam bekend is gemaakt.¹⁷³

Specifiek voor rechtersregelingen en daarmee voor alternatieve regelgeving in bredere zin lijkt hier vooral het zogenaamde *Rolrichtlijnen*-arrest van de Hoge Raad van belang. In dat arrest werd beslist, kort gezegd, dat niet alleen beleidsregels van het bestuur,¹⁷⁴ maar ook rolrichtlijnen onder de noemer ‘recht’ konden vallen, hoewel deze niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid gegeven zijn. De reden om ze toch als recht te beschouwen, is dat deze rolrichtlijnen de rechter wel binden op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging en naar hun inhoud en strekking als rechtsregels kunnen worden toegepast, terwijl zij voorts behoorlijk bekend zijn gemaakt.¹⁷⁵

Of aan deze uitspraak ook in breder verband en voor andere vormen van alternatieve regelgeving veel belang gehecht mag worden, kan echter betwijfeld worden. Immers, voor de alimentatienormen (aanbevelingen van de NVvR) ontkent de rechtspraak dat deze ‘recht’ zouden zijn.¹⁷⁶ En hetzelfde geldt voor het Liquidatietarief rechtbanken en hoven (na overleg tussen NVvR en NOvA tot stand gekomen).¹⁷⁷ Ook sprak de Hoge Raad zich in vergelijkbare, negatieve zin uit waar het ging om een andere vorm van private regelgeving, namelijk ten aanzien van het Reglement voor de handel op de optiebeurs (RHO).¹⁷⁸

‘3.5.3. Onderdeel 3.2.2 neemt tot uitgangspunt dat het RHO recht in de zin van art. 79 RO behelst, maar dat is niet het geval. Het RHO, dat private regelgeving betreft, voldoet niet aan de in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde criteria om van recht in vorenbedoelde zin te kunnen spreken.’

Relevant is hier waarschijnlijk vooral dat de reikwijdte van art. 79 RO samenhangt met de taakopvatting van de Hoge Raad. Wil hij bepaalde kwesties aan zich trekken of juist niet, bijvoorbeeld om de uniforme uitleg en toepassing te bewaken?¹⁷⁹ Zo ja, dan is het noodzakelijk om ervan uit te gaan dat de betref-

173 Zie recent HR 24 november 2006, *RvdW* 2006, 1109 (*Renzenbrink/Van Lanschot Bankiers*). Overigens wijkt de exacte formulering nog wel eens af van de zojuist gebruikte en wordt er ook over ‘naar buiten werkende, voor betrokkenen bindende’ regels gesproken, zie Teuben 2004, p. 57.

174 Zie daarover Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen), nr. 79, en Teuben 2004, p. 62 e.v.

175 Zo de parafrase van A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie, nr. 2.17, voor HR 24 februari 2006, *NJ* 2006, 302 (*ACM/Albert Heijn*), uiteraard verwijzend naar HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 495 (m.nt. HJS; *De Nieuwe Woning/Staat*). Zie ook HR 4 april 1997, *NJ* 1998, 220 (*Van Schaik/Verboom-Hekman*); HR 23 april 2004, *NJ* 2004, 350 (*B./H.*); Teuben 2004, p. 59-61, en Lindijer 2006, p. 301-303.

176 Zie HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30 (*M./H.*). Datzelfde is het geval ten aanzien van de Trema-normen (die bepalend zijn voor iemands draagkracht bij het vaststellen van de hoogte van de alimentatie), aldus HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 365 (*B./Gemeente A.*).

177 HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571 (*Lindenboom/Beusmans*). Zie over het voorgaande ook Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen), nr. 79.

178 HR 11 juni 2003, *NJ* 2005, 103 (m.nt. C.E. du Perron; *Kouwenberg/Rabobank*).

179 Expliciet in die zin Teuben 2004, p. 58, en in algemenere zin Barendrecht 1998. De massaliteit van de groep die eraan gebonden is (het belang van de regeling) zal daarbij een belangrijke rol spelen.

fende regeling 'recht' is. Wil hij dat niet, dan is kwalificatie als 'recht' niet nodig.¹⁸⁰

3.4.4. *Terug naar het hoofdspoor: gevolgen voor de binding aan rechtersregelingen*

Dit gezegd zijnde, moet vervolgens bekeken worden hoe ver dit alles nu strekt, waarbij ik uiteraard mede voortbouw op hetgeen in par. 2.9 hierover al is aan-gevoerd. Kunnen andere rechtersregelingen dan de door de uitspraak van de Hoge Raad gedekte rolreglementen onder de werking van de in dit arrest neergelegde regels vallen? Voor TEUBEN is de mogelijkheid van binding ook aanwezig bij andere rechtersregelingen die *beleidsruimte* invullen. Waar het echter gaat om regelingen inzake *interpretatieruimte*¹⁸¹ komt deze vraag uiteindelijk neer op een *keuze* tussen het benadrukken van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en consistentie, die hier via de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging¹⁸² een rol spelen, en het vasthouden aan de essentie van de rechtsprekende taak van de rechter (het beslissen in concrete geschillen door toepassing van rechtsregels). Dat laatste aspect geeft voor haar de doorslag, zodat er in dat geval géén binding kan zijn. Uiteraard wordt de ruimte die er is voor bindende rechtersregelingen zodoende sterk beperkt door TEUBEN.

Dat effect wordt nog versterkt doordat ze vervolgens een beperkte visie hanteert waar het gaat om de vraag wie (welk orgaan) dit soort regelingen kan vaststellen. Weliswaar zijn in haar visie de rechters gebonden die de regeling hebben vastgesteld en kan een materieel-rechtelijke regeling in haar opvatting ook bindend zijn,¹⁸³ maar de hele kwestie van binding door rechtersregeling speelt nauwelijks nog een rol als er uiteindelijk geen orgaan bestaat of aan te wijzen is om externe (dat wil zeggen: buiten het eigen gerecht werkende) rechtersregelingen te maken.¹⁸⁴ Alle 'extern' (voor meerdere gerechten) bedoelde regelingen moeten dan alsnog per gerecht (bij iedere Rechtbank en/of ieder Gerechtshof) als 'interne' regeling overgenomen worden door de plaatselijke sectorvergadering of gerechtshofvergadering.¹⁸⁵ Dat is op zijn zachtst gezegd nogal omslachtig, zelfs als erkend wordt dat die manier van werken meer draagvlak zou kunnen kweken.

Gezien mijn opvatting over de taak van de rechter – zie par. 4.3, en in het volle besef dat iedereen hierin een eigen positie zal innemen – zou ik hier zelf anders

180 Vooral t.a.v. de alimentatienormen zal dat gespeeld hebben, want daarmee zou een bulk aan zaken zijn binnengehaald, zie ook Teuben 2004, p. 101.

181 Ik kan het verschil hier niet uitwerken, zie Teuben 2004, p. 81-83: bij beleidsruimte is er de keuze uit meerdere juridisch juiste alternatieven, bij interpretatieruimte is er slechts één rechtens juist alternatief, alleen is er discussie over welk dat is.

182 Voor Köhne 2000, p. 133-134 en p. 157, ligt (een mogelijkheid van) binding juist in deze beginselen zelf. Omdat die beginselen echter pas tot gelding komen via de rechter, zou ik die stap niet willen zetten. En ook Köhne zelf (p. 134-135) vraagt zich af wat dan de grondslag is. Hij ziet (p. 135 e.v.) een mogelijkheid van binding voortvloeiend uit de vorm waarin de afspraak gegoten is, hetgeen mij secundair lijkt te zijn t.o.v. de afspraak zelf, en uit de aansluiting bij de rechtspraak, waarbij het dus weer de rechterlijke uitspraak is die de binding geeft.

183 Teuben 2004, p. 141 en p. 142-143.

184 Teuben 2004, p. 141 en p. 148-152. Zie ook expliciet p. 178 en p. 179.

185 Teuben 2004, p. 147 (noot 77) en p. 149, alsmede p. 152.

oordelen. Wat mij betreft kan een rechter zich wél zodanig binden dat op voorhand de mogelijkheid om in het kader van een geschil een rechtsvraag nog (anders) te beantwoorden, verloren is gegaan.¹⁸⁶ Rechtsvorming hoeft wat mij betreft dan ook niet gekoppeld te zijn aan een concreet geschil.¹⁸⁷ Daarbij speelt ook een rol dat ik – het gaat hier om een keuze, zo hield TEUBEN ons al voor – de andere genoemde wegingsfactor (rechtszekerheid, gelijkheid en consistentie) zo belangrijk vind, mede in het licht van de ontwikkeling van alternatieve regelgeving in het algemeen, dat ik voor een ruim begrip rechtersregeling en voor een ruime(re) mate van binding zou willen pleiten, ongeacht het bezwaar van het verlies aan onafhankelijkheid. Mijns inziens speelt dat gevaar namelijk geen wezenlijke rol zolang de nieuwe algemene regeling onafhankelijk tot stand komt, en dat is het geval (althans, kan het geval zijn).¹⁸⁸

KÖHNE¹⁸⁹ identificeert in zijn proefschrift diverse bezwaren tegen (binding aan) rechterlijke afspraken, die terug te voeren zijn op de notie dat de rechter geen algemene regels mag (en kan) opstellen. Omdat die gedachte mijns inziens niet (langer) verenigbaar is met de manier waarop de (hoogste) rechter heden ten dage praktisch functioneert (waarbij rechterlijke rechtsvorming en feitelijke precedentwerking (en dus algemene rechterlijke regels) worden erkend), is dat bezwaar mijns inziens niet houdbaar. Overigens laat hij de bezwaren varen als het om procesrechtelijke regels gaat (en een goede procedure gevolgd zou worden), in verband met de specifieke deskundigheid van de rechter op dat vlak.¹⁹⁰ Waarom de ene regeling wel zou mogen worden ontwikkeld, en een andere niet, is voor mij dan nog steeds de vraag.

Bij het voorgaande verdient nog opmerking dat de rechtersregelingen die niet via de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging en/of de band van art. 79 RO recht zijn en (zelf)bindend zijn, in de visie van TEUBEN alsnog bindend kunnen worden via de ('normale') precedentwerking¹⁹¹ van rechterlijke uitspraken.¹⁹²

Eventueel mag van een precedent worden afgeweken, mits dat gemotiveerd gebeurt.¹⁹³ Ook in horizontale verhoudingen ('op gelijk niveau') kan precedentwerking opgeld doen (met de mogelijkheid van gemotiveerde afwijking) onder invloed van het gelijkheidsbe-

186 Ik draai hier Teubens (2004, p. 124) argumentatie om. Daarbij laat ik net als zij (vgl. p. 120) ruimte voor de mogelijkheid van afwijking van de richtlijn in bijzondere gevallen. Voor een andere opvatting, zie Mak 2006, p. 378-379.

187 Zie par. 4.3, en vooral Giesen/Schelhaas 2006, doch ook al Vranken/Giesen 2003 en Giesen 2002.

188 Polak 1985, p. 373, pleitte ook al voor meer samenwerking tussen rechters.

189 Köhne 2000, p. 140-141. Zijn principiële bezwaar betreft het al genoemde en bestreden punt dat de rechter alleen oordeelt over een individueel geschil, zie p. 142 e.v.

190 Köhne 2000, p. 157.

191 Teuben 2004, p. 232 en p. 296, met uitwerking daarvan in de hoofdstuk 7 en 8. Zo ook Snijders 2001, p. 25 en p. 30-31.

192 Teuben 2004, p. 306 (t.a.v. de Hoge Raad) en p. 308 (t.a.v. de Hoven).

193 Teuben 2004, p. 309 e.v. en p. 312-314.

ginsel en de rechtseenheidsgedachte.¹⁹⁴ Op die wijze heeft de kantonrechtersformule in-middels bindende kracht verkregen, net zoals dat geldt ten aanzien van de alimentatienor-men.¹⁹⁵

Wat mij betreft gaat het bij deze precedentwerking om een vorm van binding die gelijk is aan de eerder (par. 3.2) als derde mogelijke grondslag van binding opgevoerde methode. Immers, TEUBEN ziet de precedentbinding van een rechtersregeling als de binding aan een (gewone) uitspraak van een rechter waarin die rechtersregeling toegepast wordt.¹⁹⁶ Het gaat er derhalve om dat een rechter de regeling in kwestie toepast bij de invulling van een (open) norm en de regeling zodoende juridische binding geeft. Dit versterkt uiteraard de reeds eerder in par. 2.9 uitgesproken relativering van het belang van art. 79 RO voor onze discussie. Dat artikel zal de (toenemende) invloed van alternatieve regelgeving niet kunnen tegengaan.

Ik laat die precedentwerking verder voor wat zij is en concentreer me op de vraag hoe ver de binding aan rechtersregelingen gaat als die binding loopt via de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging en/of art. 79 RO. Daarbij staat voor TEUBEN voorop dat de binding beperkt is tot de ruimte die er oorspronkelijk was. Waar er beslissingsruimte was die door de rechtersregeling is ingekaderd, daar kan binding zijn. Daarbuiten niet. Het gaat hier dus om de bevoegdheid tot een regeling te komen.¹⁹⁷

Wat mij betreft moet de term ‘bevoegdheid’ hier niet al te strikt gezien worden. Waar er behoefte is aan een snel tot stand te brengen uniforme en consistente regeling om eindeloos procederen over technicaliteiten te voorkomen, mag die er wat mij betreft komen ongeacht of de opsteller ervan ‘bevoegd’ is in die zin dat deze zijn eigen beslissingsruimte invult.

Dit hangt natuurlijk samen met de gedachte dat wat mij betreft de rechtsvorm waarin de opsteller van de regeling functioneert (zie par. 2.9), niet wezenlijk is.

Deze insteek is mede mogelijk omdat ook in dat geval de binding van de rechter in wezen beperkt is doordat die uiteindelijk altijd de ruimte heeft en moet hebben om van de regeling af te kunnen wijken, net zoals we dat gezien hebben bij de medische protocollen. Waar de omstandigheden erom vragen, is afwijken mogelijk. Die lijn – het betreft een inherente afwijkingsbevoegdheid, maar die mag niet te snel benut worden; ook dient zij gemotiveerd te worden – is mijns inziens helder en behoeft geen nadere uitwerking.¹⁹⁸

Inzake de niet-openbare Handleidingen die momenteel binnen de rechterlijke macht in gebruik en ontwikkeling zijn, is gesteld (par. 2.5) dat het aan elke rechter zelf is om deze wel of niet te gebruiken, terwijl bovendien, als een Handleiding gebruikt wordt, de rechter er in elk specifiek geval vanaf kan wijken. De dan voor de hand liggende tegenwerping dat

194 Teuben 2004, p. 318-319 en p. 324-325.

195 Teuben 2004, p. 320-321 en p. 324.

196 Teuben 2004, p. 295, p. 302, p. 314, en met voorbeeld op p. 307.

197 Teuben 2004, p. 180 en eerder al p. 96 e.v.

198 Zie nader Teuben 2004, p. 181 e.v.

deze Handleidingen dus niets veranderen aan de 'vrijheid, blijheid' die er al was, wordt echter niet aanvaard. Het model wordt weliswaar niet van boven opgelegd, maar het is de bedoeling dat door zelfbinding de Handleidingen als vanzelf breed worden toegepast. Die zelfbinding schuilt dan hierin dat als meer collega's gebruik ervan maken, de mogelijkheid van afwijking (psychologisch?) kleiner wordt. Hoopvol klinkt dat mijns inziens niet direct, want wat nu als er niet meer collega's gebruik van gaan maken? Dan is die prikkel gelijk ook tot nul gereduceerd. Gelukkig hebben de sectorvoorzitters (landelijk) ermee ingestemd zodat enige druk van boven wellicht nog te verwachten valt.¹⁹⁹ Bindend in de zin zoals TEUBEN dat bedoeld heeft, zijn deze Handleidingen echter niet zolang ze niet bekend zijn gemaakt.²⁰⁰

3.4.5. Binding van derden

Ten aanzien van de medische protocollen zagen we al dat de artsen gebonden (kunnen) raken aan een protocol en dat zo'n protocol daarmee ook gevolgen heeft (of kan hebben) voor derden, de patiënten. Die kunnen zich erop beroepen en dat zal vooral spelen als de arts het protocol genegeerd heeft. Hoe zit dat bij rechtersregelingen?²⁰¹

De rechters die de regeling hebben opgesteld, zijn uiteraard zelf daaraan gebonden (het gaat nog steeds om 'zelfbinding'). Zij zijn dat ook ten opzichte van de partijen. Die partijen kunnen daarop ook aanspraak maken jegens de rechter (van het betreffende gerecht dat de regeling hanteert) op basis van het vertrouwensbeginsel.²⁰² Zijn eigen, tevoren gemaakte afspraken zal ook de rechter moeten nakomen. Sterker nog, hij zal dat ook ambtshalve moeten.²⁰³

Gezien de positie van procespartijen, en gegeven de onzekerheid die zoveel mogelijk vermeden moet worden, is wezenlijk dat de binding aan de via alternatieve regelgeving tot stand gekomen normen, goed geregeld is. Het al dan niet volgen van een leidraad of protocol mag en kan niet louter vrijblijvend of optioneel zijn. In dit kader denkt de COMMISSIE FUNDAMENTELE HERBEZINNING NEDERLANDS BURGERLIJK PROCESRECHT naast de al genoemde zelfbinding bijvoorbeeld ook aan de algemeenverbindendverklaring van het gekozen instrument, terwijl strakkere termijnen en andere casemanagement-maatregelen, nadelige

199 Zie over het voorgaande het interview van Rammeloo en Knapen met Rick Verschoof en Dineke de Groot in het *Advocatenblad* 2006, m.n. p. 541.

200 Dat was een eis die hiervoor al aan bod is geweest. Teuben 2004 werkt die publicatie-eis nader uit op p. 155 e.v., en vooral p. 162 e.v. alwaar in het licht van art. 6 EVRM geconcludeerd wordt dat er geen plicht bestaat om rechtersregelingen openbaar en bekend te maken. Dat zou alleen anders kunnen zijn als de regeling als bindend bedoeld is (maar om bindend te kunnen zijn, is volgens Teuben sowieso bekendmaking nodig). Verder is zij wel, net als ik, voorstander van openbaarheid, zie p. 346-347.

201 Daarover Teuben 2004, p. 186 e.v.

202 Formeel gezien kan de ene rechter de andere niet binden aan een rechtersregeling, ook niet binnen hetzelfde gerecht, maar naar partijen toe maakt dat niet uit vanwege het vertrouwensbeginsel, zie Teuben 2004, p. 188. Over de 'gebondenheid' aan regelingen van lagere rechters in hoger beroep en cassatie (die er ten dele, indirect, is), zie Teuben 2004, p. 188-192.

203 Zo concludeert Teuben 2004, p. 229. Zie ook Lindijer 2006, p. 73, die overigens ruimte ziet voor de rechter om er alsnog vanaf te kunnen wijken op basis van de goede procesorde (zie ook p. 90-91).

bewijslastbeslissingen en kostenveroordelingen hun sanctiearsenaal vormen.²⁰⁴ De (scherpere) processuele normering door zelfregulering zal bij overtreding van die normen niet tot een verzachting van sancties leiden. Als de verwachtingen 'duidelijk en concreet' zijn, dan is er bij schending 'geen reden om van sancties af te zien'.²⁰⁵

De keerzijde hiervan is echter dat de rechter, in elk geval feitelijk, ook van partijen kan verlangen dat die zich aan de normen uit de betreffende regeling houden. Dat wordt ook in die documenten opgenomen (vgl. bijv. artt. 1.3 en 1.5 Landelijk rolreglement). En omdat de rechter dit (opnieuw op basis van het vertrouwensbeginsel) van beide partijen mag verlangen, geldt hetzelfde tussen beide partijen onderling.²⁰⁶

In dit kader wordt wel de vraag gesteld in hoeverre de rechter nog onpartijdig is als er gebondenheid aan een rechtersregeling bestaat. Die vraag speelt slechts specifiek voor deze beroepsgroep, en niet voor alternatieve regelgeving in zijn algemeenheid, dus daar ga ik nu verder aan voorbij.²⁰⁷

3.4.6. Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat rechtersregelingen bindend kunnen zijn voor rechters, de opstellers ervan, maar ook voor de externe gebruikers, de procespartijen. Daaraan zijn wel nog wat haken en ogen verbonden zodat een vrij diffuus systeem van 'wanneer wel, wanneer niet' dreigt te ontstaan. Of dat werkelijk gebeurt, hangt echter ook af van de ruimte die iemand wil bieden en dat wordt weer bepaald door iemands opvatting inzake de taak van de (cassatie)rechter. En daarmee is de verbinding naar het vervolg, rechtsvorming via alternatieve regelgeving, gelegd.

204 Deze commissie wil het gevaar van 'procedures binnen de procedure' voorkomen doordat (naar Engels voorbeeld) 'gezever' over minimale schendingen niet geaccepteerd wordt daar deze tegen de geest van het gebruik van zelfregulering ingaan, zie Asser/Groen/Vranken 2006, p. 69.

205 Asser/Groen/Vranken 2006, p. 174.

206 Teuben 2004, vooral p. 195-196. Beide partijen mogen er in gelijke mate op vertrouwen dat de rechter de regeling toepast ten opzichte van hun beide. Uiteraard gaan de opgelegde plichten niet verder dan de wet toestaat. De afdwingbaarheid van e.e.a. komt nog kort aan bod in par. 5.2. Vgl. verder nog Köhne 2000, p. 138.

207 Zie nader Teuben 2004, p. 197 e.v. (in beginsel geen strijd met art. 6 EVRM).

4. Alternatieve regelgeving en rechtsvorming

4.1. Inleiding

Recent is de stelling ingenomen dat statelijke rechtsvorming meer en meer plaats moet maken voor maatschappelijke rechtsvorming.¹ Steeds meer actoren dragen bij aan de (niet meer hiërarchisch gerangschikte) rechtsontwikkeling, zodat de gewone wetgever niet langer exclusief is,² als dat ooit al het geval is geweest. Ook SCHOLTEN gaf immers al een plek aan het maatschappelijk gebeuren bij de rechtsvinding.³ Tegelijk zien we dat er nu al op allerlei terreinen ‘alternatieve regelgevers’ functioneren en deze ook rechtsvormend opereren.⁴

Ook is de tendens zichtbaar dat er bij alternatieve regelgeving vaak een wens bestaat om een eigen conflictoplossingsysteem op te zetten als alternatief voor de gang naar de gewone rechter.⁵ Deze ontwikkeling betekent ook, net als bij mediation,⁶ dat er soms minder rechtsvorming via de gewone rechter kan en zal (gaan) plaatsvinden dan nu (nog) het geval is, simpelweg omdat bij de civiele rechter minder zaken ter beslissing terechtkomen. Dat is op zich geen ramp – voor de overbelaste rechtbanken is het wellicht zelfs een zegen – maar bedacht dient wel te worden dat als er (te) veel buiten de rechter om gebeurt, de techniek om met open normen te werken kan leiden tot onzekerheid over de stand van het recht.⁷ Er vindt dan namelijk (te) weinig invulling van die open normen plaats zodat er te weinig zekerheid geschapen wordt.

De vraag die uit beide voortvloeit, is dan: waar komt de rechtsvorming vandaan, en voor zover die ontbreekt, waar kan die rechtsvorming dan eventueel wel vandaan komen? VRANKEN betoogt dat we de gangbare verdeling van rechtsvorming tussen rechter en wetgever op de schop moeten nemen en particuliere rechtsvormers een plaats moeten geven. Alternatieve regelgeving is daarmee dus het (althans: een) antwoord.⁸

Daaraan voorafgaand rijst echter nog de vraag hoe rechtsvorming binnen een vorm van zelfregulering (ik noem dat verder ‘interne rechtsvorming’) geschie-

1 Witteveen/Gribnau 2005, p. 3.

2 Hirsch Ballin 1999, p. 26-27.

3 Asser-Scholten 1974, p. 116. Hij bespreekt daar de rol van de notie van de ‘eisen van het verkeer’ in de rechtsvinding. Vgl. ook nog p. 119, alwaar het belang van maatschappelijke feiten wordt herhaald en aangegeven wordt dat de rechter hier veel ruimte heeft. Zie verder in gelijke zin Snijders 2005, p. 82.

4 Het is onmiskenbaar dat bijv. de kantonrechtshouders of de alimentatienormen rechtsvormend zijn (geweest), zie ook Barendrecht 2005, p. 341-342 (opsomming van alternatieve ‘rechtsvormers’).

5 Vgl. ICC 1984, p. 13 en Strömholm 1971.

6 Zie daarover Vranken 2001, m.n. p. 249 (met verdere verwijzingen).

7 Strömholm 1971, p. 234. Zie ook nog Giesen 2004, p. 161.

8 Vranken 2001, p. 252.

den kan. Ik heb het dan over de vraag wie de regels van de gedragscode, de leidraad, de handleiding, etc., kan of mag uitleggen en hoe dat zou moeten geschieden. Als er sprake is van een geschilbeslechter die verbonden is aan de zelfreguleringsvariant, dan zal het aan die geschilbeslechter zijn om de code, de leidraad, het model of het reglement uit te leggen. Hoe ver deze uitleg dan kan gaan, is echter onbekend. Mag de eigen geschilbeslechter de normen ruim(er) uitleggen of is dat een inbreuk op de gemaakte afspraken en/of past dat niet binnen hetgeen waaraan de deelnemers zich gebonden hebben?

Pas nadat deze vraag is beantwoord (par. 4.2), zal het perspectief naar buiten gericht worden. Wat voor een invloed heeft alternatieve regelgeving op de (externe) rechtsvorming langs de gewone rechtsvormende kanalen van wetgever en rechter (par. 4.3). Daarna ga ik specifiek in op de medische protocollen (par. 4.4) en de rechtersregelingen (par. 4.5) als voorbeelden van alternatieve regelgeving.

4.2. Interne rechtsvorming

Voordat we eventueel aan rechtsvorming toekomen, zal er regelmatig eerst uitleg nodig zijn van de betrokken alternatieve regeling zelf.

De eerste vraag is dan natuurlijk of het daarbij gaat om uitleg van de wet of om uitleg van een overeenkomst. Omdat alternatieve regelgeving in elk geval niet als (materiële) wetgeving kan gelden, maar wel vaak zijn basis vindt in een afspraak, ligt het voor de hand dat de dien aanzien geldt dat de uitlegregels zoals die bij de uitleg van een overeenkomst gelden, benut worden. In het gebruik van die uitlegregels lijkt zelfregulering daarmee iets te winnen qua gebruiksgemak ten opzichte van wetgeving. Die uitleg is immers grotendeels feitelijk, anders dan bij rechtsregels, en dat maakt een uitleg naar 'redelijkheid', een wat lossere uitleg ook, iets makkelijker toepasbaar.⁹ Uitleg, alsmede de mogelijkheid van een wat lossere uitleg, lijkt nodig omdat zelfregulering vaak witte plekken bevat die ingevuld moeten worden door de geschilbeslechtsinstantie die verbonden is aan de zelfregulering.¹⁰

De kernvraag is mijns inziens hoe ver een interne rechtsvormer kan gaan bij die uitleg en bij de rechtsvinding inzake de toe te passen vorm van alternatieve regelgeving. Volgens HOOGENRAAD is het *niet* de bedoeling dat een interne rechtsvormer, bijvoorbeeld het geschilbeslechtsorgaan dat eventueel verbonden is aan de zelfregulering, die normen *extensief* uitlegt en deze normen daarmee een ruimer bereik geeft. De geschilbeslechter moet controleren, uitbreiding van de reikwijdte van de regels en de wijziging ervan, dient bij afspraak tussen de partijen te gebeuren. Slechts in gevallen van uiterste noodzaak en bij daartoe geschikte onderwerpen is er ruimte voor extensieve uitleg, aldus HOOGENRAAD.¹¹ Die maatstaf wordt vervolgens niet nader ingekleurd zodat de verdere ruimte

9 Zie de noot van Vranken onder HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 319 (m.nt. JBMV; *Hulsman/Van der Graaf*), sub 8, en ICC 1984, p. 14-15.

10 Hoogenraad 2005, p. 276. Zie ook Choi/Gulati 2006, p. 1165.

11 Hoogenraad 2005, p. 276.

die hier gegeven wordt lastig te bepalen is, maar veel zal dat niet zijn. Een strikte, formalistische wijze van uitleg staat voorop.¹²

Wat er hier in de weg staat aan een eventuele extensivering van de uitleg is uiteindelijk, zo blijkt uit het voorgaande, de kwestie van de binding aan de gemaakte afspraken. De consensus reikte tot een bepaald punt, en niet verder. Het is dan niet aan een ander dan de partijen zelf om die grens te verschuiven. Met andere woorden: het is aan de zelfregulerende partijen om te bepalen hoe extensief een eventuele uitleg of interpretatie kan zijn. Het gaat uiteindelijk om de wil van de opstellers van de normen, net zoals het bij gewone regelgeving om de wil van de wetgever gaat.¹³

Deze ratio achter de terughoudendheid is behulpzaam, want dat betekent dat extensivering in een richting waarvan duidelijk is dat die voor elk der betrokkenen aanvaardbaar zou zijn, mogelijk moet zijn.¹⁴ In dat kader past ook de opmerking van KORNET dat arbiters (geschilbeslechtsers) door 'vooruit te beslissen' via hun uitspraken suggesties kunnen doen over hoe (via welke nieuw op te stellen regels) toekomstige conflicten voorkomen kunnen worden.¹⁵

Geheel in lijn met een punt dat hierna nog uitvoeriger aan bod komt (namelijk dat rechtsvorming via alternatieve regelgeving niet lijkt te passen binnen een trias-model, zie par. 4.3), is de situatie dat degene die de regels maakt, ze later ook interpreteert, hetgeen bij alternatieve regelgeving zeker kan spelen. In zo'n geval kan het zo zijn dat de ruimte bij interpretatie groot is, als ten minste hetzelfde orgaan dat de regel ook zou mogen wijzigen, tot de interpretatie ervan gehouden is. In zo'n geval moet ruim interpreteren immers ook mogelijk zijn.¹⁶

De moeilijkheid die hier speelt, is natuurlijk te bepalen waar de grens ligt tussen (te extensieve) interpretatie en gewone uitleg. Het bepalen van die grens is echter noodzakelijk, omdat het eerste niet mag.¹⁷ Daarmee is de discussie over interne rechtsvorming meteen op hetzelfde spoor beland als de discussie die over rechtsvorming door de overheidsrechter gevoerd wordt: hoe ver mag deze gaan? Waarop dient hij acht te slaan? Welke methoden van interpretatie zijn vruchtbaar en welke niet? Alternatieve regelgeving loopt hier zodoende tegen dezelfde grenzen aan als gewone wetgeving en rechtspraak daarover. Het lijkt net een vorm van recht, die alternatieve regelgeving ...¹⁸

12 Kornet 2006, p. 424.

13 Dat uitgangspunt bij interpretatie ligt overigens onder vuur, in die zin dat de waarde van de wethistorische interpretatie tegenwoordig minder wordt geacht, zelfs in het strafrecht, zie Borgers 2003. Zie verder ook Smith 2005, p. 145-146, en Groenewegen 2006, p. 100-134.

14 Of een dergelijke situatie veel zal voorkomen, is een andere vraag.

15 Kornet 2006, p. 424. Daar komt nog bij dat de nodige flexibiliteit die bij een strikte uitleg wellicht verloren gaat, teruggewonnen kan worden omdat het proces van aanpassing van regels waarschijnlijk vrij snel en flexibel kan verlopen, vgl. Kornet 2006, p. 429.

16 Vgl. Cane 1987, p. 344.

17 Hoogenraad 2005, p. 276.

18 Een soortgelijke 'gelijkschakeling' tussen wat er op het niveau van zelfregulering en op het niveau van wetgeving gebeurt, hanteerde eerder Lindahl 2006 al, ook in relatie tot rechtsvorming.

4.3. Theorie inzake (externe) rechtsvorming

4.3.1. Introductie

De tweede centrale vraag van dit onderzoek betreft de mogelijke invloed van alternatieve regelgeving op de reguliere privaatrechtelijke rechtsvorming. Daarmee wordt een lastig thema aangeroerd, een dilemma, in de woorden van LINDAHL:

‘wordt private regelgeving als rechtsvormend aangemerkt, dan ligt het gevaar van corporatisme op de loer; wordt aan private regelgeving geen rechtsvormend statuut verleend, dan smooit men maatschappelijke initiatieven in de kiem alsmede hun bijdrage aan de bindende kracht van algemene rechtsnormen’¹⁹

Iets concreter gaat het er hier om te bepalen waar de grenzen liggen van wat via alternatieve regelgeving te bereiken is; hoe ver kan die vorm van regulering reiken als het gaat om (invloed op) de rechtsontwikkeling.

Om die invloed (goed) te kunnen duiden, dient eerst een ‘standaardmodel’ (als dat al zou bestaan) van rechtsvorming geschetst te worden. Daarbij wordt stevig geabstraheerd van behoorlijk wat nuances. Het gaat hier om een eenvoudige weergave van een complex verhaal. Vervolgens kan dan, met wellicht iets meer nuance, de invloed van het nieuw in te brengen facet, hier: alternatieve regelgeving, op dat standaardmodel aangegeven worden.

4.3.2. Een ‘standaardplaatje’ inzake rechtsvorming²⁰

De wetgever is van oorsprong de belangrijkste rechtsvormer. Hij heeft de wetten en het wettelijk systeem ontworpen en zo het kader aangegeven waarbinnen de rechter mag en kan opereren. Nieuwe wettelijke bepalingen komen niet dan na een uitgebreide parlementaire controle en discussie tot stand.²¹

Soms zijn deze nieuwe regels echter niet werkelijk nieuw, en is de rechtsvorming te danken aan een andere actor. Zo is een aantal uitspraken van de Hoge Raad omgezet in een artikel in het nieuwe BW, zodat de wetgever niet werkelijk het recht ‘vormde’, maar slechts bestaande regels codificeerde.²²

19 Lindahl 2006, p. 39. Uiteindelijk komt hij tot de conclusie dat zelfregulering zowel private als publieke rechtsvorming omvat en dat alle rechtsvorming, met inbegrip van wetgeving, zelfregulering is (*t.a.p.*). Of dat inderdaad zo is, laat ik hier rusten omdat die problematiek voorbij gaat aan de mijne.

20 Het navolgende put ik uit Giesen/Schelhaas 2006. Met dank aan Harriët Schelhaas.

21 Behalve de puur nationale wetgever, is de laatste decennia de Europese wetgever steeds belangrijker geworden. Europa bepaalt voor een steeds aanzienlijker deel de rechtsvormende agenda. Zie bijv. de special van het *NTBR* van december 2004 over de invloed van Europees privaatrecht op allerlei deelterreinen van het Nederlandse privaatrecht.

22 In de woorden van Nieuwenhuis 2000, p. 687: ‘De hoogste staat van genade die een arrest van de Hoge Raad kan bereiken, is te worden verheven tot wet.’ Als voorbeelden noemt hij *Lindenbaum/Cohen* (HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161), *Damhoff/Staat* (HR 5 mei 1950, *NJ* 1951, 1) en *Eelman/Hin* (HR 11 december 1959, *NJ* 1960, 230 (m.nt. LEHR)).

Als voorbeeld moge (nog steeds) het arrest *Lindenbaum/Cohen* dienen, op grond waarvan de maatschappelijke betamelijkheid als onrechtmatigheidsgrond zijn intrede in het nieuwe BW (art. 6:162) deed. Maar voor zover deze wettelijke bepalingen werkelijk nieuwe regels of tendensen vastleggen, is sprake van rechtsvorming door de traditionele ‘wetgevende’ rechtsvormer.

De wetgever realiseert zich dat hij niet de enige rechtsvormer is. Nadrukkelijk heeft deze bijvoorbeeld op diverse plekken in het BW vage normen opgenomen, om de rechtsontwikkeling te faciliteren en ruimte te geven aan rechterlijke rechtsvorming.²³ We zullen overigens nog zien dat er daarmee ook ruimte is gegeven aan rechtsvorming door alternatieve regelgeving.

Van een wettelijke regeling voor de precontractuele goede trouw heeft de wetgever zelfs expliciet afgezien, om de ‘rechtsontwikkeling’ ruim baan te geven.²⁴

Bovendien worden baanbrekende, en dus rechtsvormende, rechterlijke uitspraken nauwlettend gevolgd en wordt ook gereageerd op tendensen in de jurisprudentie. Naar aanleiding van diverse uitspraken van met name de Hoge Raad werd en wordt de vraag gesteld of een rechtsvormende Hoge Raad bij bepaalde kwesties een halt moest worden toegeroepen ten faveure van de wetgever, om zo ongewenste rechtsvormende ontwikkelingen in de rechtspraak tegen te gaan.

Ik wijs bijvoorbeeld op de *Baby Kelly*-uitspraak over de toelaatbaarheid van *wrongful life* vorderingen,²⁵ die al in feitelijke aanleg²⁶ aanleiding heeft gegeven tot kamervragen. De wetgever meende echter dat hij de rechtsvormende Hoge Raad niet behoefde te corrigeren.²⁷

Kortom, de wetgever is traditioneel dé rechtsvormer bij uitstek. Hij erkent echter ook dat de rechter, de Hoge Raad dan vooral, rechtsvorming bedrijft. De wetgever vraagt zich constant af of bepaalde rechtsvormende acties, in de zin van baanbrekende jurisprudentie, bijstelling behoeven. Dit brengt direct het spanningsveld tussen de beide rechtsvormers aan het licht.

23 Vgl. Martens 2000, p. 748, en recent Struycken 2007, p. 763-764. Dergelijke vage normen zijn niet altijd slecht. Immers, men kan evengoed stellen: ‘Detailed rules are, to an extent, a sign of distrust’ (Black 1997, p. 133-134).

24 PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1448.

25 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (m.nt. JBMV; *Baby Kelly*).

26 Zie de Kamervragen van Dittrich naar aanleiding van de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage: de vraag wordt gesteld of art. 6:110 BW aangepast zou moeten worden om een claim van *wrongful life* uit te sluiten: *Kamerstukken II* 2002/03, 1205, p. 2513.

27 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 323, nr. 11, p. 4. De Franse wetgever deed dat overigens wel. Naar aanleiding van de erkenning van een *wrongful life* vordering door de *Cour de Cassation* in de zaak *Perruche* van 17 november 2000, reageerde de wetgever in ras tempo door op 4 maart 2002 een nieuwe wet aan te nemen die *wrongful life* vorderingen juist onmogelijk maakte. De rechtsvormende hoogste Franse rechter heeft zo het onderspit gedolven ten opzichte van de wetgever. Overigens is de onmiddellijke, en daarmee met terugwerkende kracht gepaard gaande invoering van die wet in strijd bevonden met art. 1, Eerste Protocol bij het EVRM, het recht op eigendom, omdat zodoende een bestaande vordering ‘ontnomen’ is, zie EHRM 6 oktober 2005, *NJ* 2006, 464 (*Maurice/Frankrijk*) en de noot van Vranken onder HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (*Baby Kelly*).

Met het voorgaande zijn we vanzelf ook bij die andere rechtsvormer, de rechter, aanbeland. De traditionele rol van de rechter is die van geschillenbeslechter in een concrete zaak. Voor de Hoge Raad ligt dit wellicht enigszins anders omdat hij zich vooral met abstractere rechtsvragen bezig houdt, maar ook die rechtsvragen vloeien uit concrete zaken voort, zodat ook op het hoogste niveau het individuele geval nog steeds de toon zet.²⁸ Inmiddels wordt echter ook breed erkend dat de (civiele) rechter, en dan met name de Hoge Raad, zich niet beperkt tot individuele gevallen maar aan algemene rechtsvorming doet, en de rechtsontwikkeling in abstracto stuurt.²⁹ Dat gaat inmiddels zelfs zo ver dat als over rechtsvorming wordt gesproken, het vrijwel automatisch over de positie van de rechter gaat. Gevolg van een en ander is natuurlijk wel dat er onenigheid bestaat over hoe ver de rechtsvormende taak van de Hoge Raad dan reikt of zou moeten reiken.

En daarmee betreden wij opnieuw een spanningsveld: aan de ene kant gaat het om uitspraken in concrete zaken en aan de andere kant om rechtsvorming op een algemeen niveau, via algemene regels. Te dien aanzien heeft de Hoge Raad in het *Kindertaxi*-arrest³⁰ gedeeltelijk laten doorschemeren, voor zover dat mogelijk is in één arrest, hoe hij hier zelf tegenaan kijkt.

Kort en goed: maatschappelijk gevoelde behoeften kunnen van dien aard zijn dat ook recente keuzes van de wetgever alsnog bij de Hoge Raad ter discussie komen te staan. Dat lijkt mij een gezonde houding die onnodige starheid kan voorkomen. Maar, daarmee is zeker niet gezegd dat alle remmen los kunnen:

‘Het gaat echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen. In de eerste plaats zou immers opnieuw een, aan de wetgever voorbehouden, afweging moeten worden gemaakt van de voor- en nadelen die aan het huidige stelsel verbonden zijn. Voorts vergt een herziening van het bestaande stelsel een afbakening van de gevallen waarin een vergoeding passend wordt gevonden en een concrete aanwijzing van de personen aan wie een dergelijke vergoeding toekomt. Ten slotte is het ook aan de wetgever te beoordelen of, en zo ja in hoeverre, aan de toekenning van een dergelijke vergoeding financiële grenzen gesteld moeten worden in verband met de consequenties die daaraan kunnen zijn verbonden.’

Het is aan de wetgever – en niet aan de rechter – aldus de rechter zelf, om na te denken en te beslissen over het *systeem* van het recht, de *afbakening* van gevallen en de *gevolgen* van bepaalde besluiten (de rechtspolitieke grenzen daarvan).

Ik constateer overigens dat de vraag *waarom* dat zo is, door de Hoge Raad verder niet besproken wordt. De Hoge Raad postuleert zijn drie redenen namelijk in wezen als dogma’s: eeuwigdurend, onveranderlijk en niet bespreekbaar.

28 Vgl. bijv. ook Sieburgh 2005, p. 906 e.v.

29 Zie bijv. Snijders 2001, p. 21; Asser 2005, p. 223, met verdere verwijzingen, en Scheltema 2006, p. 196. Deze erkenning dateert van ongeveer het derde kwart van de vorige eeuw, zie nader Martens 2000, p. 747-748.

30 Zie HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (m.nt. JBMV; *Kindertaxi*).

Zodoende blijft staan dat de hoogste rechter – als we deze drie redenen onder één noemer scharen – ervoor kiest om recht te doen in *een individueel geschil*.³¹ Als dat een juist uitgangspunt is, dan is het inderdaad niet aan de rechter om het systeem, de afbakening en de gevolgen van bepaalde keuzes door te rekenen. De achterliggende en tegenwoordig steeds vaker gestelde vraag is echter of dit inderdaad een gewenste situatie is: zou de rechter zich inderdaad moeten beperken tot rechtspreken in concreto in plaats van regelgeving in abstracto?³²

Ik ga dat debat hier niet oprakelen – ik meen dat eenieder hier een eigen keuze te maken heeft – maar herinner er slechts aan dat ik zelf eerder³³ al aangegeven heb dat *geen* wenselijke uitkomst te vinden. Het betrof toen overigens een ten dele anders liggende kwestie dan die welke hier voorligt. Het gaat er nu immers om dat ‘de rechtsvorming’ in Nederland inmiddels nog een (derde...?) ‘speler’ verwelkomen mag, namelijk ‘de maatschappelijke groepering of organisatie’ die via de introductie van bepaalde normen via het concept van alternatieve regelgeving een rol speelt of wenst te spelen.³⁴

Meer specifiek is de vraag die rijst of er sprake is of kan gaan zijn van concurrentie³⁵ met de oorspronkelijke twee rechtsvormers, wetgever en rechter. Dat deze vraag een problematische is, blijkt bijvoorbeeld al hieruit dat zelfs de verhouding wetgever/rechter nog niet uitgekristalliseerd is.³⁶ Als mogelijke oplossing of uitweg zou aan ‘meer en nauwere samenwerking’ gedacht kunnen worden,³⁷ en wellicht is dat een denkrichting die ook nog steeds opgeld doet als ‘het maatschappelijke veld’ zich ermee gaat bemoeien als derde (in potentie grote) speler. Daarmee lopen we echter op de zaken vooruit (zie hierna par. 4.6). Wat eerst nog open staat, is een nadere probleemanalyse van de situatie waarin die derde speler inderdaad betrokken raakt.

4.3.3. *Rechtsvorming en de invloed van alternatieve regelgeving: de brugfunctie en een parallel pad met de bindingsvraag*

Als ‘maatschappelijke groeperingen’, te weten zij die alternatieve regelgeving ontwerpen en (doen) gebruiken, betrokken raken bij rechtsvinding en rechtsvorming, wordt de rechtsvormingsvraag lastig(er) te beantwoorden. Dat blijkt als we bedenken dat het ‘schema wetgeving-rechtspraak’ (par. 3.2) gepaard gaat, aldus VRANKEN, met het vertoon van ‘exclusiviteitstrekken’. Naast de wetgever en de rechter zou er geen (behoefte aan een) andere rechtsvormer bestaan, hoewel met die twee geenszins de behoefte aan voldoende duidelijke regels gedekt

31 Zie ook Hoge Raad 2005, op p. 8, alsmede Haak 2000, p. 713.

32 Zie Vranken/Giesen 2003, p. 11-12. Anders bijv. Loth 2001, p. 115; Sieburgh 2005, p. 906 e.v.; Asser 2005, p. 227, en Struycken 2007, p. 765.

33 Zie Giesen/Schelhaas 2006. Collins 1999, p. 81, is ook kritisch over de focus op individuele geschilbeslechting omdat dat het privaatrecht als reguleringsstelsel zwakker maakt.

34 Vgl. ook Freeman 2000, p. 674. Uiteraard ga ik er dan aan voorbij dat er ook nog internationale ‘spelers’ actief zijn, vgl. bijv. Edgeworth 2003, p. 176 e.v.

35 De term ‘concurrerende rechtsvorming’ leen ik van De Lange 1999, die dit beeld overigens gebruikt voor de verhouding wetgever/rechter.

36 Giesen/Schelhaas 2006, p. 159-161 en p. 165-167

37 Nogmaals Giesen/Schelhaas 2006, vooral p. 167 e.v.

lijkt te worden.³⁸ Via dat ‘exclusiviteitsdenken’ wordt dus als het ware bij voorbaat de weg versperd voor een heroverweging of een aanvulling van het vernoemde schema.³⁹

Dat lijkt niet een bij voorbaat gelukkige insteek te zijn en het geeft aan dat elke verandering op dit stuk moeilijk zal zijn en problemen met zich zal brengen, hoewel feitelijk de invloed van alternatieve regelgeving op de rechtsvorming onmiskenbaar is.⁴⁰ De maatschappelijke realiteit van een immer groeiende aanwezigheid van alternatieve regelgeving, ook (mede) op instigatie van de wetgever, maakt echter dat we niet anders kunnen dan de kwestie onder ogen te zien.

Doen we dat, dan kan ten eerste met VRANKEN geconstateerd worden dat alternatieve regelgeving een ‘brugfunctie’ kan en zal vervullen tussen wat binnen een bepaalde sector leeft en de regels die voor die sector gelden, omdat die regelgeving belangrijke en actuele informatie kan verschaffen aan rechter of wetgever. Echter, dit werkt alleen als de traditionele rechtsvormers er open voor staan en de rechter de kans krijgt zich in deze zin uit te spreken.

De parallel tussen wat hier gebeurt en hetgeen eerder over binding geschreven werd (par. 3.2), is wat mij betreft duidelijk. Ik constateer dan ook, ten tweede, dat de derde wijze van binding (via de invulling van open normen) niet alleen leidt tot binding aan de zelfreguleringsregels, zoals al geconstateerd is, maar meteen ook de rechtsvormende kant ervan, hiervoor nog omschreven als de ‘brugfunctie’, vertegenwoordigt. De doorwerking van de private regels, gegeven hun bindende kracht, staat garant voor (de mogelijkheid van) rechtsvorming. Met binding is er tevens rechtsvorming.

Dat de bindingsvraag niet is los te koppelen van de rechtsvormingskwestie laat zich ook hierdoor schetsen dat de rechter meer in beeld komt als het om alternatieve regelgeving gaat. De rechter beslist immers over de binding aan alternatieve regelgeving (zowel via de erkenning van afspraken indien nodig waar het de tweede wijze van binding (consensus) betreft, of zelfstandig bij de derde wijze van binding) en zal dan meer in beeld komen. Daarbij – het gaat hier om nieuwe kwesties, zaken waarvoor geen wetgeving beschikbaar is – zal die rechter meteen ook, bewust of onbewust, aan rechtsvorming doen. Ik beschouw dat overigens niet als een groot risico zolang onze rechterlijke rechtsvormer bescheiden blijft, en is er geen aanleiding om te veronderstellen dat dat niet het geval zou zijn.

De koppeling tussen binding en rechtsvorming wordt allengs duidelijker als we trachten de rechtsvormende invloed van alternatieve regelgeving nader te duiden. Van belang voor de rechtsvorming in relatie tot alternatieve regelgeving is dat, net als bij de kwestie van de binding, ook de rechtsvorming kan verlopen via art. 3:12 BW. Het BW, het vermogensrecht voorop, kent vele open normen, normen die geregeerd worden door redelijkheid en billijkheid, verkeersopvattingen of zorgvuldigheidseisen. Dergelijke open normen kunnen in vrijwel elk

38 Asser-Vranken 2005, nr. 73 en 74, die vervolgens ook schetst dat de verbetering van de kwaliteit van wetgeving en een actievare rechter onvoldoende soelaas bieden (nrs. 75-77).

39 Asser-Vranken 2005, nr. 78.

40 Daarover ook expliciet Mörth 2004a, p. 196.

privaatrechtelijk geval een (meer of minder prominente) rol spelen, zodat ook steeds ‘de billijkheid’ als een soort ‘grondnorm’ aanwezig is. Die grondnorm moet vervolgens nader ingekleurd worden – dat is het rechtsvormende element – en dat kan geschieden met behulp van de regels of normen die als alternatieve regelgeving te boek staan op een bepaald terrein. Immers, die normen zijn een weergave van de in Nederland levende rechtsovertuigingen die via art. 3:12 BW de inhoud van die billijkheid nader bepalen.⁴¹ Maatschappelijke inzichten kunnen langs die weg dus geïncorporeerd worden.

Deze constructie vereist wel dat het systeem ‘poreus’ of ontvankelijk moet zijn. Gelukkig gaat die ‘poreusheid’ schuil in ons hele vermogensrecht en vormt art 3:12 BW als het ware de toegangspoort om die poreuze delen nader in te kunnen vullen. Gedragscodes, etc., kunnen daardoor een articulering worden van wat rechtens is.⁴² En dat is inmiddels ook al gebeurd.

Een bekend voorbeeld betreft de uitspraken van de (toenmalige) Raad van Toezicht voor het Schadeverzekeringsbedrijf (nu Raad van Toezicht Verzekeringen). Deze hebben betekenis gekregen als invulling van ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’ in de zin van art. 3:12 BW. In een zaak aangaande de vraag of een verzekeraar zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid mocht beroepen op een vervalbeding, werd beslist, door de Hoge Raad:⁴³

‘Weliswaar gaat het bij de door de Raad van Toezicht aangelegde maatstaf erom of de verzekeraar door zijn gedraging de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf heeft geschaad. Maar indien een gedraging van een verzekeraar jegens diens verzekerde onder de omstandigheden van het geval niet kan worden aanvaard uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf, ligt het in de rede te oordelen dat die gedraging onder dezelfde omstandigheden evenmin aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Zulks in aanmerking genomen bestaat er grond om voor de inhoud van de op het onderhavige punt in Nederland levende rechtsovertuiging betekenis toe te kennen aan het hiervoor weergegeven standpunt van de Raad van Toezicht.’

De materiële norm wordt hier nader ingekleurd en verder gevormd, terwijl evenzeer gezegd kan worden dat de branche gebonden raakt aan de uitspraken van de branchegerelateerde geschillencommissie. Hier wordt derhalve de nadere invulling van een wettelijke norm en daarmee de rechtsvorming, bepaald door wat binnen een bepaalde groepering zelf bepaald is.

In twee latere arresten is deze lijn onverkort gehandhaafd.⁴⁴ Ter illustratie wijs ik er verder nog op dat bijvoorbeeld bij de weginrichting rekening wordt gehouden met en gewicht dient te worden toegekend aan de richtlijnen die het CROW daaromtrent opstelt.⁴⁵

41 Zie ook par. 3.2 hiervoor en de verwijzingen aldaar.

42 Zie Schut 1972, p. 364.

43 HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 (m.nt. MMM; *Kroymans/Sun Alliance*).

44 Zie HR 14 mei 2004, *NJ* 2006, 188 (m.nt. MMM; *Witte/Leipziger*) en HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 160 (m.nt. MMM; *A./London*). In Zweden heeft een soortgelijke ontwikkeling plaatsgevonden, zie Strömholm 1971, p. 251.

45 Zie bijv. Rb. Leeuwarden 7 december 2005, *LJN*: AY8681 (*Aegon/Ooststellingerwerf*) en Hof Den Bosch 21 december 2004, *VR* 2005/151 (*Roerdalen/ZA*), en Rijnhout 2006, p. 18.

In het arrest *Kouwenberg/Rabobank*, zo heeft VRANKEN uitvoerig laten zien,⁴⁶ werd er echter geen, althans slechts beperkte rechtsvormende kracht toegekend aan de private regelgeving (art. 31m RHO) die daar een rol speelde. Deze regelgeving is blijkens het arrest geen recht in de zin van art. 79 RO en speelt daarmee verder alleen als een factor (‘mede van betekenis’) bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht binnen een veel ruimere catalogus van gezichtspunten.

Wat kunnen of moeten we hieruit afleiden? VRANKEN⁴⁷ stelt dat het zou kunnen zijn dat hier het rechtskarakter (alternatieve regelgeving) bepalend was om aan die norm geen waarde toe te kennen, maar hij geeft ook aan dat die analyse niet de enig mogelijke is. Waar het echter over dat rechtskarakter gaat, speelt natuurlijk een rol voor de rechter dat de legitimiteit en de representativiteit niet of minder gewaarborgd zijn, of althans twijfelachtiger zijn, en er ongetwijfeld ook wel procedurele schoonheidsfouten aan te wijzen zijn als het gaat om totstandkoming van alternatieve regelgeving. De controle daarvan zou dan een taak van de hoge raad moeten worden (zie daaromtrent par. 6).

Terzijde merk ik dan op dat VRANKEN zich zo impliciet een aanhanger toont van het beperkte denkmodel van omgang met zelfregulering.

Wat mijns inziens *niet* uit het *Kouwenberg/Rabobank*-arrest volgt, is dat de (mogelijkheid van) rechtsvorming via alternatieve regelgeving ingeperkt zou zijn. Op dit nauwelijks nog ontgonnen terrein kan niet uit een enkel arrest afgeleid worden dat een brede ontwikkeling wel of juist niet ingang zou kunnen vinden. Net zoals een enkel arrest waarin dat wel geaccepteerd wordt, niet meteen betekent dat er altijd rechtsvormende invloed is, betekent dit geval niet dat die werking er niet is. Arresten zijn op dit moment in wezen slechts illustraties van de mogelijkheden van en moeilijkheden met de nieuwe problematiek. Ik denk ook dat de kwestie zoals die hier voorligt van de Hoge Raad nog geen specifieke aandacht heeft gekregen, zodat daarover nog niets beslist is, simpelweg omdat de (cassatie)vraag niet in deze termen gesteld was.

Ter illustratie van dit punt kan nog gewezen worden op andere uitspraken waarin, als tegenwicht met dezelfde relatieve waarde, wél rechtsvormende elementen gekoppeld zijn aan bronnen van alternatieve regelgeving. Zo kan de ‘omkeringsregel’ volgens de Hoge Raad toegepast worden waar het gaat om de niet-inachtneming van een medisch protocol, want daarmee is de geschonden zorgvuldigheidsnorm, zoals daarvoor vereist lijkt te zijn, specifiek genoeg gemaakt.⁴⁸ Dit geval illustreert dat alternatieve regelgeving van invloed kan zijn op de uitkomst van een zaak en rechtsvormende consequenties kan hebben.

Relevant is bijvoorbeeld ook nog dat inmiddels in de rechtspraak is beslist

46 Zie HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (m.nt. Du Perron; *Kouwenberg/Rabobank*), en daarover Asser-Vranken 2005, nr. 79 e.v.

47 Asser-Vranken 2005, nr. 82-84.

48 Zie HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 (m.nt. DA; *B./J.*), r.o. 3.3., en Asser-Vranken 2005, nr. 84.

dat het afwijken van een tuchtrechtelijk oordeel door de civiele rechter een stevige motivering vereist, een die begrijpelijk is in het licht van het andersluidende oordeel van de tuchtrechter.⁴⁹ Een dergelijke uitspraak betekent dat tuchtnormen, meer nog dan voorheen, de uitkomst van de aansprakelijkheidsprocedures zullen bepalen. Afwijken van de beslissing zoals die is genomen bij toepassing van de tuchtnormen is lastig(er), tenzij in een specifiek geval hard gemaakt kan worden dat dat oordeel niet gevolgd zou behoren te worden. Opnieuw wordt de rechtsvorming dan (mede) gestuurd door de achterliggende alternatieve regelgeving.

4.3.4. *Problemen inzake rechtsvorming via alternatieve regelgeving*

Alternatieve regelgeving en rechtsvorming is niet een paar dat zonder morren altijd samen door één deur kan. Ik constateer enige pijnpunten. Van belang inzake de rechtsvorming is, zo blijkt, dat (het terugvallen op) alternatieve regelgeving ertoe kan leiden dat problemen worden doorgeschoven naar de civiele rechter. Deze consequentie van zelfregulering⁵⁰ is voor de rechtsvorming van belang omdat zodoende niet de wetgever, die inmiddels zijn kaarten mede heeft gezet op zelfregulering, maar de rechter aan bod is om de rechtsvormende taak gestalte te geven. Nu is dat op zichzelf natuurlijk goed mogelijk, de rechtsvormende taak van de rechter wordt inmiddels erkend, maar het is wel een neven-effect waarvan wij ons bewust moeten zijn. Het zet de verhoudingen tussen de rechtsvormers verder op scherp. Dat geldt te meer nu de wetgever hier zelf de aanstichter is doordat deze de regelgeving aan de markt heeft gelaten.

Rechtsvorming door of via alternatieve regelgeving is bovendien mede afhankelijk van het soort normen of regels dat geproduceerd wordt. Een vage regel kan de rechter die de normen uit het zelfreguleringsproces moet toepassen, in staat stellen om zijn eigen oordeel in die norm in te lezen. Dat soort regels geeft de rechter dus (extra) rechtsvormende ruimte, ruimte die hij op zich al heeft, maar waarvan vaak ook gezegd wordt dat die niet te ver moet gaan. Voorkomen moet worden dat de rechter de terughoudendheid om zelf tot invulling van achterliggende zelfreguleringsnormen over te gaan, laat varen.⁵¹ Gevreesd kan dan immers worden voor teveel onzekerheid en onvoorspelbaarheid aangaande de juiste uitleg van de zelfreguleringsnorm.⁵²

Het spel van rechtsvorming via alternatieve regelgeving heeft ook nog als nadeel dat daarmee de trias politica doorbroken wordt.⁵³ De bezwaren die daarte-

49 Zie HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151 (m.nt. Van Wijmen; A./E.).

50 Expliciet Eijlander 1993a, p. 133.

51 Zie Schwartz/Scott 1995, p. 606-607, en Cane 1987, p. 332.

52 Cane 1987, p. 333.

53 Vgl. ook Ogus 2000, p. 587. Er is bijv. geen machtenscheiding tussen de regelmaker en de regeltuitlegger (rechter), aldus Strömholm 1971, p. 282. Overigens zou i.v.m. het gebruik van art. 3:12 BW als toegangspoort tot binding en rechtsvorming gezegd kunnen worden dat er formeel niets aan de hand is. De alternatieve regelgeving gebruikt de wet als uiteindelijke grondslag, en die wet stamt van de formele wetgever. Formeel is dit juist, maar materieel staat hier de trias politica weldegelijk ter discussie.

gen bestaan, gelden op zich ook hier. De wetgever maakt nu eenmaal de wetten, niet de rechter en al zeker niet een andere entiteit. Dat klemmt te meer in verband met het daaraan klevende gebrek aan parlementaire controle, zelfs als zo'n andere entiteit wellicht wel geoutilleerd en ingesteld is om algemene regels te maken.⁵⁴ Ik ben echter van mening dat dit trias-probleem overkomelijk is, precies omdat het hele concept van zelfregulering niet past in de 'trias'-gedachte waarin helemaal nooit plek is ingeruimd voor maatschappelijke actoren. Dat gebruikmaking van (regels uit) dat veld in zo'n geval 'de trias' doorbreekt, is evident en onvermijdelijk maar daarmee nog niet verwerpelijk. Het vraagt enkel om een nieuwe inbedding van het nieuwe element. Ik kom daar nog op terug (par. 4.6). Naast de mogelijke (gedeeltelijke) oplossing die ik daar aandraag, speelt wat mij betreft ook nog deze vraag: wat is belangrijker? Is dat een weliswaar wereldvermaard en wereldwijd aanvaard concept van ruim 200 jaar geleden dat enorm waardevol is, maar wel in de loop der tijd versteend is (en schijnbaar overal net iets anders), of is dat een werkbare werkverdeling tussen de nu realiter aanwezige krachten in de huidige maatschappij?

Leidt dit alles, zo laat zich tenslotte vragen, niet tot wat ik maar 'locale rechtsvorming' noem, te weten rechtsvorming voor een bepaalde kring? Dat lijkt inderdaad het geval te zijn, maar precies dit punt zou evenzeer als de kracht van alternatieve regelgeving gezien kunnen worden. We hebben het dan immers over regels die afgestemd zijn op een specifieke doelgroep. Het is ook dogmatisch inpasbaar, want art 3:12 BW geeft juist de ruimte daarvoor. Pluraliteit van rechtsovertuigingen is dus geen beletsel voor rechtsvinding, maar kan inspireren tot locale rechtsvinding.⁵⁵

Alternatieve regelgeving, en dat geldt dan eens te meer als het om de rechtsvormende kant ervan gaat, wordt verder ook wel beschouwd als een gevaar voor de rechtszekerheid. Een (daarmee gepaard gaande) kleinere rol voor de wetgever zou namelijk leiden tot minder voorspelbaarheid. Daar kan echter tegenin gebracht worden dat ten eerste de rol van de wet als een vorm van bescherming tegen onzekerheid en ongelijkheid, toch al kleiner is geworden. Bovendien kan de met wetgeving gepaarde gaande starheid doorslaan.⁵⁶ De taak van de wetgever is volgens POLAK dan ook om de hoofdlijnen aan te geven.⁵⁷

Tot slot kan er nog op gewezen worden dat alternatieve regelgeving in relatie tot rechtsvorming het gevaar in zich bergt de mogelijkheden van rechtsvorming te beknotten. Als er binnen het systeem van alternatieve regelgeving gekozen wordt voor een eigen geschilbeslechtingsmethodiek, zal de civiele rechter (in beginsel) buitenspel komen te staan en kan deze zijn rechtsvormende functie niet vervullen. Net als bij mediation het geval is,⁵⁸ zal dan die rechtsvorming

54 Zie Giesen/Schelhaas 2006, p. 160-161. Het gaat dus om een gebrek aan democratische legitimatie. Volgens Scheltema 2006, p. 196, kan transparantie en argumentatie dat tekort vermindern.

55 Zie Reurich 2005, p. 44.

56 Zie Polak 1979, p. 87 en 88. Struycken 2007, p. 778, voorziet (of hoopt op?) een actieve wetgever om die starheid (en legisme) tegen te gaan.

57 Zie Polak 1979, p. 89.

58 Zie Vranken 2001.

minder frequent kunnen zijn en dus nog meer van toevalligheden aan elkaar hangen. Er zal dan sprake zijn van een verlies aan rechtsvormend potentieel.

Daartegenover staat echter dat zulks feitelijk alleen het geval zal zijn als er inderdaad een aparte geschilbeslechtsinstantie opgericht wordt, hetgeen overigens regelmatig het geval is, én als de betrokkenen vervolgens niet kunnen ontkomen aan een oordeel door die nieuwe geschilbeslechter. Dat laatste is in het licht van de eis van toegang tot de rechter uit art. 6 EVRM zeker niet evident; niemand mag immers zonder meer van de overheidsrechter afgehouden worden.⁵⁹ Daarbij komt dan nog dat de private geschilbeslechtsers zelf ook ‘precedenten’ scheppen⁶⁰ die, indien openbaar, bruikbaar zijn. Bovendien zullen de diverse gebruikte vormen van alternatieve regelgeving zoveel nieuwe regels, standaarden en normen aanreiken, en daarmee zoveel potentieel bieden, dat ik de stelling aandurf, hoewel ik deze niet empirisch kan staven, dat de potentiële winst aan rechtsvormend vermogen uiteindelijk groter zal zijn dan het ook in te calculeren verlies daaraan.

4.3.5. Afronding

Dit algemene deel van de rechtsvormingsvraag afrondend, welk beeld rijst er dan ten aanzien van (de gevolgen van) de ontwikkeling waarbij alternatieve regelgeving een rechtsvormende plaats krijgt? Ten eerste worden alle eventuele problemen (weer) op het bord van de rechter gelegd.⁶¹ Als partijen er zelf niet uit komen, moet de rechter er aan te pas komen. Hij zal moeten bepalen of er enige rechtsvormende werking is en welk resultaat dat dan heeft. Alternatieve regelgevers kunnen daar niet omheen (par. 3.2). Dat geeft die rechter derhalve weer extra taken, maar ook ‘bevoegdheden’. De rechter verleent immers ‘status’ aan de alternatieve regelgeving door die te benutten in zijn uitspraak. Daarbij ziet die rechter zich vervolgens wel geconfronteerd met in wezen vreemde regels. Niet de wetgever, maar een maatschappelijke groep heeft iets bedacht, normen opgesteld, en daarover moet die rechter nu opeens oordelen. Daar staat tegenover dat de aanwezigheid van alternatieve regelgeving maakt dat de rechter in deze gevallen enige houvast krijgt. In plaats van dat hij alles zelf zal moeten ontdekken, kan hij voortbouwen op wat er al ligt en beschikbaar is.

Specifiek voor het aansprakelijkheidsrecht is daarbij nog van belang dat de rechter niet hoeft te volstaan met aangeven wat er (in aansprakelijkheidstechnische zin) mis is gegaan in de desbetreffende zaak, maar ook zou kunnen aangeven hoe de aangesprokene dan wel

59 Vgl. in dit verband Giesen 2004, p. 160. Overigens, als iemand naar de civiele rechter stapt terwijl er al een uitspraak van een interne geschilbeslechter ligt, bestaat het gevaar van tegenstrijdige uitspraken. De civiele rechter is niet gebonden aan de uitspraken van de private geschilbeslechter, maar zal wel degelijk acht slaan op hetgeen de private geschilbeslechter doet of gedaan heeft en marginaal toetsen, zie bijv. Van Driel 1989, p. 170 e.v., en m.n. p. 173. Hoe meer de positie van alternatieve regelgeving binnen het privaatrecht erkend wordt, hoe meer ook de bijbehorende geschilbeslechtsers serieus genomen zullen worden, zo verwacht ik.

60 Zie al Van Driel 1989, p. 174.

61 Vgl. Dresden 2004, p. 18.

had moeten handelen. Dat zou veel nadere richting (kunnen) geven aan toekomstige slachtoffers en daders (en latere procespartijen).⁶²

Voor het probleem dat dusdoende de trias politica doorbroken wordt, is mijns inziens de oplossing dat die 'trias' niet afgeschaft, maar bijgeschaafd moet worden om de nieuwe machtsverdeling te kunnen herbergen. Het gevolg daarvan zal zijn, maar dat is uiteindelijk waarschijnlijk wel zo efficiënt en (dus) in beginsel positief te waarderen, dat diverse maatschappelijk tot stand gekomen 'normen' direct toegelaten worden tot de rechtsvorming. Uiteraard blijft dat wel, we zagen dat al, geschieden via de rechter (en dus via het schema wetgeving-rechtspraak).

Wat resteert, is verder dat er onmiskenbaar sprake is van de opkomst en geleidelijke erkenning van een *derde rechtsvormende macht*, te algemeen gesteld: de maatschappelijke groep. Een groep die dan weer per dossier kan verschillen. Ik vermoed dat de daadwerkelijke erkenning van een zo diffuse derde rechtsvormer nog wel even op zich zal laten wachten, en misschien ook niet werkelijk van de grond zal komen omdat de rechter er nu eenmaal nog steeds officieel tussen zit (zodat die erkenning ook niet nodig is). Maar denken over een herziene hiërarchie van rechtsbronnen (en over welke plek alternatieve regelgeving daarbij zou moeten innemen) is mijns inziens in elk geval wél nodig.

De rechtsvormende invloed van alternatieve regelgeving betreft uiteindelijk dus ook de vraag naar de hiërarchie tussen de diverse rechtsbronnen:⁶³ welke bron heeft de rechtsvormende macht? wie bepaalt wat er gebeurt? Als alternatieve regelgeving gezien wordt als een vorm van gewoonterecht (zie par. 3.2) dan staat deze vorm van regulering niet bovenaan de privaatrechtelijke hiërarchie, om het zachtjes uit te drukken. Dat is op zich niet erg, en gezien de (nieuwe) jeugdigheid van het fenomeen ook begrijpelijk. Helemaal overkomelijk wordt dit als er in plaats van strijd, voor samenwerking tussen de rechtsbronnen gopteerd zou worden.⁶⁴ Mijns inziens is dat wenselijk.

Om de (nieuwe) drie-eenheid van rechtsvormers goed gestalte te (kunnen) geven, geldt mijns inziens des te sterker wat ook tussen de twee bestaande rechtsvormers zou moeten gelden, namelijk dat men (zal) moet(en) *samenwerken*. Het Periodiek Overleg van Rechtsvormers ('POR') moet er komen en moet uitgebreid worden; relevante maatschappelijke groeperingen moeten daarin een plek vinden. Ik kom daar zo op terug (par. 4.6).

4.4. Praktijk: medische protocollen

Medisch protocollen zijn van invloed op de aansprakelijkheidsvraag en op de rechtsvorming op dit terrein. De eerder geconstateerde parallel tussen binding en rechtsvorming is ook hier aanwezig. Een eerste voorbeeld daarvan kwam al

62 Voor een eerder pleidooi daartoe zie Van Boom 2003.

63 Schroeder 2003, p. 278, spreekt over 'Rechtsquellenvielfalt'. Vgl. ook Giesen/Vranken 2004, p. 223, waarin gesproken wordt over 'fragmentarisering' van bevoegdheden.

64 Vgl. Åkermark 2004. Hierin wordt ook nog gewezen op de legitimerende rol die een hiërarchie heeft, zie p. 67.

aan de orde bij de vraag naar de binding aan alternatieve regelgeving, alwaar ik het arrest *MC Leeuwarden/In 't Hout*⁶⁵ besprak (par. 3.3).

Uit dat arrest volgt dat een medisch protocol van groot belang is voor de vraag naar de eventuele aansprakelijkheid van de behandelend arts. Kort gezegd komt die relevantie hierin tot uitdrukking dat bij de invulling van de open norm van een goed hulpverlener (de redelijk handelende arts), het handelen in overeenstemming met de professionele standaard (vgl. art. 7:453 jo 7:401 BW), mede bepaald wordt door de inhoud van het protocol. Dat protocol vormt in belangrijke mate de 'meetlat' waarlangs de rechter het handelen van de medicus legt. Daarbij verdient overigens wel nog opmerking dat een nalaten het protocol te volgen niet per definitie tot aansprakelijkheid leiden zal, terwijl het wél volgen van dat protocol niet per definitie als een vrijwaring tegen aansprakelijkheid werkt (beide keren omdat de bijzondere omstandigheden van het geval bepalend zijn). Dat zijn overigens regels die in grote lijnen ook elders gelden voor vergelijkbare normen.⁶⁶

Het ging in deze zaak om een patiënt die na een knieoperatie trombose ontwikkelde. Op grond van een binnen het ziekenhuis vastgesteld protocol had bij de betreffende operatie een anti-stollingsmiddel moeten worden toegediend, maar dat is niet gebeurd. In cassatie overweegt de Hoge Raad:

'(...) Het hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de gegeven omstandigheden te oordelen dat het niet naleven van het protocol als een toerekenbare tekortkoming heeft te gelden. Het oordeel dat het onderhavige protocol berust op consensus tussen de Stichting M. en de aan de Stichting M. verbonden artsen met betrekking tot medisch verantwoord handelen, is in cassatie niet bestreden. Van Stichting M. c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien zulks in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Nu het niet toepassen van de door het protocol voorgeschreven behandeling uitsluitend te wijten was aan "vergeten" en dus van een beargumenteerde afwijking van voormeld voorschrift geen sprake was, behoeft het Hof niet in te gaan op de stelling van Stichting M. c.s. dat binnen de beroepsgroep als geheel verschil van inzicht bestond omtrent de in het protocol voorgeschreven behandeling.'⁶⁷

Voor wat betreft de rechtsvorming is dit alles van belang omdat de protocollen als voorschriften voor medisch handelen – hoewel bedoeld als interne voorschriften die alleen intern binden – blijkbaar kunnen dienen als een invulling van de hier geldende open norm. Het grote voordeel van het gebruik van medi-

65 HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (*MC Leeuwarden/In 't Hout*).

66 Zie Schepel 2005, p. 343 e.v., inzake de omgang met productveiligheidsnormen in het aansprakelijkheidsrecht in diverse Europese landen en de VS, alsmede p. 348 e.v. voor de risicoaansprakelijkheid voor defecte producten (waarbij de (niet-)naleving van standaarden ook meespelen kan).

67 De besproken uitspraak uit 2001 werd in 2005 gevolgd door een soortgelijk arrest met een vergelijkbare uitkomst waar het om het protocol gaat, HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377 (*X./ZAO*). Bij een keizersnede werd conform het vigerende protocol een antibioticum toegediend terwijl dat bij overgevoeligheid voor penicilline niet zou moeten geschieden. De patiënte was, en dat was bekend, overgevoelig voor penicilline, maar kreeg toch het antibioticum toegediend, met als gevolg dat zij in coma raakte.

sche protocollen is dat daarmee de norm, de standaard waartegen het gedrag van de arts wordt afgezet, van tevoren en dus niet achteraf, geformuleerd is en bekend is.⁶⁸ Dat wil echter niet zeggen dat deze richtlijnen geen beperkingen kennen die in acht genomen moeten worden, zoals het feit dat ze primair een medisch doel dienen en het vaak slechts om aspiraties gaat.⁶⁹

Een tweede voorbeeld van rechtsvormende invloed zagen we zojuist al toen het ging over de toepassing van de ‘omkeringsregel’ bij medische protocollen (par. 4.3). Ook voordien werd echter al gesteld dat het niet volgen van een gezaghebbende richtlijn ertoe kan leiden dat de arts met de bewijsvoering belast wordt, vooral door dan te verlangen van die arts dat hij bewijst (of ten minste gegevens daarover aanreikt) dat er geen causaal verband bestaat tussen de tekortkoming of onrechtmatige handeling en de geleden schade. Daarom zal een arts zijn redenen om af te wijken van een richtlijn expliciet moeten vastleggen.⁷⁰ Als dit inderdaad het gevolg is van de kruisbestuiving tussen alternatieve regelgeving en het bewijsrecht, en dat lijkt het geval te zijn, lijkt mij dat een wenselijk resultaat omdat dan achteraf eenvoudig(er) te construeren valt wat er gebeurd is en waarom. Het gevolg is ook dat de redelijkheid van het handelen van de arts beter in te schatten is, achteraf. De richtlijnen hebben dan, via het bewijsrecht, een positief te waarden invloed op de rechtsontwikkeling.

Een volgend voorbeeld: het ene deskundigenoordeel in een whiplashzaak is niet in overeenstemming met de richtlijnen van de NVvN inzake whiplash, het andere oordeel wel. Dat laatste oordeel wordt gevolgd door de rechter. Die richtlijnen hebben daarmee een direct, en beslissend rechtsgevolg:

‘De richtlijnen van de NVvN dienen gezien te worden als het (meest) gezaghebbende wat er ten aanzien van het lastige vraagstuk rond het postwhiplash-syndroom voorhanden is. Als deze richtlijnen niet worden gevolgd, komt onmiddellijk de vraag op op grond van welke maatstaven dan wel wordt beoordeeld en in hoeverre die maatstaven op enig draagvlak in de medische wereld kunnen rekenen.’

Aldus de rechtbank in r.o. 5.3.2. In dezelfde zaak had de rechter overigens ook al bepaald dat de omkeringsregel niet toepasselijk kan zijn omdat de hier bedoelde richtlijnen niet onomstreden zijn (r.o. 5.2).⁷¹

Indien de aansprakelijkheid van een arts wordt gebaseerd op een protocol heeft dat verder nog dit grote voordeel dat daarmee de gedraging van de arts eenvoudiger *ex ante* kan worden beoordeeld en niet (mede) in het licht van de slechte afloop (met de ‘benefit of hindsight’).⁷²

68 Giard 2005, p. 158-159.

69 Giard 2005, p. 250.

70 Hierover Biesart/Gevers 1999, p. 29. Over de bewijslastverdeling in medische zaken uitvoeriger Giesen 1999 en Giesen 2003.

71 Zie Rb. Roermond 1 september 2004, *NJF* 2004, 578 (*M./Europeesche*), r.o. 5.2. Vgl. ook Rb. Assen 30 augustus 2006, *JA* 2006, 135 (*X./Fortis*) waarin de waarde van een deskundigenbericht wordt ‘neergehaald’ met een beroep op de richtlijnen van de NVvN.

72 Zie bijv. Kroeze 2005, p. 19 (noot 75), en in algemener verband Van Boom 2003 en Giesen 2005a.

Denkend vanuit het medische aansprakelijkheidsrecht en meer algemeen vanuit het aansprakelijkheidsrecht in den brede, kan mijns inziens geconcludeerd worden dat alternatieve regelgeving inmiddels bijna onmisbaar is geworden als een ‘invullingsmechanisme’ voor de open zorgvuldigheidsnorm. Langs deze weg kan immers die ruime open norm zinvol ingevuld en ingekaderd worden en dat komt het aansprakelijkheidsrecht zeer ten goede. Het maakt het terrein behapbaar, hanteerbaar, makkelijker te gebruiken⁷³ en biedt enige rechtszekerheid over welke normen zullen gelden of zouden kunnen gelden.⁷⁴

Ik constateerde eerder al dat de huidige tendens om te komen tot (enige) normering voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht hetzelfde effect heeft (meer eenvoud, gelijkheid en zekerheid). Aldaar constateerde ik ook dat niet alle schadevergoedingsnormen in de wet opgenomen hoeven te worden, hetgeen evenzeer ook voor het materiële aansprakelijkheidsrecht geldt, zoals we al zagen.⁷⁵

Zeker in het licht van de nadruk die heden ten dage gelegd wordt op zorgplichten (en daarmee open normen) als reguleringsvorm⁷⁶ is dit een wezenlijke conclusie. Met de profilering van die zorgplichten wordt immers automatisch ook de nadere invulling daarvan (die op enig moment ergens moet plaatsvinden) steeds belangrijker. Daarmee zal de positie van alternatieve regelgeving als methode om dergelijke open normen in te vullen, nog meer aan belang winnen.

Daar komt dan nog het volgende bij, ter illustratie van het belang van het gebruik van alternatieve regelgeving door de rechterlijke macht binnen het aansprakelijkheidsrecht. Als de situatie zich zou voordoen dat er geen vonnissen of arresten geweest zouden worden over brandende kwesties op dat terrein, bijvoorbeeld omdat er geen geschilbeslechting via de overheidsrechter zou plaatsvinden vanwege de populariteit van diverse ADR-methoden, dan zou dat ook betekenen dat de ‘regulation through litigation’ niet van de grond kan komen. Ofwel, de sturende werking en het mogelijke preventieve effect van regulering zal dan niet uit de verf komen.

4.5. Praktijk: procesrechtelijke alternatieve regelgeving

4.5.1. Inleiding

Alternatieve regelgeving blijkt een steeds grotere rol te spelen bij de oplossing (en daarmee ook het voorkomen) van privaatrechtelijke conflicten, zo is duidelijk geworden. In het verlengde daarvan wordt er dan ook voor gepleit dat bijvoorbeeld de Hoge Raad zijn (cassatie)taak anders, actiever inricht, bijvoorbeeld door het (spontaan) aanreiken van ‘best practice rules’. Dat zou de

73 Van Boom 2006, p. 38.

74 Zo ook reeds in breder verband Giesen/Vranken 2004, p. 223, en voor het letselschadetrajec Weterings 2004, p. 148 (waardoor verzekeringspremies nauwkeuriger te bepalen zijn).

75 Zie Giesen/Vranken 2004, p. 223, en Giesen 2004, p. 156 en p. 157.

76 Zie het overheidsprogramma ‘Bruikbare Rechtsorde’, en vgl. Van Gestel/Hertogh 2006, p. 38.

ontwikkeling in de richting van een verhoogd gebruik van alternatieve regelgeving extra stimuleren.⁷⁷

Als de hoogste rechter 'top-down' duidelijk zou (kunnen) maken dat overheidsingrijpen (hier: via de rechter) nadeliger is voor alle betrokkenen dan een oplossing buiten de rechtszaal om, zullen partijen geneigd zijn om die handschoen op te pakken, zo is de gedachte. Het gaat dan om zelfregulering met overheidsdrang op de achtergrond ('doen jullie zelf niets, dan grijpen wij in'), geïnitieerd doordat bijvoorbeeld de Hoge Raad aanbevelingen en suggesties doet ten aanzien van de wijze waarop de private partijen zouden kunnen handelen om conflicten te bezweren. Een verzuim om die handschoen op te pakken, zou dan vervolgens, zo is verdedigd, meegenomen kunnen worden in de afweging of één der partijen (bijvoorbeeld) onrechtmatig handelde, aldus DIJKHOFF.C.S.⁷⁸ Hoe dat idee precies vormgegeven zou moeten worden, is mij echter nog niet helder. Is het mogelijk een specifiek individu erop aan te spreken, en vooral ook erop af te rekenen, dat zijn branche iets niet gedaan heeft? Dat is op zijn minst lastig te verkopen en mijns inziens in strijd met basale rechtvaardigheidsnoties. Ik zou een dergelijke lijn dus niet kiezen, temeer niet omdat een andere benadering mogelijk is.

4.5.2. Stimulering van alternatieve regelgeving in het procesrecht

In lijn met het voorgaande (de stimulering van alternatieve regelgeving en private conflictafwikkeling) ligt het in de rede in te zetten op de verdere ontwikkeling van rechtersregelingen. Daarbij past bijvoorbeeld ook het pleidooi van VRANKEN uit 2000 om op het terrein van het procesrecht de hoogste rechterlijke colleges zelf, aangevuld met enkele andere deskundigen, regelgevende bevoegdheden te geven.⁷⁹ Een vergelijkbaar idee heeft VRANKEN vervolgens 'meegenomen' naar de COMMISSIE FUNDAMENTELE HERBEZINNING NEDERLANDS BURGERLIJK PROCESRECHT en aldaar ook ingang doen vinden in twee rapporten, een Interimrapport uit 2003 en een Eindrapport uit 2006.⁸⁰

In het Interimrapport is hoofdstuk 12 gewijd aan 'hercodificeren in de huidige tijd', dat wil zeggen aan nieuwe manieren om met een (her)codificatie om te gaan en om regelgeving tot stand te brengen, specifiek voor het terrein van het procesrecht. Kort gezegd gaat het om het tot stand brengen van procesrechtelijke regelgeving via allerlei vormen van alternatieve regelgeving door de betrokkenen.⁸¹

De redenen voor deze zoektocht naar alternatieve vormen van regelgeving waren (en zijn) onder andere dat het verkrijgen van duidelijkheid erg lang duurt, van toeval afhangt (welke zaak komt bij de Hoge Raad?) en dat de rechtsvraag niet altijd scherp genoeg naar vo-

77 Dijkhoff e.a. 2006, p. 9-10.

78 Dijkhoff e.a. 2006, p. 12-14.

79 Vranken 2000, p. 5.

80 Zie Asser/Groen/Vranken 2003 en Asser/Groen/Vranken 2006. Het navolgende is een herziene versie van een deel van Giesen 2006.

81 Asser/Groen/Vranken 2003, p. 254-255, met verdere onderbouwing op p. 256-261. Zie over de toepassing van die instrumenten op bredere schaal ook de bijdragen in Vranken/Giesen 2004.

ren komt. Om dat het hoofd te kunnen bieden, zou ook⁸² de omgang met regelgeving moeten veranderen. Daartoe werden vier instrumenten genoemd (helpdesks; leidraden; een commissie burgerlijk procesrecht, en een instituut voor permanente evaluatie en advisering over de modernisering van het burgerlijk procesrecht).

In het Eindrapport wordt hierop voortgebouwd, maar impliciet. Belangrijk is dat op diverse plaatsen in het Eindrapport een beroep gedaan wordt op (vormen van) zelfregulering om een onderwerp in de toekomst verder aan te kunnen pakken en te reguleren. Ook in de lijst van aanbevelingen komen we protocollen, leidraden, etc., in ruime mate tegen.⁸³

Bij wijze van voorbeeld wijs ik op het hoofdstuk over mediation (hoofdstuk 4 van het Eindrapport uit 2006). Om uit de zogenaamde 'fuik van de standaardprocedure' te ontsnappen (te weten: de beletselen die bestaan tegen het zelf oplossen van een geschil, verhinderen de partijen ook om een andere wijze van geschiloplossing dan via de overheidsrechter overeen te komen) worden drie methoden besproken. De commissie kiest vervolgens voor die optie waarbij partijen zelf, voordat het geschil er is, mediation overeenkomen. Daarbij meent de commissie dat de overheid in deze geen regelgevende taak heeft en dat het aan de beroepsorganisaties en de bedrijfstakken is om tot zelfregulering te komen. Die organisaties zouden met (vertegenwoordigers van) hun cliënten kunnen onderzoeken en vastleggen wanneer mediation de voorkeur verdient en in welke vorm dat zou kunnen. Dit kan dan via algemene voorwaarden, maar ook in een aparte code of leidraad vastgelegd worden.⁸⁴ Uiteindelijk gaat het in zijn algemeenheid bij zelfregulering, aldus de commissie, om 'een houding die betrokkenen dwingt gezamenlijk na te gaan wat in concrete situaties het best past bij de waardering en afweging van de belangen die aan de orde zijn.'⁸⁵

Additionele algemene informatie over wat zelfregulering volgens de commissie in de context van het burgerlijk procesrecht precies betekent, vinden wij nog in par. 6.4 van het Eindrapport over de mogelijke invoering van 'pre-action protocols' naar Engels voorbeeld.⁸⁶ Nadat aldaar de wenselijkheid van preprocesuele protocollen is verdedigd, wordt de belangrijke (algemene) vraag opgeworpen *wie* vervolgens dergelijke protocollen tot stand zou moeten brengen.⁸⁷ Het antwoord van de commissie luidt dat dat zou moeten gebeuren door 'de partijen in de maatschappij die bij het desbetreffende soort zaken betrokken zijn', kortom de 'repeat players' zoals verzekeraars. Maar ook wijst de commissie naar degenen die daarbij 'het meeste baat hebben' als mogelijke initiatiefnemers.⁸⁸ Het

82 In de literatuur zijn diverse andere manieren voorgesteld om (de oorzaken van) 'incidentele rechtsvorming' aan te pakken, zie Asser/Groen/Vranken 2003, p. 254; Vranken/Giesen 2003, en van nadien bijvoorbeeld Giesen/Schelhaas 2006, p. 159-172, met verdere verwijzingen.

83 Volgens mijn telling wordt in de inhoudelijke hoofdstukken (1 t/m 10) op 15 plekken in Asser/Groen/Vranken 2006 geschreven over, gewezen op of gememoreerd aan een vorm van zelfregulering, en is dit (meer of minder expliciet) terug te vinden in 9 aanbevelingen.

84 Asser/Groen/Vranken 2006, p. 40-41.

85 Asser/Groen/Vranken 2006, p. 174.

86 Zie daarover bijvoorbeeld nog Tzankova/Weterings 2003, vooral p. 9 e.v.

87 Zie hiervoor en tevens voor het navolgende: Asser/Groen/Vranken 2006, p. 67-69.

88 Leidraden, protocollen, reglementen, etc., hebben mede als achtergrond het kunnen behalen van schaalvoordelen en dus zal de vraag *wanneer* zelfregulering een optie is, mede afhangen van de frequentie waarmee de nieuw te vormen norm nodig is (en dus hoeveel schaalvoordeel haalbaar is).

opstellen van protocollen, leidraden, etc., hoeft dus niet (maar dat kan en mag blijkbaar wel) in alle gevallen te gebeuren door, of onder eindverantwoordelijkheid van, de rechterlijke macht. De Raad voor de Rechtspraak wordt echter wel voorzichtig een initiërende en coördinerende rol toebedeeld, hoewel ook een nieuw op te richten ‘gemengde commissie’ (bestaande uit rechters en advocaten; ‘repeat players’ derhalve) gesuggereerd wordt.⁸⁹

Welke variant hier ook gekozen wordt, het ontwerpen en vervolgens gebruiken van dergelijke regels, of die nu kwalificeren als rechtersregelingen of niet, zal steeds rechtsvormend zijn. Daarin schuilt ook het belang van dit Eindrapport. Het gaat daarbij ook niet om rechtsvorming in de meest traditionele zin van het woord, en dat zal ten minste de vraag doen rijzen: kan dat allemaal zo maar?

4.5.3. Tegenwerpingen

Na de verschijning van het Eindrapport heeft de ADVIESCOMMISSIE VOOR HET BURGERLIJK PROCESRECHT zich kritisch uitgelaten over (het gebruik van) zelfregulering. Het gevaar van ‘geschillen binnen het geschil’ dat kan optreden bij regels die procesgedrag voorschrijven en sanctioneren, wordt hierbij naar voren gebracht. Verder waarschuwt deze adviescommissie voor een (te) snelle verbreiding van regels en voor moeilijkheden bij de handhaving van regels met een ambivalente status (zoals protocollen). Zij vreest een overdaad aan regelgeving als alle suggesties voor zelfregulering uit het Eindrapport opgevolgd worden, en daaraan gekoppeld vreest zij een tekort aan handhaving. Een en ander zal de praktijk vervolgens eerder belemmeren dan stimuleren.⁹⁰

Dat alternatieve regelgeving niet tot *minder* regels zal leiden, is al eerder geconstateerd en in die zin is de hier verwoorde kritiek op zichzelf terecht.⁹¹ Echter, de regeltoepasser zal in al die gevallen waarin een juridisch probleem aangedragen wordt dat in de (lagere) wetgeving (nog) niet uitgewerkt is, op grond van een bepaalde (in zo’n geval nieuw te bedenken) norm, ongeacht de afkomst ervan, moeten handelen. Tenzij we natuurlijk de totale willekeur willen laten regeren. En als dat is, wat er werkelijk gebeurt, dan doet het er eigenlijk niet meer toe of die nieuwe regel nu door middel van zelfregulering of via ‘officiële’ wetgeving tot stand is gekomen. Mijn punt is hier dus dat er sowieso een

89 Ik pleitte eerder al, met Schelhaas, voor de instelling van een POR, een Periodiek Overleg van Rechtsvormers, zie Giesen/Schelhaas 2006, p. 159 e.v.; ik zie ruimte voor dat POR om (ook) zelfregulerende initiatieven te ontplooien, zie par. 4.6. Men kan in dit verband echter ook denken aan de Commissie tot begeleiding van implementatie van wetgeving in rechtspraak. Dat idee is geopperd door de Commissie verbetervoorstellen civiel in 2004 <http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/665FB0A4-086E-4CA8-A72C-E6A6997F1CB1/0/cvc.pdf>

90 Adviescommissie Bpr 2006, p. 69. Overigens, waarom normen die via zelfregulering ontwikkeld zijn, een ‘ambivalente status’ hebben, wordt niet nader toegelicht.

91 Zie bijv. Giesen/Vranken 2004, p. 223. Vgl. ook Cafaggi 2006, p. 7, en Cane 1987, p. 331, die dit hieraan wijdt dat zelfregulerende organen geneigd zullen zijn veel te reguleren om mogelijke kritiek voor te zijn, zodat ze dereguleringsmaatregelen niet overwegen. Overigens leidt deregulering (minder centralistische regelgeving) ook niet altijd tot minder regels, zie Edgeworth 2003, p. 153 en p. 155.

regel of norm ‘gevonden’ of ‘ontdekt’ en vervolgens toegepast moet worden, zodat een eventueel daaruit voortvloeiende overmaat aan regels of normen niet ‘toe te rekenen’ is aan het concept van zelfregulering. Daaruit volgt tevens dat eventuele geschillen over de toepassing van die alternatieve regelgeving, zich niet meer of minder zullen voerden afhankelijk van de vraag of de herkomst van die regels wetgeving of rechtspraak, dan wel zelfregulering is.⁹²

Blijft staan de voornoemde vrees voor een handhavingstekort. Ik werp te dien aanzien de vraag op of dat typisch een zelfreguleringsprobleem is; ik betwijfel dat ten zeerste. Kan en zal ‘officiële’ wetgeving wel 100% handhaafbaar zijn en 100% gehandhaafd worden? Bovendien, als via zelfregulering afspraken gemaakt kunnen worden omtrent de inhoud van de toe te passen normen, dan moet en zal men ook in staat zijn afspraken te maken over de naleving daarvan. In dat licht bezien, is wellicht eerder een afdoende mate van handhaving te verwachten als de betrokken partijen zelf tot normstelling komen. En inderdaad is dat vaak de veronderstelling en een leidende gedachte achter alternatieve regelgeving.⁹³

Is er dan toch geen kritiek mogelijk op de door de commissie gekozen insteek om de rechtsvorming in het burgerlijk procesrecht meer via ‘bottom-up’ bijdragen vanuit maatschappelijke groeperingen en de rechterlijke macht te laten verlopen? Natuurlijk wel, maar mijn insteek daarbij is veeleer dat de commissie nog meer had kunnen doen en bereiken op dit vlak. Afgezien van de theoretisch onderbouwing van de mogelijkheden van protocollen en dergelijke in het Interimrapport, alsmede de gedeeltelijke conceptualisering daarvan op twee plaatsen in het Eindrapport (hiervoor besproken), wordt er eigenlijk geen verdere uitwerking geboden van de werkwijze, methode, betrokken partijen, inhoud, omvang en rechtsgevolgen van het gebruik van zelfregulering. De reden om dat niet te doen, was voor de commissie wellicht daarin gelegen dat het concept van alternatieve regelgeving naar zijn aard nu eenmaal meer ‘bottom-up’ dan ‘top-down’ is, maar men laat zo de praktijk – de rechtshulpverleners, de rechters en ook de wetgever – gissen naar wat dan verder de bedoeling (en taakstelling voor betrokkenen) is elke keer als men verwijst naar zelfregulering voor de aanpak van een probleem. Mijns inziens heeft men daarmee een kans om de (wijze van) rechtsvorming nader in te kleuren, verloren laten gaan.

Een voorbeeld. Waar het gaat om de bestaande mogelijkheden van tussentijds appèl (de commissie is daar geen voorstander van), zou het wenselijk zijn dat de partijen, respectievelijk de rechter, in eerste aanleg in elk geval tijdig verlof voor zo’n tussentijds appèl vragen, respectievelijk (eventueel) verlenen. De wijze waarop de regeling (voor aanvraag en verlening) van een dergelijk verlof dan verder in het vat gegoten wordt, is volgens de commissie typisch iets dat zich leent voor regeling bij wege van een leidraad of ‘practice direction’. Ik ben dat op zichzelf graag met hen eens, maar zou hier niet enige nadere duiding gepast hebben? Nemen de procespartijen hier het voortouw, en zo ja, wie bedoelen we (althans de commissie) daar dan mee? Is dat de NOvA? Ongetwijfeld, maar waar-

92 Ik voeg aan het voorgaande nog toe dat niets er op wijst dat de al bestaande vormen van alternatieve regelgeving, zoals bijvoorbeeld het Landelijke rolreglement, niet zouden functioneren.

93 Nader over deze en andere aspecten van naleving en handhaving par. 5.

om is dat dan niet geëxpliciteerd? Of heeft de rechterlijke macht hier de leiding? En is dat dan het overleg van de 19 presidenten van de rechtbanken of hebben we het dan over de Raad voor de Rechtspraak?

Het gaat mij bij dit voorbeeld niet om het spreekwoordelijke zoeken van spijkers op laag water, want dezelfde vragen spelen bij veel, zo niet alle, momenten waarop zelfregulering zou kunnen opkomen als reguleringsmodel. Specifiek in het burgerlijk procesrecht hebben we vaak te maken met dezelfde (zeldzame) organisaties die een gerechtvaardigde claim van representativiteit kunnen doen gelden. Omdat zulks nu eenmaal de situatie is, zou het dan niet beter zijn geweest om in algemene zin hieraan op zijn minst enige additionele opmerkingen te wijden? Dan had bijvoorbeeld in algemene zin over representativiteit, de methode en over een werkverdeling (wie neemt wanneer het initiatief?) kunnen worden gesproken. Die aanpak zou in elk geval dit voordeel hebben gehad dat niet iedere keer, bij elke afzonderlijke aanbeveling opnieuw begonnen zou hoeven worden.

Wat echter nog belangrijker is, is dit. Bij een dergelijke aanpak zou de vrijblijvendheid die mijns inziens op dit moment nog schuilt in de voorstellen van de commissie om zelfreguleringstechnieken toe te passen, afwezig, althans minder pregnant aanwezig, zijn geweest. De maatschappelijke actoren die hier het voortouw zouden moeten nemen, worden nu niet direct aangesproken, zij hoeven zich dus ook niet aangesproken te voelen, en zij kunnen de oproep tot zelfregulering dus vriendelijk maar vooral ook zonder enige verantwoording naast zich neerleggen en tot de orde van de dag (hier: wachten op de wetgever of een arrest van de Hoge Raad) overgaan.⁹⁴ Kortom, de commissie heeft hier naar mijn mening te veel opengelaten.

Deze gang van zaken is ook jammer omdat het burgerlijk procesrecht zodanig met het publieke belang verweven is dat het best denkbaar zou zijn dat velen zouden menen dat eigenlijk een publiekrechtelijk orgaan ingesteld zou moeten worden om bij het gebruik van zelfregulering als verantwoordelijke te functioneren.⁹⁵ De commissie gaat daar echter niet op in, doch laat enkel terloops vallen dat een nieuw op te richten 'gemengde commissie' hier wellicht een rol kan spelen. Maar is dat dan een organisatie op publiekrechtelijke grondslag? En is die dan bedoeld als een permanente organisatie of slechts als een incidenteel overlegorgaan? Zo zijn er vragen te over bij het verder propageren van zelfregulering in het burgerlijk procesrecht.⁹⁶

4.5.4. *Procesrechtelijke rechtsvorming via alternatieve regelgeving*

Onafhankelijk van het (naar mijn mening behartigenswaardige) pleidooi van het processuele driemanschap zijn er natuurlijk nu ook al diverse vormen van

94 Uiteraard kan een oproep tot alternatieve regelgeving altijd genegeerd worden (men moet het nu eenmaal wel ook zelf willen) maar als zo een oproep gedaan wordt door een buitenstaander, moet die oproep wel zo ingekleed zijn dat op zijn minst de noodzaak gevoeld wordt om een reactie, al is die dan afwijzend, te geven. Dan is men ten minste in discussie met elkaar. Ter vergelijking wijs ik er nog op dat de totstandkoming van de Gedragscode Behandeling Letselschade mede is gestimuleerd doordat de minister van Justitie de druk op de ketel hield door mee te kijken, vgl. Barendrecht/Van Zeeland 2007.

95 Bijvoorbeeld om op het vlak van de democratische legitimatie wellicht meer 'vaste' grond te bieden aan zelfreguleringsinitiatieven. Wat mij betreft zou dat overigens niet nodig zijn, mijn vertrouwen in rechtersregelingen is voldoende groot, maar ik kan mij voorstellen dat anderen die discussie wel zouden willen voeren.

96 Ik begrijp uiteraard best dat niet al die vragen een antwoord konden krijgen in het Eindrapport (ik kan zelf immers ook niet al deze vragen bespreken). Zo speelde bij de totstandkoming van de Gedragscode Behandeling Letselschade een belangrijke rol dat de verzekeraars wel mee wilden doen, terwijl andere 'repeat players' (de LSA bijvoorbeeld) dat niet wilden. Dergelijke per individueel dossier spelende problemen kunnen niet vooraf in één keer opgelost worden. Echter, andere veel voorkomende kwesties hadden wel enigszins nader ingekleurd kunnen worden.

alternatieve regelgeving (vooral de rechtersregelingen) in gebruik. Deze zijn ook zeker van invloed op de rechtsvorming in het procesrecht.

De rechterlijke samenwerking die tot het landelijke rolreglement voor de rechtbanken heeft geleid, heeft al sterk rechtsvormend gewerkt. Immers, nu er een landelijk rolbeleid is, is het niet langer nodig om per arrondissement met aparte procureurs (die de plaatselijke gebruiken kennen) te werken. Advocaten kunnen nu landelijk opereren en er kan een landelijk tableau komen. De procureur die enkel in een arrondissement de proceshandelingen mag verrichten, wordt dan ook afgeschaft.⁹⁷

Die invloed verloopt in wezen op een vergelijkbare wijze als besproken in het voorgaande (par. 4.4). Vooral door en bij het toepassen of gebruiken van een (bepaling uit een) rechtersregeling in een rechterlijke uitspraak, stuurt deze norm de rechtsvorming. Denk hierbij opnieuw aan de invulling van open (processuele) normen, zoals de goede procesorde, of eventueel het gebruik van een rechtersregeling bij de uitleg van een onduidelijke regel. Net als bij de medische protocollen geldt ook hier bovendien dat binding en rechtsvorming parallel lopen. Deze rechtsvormende effecten kunnen dan vervolgens nog versterkt worden als de gewezen uitspraak precedentwerking krijgt.

4.5.5. *Het principe: specifieke geschillen en rechtsvorming*

Echter, ook los van dit algemene plaatje is het nodige op te merken over alternatieve regelgeving, rechtsvorming en procesrecht. Zo is bijvoorbeeld het ontwikkelen van een rechtersregeling geen dagelijkse kost voor de rechter.⁹⁸ Wij kennen wel de rechter als ‘wetgever-plaatsvervanger’, maar dan gaat het om de Hoge Raad die binnen een bepaald geschil tot rechtsvorming komt. Hier gaat het daarentegen om het ontwerpen en introduceren van algemene regels, los van enig concreet geschil. De vraag ligt voor de hand: mag de rechter buiten het kader van de specifieke geschilbeslechting rechtsvormend optreden?

TEUBEN stelt deze vraag uiteraard ook in haar proefschrift en zij beantwoordt deze in eerste instantie aldus dat dat afhangt van de eventuele binding van de rechter aan de betreffende rechtersregeling. Als die regeling inderdaad bindend kan zijn, dan kan er op het vlak van de rechtsvorming een probleem rijzen omdat de rechter dan buiten zijn rechtsprekende taak om het recht vormt of zou kunnen vormen (via zo’n bindende rechtersregeling). Is er geen binding, dan is er ook geen probleem omdat de rechter dan altijd binnen een geschil wel of niet toepassing geeft aan een rechtersregeling zodat de eventuele rechtsvorming ook dan alleen binnen het geschil plaatsvindt.⁹⁹

Als men echter, zoals ik hiervoor, wél uitgaat van de bindende kracht van een rechtersregeling, dan rijst er derhalve een probleem: de rechter treedt buiten zijn bevoegdheid. Ik zie dat probleem, doch ik zie dat probleem evenzeer in die gevallen waarin een bepaalde rechtersregeling geen binding zou hebben en dus slechts in of door een individuele rechterlijke uitspraak als ‘recht’ zou worden bevestigd, zoals TEUBEN dat noemt.¹⁰⁰ Immers,

97 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 815.

98 Zie over dat proces bijvoorbeeld Uniken Venema 2001.

99 Teuben 2004, p. 52 en 53.

100 Teuben 2004, p. 52.

hiervoor is al gebleken dat ook die manier van handelen door een rechter binding aan de alternatieve regelgeving oplevert.

De rechter zal dus wat betreft zijn rechtsvormende positie 'buiten zijn boekje' gaan als hij meewerkt aan het vaststellen van een rechtersregeling, zo lijkt uit het voorgaande te volgen. Dat is bij nader inzien echter toch niet juist. Immers, waarin schuilt precies de bindende kracht die hier zo centraal staat? Die binding van de rechter kan zich als het gaat om rechtersregelingen, alleen openbaren in een specifieke uitspraak in een specifiek geschil. Daarbuiten is de vraag naar welke binding dan ook in wezen niet interessant, want daarbuiten is de rechter 'als rechter' eigenlijk een niet-bestaande grootheid; daar werkt hij niet, en bindt hij niets of niemand. Slechts *in de procedure* is er een rechter, slechts daar kan de vraag naar binding aan eerdere afspraken aan bod komen en slechts in die setting kan en zal de rechter zijn eventuele binding aan een regeling, *in een uitspraak*, (moeten) verpakken. Binding van de rechter, in abstracto, aan een rechtersregeling is in de kern dus geen vraagpunt, en waar het wel een vraagpunt wordt, in een specifiek geval, is die binding ingekapseld in de uitspraak zelf en is die binding dus herleidbaar tot de rechtsprekende functie van de rechter. Daarbij geldt vervolgens verder dat als de binding van de rechter aan diens rechtsprekende functie gekoppeld is, dat ook geldt voor de uit die binding voortvloeiende rechtsvorming. En rechtsvorming door de rechter in zijn rechtsprekende functie is inmiddels, in meer of minder mate, geaccepteerd.

Voor degenen die de rechtsvormende taak van de (hoogste) rechter *binnen* diens geschilbeslechtende functie als een beperkte zien, en het idee van de rechter als geschilbeslechter principieel als vertrekpunt nemen als het om rechtspraak gaat (zodat rechtsvorming slechts een bijproduct is), zal deze vraag slechts van een negatief antwoord voorzien kunnen worden. Daarmee is de kous voor hen af. Degene die de principiële vraag nog niet beantwoord heeft maar wel voor zichzelf een afweging of keuze ten principale wil maken, hetgeen hier nodig lijkt, stelt voorop dat als een rechter rechtsvormend optreedt door het gebruik van bijvoorbeeld rechtersregelingen, deze feitelijk een uitspraak doet die de individuele zaak overstijgt. Vervolgens is dan de vraag of dat zou (moeten) mogen. In het licht van de huidige ontwikkelingen inzake de rechtsvormende taak van de rechter ben ik van mening dat dit inderdaad mogelijk zou moeten zijn.¹⁰¹

Naar mijn mening is het onjuist te denken dat rechtsvorming slechts bijproduct is (of zou moeten zijn) van rechtspraak door de Hoge Raad.¹⁰² Mijns inziens is dit juist de belangrijkste taak die hij uitoefent. De juridische werkelijkheid laat dit ook al decennia lang zo zien. De Hoge Raad wordt in het veld vooral als rechtsvormend orgaan gezien. Dat is ook logisch omdat de concrete oplossingen van de specifieke geschillen die hem voorgelegd worden, steeds slechts de procederende partijen betreffen, terwijl het rechtsvormende deel van elk arrest duizenden toekomstige procespartijen, hun advocaten, hun rechters en de betrokken wetenschappers raken. Als nu in de praktijk de waarde van een uitspraak het specifieke geschil overstijgt, waarom zouden wij dat dan op theoretisch vlak (blijven) ontkennen? Dit alles geldt niet alleen voor het civiele recht, maar de positie van de Hoge Raad als rechtsvormer valt voor dit rechtsgebied eenvoudigweg niet te ontkennen. Grote delen van het burgerlijk

101 Giesen 2001, p. 123, verwijzend naar Vranken 2000 en Martens 2000.

102 Zie bijv. Vranken/Giesen 2003; Giesen/Schelhaas 2006.

recht zijn voor en na de totstandkoming van het nieuwe BW door de rechter gevormd, geheel zelfstandig, ter invulling van open normen of omdat de wetgever zelf de bal in de hoek van de rechter gelegd had.

Een nadeel van deze insteek zou wel kunnen zijn dat de legitimatie van de rechtsvorming die normaal aanwezig is doordat er een procedure gevolgd wordt, de ‘Legitimation durch Verfahren’, ontbreekt bij rechtersregelingen.¹⁰³

In het licht van hetgeen ik hiervoor schreef over dat binding en rechtsvorming uiteindelijk toch steeds pas *na en via* een procedure ontstaan, is dat argument niet steekhoudend.

Naar mijn mening kan een eventueel gevoeld ‘tekort’ aan legitimering echter ondervangen worden. Daartoe volgen voorstellen in par. 4.6 en par. 6. Bovendien kunnen de nodige waarborgen worden gevonden in de motivering door de rechter als deze in een uitspraak de rechtersregeling benut. Deze zal immers zijn beslissing moeten motiveren met meer dan enkel een verwijzing naar de rechtersregeling als zodanig.¹⁰⁴

LOTH¹⁰⁵ ziet rechterlijke samenwerking ten hoogste als een aanvulling op de rechtsvorming door de rechtspraak (namelijk voor het geval de gebruikelijke methoden voor rechtseendheid niet afdoende zijn) en niet als een alternatief. De reden daarvoor is dat door het gebruik van rechterlijke afspraken zijns inziens het karakter van de argumentatie veranderen zal, waardoor feitelijke en politieke overwegingen aan betekenis winnen ten opzichte van normatieve en morele overwegingen, terwijl niet langer alle omstandigheden een rol kunnen spelen. Dit zou het vertrouwen in de rechter aantasten, om eerlijk te zijn zie ik niet in hoe politieke en normatieve overwegingen zo te scheiden zouden zijn, zodat ik ook die karakterwisseling niet direct helder voor ogen krijg. Dat geldt eens te meer als een rechter mag afwijken van de regeling in daartoe nopende gevallen, hetgeen toegestaan is. Verder meen ik dat als deze bezwaren daadwerkelijk zo gevoeld zouden worden, rechtersregelingen helemaal in de ban gedaan zouden moeten worden, en zelfs niet als aanvulling zouden mogen fungeren. helemaal consequent is LOTH dan ook niet, hetgeen mijns inziens begrijpelijk is gezien het praktische en principiële belang van dit soort regelingen (die in feite onmisbaar zijn geworden).

KÖHNE¹⁰⁶ identificeert diverse bezwaren tegen rechterlijke afspraken en tegen rechterlijke rechtsvorming via dat soort afspraken, welke terug te voeren zijn op de notie dat de rechter geen algemene regels mag (en kan) opstellen en het (al eerder genoemde en bestreden) idee dat de rechter alleen oordeelt (en mag oordelen) over een individueel geschil. Omdat die noties niet (langer) verenigbaar zijn met de manier waarop de (hoogste) rechter heden ten dage praktisch gezien functioneert (waarbij rechterlijke rechtsvorming en feitelijke precedentwerking (en dus algemene rechterlijke regels) worden erkend), zijn deze bezwaren mijns inziens niet (langer) houdbaar. Omdat hij voor procesrechtelijke regels wel toestaat (onder voorwaarden) dat er afspraken komen,¹⁰⁷ zijn de bezwaren uiteindelijk (blijkbaar) ook niet werkelijk principieel maar vooral praktisch. En praktische bezwaren zijn oplosbaar.

103 Zie Teuben 2004, p. 110 en p. 120.

104 Teuben 2004, p. 114.

105 Loth 2001, p. 115-118.

106 Köhne 2000, p. 140 e.v., en p. 105 e.v. voor het tweede bezwaar.

107 Köhne 2000, p. 157.

4.6. Nadelen en een mogelijke oplossing: de coalitie van samenwerkende rechtsvormers

4.6.1. *Introductie*

Nu geconstateerd is dat alternatieve regelgeving rechtsvormende werking heeft of kan hebben, is van belang de consequenties daarvan nader te doordenken. Eén van de gevolgen is dat alternatieve regelgeving als rechtsvormend element, zo bleek al, naast gewone rechtsvorming komt te staan, en dat derhalve de onderlinge interactie tussen de diverse rechtsvormers bepaald zal moeten worden. Ook dient er rekening mee gehouden te worden dat zelfregulerende rechtsvorming nadelige gevolgen zou kunnen hebben, en die nadelen dienen dan waar mogelijk ondervangen te worden. Laten we eerst deze nadelen onder ogen zien.

4.6.2. *Mogelijk nadelige kanten van rechtsvorming via alternatieve regelgeving*¹⁰⁸

Dat gedragsnormen die binnen een beroepsgroep afgesproken zijn, vervolgens door de rechter benut worden om te bepalen wat binnen die groep als zorgvuldig of onzorgvuldig gezien wordt, is op zich niet vreemd. Het biedt voordelen (zekerheid, aansluiting tussen norm en normadressaat, etc.), maar ook nadelen.

Zo is het gebruikelijk om te concluderen dat aansprakelijkheid gegeven is als een ‘groepsnorm’ (bijvoorbeeld een tuchtrechtelijk norm) geschonden is. Dat mechanisme bergt echter het gevaar in zich dat zodoende tevens de markt voor nieuwe toetreders belemmerd wordt. Mocht dat zo zijn, dan is ingrijpen gewenst, uiteraard.

Mede hierom is ook wezenlijk dat naleving van een ‘groepsnorm’ geen vrijwaring tegen aansprakelijkheid oplevert; men zou dan immers het risico lopen dat een ‘inefficiënte’ norm – te weten een tot te weinig zorgvuldigheid aanzetende norm – tot (minimum)standaard verheven wordt.¹⁰⁹ Invloed van alternatieve regelgeving op de aansprakelijkheid en daarmee op de rechtsvorming op dat vlak is derhalve niet zonder gevaren en dient dan ook genuanceerd benaderd te worden. Altijd zal bezien moeten worden waar de normen vandaan komen en wat hun (mogelijke) effecten zijn.

Ik wijs er daarbij op dat de huidige stand van zaken aangaande de vrijwaren-de invloed van het voldoen aan ‘groepsnormen’ in lijn is met hetgeen blijkens het voorgaande nodig is. Aan de ene kant *kan* de niet-naleving van bepaalde normen die als onderdeel van alternatieve regelgeving tot stand gekomen zijn, een onrechtmatige daad of wanprestatie opleveren van degene die de regel negeerde. Daarmee is aan de andere kant echter niet gezegd dat het in acht nemen

108 Met dank aan Michael Faure, Willem van Boom, Ton Hartlief en Katrijn Kliphuis voor nuttige wenken op dit vlak.

109 Chalmers 2006, p. 180, signaleert dit probleem, maar stelt ook dat dit verlagen van de norm niet het grootste probleem is, maar dat eerder problematisch is dat zodoende een enkelvoudig gevormd idee van wat bijv. productveiligheid met zich brengt, dominant is.

en dus het niet-overtreden van zo'n norm betekent dat er niet onrechtmatig gehandeld is of toerekenbaar tekortgeschoten is.¹¹⁰

Steeds zal los van een dergelijke norm bekeken moeten worden of er onrechtmatig gehandeld is, dan wel wanprestatie is gepleegd, zie ook par. 3.3. Zulks is in de rechtspraak erkend, zie de uitspraak van de Hoge Raad in het *Lozerhof*-arrest¹¹¹ waarin, eigenlijk als een obiter dictum, overwogen wordt (r.o. 3.4):

‘(...) In ’s hofs overwegingen ligt besloten zijn – juiste – oordeel dat de omstandigheid dat geen enkel bouwvoorschrift noch enige Arbo-richtlijn of NEN-norm zich verzet tegen het bewerkstelligen en handhaven van de situatie zoals deze zich in het verpleeghuis voordeed en dat deze situatie ter plaatse alledaags is, niet eraan afdoet dat de situatie in de gang van het verpleeghuis voor de toepassing van art. 7:658 BW als gevaarlijk kan worden aangemerkt.’

Een soortgelijke overweging stond ook al in het *Scrabble*-arrest¹¹² waarin geoordeeld werd dat voor de vraag of er onzorgvuldig gehandeld werd, het feit dat die handeling ‘in de betrokken tak van nijverheid als niet gebruikelijk en niet oorbaar wordt beschouwd’, niet op zichzelf beslissend is.

Echter, vaak is het zo dat dit soort normen juist wel richtinggevend zijn. Uiteraard kan en zal daarbij direct gedacht worden aan de omgang in de civiele rechtspraak met uitspraken van tuchtrechters. De civiele rechter kan betekenis toekennen aan het oordeel van de tuchtrechter over het gewraakte handelen. Maar, schending van een gedragsregel betekent niet automatisch dat de handeling onrechtmatig was, terwijl het feit dat er geen gedragsregel geschonden werd, niet wil zeggen dat er niet toch onrechtmatig gehandeld kan zijn.¹¹³

In de sfeer van de medische aansprakelijkheid is, zo zagen we reeds, in gelijke zin beslist. Enerzijds moet een afwijking van het protocol door een arts kunnen worden beargumenteerd, maar anderzijds betekent het volgen van het protocol niet zonder meer dat de arts juist heeft gehandeld.¹¹⁴ Ik wijs in dit verband nog speciaal op het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2002 waaruit blijkt dat afwijken van het oordeel van de tuchtrechter door de civiele rechter op zich mogelijk is, maar wel een stevige motivering vergt.¹¹⁵ Ook vermeld ik nog dat soms specifieke werkinstructies en praktijkmappen ‘normstellend’ zijn.¹¹⁶

Regels uit een gedragscode, en andere vormen van alternatieve regelgeving, vormen daarmee binnen het kader van de regels van de onrechtmatige daad slechts een ‘aanwijzing’ voor de rechter (en geen dwingend kader) over hoe deze de open norm kan interpreteren. De invulling van de open norm van art.

110 Vgl. in algemene zin Chalmers 2006, p. 180, en (voor Zwitsers recht) Rüetschi 2003, p. 240-241.

111 Zie HR 5 november 2004, *NJ* 2005, 215 (*De Lozerhof/Van Duyvenbode-Langen*).

112 HR 8 januari 1960, *NJ* 1960, 415 (m.nt. H.B.; *Scrabble*).

113 Zie bijv. HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537 (m.nt. WMK; *Portielje/Y.*); HR 13 oktober 2006, *RvdW* 2006, 942 (*Deloitte & Touche/Vie d'Or*), r.o. 5.4.3, en *RvdW* 2006, 943 (*Hewitt Associates/Vie d'Or*), r.o. 4.4.3, en Koolmees 2005, p. 461.

114 Zie HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377 (*X./ZAO*), verwijzend naar het ook al besproken (zie par. 3.3) arrest HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (*MC Leuwarden/In 't Hout*).

115 Zie HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151 (A./B.).

116 Zie Hof Leeuwarden 17 mei 2006, *JA* 2006, 96 (*X./Dierenartsenpraktijk Lemsterland*) waarbij de werkinstructie voorrang kreeg boven de bijsluiter van een dierenmedicijn. Daarbij speelde een wezenlijke rol dat er sprake was van een verplichte landelijke inenting van herkauwers.

6:162 BW wordt zo gefaciliteerd, niet gepredestineerd.¹¹⁷ Kortom, naleving van een groepsregel staat niet gelijk aan een vrijwaring tegen aansprakelijkheid en vooralsnog functioneren ‘groepsnormen’ dan ook niet als minimumnormen. Gezien het voorgaande is het ook wezenlijk dat dat niet veranderen zal; de rechtspraak dient deze lijn vast te houden.

Opmerking verdient hierbij dat binnen het hinder-leerstuk de hieraan verwante gedachte dat de naleving van een door de overheid verleende vergunning op zich geen vrijwaring biedt tegen aansprakelijkheid ten opzichte van een derde, terrein aan het verliezen lijkt te zijn. In het arrest *Ludlage/Van Paradijs* uit 2005 overwoog de Hoge Raad immers:

‘Daarbij heeft te gelden dat de vergunninghouder er in het algemeen op mag vertrouwen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op juiste wijze zijn afgewogen, en dat hij gerechtigd is van die vergunning gebruik te maken’.

En verderop beslist de Hoge Raad:

‘dat (...) het bestemmingsplan, afhankelijk van de gedetailleerdheid ervan en van de omvang van het onderzoek dat eraan ten grondslag ligt (...), meer of minder sterke aanwijzingen kan bevatten dat, voorzover het gaat om de elementen die in het bestemmingsplan regeling hebben gevonden, het gebruik maken van de toegestane bouwmogelijkheden naar maatschappelijke opvattingen niet als onrechtmatige hinder is te beschouwen.’¹¹⁸

Daarmee neigen, ik druk mij voorzichtig uit, de in een vergunning vastgestelde normen dus te verworden tot minimumnormen voor de in acht te nemen zorgvuldigheid.

Een ander mogelijk (in wezen tegengesteld) effect zou nog kunnen zijn dat als groepsnormen rechtsvormend blijken te werken en de aansprakelijkheid mede blijken te bepalen, de branche er dan voor zou kunnen kiezen om maar geen verdere alternatieve regelgeving meer te entameren. In de medische wereld is er bijvoorbeeld over gesproken om niet langer protocollen te ontwikkelen vanwege de mogelijke juridische effecten ervan.¹¹⁹ Dat dit soort ‘defensive medical lawyering’ wat mij betreft geen vaste voet aan de grond zou moeten krijgen, hangt samen met mijn meer algemene oordeel over dit vaak terugkerende, maar vrijwel nooit empirisch onderbouwde ‘defensief handelen’-argument (want daar komt deze ontwikkeling in de kern op neer).¹²⁰ Ik denk ook dat de medische wereld zichzelf geen plezier zou doen door geen protocollen meer te ontwikkelen en te gebruiken. Niet alleen verliest men dan de eigen (medische) houvast ten aanzien van wat juist of zorgvuldig medisch handelen is, maar dat houvast gaat dan ook (en nog meer) verloren voor de juristen die de ingediende claims moeten beoordelen. Gevolg daarvan zal dan zijn dat er meer en vaker

117 Zo reeds Schut 1972, p. 363. Zie ook Rüetschi 2003, p. 240.

118 Zie HR 21 oktober 2005, *NJ* 2006, 418 (m.nt. CJHB; *Ludlage/Van Paradijs*), r.o. 3.5.1 en 3.5.5. In de woorden van annotator Brunner: ‘De afweging door de overheid van de bij de bouw betrokken belangen vrijwaart de bouwer in beginsel tegen het verwijt, dat het gebouwde onrechtmatige hinder voor de buurman oplevert.’

119 Vgl. De Groot 2006, p. 109.

120 Zie Giesen 2005, p. 156-157 en p. 218.

geprocedeerd moet worden omdat de partijen er onderling niet uit komen. En dat berokkent de beroepsgroep uiteindelijk, zo is mijn vaste overtuiging, nog meer schade.¹²¹

4.6.3. *Alternatieve regelgeving als rechtsvorming: interactie met andere rechtsvormers*

Hiervoor werd al gesteld dat alternatieve regelgeving als rechtsvormend element naast de traditionele, gewone rechtsvorming is komen te staan. Derhalve dient de onderlinge interactie op rechtsvormend niveau tussen de diverse rechtsvormers nader bepaald te worden. Dat kan lastig zijn, maar aan de andere kant moet gezegd dat een soortgelijke, in de kern dezelfde vraag al enige tijd bestudeerd wordt. Er wordt immers al langer nagedacht over de afstemming van de rechtsvorming door de wetgever en de rechtsvorming door de rechter. Dat bijvoorbeeld samenwerking tussen die traditionele rechtsvormende machten nodig is, wordt inmiddels in vrij bredere kring erkend.¹²² Uiteraard vindt er ook al samenwerking plaats.¹²³

Ik kies ervoor om dit debat hier niet helemaal opnieuw te voeren, maar om slechts mijn eigen positie uiteen te zetten. Die is eenvoudig als volgt. Ik heb eerder, met SCHELHAAS, het Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR) voorgesteld als de manier om samenwerking tussen de wetgever en de rechter (beter) te faciliteren.¹²⁴ Bij dat initiatief kan hier naar mijn mening aangesloten worden door ook de maatschappelijke groeperingen die alternatieve regelgeving verzorgen, daarin een vaste plek te geven.¹²⁵ Hoe dat POR dan verder op praktisch niveau gestalte zou kunnen krijgen, werk ik hier niet nader uit. Ik verwijs naar de eerdere bijdrage waarin de contouren van het POR reeds geschetst zijn.¹²⁶

121 Het nadeel van overregulering weegt hier dus niet op tegen het inhoudelijke voordeel (kenbaarheid en zekerheid, tijdwinst), zoals ik eerder al in breder verband constateerde, zie Giesen/Vranken 2004, p. 229.

122 Recent Snijders 2007, p. 15, en Davids 2006 (via de band van communicatie tussen de rechtsvormers). Zie ook Polak 2000, p. 719. Vgl. verder nog de diverse bijdragen over de terugkoppeling tussen rechtspraak en wetgever, ook een bescheiden vorm van samenwerking, in het recente themanummer van *RegelMaat* (2006/6).

123 Er bestaan diverse commissies waarin rechters en wetgevers overleg voeren over delen van het recht of suggesties voor veranderingen doen (Commissie Verbetervoorstellen), en de Raad voor de Rechtspraak heeft ook een adviestaak, vgl. Bauw 2006, p. 203 e.v.

124 Giesen/Schelhaas 2006, met een eerste aanzet in Giesen 2005a. In gelijke richting ook al Barendrecht 2000, p. 698; Barendrecht 2005, p. 342 (maar dan voor het denkbeeldige geval dat de Hoge Raad zou zijn afgeschaft, een groep van experts komt dan in de plaats van de Hoge Raad), en Frielink 2002, p. 539-540, in reactie op Giesen 2002. Voor zover de naamgeving een probleem zou opleveren, wees gerust, ik ruil de naam POR graag in voor een betere...

125 Oorspronkelijk rekende ik de rechtspraktijk (toen: de advocatuur) niet tot de volwaardige deelnemers, zie Giesen/Schelhaas 2006, p. 169. Daar kom ik nu graag op terug. Men kan overigens ook een voorzichtiger tussenstap zetten, en eerst een Raad voor de Alternatieve Regelgeving instellen, analoog aan de Raad voor de Rechtspraak en de vroeger wel voorgestelde Raad voor de wetgeving (Polak 1979, p. 122 e.v.). Vervolgens zou men deze Raden in groter verband, wat mij betreft het POR, kunnen laten samenwerken om de rechtsvorming in juiste banen te leiden.

126 Giesen/Schelhaas 2006, m.n. p. 168-171.

Dat aansluiting bij de traditionele rechtsvormers op deze wijze mogelijk is, hangt (mede) hiermee samen dat de daardoor bedreigde trias politica vooral gezien moet worden als een zoektocht naar de balans tussen de onderscheiden machten en niet zozeer als een scheiding van machten.¹²⁷ Gegeven dat startpunt is het vervolgens mogelijk om die balans niet te (laten) bepalen door scherpe grenzen te trekken tussen de diverse machten, maar door juist de samenwerking tussen de machten te stimuleren. Er is daartoe ook voldoende inspiratie te vinden bij de beleidsmakers en de doctrine.

Immers, als het zo is, zoals de Minister van Justitie in november 2006 liet weten, dat het 'grootste deel van het maatschappelijke leven berust op samenwerking die niet in de wet of in een contract geregeld is, maar uitgaat van gewoonte en onderling vertrouwen',¹²⁸ dan is het mijns inziens niet meer dan logisch om ook bij de rechtsvorming daarbij aan te haken, door ook op dat vlak in te zetten op samenwerking en rechtsvorming door maatschappelijke groeperingen.

Deze gedachtegang past ook bij de visie dat onze samenleving een netwerksamenleving is geworden waarin de overheid één van de spelers binnen het netwerk is.¹²⁹ Het probleem dat daarmee opkomt, is dat er dan geen kaders meer zijn zodat iedereen een beetje verantwoordelijk wordt. De oplossing ligt erin meer nadruk te leggen op horizontale relaties in plaats van op verticale relaties ('horizontalisering' dus), terwijl de overheid de kaders stelt.¹³⁰

Door VRANKEN wordt samenwerking gepropageerd door bijvoorbeeld te wijzen op het nuttig gebruik dat gemaakt kan worden van adviezen en jaarverslagen. TJEENK WILLINK aanhalend, wordt dan gesteld dat wetgeving niet langer de klassieke centrale rol kan vervullen maar slechts één van de spelers in het spel is. Van belang is niet dat de wetgever meedoet, van belang is diens aandeel daarbij.¹³¹ Iets algemener gesteld: de overheid speelt nog steeds een rol als het om alternatieve regelgeving gaat, al is het maar als dreiging op de achtergrond (regulering in de schaduw van overheidsingrijpen).¹³²

Uitvoeriger over de positie van de overheid zijn BARENDRECHT en VAN ZEELAND die de (door hun positief gewaarde) rol van de overheid bij zelfregulering omschrijven als 'neutrale betrokkenheid op afstand' (ofwel dreiging van overheidsingrijpen), 'faciliterend optreden', en het 'scheppen van kaders'. Van die betrokkenheid gaat een krachtig signaal uit en dat werkt motiverend.¹³³

POLAK pleit er al jaren voor om de banden tussen de (traditionele) rechtsvormers aan te halen, via wat hij noemt, terugkoppeling. De rechter zou moeten aangeven welke leemtes

127 Zie Groenhuijsen 2004, p. 169, met verdere verwijzingen, en Gommer 2007, p. 24. Voor Gommer staat niet langer de trias van staatsmachten, maar de burger centraal. Hij noemt dat de machtencirkel (p. 27). Ook Scheltema 2005 grijpt de trias fundamenteel bij de keel. Deze past niet meer in de huidige tijd (van internationalisering).

128 Zie de voortgangsrapportage van het programma Bruikbare Rechtsorde uit 2006, *Kamerstukken II* 2006/07, 29 279, nr. 41, p. 2. Vgl. bijv. ook de Justitiebegroting, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 2, p. 15 (meer ruimte voor nieuwe vormen van samenwerking en uitwerking van regels door betrokkenen in bijv. het burgerlijk procesrecht, insolventierecht en ondernemingsrecht).

129 RMO 2002, p. 22 en p. 28-29.

130 RMO 2002, p. 31-32 en p. 34-35.

131 Asser-Vranken 2005, nr. 77 en nr. 92; Giesen/Vranken 2004, p. 225. Over het benutten van jaarverslagen ook Van Kreveld 2006, p. 190 en 196.

132 Giesen/Vranken 2004, p. 224. Vgl. ook Weterings 2004, p. 139-142; Scott 2006, p. 136.

133 Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 7-8.

hij ziet zodat de wetgever op kan treden.¹³⁴ In deze richting gaat ook STRUYCKEN die de verantwoordelijkheid voor de rechtsvorming bij alle actoren in het recht legt (en daarbij bijvoorbeeld ook voor de NJV een actievere taak ziet weggelegd¹³⁵). Uiteindelijk zou via een dialoog tussen alle relevante partijen, de 'stakeholders', tot betere wetgeving (want bij de (actieve) wetgever ligt voor hem uitdrukkelijk het primaat) gekomen moeten worden, voortbouwend op hetgeen de rechtspraktijk aandraagt.¹³⁶

Ook RIJPKEMA¹³⁷ wil de rechtsvorming door wetgever en rechter op elkaar afstemmen. Vervolgens wordt echter vooral de verhouding tussen beide machten nader ingevuld en ingekleurd en wordt afgekaart wie wat op welk moment mag of kan. Echte samenwerking (samen het recht vormen) levert dat niet op, getuige ook de conclusie dat voor zover de rechter een rechtsvormende taak heeft, dit een taak is die naast of in nevenschikking aan de wetgever dient te worden uitgeoefend, en dat rechterlijke rechtsvorming binnen de grenzen van het geschil plaatsvindt. Samenwerking wordt hier dus uiteindelijk elkaar controleren en corrigeren.¹³⁸

Dezelfde samenwerkingsgedachte wordt ook nog verwoord door LINDAHL. Belangengroepen gaan samenwerken met de wetgever en de rechter, omdat ze samen deel uitmaken van één (en hetzelfde) proces van rechtsvorming.¹³⁹ Bovendien, samenwerking tussen private groeperingen en de wetgever vindt toch al plaats. Die samenwerking is dan weliswaar vrijwillig, maar daarmee niet vrijblijvend want deze leidt wel tot contractuele afspraken.¹⁴⁰ Door de diverse rechtsvormers in het POR bijeen te brengen, kan mijns inziens veel winst geboekt worden en kan bereikt worden dat het mogelijke verlies aan rechtsvormend vermogen als gevolg van de opkomst van alternatieve regelgeving (zie par. 4.1), tot een minimum beperkt kan blijven.¹⁴¹

134 Polak 1985, p. 736-737. Vgl. ook recente themanummer van *RegelMaat* (2006/6).

135 Vgl. ook al Giesen/Schelhaas 2006, p. 170, in relatie tot het POR.

136 Zie Struycken 2007, p. 768-769 en p. 772-773. Voor Snijders 2005, m.n. p. 82, is die rechtspraktijk zelfs leidend, en hij geeft daaraan via de bekende *Quint-Te Poel*-formule (HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548) een plek.

137 Rijkema 2001, p. 18 en p. 181 e.v.

138 Rijkema 2001, p. 218-219.

139 Lindahl 2005, p. 1892.

140 Zie Glasbergen 1999, p. 10.

141 Vgl. ook mijn eerdere suggestie (Giesen 2004, p. 161) om rechtsvorming door een 'commissie van wijziging' te laten geschieden (waar het om normering van schadevergoeding ging). Het POR kan die taak op zich nemen en dan gelijk, mocht dat nodig zijn (vgl. Giesen/Vranken 2004, p. 228-229) toezicht houden op het proces van alternatieve regelgeving.

5. Niet-naleving en handhaving van alternatieve regelgeving

5.1. Inleiding

Eén van de conclusies uit het voorgaande zou kunnen zijn dat alternatieve regelgeving niet alleen van doen heeft met (de effecten van) van regulering als zodanig,¹ maar ook met de verhouding tussen wetgever, rechter en maatschappij, en dus ook met grote concepten als democratie en legaliteit, etc.² Daarmee is het onderwerp al bijna alomvattend, maar ook dan zijn we nog steeds niet helemaal rond.

Iets meer ‘aan de grond’ rijst de vraag welke andere mogelijke ‘rechtsgevolgen’ nog verbonden zijn of kunnen zijn aan alternatieve regelgeving. Is dat bijvoorbeeld van invloed op de ‘verantwoordelijkheidsverdeling’ tussen de diverse betrokkenen, en zo ja, hoe dan?

Een andere vraag die zou kunnen opkomen, is hoe het zit met de verantwoordelijkheid (‘accountability’) van het zelfregulerend orgaan. Immers, ‘accountability’ kan benut worden om het gebrek aan democratische legitimatie op te vangen,³ hetgeen wenselijk zou kunnen zijn omdat er uiteraard geen sprake kan zijn van enige vorm van normale staatsrechtelijke verantwoordelijkheid. Het zelfreguleringsorgaan zal echter wel verantwoordelijk (kunnen) zijn ten opzichte van de eigen achterban,⁴ en dat maakt dat er ten minste enige verantwoording plaats zal vinden. Die verantwoording uit zich bijvoorbeeld door informatieverspreiding en door de benoeming van (relatieve) buitenstaanders in allerlei organen (om zo de onafhankelijkheid, waar nodig, te stimuleren en uit te dragen). Ook het installeren van een intern geschilbeslechtingsstelsel kan bijdragen aan deze verantwoording.⁵ Invoeren van (een vorm van) externe controle is uiteraard ook een optie. In veel gevallen zal die externe controle dan weer bij de overheid terechtkomen, zodat er sprake is van een vorm van meta-toezicht.⁶ Dit past ook binnen het beleid van de afgelopen jaren inzake de rol van de overheid bij toezicht en regulering.

1 Vgl. Ahrne/Brunsson 2004, p. 176, die aangeven dat de mogelijkheid om gedrag te beïnvloeden, vaak veel minder is dan verwacht.

2 Zie over deze verbanden bijv. ook Senden 2003, p. 23-26.

3 Zie Trubek/Trubek 2006, p. 5.

4 Vgl. Page 1986, p. 163. Zelfregulering wil immers niet zeggen dat er geen externe controle mogelijk is, zie Cane 1987, p. 326.

5 Zie nader Page 1986, p. 164-165.

6 Ik ga nu niet nader in op eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid van de organisatie die de alternatieve regelgeving tot stand deed komen wegens fouten gemaakt bij die regulering. Zie daarover Cafaggi 2006, p. 39-40 en p. 58 e.v.; Laclé/Meuwese 2006, 1.3 en Schepel 2005, p. 384 e.v. (voor standaardisatie-organisaties naar Europees en Amerikaans recht). Hoewel op die wijze de private reguleerders op hun beurt gereguleerd worden (Schepel 2005, p. 400) is wat mij betreft die aansprakelijkheid een beperkte, net zozeer (en zolang) als de aansprakelijkheid van de overheid wegens het niet, onjuist of niet op tijd uitvaardigen van regelgeving beperkt is (zie Van Boom/Giesen 2001). Gaat het echter om toezicht door de (ook) regelgevende instantie, dan geldt wat mij betreft het regime zoals dat in zijn algemeenheid voor toezichthouders geldt, zie nader Giesen 2005.

Een belangrijke vervolgvraag is of de aanwezigheid van alternatieve regelgeving invloed heeft op de naleving en handhaving van die regelgeving. En daarop voortbouwend: hoe maken we de keuze tussen publieke of private handhaving?⁷ Anders gezegd: wie moet die handhaving eventueel op zich nemen? Is dat degene die eventueel schade lijdt door schending van een medisch protocol of hebben anderen (de Inspectie voor de Gezondheidszorg) daarin een (voortrekkers)rol te spelen? Hangt het antwoord op die vraag er dan nog vanaf of er een ruim of een beperkt denkkader gevolgd wordt? Ik kan mij voorstellen dat een ruim denkkader aangaande zelfregulering, gekenmerkt door veel eigen verantwoordelijkheid van de betrokken groeperingen en weinig vooraf getrokken grenzen, met zich brengt dat de handhaving behoort tot de eigen taken van de private partijen die betrokken zijn. In par. 5.2 komt kortom het vraagstuk van de handhaving van alternatieve regelgeving aan bod.

In relatie tot die problematiek rijst ook de vraag of de nevenschikking van regelgevings-systemen niet tot onderlinge concurrentie leidt of zou moeten leiden. Deze vraag zal hier echter niet volledig beantwoord kunnen worden. Volgens SNYDER wordt door zelfregulering inderdaad de weg open gesteld voor 'regulatory competition', competitie tussen private regelmakers.⁸ Hij is daar ook een voorstander van, want daardoor wordt de (broodnodige) legitimiteit van de regels bewerkstelligd.⁹ Zulks betekent wel dat steeds ook de vraag gesteld zal moeten worden of die competitie er daadwerkelijk kan komen, en geweest is of niet, en waarom dan niet.¹⁰ Zo nee, dan is alsnog nadere regulering van de private regelmakers nodig, althans moeten deze gestimuleerd worden om iets te doen. Denk hierbij aan het door SNYDER gegeven voorbeeld van de overheid die dreigt iets te doen aan de credit card industrie. Dat was voldoende prikkel voor zelfregulering ten gunste van de cliënt, waarbij niet langer om aansprakelijkheid van de kaarthouder gevraagd werd. SNYDER spreekt in dit verband ook over 'some loud government inaction'.¹¹

Verwant aan deze kwestie is de algemene vraag wat beter is, publieke regulering of private regulering.¹² Aansluitend bij hetgeen eerder werd opgemerkt, gaat het steeds om een balans tussen beide vormen, omdat beide te maken hebben met dezelfde moeilijkheden en

7 In algemene zin daarover o.a. Pijnacker Hordijk 2006, en Van Boom 2006 en specifiek voor zelfregulering en handhaving Van Driel 1989, p. 128-178; Leijten 1997, en Dresden 2004, p. 18. De mate van effectiviteit (van handhaving) vormt geen kenmerkend verschil, want beide vormen kunnen in potentie even (in)effectief zijn. Vgl. bijv. Ahme/Brunsson 2004, p. 187, die aangegeven dat vooral op de langere termijn 'soft regulation' veel 'compliance' kan verwachten. Vgl. ook Van Boom 2006, p. 38; McHarg 2006, p. 93, en in algemene zin Latin 1985.

8 Snyder 2003, p. 438. Zie verder over competitie tussen meerdere (zelfregulerings)instrumenten: Ogun 1995, p. 103 e.v.; Scott 2006, p. 140-141; Barbou des Places 2006, en Van Boom 2006, p. 31.

9 Vgl. Barbou des Places 2006, p. 221, en Scott 2006, p. 140. Als een regel van zelfregulering in strijd komt met een wettelijke regel, dan zal m.i., mede in het licht van die legitimiteitskwestie, de wettelijke regel voorrang moeten krijgen, zie hieromtrent nog Vranken onder HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 319 (m.nt. JBMV; *Hulsman/Van der Graaf*), sub 8, en Senden 2003, p. 272 (op Europees niveau).

10 Zie daarover bijv. Scott 2006, p. 141 (denk aan zelfregulering door een monopolist, zoals een beroepsorganisatie), en Barbou des Places 2006, p. 225-227, die ook aangeeft (p. 229 e.v.) dat competitie tussen vormen van zelfregulering lastiger ligt dan competitie tussen gewone regelsystemen.

11 Over e.e.a. Snyder 2003, p. 443-445.

12 Zie al par. 2.8 en vanuit een rechtseconomisch oogpunt het overzicht bij Katz 1996.

problemen.¹³ De balans ligt voor KATZ hierin dat ingrijpen door de overheid niet nodig is als de private norm efficiënt is en dat ingrijpen wel nodig is als die norm niet efficiënt is, waarbij de beoordeling steeds gebaseerd zal moeten worden op een eigen onafhankelijke analyse van de norm in kwestie.¹⁴ Als er geen gegevens zijn, doe dan niets, zo luidt het devies, en als je normen ontwerpt, maakt er dan 'default rules' van (regelend recht).¹⁵

5.2. Niet-naleving en handhaving

5.2.1. Nakoming

Er loopt een directe verbinding tussen alternatieve regelgeving en het vraagstuk van handhaving, zoals bijvoorbeeld de keuze tussen publieke of private handhaving.¹⁶ Het kan immers gebeuren dat de normen niet vrijwillig nagekomen worden, hoewel 'compliance' (modern Nederlands voor vrijwillige nakoming¹⁷) in de regel aanwezig is, althans verondersteld wordt en in elk geval de bedoeling is.¹⁸ Het grote voordeel van vrijwillige nakoming is dat handhaving en sanctionering niet nodig is.¹⁹ Vrijwillige nakoming wordt verkregen doordat de regels brede steun genieten, bekend zijn en 'van de werkvloer' zelf stammen (niet 'top-down' opgelegd zijn).²⁰

Daarbij komt ook nog de zogenoemde werking van 'de schaduw van de toekomst'. Daarbij gaat het om het volgende. De (grote) partners bij zelfregulering en de overheid komen elkaar vaker tegen en moeten met elkaar verder, ook los van het specifieke geval. Men kan zich daarom geen niet-naleving veroorloven; men wil geen strijd, ook de overheid niet. Zelfs als men in concreto de regels niet ziet zitten, worden deze toch nageleefd omdat de toekomstige verhoudingen dat eisen.²¹

- 13 Vgl. Katz 1996, p. 1751: normen zijn publieke goederen, er zijn 'externalities' en er zal sprake zijn van 'adverse selection'.
- 14 Omdat beide vormen van regulering tot transactiekosten leiden, is voor Katz enkel de vraag welke vorm die transactiekosten het laagste houden kan, zie Katz 1996, p. 1754.
- 15 Katz 1996, p. 1752.
- 16 In algemene zin daarover o.a. Pijnacker Hordijk 2006, en Van Boom 2006 en specifiek voor zelfregulering en handhaving Van Driel 1989, p. 128-178; Leijten 1997, en Dresden 2004, p. 18.
- 17 Brenninkmeijer 2005, p. 232.
- 18 Het vertrekpunt is veelal dat zelfregulering effectiever is dan overheidsregulering, vgl. Ruess 2003, p. 228; Van Heffen-Oude Vrielink/Brandsen 2004, p. 36-37, en het themanummer van *Recht der Werkelijkheid* uit 2006 (dat echter pas na afronding van deze bijdrage verscheen). Naleving is namelijk beter geregeld indien de regels aansluiten bij de werkelijkheid van de door die regels aangesprokene, vgl. Van Erp 2005, p. 20 en 27. Echter, omdat meestal een intermediaire organisatie de regels maakt en dus niet de uiteindelijke actoren in het veld, zijn ook zelfreguleringsnormen vaak te beschouwen als externe (en daarmee minder snel na te volgen) regels, net zoals dat geldt ten aanzien van overheidsregels, zie Van Heffen-Oude Vrielink/Brandsen 2004, p. 37-38, en vgl. Van Erp 2005, p. 20. Hierbij geldt dan ook nog dat de effectiviteit groter is als de alternatieve regelgeving gezien wordt als procedureel rechtvaardig, zie McHarg 2006, p. 94, en in algemene zin Brenninkmeijer 2005.
- 19 Zie Brenninkmeijer 2005, p. 217.
- 20 Om e.e.a. te stimuleren wordt er gewerkt aan Internetconsultaties over nieuwe wetgeving, zodat een ieder kan meepraten bij de totstandkoming van regels, vgl. de aankondiging in *NJB* 2006, p. 2395.
- 21 Zie Van Gestel 2000, p. 292, verwijzend naar Glasbergen 1999, p. 16.

5.2.2. Handhaving

In andere gevallen kan de naleving net een extra steuntje nodig hebben en dat is tot op zekere hoogte ook te regelen. Men kan de naleving monitoren (toezicht houden) en/of een klachtenprocedure opstellen.²² Dat kan voor de geregeerden net genoeg zijn om zich te houden aan de afspraken die ze misschien niet helemaal verinnerlijkt hebben. Ongetwijfeld zal de beoordeling van de wenselijkheid daarvan weer mede bepaald worden door het gekozen startpunt: het ruime denkraam met veel vrijheid of het meer beperkte denkraam.

Die vrijwillige nakoming is daarom zo belangrijk, omdat in de gevallen waarin er geen 'compliance' is, alleen teruggevallen kan worden op handhaving door een individu, een collectief of een speciaal daartoe ingerichte organisatie. Dat kan zo zijn nadelen hebben.

Soms is die handhaving niet erg ingewikkeld omdat er een eenvoudig nalevingsmechanisme is ontwikkeld. Bij het overleg inzake algemene voorwaarden voor bepaalde branches is bijvoorbeeld van belang dat als er een geschillencommissie wordt aangewezen of ingesteld (hetgeen vaak het geval is), er ook een zogenoemde 'nakomingsgarantie' wordt afgesproken. De betrokken branche garandeert daarmee dat de uitspraak van de geschillencommissie daadwerkelijk verwezenlijkt wordt, zodat een bindend advies van die geschillencommissie door de leden van branche nageleefd moet worden en wordt.²³ Tussen 'compliance' en handhaving staat derhalve een tussenvorm die als 'automatische handhaving' gekenschetst kan worden. Lukt dat niet, dan komt onherroepelijk de daadwerkelijke handhaving via sanctionering in beeld, alsmede de problemen daarbij.

Dat handhaving bij alternatieve regelgeving een probleem is, is op het eerste gezicht logisch, omdat 'enforceability' vaak gezien wordt als het kenmerkende onderscheid tussen juridische plichten en niet-juridisch plichten. Daarmee is zodoende vaak ook het onderscheid tussen 'recht' en alternatieve regelgeving gegeven.²⁴ Omdat dat concept van 'enforceability' echter aanhaakt bij de aanwezigheid van bindende kracht, en die binding vaker dan wellicht verwacht aanwezig is, zou het logische gehalte van een en ander nog wel eens teleur kunnen stellen.

Als het om handhaving gaat, dienen zich diverse vormen aan. Naast de publieke handhaving zal zeker bij alternatieve regelgeving eerst en vooral aan private handhaving gedacht worden. Die mogelijkheid is echter niet direct werkbaar voor de betrokken individuele handhaver als een civiele procedure nodig is of zou (kunnen) zijn. Denk aan de proceskosten, griffiegelden, advocaatkosten, etc. Dat zal men trachten te omzeilen, vandaar ook dat er vaak een zelfstandig,

²² Dat laatste suggereert Weterings 2004, p. 161.

²³ Zie bijv. Loos 1998, p. 9.

²⁴ Vgl. Åkermark 2004, p. 77. Daarbij wordt dan wel nog gesteld dat 'soft law' in internationaal verband wel 'remedies' kent. Zonder precies te kunnen duiden waarin het verschil tussen een sanctie en een remedie zit (behalve dat er een ander perspectief (niet-nakomer / slachtoffer) gekozen wordt), zal zeker in privaatrechtelijke setting juist via remedies de afdwingbaarheid gestalte krijgen.

eenvoudig, goedkoop en toegankelijk geschilbeslechtingsysteem wordt opgezet rondom de alternatieve regelgeving. Geschillen worden dan door 'eigen mensen' ter hand genomen en afgewikkeld en blijven zo bij de overheidsrechter vandaan. Daarbij dient uiteraard wel steeds de ondergrens van art. 6 EVRM (toegang tot de rechter) in ogenschouw te worden genomen.

Naast die diverse geschillencommissies komt ook de handhaving via de (op basis van de wet ingestelde) tuchtrechtspraak in beeld.²⁵ Die tuchtrechtspraak is een voorbeeld van een systeem waarin gedragsnormen voor bepaalde beroepsgroepen gehandhaafd worden door een eigen interne geschiloplosser, de tuchtrechter, op instigatie van een gedupeerde of de beroepsgroep zelf. De beroepsgroep wil ook zelf zo'n systeem en draagt dan ook zorg voor de instandhouding ervan (hetgeen dan weer tot kritiek van buiten aanleiding geeft omdat de onafhankelijkheid zou ontbreken). Met die tuchtrechtspraak en die geschillencommissies lijkt de handhaving van gedragsvoorschriften – daarop zien deze alternatieve geschilbeslechtsers voornamelijk – in dit deel van de markt van alternatieve regelgeving behoorlijk geregeld. Voor zover die handhaving nog onvoldoende gewaarborgd zou zijn, doet de achterliggende mogelijkheid van aansprakelijkheid via de onrechtmatige daad en de civiele rechter de rest. Die mogelijke aansprakelijkheid is in elk geval een extra stok achter de deur voor de beroepsbeoefenaren om hun werk goed te blijven doen.

In aanvulling op deze vormen van individuele handhaving biedt collectieve private handhaving in potentie goede (en wellicht betere) perspectieven, omdat zodoende de handhavingslast niet op één paar (private) schouders rust. Vooralsnog is echter (de ontwikkeling van) het instrumentarium dienaangaande in Nederland onder de maat.²⁶ Daarbij komt dat nog de principiële vraag of collectieve handhaving langs private weg wel juist is. Is dat niet meer iets voor de overheid?²⁷

De recente oprichting van de Consumentenautoriteit duidt erop dat ook de (Europese) overheid die mening is toegedaan. Omdat wij hier dan weer over publieke handhaving (die dan meteen ook collectieve handhaving is) spreken, zijn we buiten het hier te bestrijken terrein (van de zelfregulering) getreden.

5.2.3. *Belonen en straffen: privaatrechtelijke remedies*

Belonen (positief sanctioneren) kan afgezet worden tegen daadwerkelijke (negatieve) sancties, straffen. De eerste vorm vereist weliswaar de nodige middelen (belonen kost nu eenmaal geld), maar vergt wel minder autoriteit en voorkomt daarmee bevoegdheidsperikelen.²⁸ Bovendien mag niet vergeten

25 Zie in het licht van zelfregulering bijv. Van Driel 1989, p. 147 e.v.

26 Zie art. 3:305a lid 3 BW: geen schadevergoeding via een collectieve actie. De WCAM biedt hier geen soelaas want dan zal er eerst een overeenkomst tussen 'daders' en slachtoffers moet komen. Zie nader over deze materie Tzankova 2005 en Tzankova 2007, beide met veel wijzigingen en rechtsvergelijkende gegevens.

27 Van Gestel 2000, p. 347, stelt de vraag voor het milieurecht.

28 Ahme/Brunsson 2004, p. 185.

worden dat ook bestraffen niet gratis is,²⁹ en dat met dit kostenaspect nog niets gezegd is over de baten en dus de totale score van beide vormen van handhaving.

Wat daarvan verder zij, helemaal zonder bestraffing als stok achter de deur lijken we niet te kunnen. Zo blijkt bijvoorbeeld ook uit het bestaan van tuchtrechtspraak. De vervolgvraag is dan over welke juridische mogelijkheden wij beschikken, naast de sanctionering door de markt via de slechte publiciteit die eventueel gegenereerd wordt door zelfgemaakte afspraken niet na te komen.³⁰

Voor de binnen een bepaalde sociale groep gemaakte afspraken, bijvoorbeeld in de vorm van een keurmerk, staat in elk geval de ex-communicatie bij niet-naleving open. Dat is dan echter meteen een zeer zware sanctie, wellicht zelfs de zwaarst denkbare,³¹ en daarmee dient zich meteen de vraag aan of die sanctie dan wel een reële mogelijkheid kan zijn.³²

Iets soortgelijks zien we bij de sanctionering van gedragscodes. Een roeyment is daarbij een serieuze optie, maar die optie is meteen ook zo vergaand dat deze disproportioneel is en vervolgens niet benut wordt.³³ Dan blijft er echter geen noemenswaardige sanctie over. Dit gebrek aan werkelijke sanctioneringsmogelijkheden is overigens iets dat ook overheidswetgeving regelmatig aankleeft en dus niet alleen bij alternatieve regelgeving speelt. Immers, strafrechtelijke handhaving is juridisch wel altijd mogelijk bij overheidsregels, maar ook niet altijd feitelijk beschikbaar of proportioneel te noemen.

Een bekende en goed werkende sanctie is de aanbeveling van de Reclame Code Commissie om een reclame die niet aan de normen voldoet, niet meer te uiten op de gewraakte wijze. Daarbij dient echter bedacht te worden dat het hier in feite om een staking van de openbaarmaking van de betreffende reclame gaat, omdat de deelnemende media krachtens contractuele verplichting de aanbevelingen naleven als ware het bindende oordelen.³⁴

Specifiek voor de afdwingbaarheid van rechtersregelingen memoreer ik nog kort het volgende. De afdwingbaarheid van die regels loopt volgens TEUBEN via art. 79 RO en de daarmee mogelijk geworden cassatiecontrole.³⁵ Langs die weg maakt de rechterlijke macht een rechtersregeling daadwerkelijk afdwingbaar, maar dan wel binnen de cassatiegronden die uit art. 79 RO volgen. Dit systeem biedt echter slechts beperkt soelaas, gegeven de eis dat de rechter wel gebonden moet zijn aan de regeling, in combinatie met haar beperkte opvatting over wat bindende rechtersregelingen zijn.³⁶ Werkelijke handhaving van een rechtersregeling is zo dus niet te verwachten. Omdat ik de binding aan rechtersregelingen ruimer zie, zie par. 3.4, zal daarmee de mate van afdwingbaarheid in mijn visie ook ruimer zijn. Daar komt bij dat wat mij betreft art. 79 RO hier geen sta in de weg zou moeten zijn. De rechter kan partijen binden aan rechtersregelingen, zo schreef ik al, en dat kan hij dan ook via het vonnis, uiteraard onder voorbehoud van een rechtsmiddel daartegen, afdwingen.

- 29 Voor gedragscodes wordt overigens wel gezegd dat positieve prikkels (privileges bij deelname; extra klanten) voor de naleving beter zijn dan sancties, zie *Voluntary Codes 1998*, p. 23. Dat sluit sancties echter niet uit.
- 30 Vgl. *ICC 1984*, p. 15; *Horrevorts/Van Esch 2003*, p. 37; *Scott 2006*, p. 134. Zie over diverse vormen van sancties (formeel en informeel) ook *Parker/Braithwaite 2003*, p. 131 e.v.
- 31 *Franken 2002*, p. 305. Zie ook *Van Schooten-van der Meer 1997*, p. 177; *Horrevorts/Van Esch 2003*, p. 37.
- 32 *Ahrne/Brunsson 2004*, p. 185.
- 33 *Van Heffen-Oude Vrielink/Brandsen 2004*, p. 44. Vgl. ook *ICC 1984*, p. 15 en 16.
- 34 Zie *Fokker 2004*, p. 291; *Scott 2006*, p. 134, en *Van Driel 1989*, p. 153.
- 35 Zie *Teuben 2004*, p. 201-202.
- 36 *Teuben 2004*, p. 230.

Op het concrete niveau van de regels zoals opgenomen in alternatieve regelgeving zou wellicht als mogelijke sanctie voor bepaalde gevallen gedacht kunnen worden aan de figuur dat een rechtshandeling die in strijd daarmee verricht wordt, nietig of vernietigbaar zou kunnen zijn in de zin van art. 3:40 BW. Uiteraard kan lid 2 van die bepaling niet gelden, want er is hier geen sprake van schending van een wet in formele zin. Maar eventueel zou wel betoogd kunnen worden dat het niet navolgen van een regel van alternatieve regelgeving, als dat in de vorm van een (met die regels strijdige) rechtshandeling geschiedt, in strijd met de openbare orde of goede zeden is (via lid 1).³⁷ Ik geloof echter niet dat art. 3:40 BW hier werkelijk soelaas zal kunnen bieden. Die bepaling is toch al bij uitzondering toepasselijk, en een vreemde eend in de bijt van alternatieve regelgeving.

Op abstracter niveau kan hiervan echter wel geleerd worden dat de bekende en bestaande privaatrechtelijke remedies niet enkel als zodanig kunnen functioneren, maar ook kunnen dienen als sanctiemechanismen om de handhaving langs privaatrechtelijke weg te stroomlijnen.³⁸

Zo kunnen algemene voorwaarden, ook als die door een branche zijn opgesteld, getoetst worden aan de beschermende bepalingen uit het BW (art. 6:233 e.v.). Dat kan via een individuele 'klacht' of op vordering van een belangenorganisatie (art. 6:240 BW). Het BW regelt zo de mogelijkheid van handhaving en sanctionering van al die vormen van alternatieve regelgeving die als algemene voorwaarden te boek staan. Verdere handhavingsmechanismen zijn dan niet echt meer nodig.³⁹

Het idee om de onrechtmatige daad (en/of de wanprestatie) te benutten als correctiemechanisme, past vervolgens in deze lijn. De niet-naleving van bepaalde normen die als alternatieve regelgeving door het leven gaan, *kan* een onrechtmatige daad (of wanprestatie) opleveren van degene die de regelgeving negeerde. Daarmee is overigens niet gezegd dat het wel in acht nemen en dus het niet-overtreden van een bepaalde zelfregulerende norm, betekent dat er niet onrechtmatig gehandeld is of toerekenbaar tekortgeschoten is.⁴⁰ Regels uit een gedragscode, en andere vormen van zelfregulering, vormen daarmee binnen het kader van de onrechtmatige daad een 'aanwijzing' voor de rechter over hoe deze de open norm kan interpreteren.⁴¹ De invulling van de open norm van art. 6:162 BW, wordt zo gefaciliteerd.⁴²

37 Vgl. in dit kader Boukema 1991, p. 45 en p. 46.

38 Vgl. in breder en algemener verband daarover Van Boom 2006, en Pijnacker Hordijk 2006, die met kracht betoogt (bijv. op p. 35) dat private handhaving de publieke handhaving zeker niet geheel kan vervangen, maar er wel een noodzakelijk complement van is (p. 41). Met de komst van de Consumentenautoriteit is de discussie hierover van nog eminenter belang geworden.

39 Daarbij is dan wel nog van belang dat de nadelen van een civiele procedure niet boven de partijen hangen omdat in vele gevallen de algemene voorwaarden ook bij de al genoemde geschillencommissies kunnen worden getoetst.

40 Vgl. (voor Zwitsers recht) Rüetschi 2003, p. 240-241.

41 Niet-naleving kan daarmee dus een onrechtmatige daad zijn, maar als een bepaalde handelwijze wellicht 'niet passend' is, is dat niet meteen gelijk aan onrechtmatig, zie Boukema 1991 p. 47.

42 Zo reeds Schut 1972, p. 363. Zie ook Rüetschi 2003, p. 240.

5.2.4. *Parallele handhaving*

Opmerkelijk aan het voorgaande is dat binding, rechtsvorming én handhaving blijkbaar parallel lopen bij alternatieve regelgeving, en sterk met elkaar verbonden zijn. Eén en dezelfde onrechtmatige daadsactie leidt ons immers, zo constateerde ik, door alledrie de hier onderscheiden thema's. Die conclusie is naar mijn mening van groot belang, want daardoor wordt het potentiële handhavingsprobleem inzake alternatieve regelgeving minder nijpend dan wellicht gedacht. Nu alternatieve regelgeving toch veelal door de rechter beoordeeld moet worden voordat er sprake kan zijn van (bijvoorbeeld) bindende kracht, kan in dergelijke gevallen meteen de handhaving verzekerd (afgedwongen) worden via de verlening van een executoriale titel. Dat loopt dan via dezelfde onrechtmatige daadsactie of andere open norm die in het betreffende geval toegepast wordt.

Het zojuist al besproken voorbeeld van de tuchtrechtspraak laat vervolgens zien dat ook op dat vlak de thema's binding, rechtsvorming en handhaving parallel lopen en nauw verweven zijn. Een tuchtrechtelijke uitspraak moet gevolgd worden door de beroepsbeoefenaar, zal vaak in brede kring de beroepsnorm 'vastleggen', daarom feitelijk navolging vinden en later via diezelfde tuchtrechter⁴³ herhaaldelijk toepassing vinden en daarmee ook afdwingbaar zijn. Zo concludeer ik dat de handhaving van alternatieve regelgeving steviger in de schoenen staat dan gedacht.

43 Of eventueel de civiele rechter, die uiteraard waarde zal toekennen aan die eerdere uitspraak vanuit de beroepsgroep, zie par. 4.3 en par. 4.6.

6. Richtlijnen voor alternatieve regelgeving?

6.1. Primaire en secundaire regels

6.1.1. Inleiding

Wellicht is het enigszins impliciet gebleven, maar mijns inziens kan uit het voorgaande, en uit vormen van alternatieve regelgeving die besproken zijn, afgeleid worden dat alternatieve regelgeving in elk geval leidt tot de ontwikkeling van zogenaamde primaire regels, zoals door HART onderscheiden, maar niet altijd (ook of in voldoende mate) tot secundaire regels.¹ Gedragscodes, leidraden, protocollen, etc. betreffen vaak ‘do’s and don’ts’, gedragsnormen dus. Maar die instrumenten bevatten geen (andersoortige) regels die de samenhang tussen de primaire regels bewaken, ofwel bevoegdheidsregels; er zijn niet altijd regels die de wijziging of aanpassing van de primaire gedragsnormen regelen.

Kenmerkend in dit verband is dat bijvoorbeeld de Gedragscode Behandeling Letselschade wel pleit voor de oprichting van een Permanente Organisatie om juist dat te doen (te weten: bijhouden en wijzigen van de Gedragscode waar nodig) maar dat die Permanente Organisatie er nog niet was bij de lancering van die gedragscode.²

Uiteraard zijn er regelmatig juist wel dergelijke secundaire regels aanwezig, in elk geval tot op zekere hoogte. Dit is bijvoorbeeld het geval als de zelfregulering voorzien is van een geschilbeslechtsingsmechanisme, zoals de Reclame Code Commissie die ‘recht’ spreekt inzake gevallen van eventueel misleidende reclame. Daar waar er een ‘ADR-mechanisme’ bestaat, zijn er ook regels van secundaire aard (‘rules of adjudication’). Maar, daarmee zijn niet alle gevallen van alternatieve regelgeving gedekt want vele vormen kennen geen eigen geschilbeslechtsingsmechanisme, terwijl met de aanwezigheid van zo’n mechanisme ook niet gezegd is dat alle andere ‘benodigde’ secundaire regels gegeven zijn.³

1 De link naar het werk van Hart heb ik van Westerman 2003, p. 54, verwijzend naar het onderscheid in soorten regels zoals gemaakt door Hart (zie Hart 1994, p. 81 en p. 94 e.v.), en is ook te vinden bij Van Schooten-van der Meer 1997, p. 12-13, die in dit verband over impliciete en expliciete zelfregulering spreekt, en bij Van Gestel 2000, p. 97 e.v. Daarbij merk ik op dat ik met dank mede gebruik heb gemaakt van de vertaling van een deel van Hart’s werk in Grif-fiths/Weyers 2005, p. 79 e.v.

2 Inmiddels lijkt het Nationaal Platform Personenschade (NPP) die rol op zich genomen te hebben, vgl. Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 6 (noot 15).

3 Van Schooten-van der Meer 1997, p. 13, lijkt als uitgangspunt te hanteren dat de zelfregulering die hier centraal staat (in haar termen expliciete zelfregulering), steeds zowel primaire als secundaire regels omvat. Dat is m.i. niet standaard het geval.

De vraag die derhalve opkomt, is deze: moeten we ten behoeve van het (toekomstige algemene) gebruik van alternatieve regelgeving binnen het privaatrecht niet op zoek naar de ‘secondary rules’ in de zin zoals HART die onderscheiden heeft (de zogenaamde ‘power-conferring rules’)?⁴ Anders geformuleerd: willen wij ertoe over gaan om deze ‘secondary rules’ vast te leggen?

Ik heb het dan dus over de ‘regels over regels’, de regels die de totstandkoming, wijziging en toepassing van de primaire regels (de gedragsnormen, de ‘duty-imposing rules’) regelen.⁵ En als die vraag bevestigend beantwoord wordt, is de vervolgvraag wie dan die secondary rules zou moeten opstellen. Laten we dat aan de zelfreguleerders of is op dat vlak wellicht ingrijpen door het POR of de overheid noodzakelijk?

6.1.2. *Belang*

De eventuele zoektocht naar ‘secondary rules’ is daarom van belang omdat alleen een kleine gemeenschap waarvan de leden verbonden zijn via verwantschap of gemeenschappelijke overtuigingen en die gesitueerd is in een stabiele omgeving, kan voortbestaan op basis van louter primaire regels. Als die omstandigheden veranderen, zal de eenvoudige sociale controle gebrekkig blijken.⁶ Op zich zal aan die voorwaarden voor ‘voortbestaan’ in situaties waarin alternatieve regelgeving totstandkomt, regelmatig voldaan zijn, maar als de betrokken groep bijvoorbeeld groter wordt, en/of ook diffuser, doet zich hier mijns inziens wel een (potentieel) probleem voor. Ook kan de stabiliteit van de omgeving tegenvallen in deze tijd van dynamiek op de markt en bij de consumentenvoorkeuren. Het (ongewijzigd) voortbestaan van bepaalde vormen van alternatieve regelgeving kan dan in het geding raken. Om te kunnen binden, geschillen te kunnen beslechten en bij de tijd te kunnen blijven, zijn een ‘rule of recognition’, een ‘rule of adjudication’ en een ‘rule of change’ wellicht handig.⁷

Opnieuw noem ik de Gedragscode Behandeling Letselschade als voorbeeld omdat die code bedoeld is voor een ‘gemeenschap’ die niet gekenmerkt kan worden doordat de leden één overtuiging delen.⁸

- 4 Hart 1994, p. 94. Het is niet mijn bedoeling hier een rechtstheoretische of rechtsfilosofische beschouwing over Hart, zijn navolgers en tegenstanders, te gaan ondernemen; ik ben daarvoor ook niet gekwalificeerd. Waar het mij om gaat, is de parallel te trekken, die mijns inziens evident is (doch zie ook de tekst en voetnoten hierna), tussen Hart’s uitleg van wat een rechtssysteem nodig heeft om er werkelijk een te zijn, en het nu bestaande kader van alternatieve regelgeving, dat uiteindelijk (zie hierna) ook als een systeem van recht in Hart’s zin (maar dan als een nog primitieve of simpele vorm) is te beschouwen. Vgl. Hart 1994, p. 91-92, over recht in dergelijke ‘primitive communities’ waarbij de meerderheid leeft volgens de geldende gedragsnormen die zij bezien vanuit Hart’s interne gezichtspunt (waarover Hart 1994, p. 89). Daarbij erken ik dat Hart’s visie als een miskennis van het belang van ‘informele normen’ gezien kan worden (Vgl. Van Gestel 2000, p. 101).
- 5 Zie Hart 1994, p. 81 en p. 94 e.v. Zie daarover bijv. ook Harris 1980, p. 105-109, en Smith 2005, p. 129-135. De termen ‘power-conferring’ en ‘duty imposing rules’ zijn van Lloyd/Freeman 1985, p. 403.
- 6 Hart 1994, p. 92.
- 7 Over die drie subtypen van ‘secondary rules’, zie Hart 1994, p. 94-98. Vgl. verder Harris 1980, p. 109-113 en Smith 2005, p. 131.
- 8 Overigens kent deze code wel enkele secundaire regels.

Voor het vervolg is nog van belang om te expliciteren dat – achteraf bezien, ook voor schrijver dezes – het voorgaande deel van dit onderzoek geduid kan worden als een (impliciete) poging om uit de kruitdampen die de primaire regels van zelfreguleringsinitiatieven achterlaten, enige secundaire regels op te diepen en bloot te leggen. Dat soort regels is immers wezenlijk voor het algemene statuut en aanzien van alternatieve regelgeving.

6.2. Richtlijnen via Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving (AvdAR)?

6.2.1. Richtlijnen nodig?

Via alternatieve regelgeving vindt er heden ten dage nadere invulling, en daarmee tevens een *modificatie* plaats van wat geldend ‘recht’ is. Codificatie (althans langs officiële weg) van die (primaire) regels is veel minder belangrijk geworden.⁹ Voor een dergelijke modificatie is echter wel nodig, zo bleek ook uit het voorgaande, dat de normen de betrokken rechtsgenoten kunnen binden en het ‘recht’ kunnen vormen. Daarvan is inderdaad sprake.

Gegeven die stand van zaken is de vervolgvraag of het nodig is ten minste de zojuist geïntroduceerde secundaire regels op enigerlei overkoepelende wijze (voor alternatieve regelgeving in zijn algemeenheid) gestalte te geven. En als dat het geval is, is het dan wenselijk om het opstellen van dergelijke secundaire regels ook weer aan zelfregulering over te laten of zou de overheid daarbij een bescheiden, faciliterende rol moeten spelen, bijvoorbeeld door *Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving* (verder ook: AvdAR) op te laten stellen?¹⁰

9 Vgl. Van Gestel/Hertogh 2006, p. 28, verwijzend naar eerder werk van T. Koopmans uit 1970 waarin dit begrippenpaar al figureerde. Aanhakend bij Snijders 2007, p. 10, zou hier ook nog over een proces van *decodificatie* gesproken kunnen worden, nu mede door de invloed van alternatieve regelgeving het systeem van het BW aan het verbrokkelen is, hetgeen Snijders overigens accepteert als iets dat onvermijdelijk is omdat we nu eenmaal ‘telkens weer onder ogen [moeten] zien wat zich in werkelijkheid voordoet.’ (*idem*, p. 11).

10 Zo reeds Polak 1986, p. 221, en in gelijke richting Ten Berge 2004, p. 20. Van Driel 1989, p. 111 en p. 165, is tegen een wettelijk kader (omdat de wetgever altijd kan ingrijpen als wetgever indien dat gewenst is) maar wil wel enige houvast bieden, bijv. inzake organisatiegraad, en stelt dan ook richtlijnen voor zelfregulering op, zie p. 119 e.v., en p. 273-274. In het verleden is ook al de ‘Wet op de gedragscodes’ genoemd, zie Huls 1988, p. 16. Van Gestel 2000, p. 361, bepleit opname van expliciete aanknopingspunten in de Wet Milieubeheer en de Awb. In de nota ‘Zicht op wetgeving’ (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 26) werd ook al over institutionalisering van zelfregulering gesproken, zoals Van Gestel/Hertogh 2006, p. 35, in herinnering roepen. Ook Asser-Vranken 2005, nr. 83, 89 en 94, lijkt voor (procedurele) waarborgen te pleiten. Snijders 2001, p. 31, is voor een wet. In Frankrijk is ooit voorgesteld om een wettelijk kader voor zelfregulering in consumentenzaken op te stellen, zie Van Driel 1989, p. 112 e.v., die niet voor overname pleit. In Zweden is de creatie van een publiek orgaan voorgesteld dat zou moeten toezien op private regelgeving en de toepassing ervan door geschilbeslechtters, zie Strömholm 1971, p. 283. In de Verenigde Staten mogen rechters afspraken maken over procesrechtelijke regels als dat conform een vaste procedure loopt, zie Köhne 2000, p. 151-155, die ervoor pleit dit in Nederland ook zo te doen (p. 156-157).

Het zou dan gaan om aanwijzingen, richtlijnen,¹¹ over hoe enkele zaken die bij alternatieve regelgeving steeds weer een rol spelen, aangepakt zouden *kunnen* worden (zonder de plicht voor elke alternatieve regelgever die richtlijnen te moeten volgen).

Veel zal hier, zo is meteen duidelijk, ervan afhangen welk van de eerder onderscheiden denkmodellen iemands voorkeur krijgt. Welke visie op zelfregulering als zodanig heeft degene die aan zet is? In de taal van die twee denkkaders: geven we de ruimte of is een beperking van die ruimte nodig?

Voor de optie om alternatieve regelgeving de ruimte te laten, pleit sterk dat de kracht daarvan nu juist gelegen is in de ruimte die de groep krijgt om zelf dingen aan te pakken, het resultaat daarvan zelf te aanvaarden en er daarom aan gebonden te zijn. Het ligt in het wezen van alternatieve regelgeving besloten dat men het helemaal zelf doet. Interventie op het niveau van secundaire regels past niet daarbij, zo lijkt het. Aan de andere kant: het zou wel efficiënt zijn om de steeds terugkerende kwesties in één keer voor iedereen te regelen, dan hoeft niet iedereen opnieuw het wiel uit te vinden. Men kan steunen, als men dat verkiest, op wat er al aan richtlijnen is. De vraag is echter of dat op zichzelf een voldoende rechtvaardiging kan zijn voor de overheid of wie dan ook om in te grijpen, althans bij te sturen, via (onverplichte) richtlijnen.

Hieraan zou echter nog toegevoegd kunnen worden dat de eerder besproken kwesties van binding en rechtsvorming (uiteeraard) onder invloed staan van de kwaliteit van het proces (de totstandkoming) van alternatieve regelgeving. Kort gezegd: hoe beter dat proces, hoe meer er kan. Normering van dat proces zal een kwaliteitsimpuls brengen en daarom zeker op de lange duur ook in het belang zijn van ‘de’ alternatieve regelgeving. De rechtsgevolgen die daarvan uit (kunnen) gaan, kunnen dan welwillend(er) bezien worden. Voornoemde twee gezichtspunten zijn mijns inziens samen sterk genoeg om te kiezen voor enige nadere normering van alternatieve regelgeving.

6.2.2. *Geen wettelijke normering*

Gezien het voorgaande is er wellicht zelfs wel meer nodig dan ‘enige normering’. Zouden de secundaire regels niet een bepaalde formeel gelegitimeerde (lees: wettelijke) status moeten hebben? In die visie zou alternatieve regelgeving uiteindelijk terug te voeren moeten zijn op een formeel kader.

Daarvoor zou pleiten dat zelfregulering altijd naast en in contact met overheidsregels zal staan, zodat niemand er om heen kan dat die relatie op enigerlei wijze geregeld moet worden. Dat is dan niet enkel bedoeld om zelfregulering te beteugelen en dus om zo een eventueel gevaar te bedwingen. Het gaat daarbij ook om de bescherming van de mogelijkheden van zelfregulering, want als de relatie met de overheidsregelgeving niet goed is geregeld, zal zelfregulering uiteindelijk minder levensvatbaar zijn. Bij elke oneffenheid tussen beide regelsystemen zal dan immers ingegrepen worden en moeten worden om de overheidsre-

11 Men kan bij deze AvdAR denken aan een model of een ‘Restatement’ waaruit inspiratie geput kan worden bij het opzetten van alternatieve regelgeving; een model (protocol) zoals dat bijvoorbeeld ook bij het SER-overleg inzake algemene voorwaarden wordt benut.

gelgeving te 'redden' en de regelgeving in de meest brede zin van het woord consistent te houden.

Met zo'n formeel-wettelijk kader zou ook meteen voor het eenvoudige 'legal system' dat alternatieve regelgeving lijkt te vormen, een 'rule of recognition' zoals door HART bedoeld, gegeven zijn. Dat zou vooruitgang kunnen betekenen, want vooralsnog is alternatieve regelgeving of zelfregulering immers 'slechts' als een primitieve vorm van recht aan te wijzen (in HARTS terminologie) waarin er geen (althans niet structureel en altijd) 'secondary rules' bestaan.¹² De afwezigheid van een 'rule of recognition'¹³ betekent bijvoorbeeld:

'In simpler societies we may have to wait and see whether a rule gets accepted or not. The rules of such a society are binding if they are accepted by the community but, of course, they would not be rules if they were not accepted.'¹⁴

Datzelfde zien we bij alternatieve regelgeving. Mijns inziens is de parallel ook voldoende helder om systemen van zelfregulering te kunnen beschouwen als 'simple societies' – zelfregulering betreft meestal eenvoudige gemeenschappen, verbanden, of groepen – en dus eenvoudige systemen van recht in de zin van HART. Dat betekent dan weer dat, vanuit die parallel verder denkend, het ontwikkelen van 'secondary rules', zinvol kan zijn. Systemen van alternatieve regelgeving als eenvoudige rechtssystemen, zouden zo nader ontwikkeld (kunnen) worden.¹⁵

Kiezen voor een wet betekent ook dat er gekozen wordt voor wat wel 'wettelijk geconditioneerde zelfregulering' heet.¹⁶ Echter, dat gebeurt dan niet op individueel niveau (per geval van alternatieve regelgeving), maar op meta-niveau; *alle* zelfregulering is dan wettelijk geconditioneerd.

Wat hier verder van zij, toch meen ik dat dit alles tezamen onvoldoende reden is om met een *wettelijke* regeling te komen. Hoe wenselijk secundaire regels ook zijn, die regels afkondigen in de vorm van een wet zou naar mijn mening te ver gaan. De nadelen van een overkoepelende wettelijke regeling inzake de procedurele voorschriften, want enkel daarover gaat het, zijn te groot. Ten eerste en vooral is daarbij van belang dat de ruimte die alternatieve regelgeving krijgt

12 Nog een parallel. In een systeem van zelfregulering dienen de betrokkenen de regels te zien als gemeenschappelijke normen voor gedrag, men heeft een 'internal aspect' of een 'internal view on law' nodig om de cohesie te bewaren (Hart 1994, p. 88-89; Lloyd/Freeman 1985, p. 406). Er is dus draagvlak nodig, net zoals dat voor zelfregulering geldt. In een stabiel rechtssysteem is dat niet nodig (hoewel wenselijk) zolang de 'officials' wel maar zo'n 'internal view' hebben.

13 Voor Hart is zo'n 'rule of recognition' overigens niet noodzakelijk, maar eerder een luxe, zie Hart 1994, p. 233 en daarover Lloyd/Freeman 1985, p. 411.

14 Zie Lloyd/Freeman 1985, p. 411.

15 Wellicht is langs deze weg ook de eerder geconstateerde inbreuk op de trias politica te lijmen, maar ik heb al eerder aangegeven (par. 4.3 en par. 4.6) daaraan niet al te zeer te hechten.

16 Zie daarover Van Gestel 2000, p. 144-145; Eijlander 1993, p. 228 e.v., en Eijlander 2000, p. 17: de wetgever stelt randvoorwaarden en vervolgens wordt door de sector het globale wettelijke kader verder ingevuld door het vastleggen van eigen regels.

en krijgen moet, te veel ingeperkt zou worden als er een wettelijke regeling zou komen. Enige inperking is niet erg, ik ben zelf ook voorstander van het vastleggen van richtlijnen, maar die beperking moet wel proportioneel zijn.

Ik voeg daar nog aan toe dat er binnen de vele mogelijke vormen van alternatieve regelgeving teveel verscheidenheid bestaat (en te weinig afbakeningsmogelijkheden bestaan, par. 2.2 en par. 2.4) om alles in één wet te kunnen (onder)vangen. Een Aanwijzing die, indien deze in het voorliggende geval passend is, gevolgd kan worden, past beter bij die verscheidenheid, zeker als binnen die AvdAR met keuzemenu's gewerkt zou worden (zie par. 6.3).

Een derde belangrijk nadeel van een wettelijk regeling zou zijn dat deze wet uiteindelijk toch niet louter en alleen procedurele kwesties zou kunnen regelen. Bij beide denkramen of modellen voor alternatieve regelgeving is echter het uitgangspunt, en terecht, dat de materiële kant van de zaak aan de zelfreguleerders voorbehouden is. Als er al nadere eisen gesteld zouden kunnen worden, zijn dat enkel formele voorwaarden (zie par. 2.10). Precies dat is echter bij een wet niet te verwezenlijken, omdat die wet zal moeten vastleggen wat de gevolgen zijn als bij de vorming van zelfregulering de in die wet opgenomen formele eisen in acht genomen zijn. Die wet zou immers geen nut hebben als er niets geregeld zou zijn over de rechtsgevolgen van het volgen van de daarin beschreven procedure. De wet zal bijvoorbeeld ten minste iets moeten bepalen over de positie van de rechter ten opzichte van die alternatieve regelgeving die conform de voorgeschreven procedure is gemaakt. De uitkomst daarvan zal zijn dat de rechter die alternatieve regelgeving dan zal moeten accepteren, en daarmee is diens vrijheid te zeer ingeperkt. De rechter zal de procedureel 'juist' ontworpen materiële normen moeten volgen zonder deze nog materieel te kunnen toetsen. Zo is hij inhoudelijk gebonden, net zoals de strijdende partijen, waarvan er tenminste één niet gebonden zal willen zijn.

Het voordeel van de AvdAR boven een wettelijke regeling is dat de net beschreven rechterlijke binding niet zal plaatsvinden. Er ontstaat wel een toetsingskader (de AvdAR) waar die rechter acht op kan slaan en ook zal slaan, vooral als het erom gaat of een buitenstaander wellicht gebonden is, maar de rechter behoudt wel te allen tijde zijn vrijheid om zijn eigen oordeel te vormen zonder vooraf op enigerlei wijze gebonden te zijn of slechts beperkt te mogen toetsen. Daarbij vergeet ik niet dat van dit beoordelingskader natuurlijk enige 'uitstralende werking' mag worden verwacht, een 'normerend effect' op die vormen van alternatieve regelgeving die de AvdAR niet volgen. Maar omdat het niet volgen van de AvdAR eenieder nu eenmaal vrij staat, en dat ook als een paal boven water staat, zal die uitstraling slechts beperkt kunnen zijn.

6.2.3. *Wél AvdAR*

Uit het voorgaande volgt genoegzaam dat ik een voorstander ben van het ontwikkelen van Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving. Zonder te ver door te schieten, zonder de vrijheid van alternatieve regelgevers te zeer in te perken, kan er dan een kwaliteitsimpuls plaatsvinden en efficiënt(er) gehandeld worden.¹⁷ Als daarvoor inderdaad gekozen zou worden, zouden in die AvdAR

diverse secundaire regels, bruikbaar voor allerlei vormen van alternatieve regelgeving, zoals protocollen, leidraden, gedragscodes, best practices, etc., neergelegd kunnen worden om zodoende terugkerende kwesties als binding, rechtsvormende invloed, etc. het hoofd te kunnen bieden (zie verder par. 6.3).¹⁸

Dat hiermee dan tevens het instrument van alternatieve regelgeving nader gereguleerd wordt, doordat er op meta-niveau richtlijnen beschikbaar komen (regels over regelvorming, meta-regulering), neem ik op de koop toe. Meta-regulering is op zichzelf ook niet schadelijk, mits het goed doordacht is. Daarnaast zou zo'n proces van meta-regulering naadloos aansluiten bij wat zich op bepaalde vlakken toch al voltrekt.¹⁹

Bovendien staat bij het nadenken over de Aanwijzingen voorop, ik benadruk dat nogmaals, dat de inhoudelijk-materiële afweging inzake de op te stellen normen, standaarden of regels niet door de opsteller van die procedurele richtlijnen gemaakt wordt.²⁰ De AvdAR regelen slechts de procedure van totstandkoming van alternatieve regelgeving en daarmee de inachtneming van enige waarborgen (vooral als de zelfregulering gepaard gaat met een geschiloplossingssysteem). Meer niet.²¹

Ik teken hierbij meteen aan dat dit idee niet direct tot *minder* regels zal leiden, als dat al een doel op zich zou (moeten) zijn. Maar ik verwacht wel dat dat effect (van enige extra regels) zich zal uitbetalen naarmate er meer wordt teruggevallen op de AvdAR. Daardoor hoeft er niet per zelfreguleringsproject opnieuw 'secundaire regelgeving' ontworpen te worden.

Dat de ontwikkeling van Aanwijzingen zelfs voor het domein van 'het niet gereguleerde' gewenst kan zijn, blijkt ook uit de literatuur. Daarin is er reeds voor gepleit door TEN BERGE om de Aanwijzingen voor de regelgeving aan te vullen met enige bepalingen (criteria en randvoorwaarden) inzake gedragscodes.²² Po-

17 Teuben 2004, p. 177-178 en p. 344-346, pleit wel nog voor een wettelijke regeling (voor rechtersregelingen). Raaijmakers 2006, p. 804, wil een duidelijk kader want anders leidt zelfregulering niet tot verheldering. Dorbeck-Jung/Oude Vrielink-van Heffen 2006, p. 182, concluderen in een (na afronding van deze bijdrage verschenen) themanummer: 'De oplossingsrichting die volgens de bijdragen aan dit themanummer moet worden gekozen is een overheid die middels 'meta-regulering' op tekortkomingen van private en publiek-private regulering anticipeert en deze corrigeert.'. Ontwerpen van AvdAR zou een manier kunnen zijn, zo voeg ik toe.

18 Zulks sluit aan bij de gedachte van Westerman 2003, p. 54, dat juristen zich moeten toeleggen op het ontwerpen van meta-regels (of constitutieve regels, vgl. Adams 2006, p. 106). Via die AvdAR kan wellicht ook meteen een begin gemaakt worden met haar gedachte om zelfreguleringsinitiatieven (en vooral de resultaten ervan) te toetsen aan criteria voor (juiste) regelgeving in een democratische rechtsstaat (Westerman 2003, p. 54).

19 Om tot bepaalde standaarden, zoals ISO-normen, te komen, dient ook nu al een geformaliseerd proces, voorzien van enige waarborgen, doorlopen te worden. Zie Schepel 2005, p. 6 en p. 242 e.v. Frappant is dat vervolgens doorklinkt dat dit nog niet genoeg is, en dat verdere jurisdisering nodig is, zie Schepel 2005, p. 246-249 (o.a. extra procedurele waarborgen, bijv. via een Standardisatie Richtlijn).

20 Vgl. de waarborgen waarvoor Teuben 2004, p. 177-178, pleit.

21 Meeromvattende regulering zou betekenen dat de zelfregulering niet geregeld maar juist de facto afgeschafte zou worden, vgl. Ruess 2003, p. 226.

22 Ten Berge 2004, p. 20.

LAK pleitte er al voor zogenoemde ‘Aanwijzingen voor zelfregulering’ op te stellen.²³ Bovendien, als de wetgever toch al gevraagd wordt randvoorwaarden inzake zelfregulering te stellen,²⁴ kan dat meteen ook via de AvdAR meegenomen worden.

De vrees dat de overheid in de maalstroom van dit proces in te grote mate haar eigen functie (weer of alsnog) oppakt en daarmee wellicht het vertrouwen in alternatieve regelgeving om zeep zal helpen,²⁵ zal mijns inziens niet bewaarheid worden. Ten eerste niet omdat het bij de AvdAR geenszins om de materiële regels gaat, maar louter om het procedurele kader daaromheen. Ten tweede niet, omdat het naar mijn mening niet zomaar ‘de overheid’ zou moeten zijn die de Aanwijzingen gaat opstellen. In mijn visie, helemaal verrassen zal dat niet, zou het opstellen van deze Aanwijzingen een taak voor het (uitgebreide) POR moeten worden.²⁶ Wetgever, rechterlijke macht en maatschappelijke groeperingen kunnen dan gezamenlijk een blauwdruk ontwerpen voor meta-richtlijnen inzake het opstellen van alternatieve regelgeving. Wat er vervolgens in die AvdAR zou moeten worden opgenomen, komt hierna aan bod.

Ik teken tot slot nog aan, een andere parallel trekkend, dat ik mij realiseer dat de Minister van Justitie geen voorstander was van een (vanuit Europa opgedrongen, wettelijke) regeling van mediation,²⁷ een zelfreguleringsinstrument bij uitstek, juist omdat een wettelijke regeling niet zou stroken met het ‘private rulemaking’ karakter van het te regelen instrument (de mediationpraktijk).²⁸ Van die zijde verwacht ik dan ook niet meteen veel bijval, zelfs niet voor richtlijnen in de vorm van AvdAR. Los van het feit dat het hier om richtlijnen gaat, merk ik nog op dat dit wat mij betreft, gegeven de uitkomsten van dit onderzoek, op een gebrekkige visie voor de middellange termijn zou (kunnen) duiden.²⁹

6.3. Inhoud van de Aanwijzingen

Gezien de thema’s die hiervoor besproken zijn, zullen de eventueel als AvdAR te ontwikkelen secundaire (procedurele) richtlijnen wat mij betreft in ieder geval (maar zeker niet daartoe beperkt) betrekking hebben op de binding van be-

23 Polak 1986, p. 221. Ook vond ik bijvoorbeeld inspiratie bij de Richtlijnen voor zelfregulering die Van Driel 1989, p. 119-123, bepleitte en heeft opgesteld, en de checklist voor zelfregulering van NCC 2000, p. 50 e.v., waarover ook McHarg 2006, p. 93-94. Voor meer verwijzingen, zie de aan het begin van deze paragraaf geciteerde werken.

24 Zie bijv. Peeters 1994, p. 125; Gilhuis 1993, p. 80. T.a.v. de Raad voor de Journalistiek stelt Mentink 2006, p. 191, voor om een *wettelijke* regeling aan te kondigen en indien nodig in te voeren.

25 Vgl. Geelhoed 1993, p. 51; Peters 1994, p. 143-144; Degenkamp 2006, p. 321.

26 Uiteraard kan ook de overheid via bijv. het ministerie van Justitie deze taak oppakken maar mede gezien het onderwerp lijkt een breder samengesteld samenwerkingsverband van ontwerpers, zoals het POR, beter geschikt.

27 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1 p. 14, waarover o.a. Giesen 2005b, p. 476.

28 Collins 1999, p. 220, vraagt zich ook af of voor bepaalde vormen van zelfregulering, zoals de markt van ‘future contracts’, privaatrechtelijke of publiekrechtelijke regels wel zinvol zijn, maar concludeert toch dat bepaalde regels, gericht op het instandhouden van het vertrouwen en dus van het zelfreguleringssysteem als zodanig, nodig kunnen zijn.

29 Overigens, de tuchtrechtspraak van accountants, voorheen typisch een terrein dat van zelfregulering afhankelijk was, wordt nu ingekaderd in een specifieke, daarop toegesneden wet (als waarborg tegen Enron-achtige schandalen).

trokkenen aan de primaire regels (ik denk hierbij, in HARTS termen, aan een ‘rule of recognition’ en een ‘rule of adjudication’). Daarnaast zouden procedurele normen vastgelegd kunnen worden inzake de invloed op de rechtsontwikkeling van die primaire regels (via een ‘rule of change’).³⁰ Ook over handhaving en mogelijke vormen van geschilbeslechting zal een richtlijn opgenomen moeten worden, zo lijkt het.

Op hoofdlijnen zullen die eventueel nog te formuleren Aanwijzingen dan ongeveer hierop neerkomen dat:

– er een (keuze)systeem aangeboden wordt met de mogelijke procedures om op hoofdlijnen de wijze en mate van binding van betrokkenen (en eventueel derden) aan de materieel-inhoudelijke, primaire normen vast te kunnen leggen.³¹

Diverse opties kunnen daarbij via dat keuzemenu aangereikt worden. Er kan bijvoorbeeld een procedure opgenomen worden die gevolgd zou kunnen worden, indien gewenst, om de wetgever de regels achteraf te kunnen laten ‘goedkeuren’.³² Ook kan er een procedurevorm beschreven worden waarmee partijen samen tot afspraken zouden kunnen komen of waarmee die partijen het aan de rechter laten om te bepalen, mocht de vraag zich ooit voordoen, hoe ‘doorwerking’ van de alternatieve regelgeving eventueel geschieden kan. Bij dit alles geldt als uitgangspunt dat wat de groep betrokkenen zelf als procedure aanvaardt en als regel benoemt, ook rechtens is voor die groep (een brede ‘rule of recognition’ dus).

– er tevens een (keuze)systeem aangeboden wordt met de mogelijke procedures om op hoofdlijnen vast te kunnen leggen of in welke mate de gemaakte afspraken rechtsvormend mogen of zelfs moeten zijn en hoe het proces van rechtsvorming dan zijn beslag kan of moet krijgen (via een ‘rule of change’).

Ik kan me voorstellen dat de alternatieve regelgevers nadenken over vragen als: is voor rechtsvorming de interne geschilbeslechter (zie hierna) bedoeld of is er in deze een rol weggelegd voor de civiele rechter? Mogelijke antwoorden daarop zouden als eventueel te volgen procedurele stappen kunnen worden opgenomen. Zo zou bijvoorbeeld een eventueel als geschilbeslechter aangewezen orgaan eveneens als ‘herziener’ van de alternatieve regelgeving kunnen opereren, indien gewenst.³³

– er enige mogelijke handhavingsmechanismes en enige vormen van sanctieering, opnieuw ter vrije keuze, worden aangeboden voor de gevallen van niet-naleving, inclusief de mogelijkheid om een orgaan aan te wijzen dat zich hierover bekommeren kan als ‘conflictoplosser’ en ‘sanctieoplegger’ (‘rules of adjudication’).

30 Over die subtypen Hart 1994, p. 94-98, en verder Harris 1980, p. 109-113, en Smith 2005, p. 131.

31 Vgl. de expliciet geuite wens t.a.v. rechtersregelingen van Snijders 2001, p. 29.

32 Wellicht, na eventuele aanpassing en afstemming van die instrumenten, via een soort algemeenverbindendverklaring (vgl. art. 15.36 Wet Milieubeheer) of een soort ‘standaardregeling’ (vgl. art. 6:214 BW).

33 Waaraan Scott 2006, p. 142, nog zou toevoegen een regeling, via een keuzemenu, inzake de verantwoordelijkheid van de zelfregulerende instantie. Het idee van keuzemenu’s ontleen ik aan Van Bijnen 2005.

Op alle elementen uit de alternatieve regelgeving kan derhalve, indien men daarvoor kiest, worden toegezien door een (particuliere of overheids) geschilbeslechter die eventueel ook sancties mag opleggen. Ook hierover worden Aanwijzingen opgesteld, liefst weer met enige keuzemogelijkheden, bijvoorbeeld aangaande de intensiteit van het toezicht en de sanctionering, en inclusief enkele procedurele voorschriften.³⁴ De eventueel aangewezen geschilbeslechter, en zeker de civiele rechter, houdt daarbij rekening met de procedurele afspraken zoals die gemaakt zijn als ze gemaakt zijn, en laat deze meewegen bij zijn oordeel. Dat betekent echter niet dat het volgen van de Aanwijzingen op zichzelf beslissend kan zijn, de rechter behoudt ruimte voor een afwijkend oordeel.

– er tevens een (keuze)systeem aangeboden wordt om op hoofdlijnen vast te kunnen leggen hoe er omgegaan kan of moet worden met beslissingen van geschilbeslechters binnen een zelfreguleringsproject voor het geval die beslissing (alsnog) voor de civiele rechter aangevallen wordt.

Aansluiten bij de regeling dienaangaande inzake het bindend advies (art. 7:904 BW), of inzake arbitrale vonnissen (art. 1065 Rv³⁵), of bij de wijze waarop omgegaan wordt met tuchtrechtelijke oordelen, naar keuze van de desbetreffende private regelmakers, lijkt dan voor de hand te liggen.³⁶

Dit palet is uiteraard lang niet volledig.³⁷ Het voert ook te ver die volledigheid hier na te streven. Ik herhaal hier enkel nog dat het steeds om procedurele richtlijnen gaat, om het aanreiken van mogelijkheden die gevolgd zouden kunnen worden (als kader of als baken) om de totstandkoming van alternatieve regelgeving eenvoudiger te maken, zonder dat daarmee een eventuele toetsing achteraf ingeperkt wordt.

34 Voor de verdere inhoud van de eventueel te maken procedurele afspraken zou afgestemd kunnen worden op de onderwerpen die geregeld zouden moeten worden als het gaat om geschilbeslechting in consumentenzaken in Europa, zie Aanbeveling 98/257 van de commissie inzake de zeven principes waaraan geschilbeslechting in consumentenzaken zou moeten voldoen (zie COM (1998) 198 def, alsmede de mededeling van de commissie van 4 april 2001, COM (2001) 161 def, p. 4). Het betreft onafhankelijkheid, doorzichtigheid, hoor en wederhoor, doeltreffendheid, wettigheid, vrijheid en vertegenwoordiging. Aansluiting zou verder nog gezocht kunnen worden bij de procedureregels voor arbitrage. Ook die regeling is in de kern immers een vorm van regulering van hetgeen tussen private partijen qua geschilbeslechting eventueel gelden zal.

35 Waarover recent nog (vooral inzake art. 1065 sub d Rv) HR 22 december 2006, *RvdW* 2007, 27.

36 De vraag kan ook luiden of we deze tweede toetsing bij de civiele rechter niet helemaal zouden moeten uitsluiten. Dat kan echter slechts als de resterende waarborgen voldoende zijn in de zin van art. 6 EVRM (want anders is ten onrechte iemands toegang tot de rechter geblokkeerd), hetgeen niet eenvoudig te construeren zal zijn. Black 1996 noemt dit 'constitutionalizing self-regulation', de alternatieve regelgeving krijgt een grondwettelijke inbedding. Opmerking verdient nog dat het aanhaken bij de marginale toets van art. 7:904 BW minder voor de hand ligt waar het de vraag betreft of een gedragsnorm geschonden is (dat lijkt meer op een tuchtrechtelijk oordeel), maar dat aanhaken ligt juist wel voor de hand indien we de kwestie bezien vanuit de private geschilbeslechter. Diens oordeel moet immers niet al te eenvoudig terzijde gesteld kunnen worden, omdat deze anders geen gezag meer zal kunnen doen gelden.

37 Ik denk bijv. nog aan richtlijnen inzake de mate van representativiteit die nodig is om groepen te kunnen binden.

7. Afronding

Het voorgaande heeft duidelijk gemaakt dat de focus komt te liggen op het *proces* van alternatieve regelgeving, op de wijze waarop die vorm van regulering plaatsvindt en aan verandering onderhevig kan zijn. Dat betekent ook dat de aandacht niet gericht wordt op de inhoud van de alternatieve regelgeving en op de materiële normen. Het is echter de vraag – die vraag is terecht al eerder gesteld¹ – of we niet vooral over de inhoud zouden moeten spreken. Is de meest wezenlijke vraag niet deze of de op een bepaald terrein toegepaste zelfreguleringsnormen wel de juiste, eerlijkste of meest rechtvaardige normen zijn (waarbij ik nu graag in het midden laat aan welke maatstaf we dan zouden moeten toetsen)?

Echter, omdat het procedurele kader van alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen nog te weinig ontwikkeld is, is het mijns inziens van belang om in eerste instantie wel die procedurele kant van de zaak uitvoerig te belichten.² Het is vervolgens te hopen dat, voortbouwend op de dan bereikte procedurele duidelijkheid, op niet al te lange termijn de overstap gemaakt kan worden naar de inhoud van de private regels, maar zolang dat niet kan, moeten we vooral letten op de randvoorwaarden.

De voor de hand liggende tegenwerping dat we alternatieve regelgeving niet moeten ‘vervuilen’ met procedurele voorschriften, is begrijpelijk. Naar mijn mening is er echter geen weg meer terug.³ Immers, alternatieve regelgeving is een belangrijke aanvulling op wat we aan ‘recht’ hebben, het is als maatschappelijke realiteit ongetwijfeld een blijvend verschijnsel, en hoe populairder alternatieve regelgeving wordt, hoe hoger de eisen komen te liggen die daaraan gesteld worden. Gezien de consequenties die alternatieve regelgeving met zich brengt, is dat ook logisch.

Het gevolg van het introduceren van nadere richtlijnen is wel dat de eisen aan alternatieve regelgeving min of meer gelijk gaan lopen aan die welke we stellen aan wetgeving.⁴ Zorgvuldigheid, kenbaarheid, eenduidigheid, transparantie (openbaarheid) en waarborgen om alle belangen recht te doen, is wat geëist

1 Zie vooral Katz 1996, p. 1755 e.v. en m.n. p. 1756: ‘Once jurisdiction is settled, the substantive work of lawmaking remains to be done’.

2 Volgens Katz 1996, p. 1762, volgt uit de sociale normen van de wetenschappelijke gemeenschap dat een wetenschapper zich over het algemeen primair zal richten op de publieke kant van de zaak (hier: het incorporeren van alternatieve regelgeving in het rechtssysteem als geheel) en niet of slechts in tweede instantie op de private kant van de zaak (het daadwerkelijk ontwikkelen van goede specifieke normen voor specifieke gevallen).

3 Overigens hebben we al sinds jaar en dag de Wet van 25 mei 1937, tot het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, *Stb.* 1937, 801, waarmee zelfregulering ook al nader gereguleerd wordt.

4 Over die eisen kort Van Schooten-van der Meer 1997, p. 17, en Van Kreveld 2006, p. 187.

wordt;⁵ de motivering moet voldoende stevig zijn,⁶ en geschillenregelingen dienen aan de eisen voor een behoorlijk proces te voldoen.⁷ Als gezegd, min of meer dezelfde maatstaven leggen we aan bij wetgeving en bij rechtspraak. Als dat inderdaad het geval is, dan zullen we de eisen die we zouden kunnen of willen stellen, wel (lieft tevoren) moeten expliciteren, bijvoorbeeld in de Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving.

Tot de kern teruggebracht, gaat het erom het gemis aan democratische legitimatie inzake materiële normstelling te compenseren via de regulering van het proces van totstandkoming, en zodoende tevens via de kwaliteit van de normen.⁸ Daarmee verliest alternatieve regelgeving uiteraard wel een deel van zijn competitieve voorsprong (verlies aan flexibiliteit) en gaat zelfregulering iets meer op wetgeving lijken, maar dat is mijns inziens aanvaardbaar.

In hoeverre echte democratische legitimatie (langs de gebruikelijke constitutionele lijnen) in de huidige geglobaliseerde wereld nog werkelijk mogelijk is, wordt door SCHEPEL wel betwijfeld.⁹ Zijn oproep om de plek en het belang van 'standards' niet te ontkennen en om de legitimiteit ervan te erkennen, lijkt passend voor meer vormen van alternatieve regelgeving, maar lijkt (alsnog?) het afscheid van het 'schema wetgeving-rechtspraak' (par. 3.2) in te luiden.

Immers, en dat is de positieve keerzijde daarvan, zodoende krijgt diezelfde alternatieve vorm van regulering ook een (steviger) plaats 'in de eenheid van een rechtsorde', waardoor die rechtsorde meteen (extra) beschermd is tegen de invloed ervan.¹⁰

Toegegeven, de private regelgeving wordt misschien enigszins beperkt qua bereik en autonomie, omdat via de AvdAR een beoordelingskader wordt gesteld voor bijvoorbeeld de bindende kracht.¹¹ Bovendien mag van dat kader ook enige 'uitstralende werking' worden verwacht op alternatieve regelgeving die de AvdAR niet volgt (hetgeen, nogmaals, vrij staat). Het uiterste gevolg van één en ander kan dan inderdaad zijn dat alternatieve regelgeving meer naast 'gewone' wetgeving komt te staan als een gelijksoortig, misschien wel gelijk-

5 Prins 2006, p. 1677; Polak 1986, p. 214; Van Heffen-Oude Vrielink/Branden 2004, p.43; Leenen/Gevers 2000, p. 182 en Leenen/Gevers/Biesart 2002, p. 15. Vgl. ook Ruess 2003, p. 225. Black 1996, p. 55, spreekt over 'constitutionalising self regulation'. Ter illustratie, twee berichten: over de kantonrechtformule wordt gezegd dat deze leeftijdsdiscriminatie in de hand werkt. De Commissie Gelijke Behandeling is gevraagd zich erover uit te spreken. En de stichting Code Geneesmiddelenreclame is niet actief genoeg in haar toezicht. Zie *NJB* 2006, p. 1674 en p. 1727.

6 Zie bijv. Hoogenraad 2005, p. 276. Overigens zullen al deze factoren ook een rol spelen, althans moeten spelen, in de rechtspraak als het gaat om de afweging tot welke mate van binding of rechtsvorming de alternatieve regelgeving kan leiden.

7 Vgl. par. 6.3 en bijv. Polak 1986, p. 214.

8 Vgl. Hirsch Ballin 1999, p. 28. Ook Strömholm 1971, p. 255, pleit voor het zoeken naar minimumnormen waaraan private regelgeving moet voldoen. Dat het proces in deze van belang is, 'Legitimation durch Verfahren', ziet ook Teuben 2004, p. 110. Vgl. tevens expliciet Schepel 2005, p. 413.

9 Zie Schepel 2005, p. 403, alsmede p. 406 en 407.

10 Lindahl 2005, p. 1892. In die zin ook Schepel 2005, p. 414: zowel publiek- als privaatrechtelijke mechanismen moeten bijdragen aan de constitutionalisering van 'private governance'.

11 Lindahl 2005, p. 1892.

waardig alternatief. Dat is echter geen probleem als er in voldoende mate rekening gehouden wordt met de specifieke karaktertrekken van alternatieve regelgeving, en dat kan nog steeds, ook als er AvdAR zouden bestaan. Dit alles betekent wel dat dé uitdaging voor de komende periode gelegen is in het vinden van de juiste (wijze van) regulering van alternatieve regelgeving.¹²

12 Zie Black 2001, p. 104, en vgl. verder bijv. Schepel 2005, p. 29 e.v., en Walker 2006, p. 346.

Literatuurlijst

Adams 2006

M. Adams, Heden en verleden in de rechtspleging, Rechtsvergelijkende en rechtstheoretische beschouwingen over de precedent- en zwaartekracht van rechterlijke uitspraken, *RM Themis* 2006/3, p. 106 e.v.

Adviescommissie Bpr 2006

Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, Reactie op het eindrapport van het driemanschap 'Uitgebalanceerd' (2006), *TCR* 2006/3, p. 68 e.v.

Ahrne/Brunsson

G. Ahrne, N. Brunsson, Soft Regulation from an Organizational Perspective, in: U. Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar: Cheltenham, UK 2004, p. 171 e.v.

Åkermark 2004

S.S. Åkermark, Soft law and International Financial Institutions, in: U. Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar: Cheltenham, UK 2004, p. 61 e.v.

Asser 2005

W.D.H. Asser, Over rechtsvorming door de Hoge Raad, *AA* 2005, p. 223 e.v.

Asser/Groen/Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans*. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, BJu: Den Haag 2003

Asser/Groen/Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd*. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, BJu: Den Haag 2006

Asser-Hartkamp 4-II

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Verbintenissenrecht Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Kluwer: Deventer 2005

Asser-Hartkamp 4-III

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Neder-

lands burgerlijk recht. *Verbintenissenrecht Deel III. De verbintenis uit de wet*, Kluwer: Deventer 2006

Asser Procesrecht (Veegens/Korthals Altes/Groen)

D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Asser-serie Procesrecht, 4^e druk, bewerkt door E. Korthals, H.A. Groen, Kluwer: Deventer 2005

Asser-Scholten 1974

P. Scholten, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Algemeen Deel*, 3^e druk, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1974

Asser-Vranken 2005

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Algemeen deel. Een vervolg*, Kluwer: Deventer 2005

Baarsma e.a. 2003

B. Baarsma (e.a.), *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, SEO-rapport nr. 664, SEO: Amsterdam 2003

Baarsma e.a. 2004

B. Baarsma (e.a.), *Goed(koop) geregeld: Een kosten/baten analyse van wetgeving en zelfregulering*, SEO-rapport nr. 720, SEO: Amsterdam 2004

Bachmann 2003

G. Bachmann, *Privatrecht als Organisationsrecht*, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002*, Richard Boorberg Verslag: Stuttgart 2003, p. 9 e.v.

Bagley/Revesz 2005

N. Bagley, R.L. Revesz, *OMB and the Centralized Review of Regulation*, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper Nr. 05-16, New York University School of Law, <http://ssrn.com/abstract=786486>

Barbou des Places 2006

S. Barbou des Places, *Self-Regulation and the Professions: A Perspective from Regulatory Competition Theory*, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 213 e.v.

Barendrecht 1998

J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1998

Barendrecht 1999

J.M. Barendrecht, *Verenigbare en onverenigbare belangen: onderhandelingen in de letselschadepraktijk en de onvervulde behoefte aan normen*, in: T. Hartlief (e.a.), *Het belang van de dader*, Lelystad 1999, p. 77 e.v.

Barendrecht 2000

J.M. Barendrecht, Rechtsvorming naar behoefte, *NJB* 2000, p. 690 e.v.

Barendrecht c.s. 2004

J.M. Barendrecht, C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga, I.N. Tzankova, *Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend?*, BJu: Den Haag 2004

Barendrecht 2005

J.M. Barendrecht, Wat als de civiele kamer van de Hoge Raad er niet meer zou zijn?, *AA* 2005, p. 335 e.v.

Barendrecht c.s. 2006

M. Barendrecht, P. Kamminga, C. van Zeeland, *Gedragscode Behandeling Letselschade. Goede praktijken bij het regelen van schade*, Tilburg 2006

Barendrecht/Van Zeeland 2007

J.M. Barendrecht, C.M.C. van Zeeland, Precies procesrecht of kaders met kansen, *NJB* 2007, p. 2 e.v.

Bartels/Kroeze 1993

S. Bartels, M. Kroeze, Zelfregulering is volwassen gedrag, Interview met mr. W.R. van Alpen de Veer, *AA* 1993, p. 620 e.v.

Bartman 2004

S.M. Bartman, De Code-Tabaksblad; een juridisch lichtgewicht, *Ondernemingsrecht* 2004/4, p. 123 e.v.

Bauw 2006

E. Bauw, Rechterlijke terugkoppeling door middel van de wetgevingsadviesring van de Raad voor de rechtspraak, *RegelMaat* 2006/6, p. 203 e.v.

Bender 2006

D.J. Bender, Kantonrechtformule ter discussie?, *NJB* 2006/40, p. 2299 e.v.

Van den Berg 2002

P.A.J. van den Berg, De paradox van de codificatie: over de gevolgen van codificatie in Europa voor de rechtsvinding, *RM Themis* 2002/4, p. 195 e.v.

Ten Berge 2004

J.B.J.M. ten Berge, De wetgever en gedragscodes, *NTB* 2004/1, p. 19 e.v.

Berger 2001

K.P. Berger, The Principles of European Contract Law and the concept of 'Creeping Codification' of law, *ERPL* 2001, p. 21 e.v.

Van Beukering-Rosmuller 2006

E.J.M. van Beukering-Rosmuller, Imprévision en zelfregulering, *NTBR* 2006/6, p. 40 e.v.

Biesart/Gevers 1999

M.C.I.H. Biesart, J.K.M. Gevers, *Richtlijnen medisch handelen in juridisch perspectief*, AMC: Amsterdam 1999

Van Bijnen 2005

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. UvT, BJu: Den Haag 2005

Black 1996

J. Black, Constitutionalising Self-Regulation, *The Modern Law Review* 1996, p. 24 e.v.

Black 1997

J. Black, *Rules and Regulators*, Clarendon Press: Oxford 1997

Black 2001

J. Black, Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World, 54 *Current Legal Problems* 2001, p. 103 e.v.

Black 2004

J. Black, Law and Regulation: The Case of Finance, in: C. Parker (e.a.), *Regulating Law*, Oxford University Press: New York 2004, p. 33 e.v.

Bol/Lodder 2005

S.H. Bol, A.R. Lodder, Het beëindigen van mediation door een der partijen: een afgebroken onderhandeling?, *WPNR* 6620 (2005), p. 374 e.v.

Boogers e.a. 2006

M. Boogers, T. Brandsen, P.W. Tops, *Rampen, regels, richtlijnen. De status van informele regelgeving op het gebied van rampenbestrijding*, 2^e druk, Pijnenburg uitgevers: Dongen 2006

Van Boom 2003

W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, BJu: Den Haag 2003

Van Boom 2005

W.H. van Boom, Een uiting van maatschappelijke betrokkenheid, *AV&S* 2005/2, p. 60 e.v.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort*, BJu: Den Haag 2006

Van Boom/Giesen 2001

W.H. van Boom, I. Giesen, Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen, *NJB* 2001/34, p. 1675 e.v.

Borgers 2003

M.J. Borgers, Wetshistorische interpretatie inde strafrechtspraak, in: M.S. Groenhuijsen (e.a.) (red.), *Glijdende schalen. Liber Amicorum J. de Hullu*, WLP: Nijmegen 2003, p. 51 e.v.

Bouchez 2006

L.B. Bouchez, The OECD Principles of Corporate Governance, *Ondernemingsrecht* 2006/10-11, p. 378 e.v.

Boukema 1991

C.A. Boukema, Civielrechtelijke gevolgen van de SER-fusiecode, in: *Qui bene distinguit bene docet, Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan S. Gerbrandy*, Gouda Quint: Arnhem 1991, p. 39 e.v.

Bouwes 2005

M. Tj. Bouwes, Harmonisatie van het burgerlijk recht door de achterdeur. Een Common Frame of Reference, *NJB* 2005/18, p. 944 e.v.

Brenninkmeijer 2005

A. Brenninkmeijer, Nakoming van rechtsnormen: tussen orde en chaos, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Kluwer: Deventer 2005, p. 215 e.v.

Brenninkmeijer 2006

A. Brenninkmeijer, Goed bestuur, *NJB* 2006/40, p. 2283

BRTF 2002

C. Haskins (e.a.), *Alternatives to State Regulation*, Better Regulation Task Force, London 2000

Buijsen 2000

M.A.J.M. Buijsen, Schade door gebrekkige medische protocollen, *NTBR* 2000/2, p. 57 e.v.

Cafaggi 2005

F. Cafaggi, Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés, *Revue Internationale de Droit Economique* 2005/2, p. 111 e.v.

Cafaggi 2006

F. Cafaggi, Rethinking Private Regulation in the European Regulatory Space, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 3 e.v.

Cane 1987

P. Cane, Self Regulation and Judicial Review, 6 *Civil Justice Quarterly* 1987, p. 324 e.v.

Chalmers 2006

D. Chalmers, The Government and Citizenship of Self-Regulation, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 161 e.v.

Choi/Gulati 2006

S. Choi, G. Mitu Gulati, Contract as statute, 104 *Michigan L. Review* 1129 (2006), p. 1129 e.v.

Commissie-Borghouts 2004

Commissie tegemoetkoming bij rampen en calamiteiten, *Solidariteit met beleid*, Den Haag 2004

Commissie Deetman 2006

Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag 2006

Collins 1999

H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford University Press: New York 1999

Cousy 2002

H. Cousy, Een 'indicatieve tabel' voor de evaluatie van menselijke schade, *AV&S* 2002, p. 156 e.v.

Cuijpers 2004

C. Cuijpers, *Privacyrecht of privaatrecht?*, diss. UvT, WLP: Nijmegen 2004

Das 2004

M. Das, Geldt de Code? *Ondernemingsrecht* 2004/4, p. 126 e.v.

Davids 2006

W.J.M. Davids, Communicatie tussen wetgevende en rechterlijke macht, *NJB* 2006/39, p. 2237 e.v.

Degenkamp 2006

J. Th. Degenkamp, Wat moet hoeft lang niet altijd, *NJB* 2006/6, p. 321

Dekker 2005

B.P. Dekker, De (politieke) problemen van het schaderegelingsproces, *VR* 2005/2, p. 37 e.v.

Van Dijck 2006

G. van Dijck, *De faillissementspauliana. Revisie van een relict*, diss. UvT, WLP: Nijmegen 2006

Dijkhoff e.a. 2006

K. Dijkhoff, W. Keukens, S. Reynaers, De Hoge Raad en zelfregulering in het privaatrecht, *AA* 2006, p. 9 e.v.

Donner 1993

J.P.H. Donner, De relativiteit van zelfregulering, in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, J.A.F. Peters, *Overheid en zelfregulering*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 155 e.v.

Dorbeck-Jung 1993

B.R. Dorbeck-Jung, Wettelijk geconditioneerde zelfregulering; symbolisch concept of instrument met gevolgen?, in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, J.A.F. Peters, *Overheid en zelfregulering*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 141 e.v.

Dorbeck-Jung/Van Heffen-Oude Vrielink 2005

B. Dorbeck, M. van Heffen-Oude Vrielink, Do legal rules based on self-regulation affect the behaviour of doctors?, in: N. Zeegers, W. Witteveen, B. van Klink, *Social and Symbolic Effects of Legislation Under the Rule of Law*, Studies in Political Science, vol. 23, Edwin Mellen Press: UK 2005, p. 203 e.v.

Dorbeck-Jung/Oude Vrielink-van Heffen 2006

B. Dorbeck-Jung, M. Oude Vrielink-van Heffen, Conclusies: Lessen over bruikbare overheidsregulering, Themanummer *RdW* 2006, p. 177 e.v.

Dresden 2004

M.J. Dresden, *Algemeenverbindendverklaring van overeenkomsten in het milieubeleid*, diss. UvA, Sdu: Den Haag 2004

Van Driel 1989

M. van Driel, *Zelfregulering. Hoog opspelen of thuisblijven*, diss. UU, Kluwer: Deventer 1989

Drion 2006

C.E. Drion, De advocaat tussen professie en profijt, *NJB* 2006/38, p. 2167

Edgeworth 2003

B. Edgeworth, *Law, Modernity, Postmodernity, legal change in the contracting state*, University of New South Wales, Australia 2003

Eijlander 1993

Ph. Eijlander, *De wet stellen, Beschouwingen over onderwerpen van wetgeving*, diss. KUB, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993

Eijlander 1993a

Ph. Eijlander, Zelfregulering en wetgevingsbeleid, in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, J.A.F. Peters, *Overheid en zelfregulering*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 129 e.v.

Eijlander 1994

Ph. Eijlander, Zelfregulering in soorten en maten, in: Ph. Eijlander (e.a.)(red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994, p. 92 e.v.

Eijlander 2000

Ph. Eijlander, *De verbindende wetgever*, Oratie KUB, BJU: Den Haag 2000

Eijlander/Gilhuis/Peters 1993

Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, J.A.F. Peters, Overheid en zelfregulering, in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, J.A.F. Peters, *Overheid en zelfregulering*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 1 e.v.

Eijlander/Voermans 1999

Ph. Eijlander, W. Voermans, *Wetgevingsleer*, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 1999

Eijlander/Van Gestel et al 2000

Ph. Eijlander (e.a.), Perspectieven op wetgeving. Een beeld van onderzoek naar alternatieven voor en in wetgeving, *RegelMaat 2000/2*, p. 68 e.v.

Engelhard/Van Maanen 2005

E.F.D. Engelhard, G.E. van Maanen, Phelps v Hillingdon London Borough Council (2001) 2 AC 619, *NTBR 2005/6*, p. 267 e.v.

Van Erp 2005

J. van Erp, Motieven voor naleving van regelgeving: recente gedragswetenschappelijke inzichten, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Kluwer: Deventer 2005, p. 15 e.v.

Van Erp/Verberk 2004

J.G. van Erp, S. Verberk, Private normstelling: alternatief voor publieke regulering? *Bestuurskunde 2004/5*, p. 216 e.v.

Van Esch 2000

R.E. van Esch, Regulering van privacy in e-commerce, *P&i* 2000/4, p. 158 e.v.

Evers 1998

G.J.M. Evers, Internationalisering door middel van zelfregulering. Het (inter)nationaal gebruik van normalisatie en certificatie, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, W.E.C.A. Valkenburg, *Het recht van Europa?*, Koninklijke vermande: Lelystad 1998, p. 87 e.v.

Evers 2002

G.J.M. Evers, *Blind vertrouwen? Een onderzoek naar de toepassing van certificatie ten dienste van de handhaving van wettelijke voorschriften*, BJU: Den Haag 2002

Ferrarini 2005

G. Ferrarini, Contract Standards and the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID), *ERCL* 2005/1, p. 19 e.v.

Fokker 2004

J.P. Fokker, Europa en reclame, in: G.J.M. Corstens (e.a.) (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht. Opstellen aangeboden aan mr. W.E. Haak*, Kluwer: Deventer 2004, p. 279 e.v.

Fon/Parisi 2003

V. Fon, F. Parisi, Stability and change in international customary law, George Mason Law & Economics Research Paper No. 03-21 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=399960>

Franken 2002

H. Franken, Zelfregulering door rechters, *RM Themis* 2002/6, p. 305-306

Freeman 2000

J. Freeman, The private role in public governance, *75 N.Y.U. L. Review* 543 (2000), p. 543 e.v.

Frenk 2006

N. Frenk, Definitieve afwikkeling van de DES-zaak in zicht, *AV&S* 2006, p. 149 e.v.

Friedman 1979

D. Friedman, Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case, *Journal of Legal Studies* 1979/8, p. 399 e.v.

Frieling 2002

K. Frieling, Zitten arresten van de Hoge Raad in de weg?, *WPNR* 6498 (2002), p. 538 e.v.

Geelhoed 1993

L.A. Geelhoed, Deregulering, herregulering en zelfregulering, in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis, J.A.F. Peters, *Overheid en zelfregulering*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 33 e.v.

Van Gestel 2000

R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven*, diss. KUB, BJU: Den Haag 2000

Van Gestel/Hertogh 2006

R.A.J. van Gestel, M.L.M. Hertogh, *Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie*, WODC: Tilburg/Groningen 2006

Giard 2005

R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, diss. Leiden, BJU: Den Haag 2005

Giesen 1999

I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Tjeenk Willink: Deventer 1999

Giesen 2001

I. Giesen, Normering van schadevergoeding in Engeland: een les voor Nederland?, *NJB* 2001/3, p. 120 e.v.

Giesen 2002

I. Giesen, De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen, *WPNR* 6494 (2002), p. 447 e.v.

Giesen 2003

I. Giesen, Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling, in: W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Sdu: Den Haag 2003

Giesen 2004

I. Giesen, Codificatie en dynamiek in het schadevergoedingsrecht, in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *Codificatie en dynamiek*, BJU: Den Haag 2004, p. 139 e.v.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer 2005

Giesen 2005a

I. Giesen, *Handle with care!*, Oratie UU, BJU: Den Haag 2005

Giesen 2005b

I. Giesen, Fundamentele ontwikkelingen in de rechtspleging, *NJB* 2005/9, p. 471 e.v.

Giesen 2006

I. Giesen, 'Balans'-lezen. Reflecteren over sanctionering en zelfregulering naar aanleiding van het Eindrapport van de commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, *TCR* 2006/4, p. 103 e.v.

Giesen/Kamminga/Barendrecht 2001

I. Giesen, P. Kamminga, M. Barendrecht, Normering van schadevergoeding voor arbeidsongevallen en beroepsziekten: over draagvlak, differentiatie en smartengeld, in: M. Faure, T. Hartlief (red.), *Schade door ongevallen en nieuwe beroepsziekten*, BJu: Den Haag 2001, p. 131 e.v.

Giesen/Vranken 2004

I. Giesen, J.B.M. Vranken, Uitleiding: de eerste bevindingen, in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *Codificatie en dynamiek*, BJu: Den Haag 2004, p. 221 e.v.

Giesen/Schelhaas 2006

I. Giesen, H.N. Schelhaas, Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR), *AA* 2006, p. 159 e.v.

Gijrath 2006

S.J.H. Gijrath, *Interconnection Regulation and Contract Law*, deLex: Amstelveen 2006

Gilhuis 1993

P.C. Gilhuis, Zelfregulering en het milieu, in: Ph. Eijlander (e.a.) (red.), *Overheid en zelfregulering*, Tjeenk Willink: Zwolle 1993, p. 71 e.v.

Glasbergen 1999

P. Glasbergen, Milieusturing op maat. Over de karakteristieken en relevantie van het co-venanting proces, *Bestuurswetenschappen* 1999, p. 4 e.v.

Gommer 2007

H. Gommer, De mythe van de trias, *AA* 2007, p. 21 e.v.

Griffiths 2005

J. Griffiths, Wat is rechtssociologie?, in: J. Griffiths, H. Weyers (red.), *De sociale werking van recht. Een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, 4^e druk, AAL: Nijmegen 2005

Griffiths/Weyers 2005

J. Griffiths, H. Weyers (red.), *De sociale werking van recht. Een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie*, 4^e druk, AAL: Nijmegen 2005

Groenewegen 2006

F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming*, diss. UvA, BJu: Den Haag 2006

Groenhuijsen 2004

M.S. Groenhuijsen, Codificatie en dynamiek in het strafrecht, in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *Codificatie en Dynamiek*, BJu: Den Haag 2004, p. 167 e.v.

Groenhuijsen 2004a

M.S. Groenhuijsen, 'Uitvoeringsmaatregelen', in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *Codificatie en Dynamiek*, BJu: Den Haag 2004, p. 201 e.v.

De Groot 2006

G.R.J. de Groot, Standaarden, richtlijnen en protocollen in de gezondheidszorg. Een juridisch schemergebied, in: J. van Duijvendijk-Brand (e.a.) (red.), *Variatie in cassatie*, Kluwer: Deventer 2006, p. 107 e.v.

Hagoort 1988

G. Hagoort, Ter introductie, in: G. Hagoort (red.), *Zelfregulering. Een alternatief voor wetgeving?*, Hagoort: Utrecht 1988, p. 5 e.v.

Haak 2000

W.E. Haak, Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid, *NJB* 2000, p. 713 e.v.

De Haan 1999

P. de Haan, *Recente ontwikkelingen in de verhouding publiek-/privaatrecht*, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen: Amsterdam 1999

Haazen 2006

O.A. Haazen, Precedent in The Netherlands, in: J.H.M. van Erp, L.P.W. van Vliet, *Netherlands Reports to the seventeenth International Congress of Comparative law*, Intersentia: Antwerpen-Oxford 2006, p. 33 e.v.

McHarg 2006

A. McHarg, The Constitutional Dimension of Self-Regulation, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 77 e.v.

Van Harinxma thoe Slooten 2006

L.R. van Harinxma thoe Slooten, *Toegang tot het recht in perszaken*, diss. UvT, BJu: Den Haag 2006

Hart 1994

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. (with a new Postscript edited by P.A. Bulloch and J. Raz), Oxford University Press: Oxford 1994

Hartlief/Tjittes 2005

T. Hartlief, R.J. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2005/31, p. 1605 e.v.

Harris 1980

J.W. Harris, *Legal Philosophies*, Butterworth's: London 1980

Van Heffen-Oude Vrielink/Brandsen 2004

M. van Heffen-Oude Vrielink, T. Brandsen, Brancheorganisaties en gedragscodes: de spagaat van zelfregulering, *RdW* 2004/2, p. 31 e.v.

Van der Heijden 2005

P.F. van der Heijden, Bruikbare rechtsorde, of 'over de schutting'?, *NJB* 2005/40, p. 2083

Den Hertog 2003

J.A. den Hertog, *Public and Private Interests in Regulation: essays in the Law & Economics of Regulation*, diss. UU 2003

Hijmans 2002

H. Hijmans, Betrokken nationale en internationale organisaties en instanties, in: R.E. van Esch, J.E.J. Prins, *Recht en elektronische handel*, Kluwer: Deventer 2002, p. 11 e.v.

Hillier/Parker 1997

B. Hillier, G. Parker, *Markt self-regulation and codes of practice. A policy paper by the ministry of consumer affairs*, 1997
<http://www.consumeraffairs.govt.nz/policyandlaw/discussionpapers/selfref.html>

Hirsch Ballin 1999

E.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling*, Lemma: Utrecht 1999

Van Hoek 2006

A.A.H. van Hoek, Private rechtshandhaving, autonome rechtsordes en de EG, in: M.A. Heldeweg (red.), *Rechtsvorming en Governance, Publikaties van de Staatsrechtkring – Staatrechtconferentie 2005*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2006, p. 141 e.v.

Hoge Raad 2005

A.E.M. van der Putt-Lauwers (e.a.) (red.), *Verslag 2003 en 2004 in woord, cijfer en beeld*, Den Haag 2005

Hondius 2005

E.H. Hondius, Precedent in East and West, *Penn State International Law Review* 2005, p. 521 e.v.

Hondius 2006

E. Hondius, Self-Regulation in Consumer Matters on a European Level, in: F. Cafaggi (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 237 e.v.

Hoogenraad 2005

E.H. Hoogenraad, 'Ieder voordeel heb zijn nadeel', De andere zijde van zelfregulering, *IER* 2005/5, p. 276 e.v.

Horrevorts/Van Esch

K. Horrevorts, R. van Esch, *De rol van zelfregulering bij de juridische erkenning van elektronische documenten en elektronische handtekeningen*, Sdu: Den Haag 2003

Huls 1988

N. Huls, Een pragmatische verkenning, in: G. Hagoort (red.), *Zelfregulering. Een alternatief voor wetgeving?*, Hagoort: Utrecht 1988, p. 13 e.v.

Hulsman e.a. 2006

J. Hulsman (e.a.), *Tijd is geld*, Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars, Uitgeverij Kerckebosch: Zeist 2006

Hulst 2002

E.H. Hulst, Een medisch protocol is geen veiligheidsnorm, *NTBR* 2002/9, p. 438 e.v.

ICC 1984

ICC report, *Law and Self-Regulation. A Study Comparing Government Regulation and Self-Regulation as means of Consumer Protection*, Document no 240/166, 1984

Kaspersen e.a. 1999

R. Kaspersen (e.a.), *Contracten van Internetproviders: een adequate basis voor zelfregulering?*, ITeR-reeks, Kluwer: Deventer 1999

Kastelein 2003

W.R. Kastelein, Protocollen en richtlijnen: de juridische opmars van het recht van 'binnen' in het medische aansprakelijkheidsrecht, in: W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Sdu: Den Haag 2003, p. 83 e.v.

Katz 1996

A. Katz, Taking Private Ordering Seriously, 144 *U. Pa. L. Rev.* 1745 (1995-1996), p. 1745 e.v.

Köhne 2000

F.M. Köhne, *Coördinatie van rechtspraak*, diss. KUB, BJU: Den Haag 2000

Koolmees 2005

D.C. Koolmees, Civiele aansprakelijkheid van accountants, *WPNR* 6624 (2005), p. 457 e.v.

Koops e.a. 2006

B.J. Koops (e.a.), *Starting Points for ICT Regulation. Deconstructing Prevalent Policy One-Liners*, T.M.C. Asser Press: The Hague 2006

Kop 2004

M.H. Kop, Beroepsziekten, verjaring en fondsvorming, *Sociaal Recht* 2004/10, p. 340 e.v.

Kornet 2006

N. Kornet, *Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives*, diss. UM 2006

Korthals Altes 2005

E. Korthals Altes, De wereld van J.B.M. Vranken, *WPNR* 6643 (2005), p. 890 e.v. en *WPNR* 6644 (2005), p. 914 e.v.

Van Kreveld 2006

J.H. van Kreveld, Terugkoppelen vanuit de rechtspraak naar de wetgever, *RegelMaat* 2006/6, p. 186 e.v.

Kristen 2004

F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, diss. UvT, WLP: Nijmegen 2004

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Oratie EUR, Kluwer: Deventer 2005

Van Laarhoven 2006

M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen*, diss. UvT, WLP: Nijmegen 2006

Laclé/Meuwese 2006

Z.D. Laclé, A.C.M. Meuwese, *Self-regulation in the Netherlands*, ongepubliceerd manuscript, Leiden, 2006, zie ook http://www.eu-newgov.org/data-lists/deliverables_clusters_detail.asp?Cluster_ID=6

Ladeur 2000

K.H. Ladeur, Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, *RabelsZ* 2000, p. 61 e.v.

De Lange 1999

R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming*, Oratie EUR, AAL: Nijmegen 1999

Latin 1985

H. Latin, Ideal Versus Real Regulatory Efficiency: Implementation of Uniform Standards and “Fine-Tuning” Regulatory Reforms, 37 *Stan. L. Rev.* 1267 (1984-1985)

Lavrijssen-Heijmans 2006

S.A.C.M. Lavrijssen-Heijmans, *Onafhankelijke mededigingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, diss. UvT 2006

Leenen/Gevers 2000

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, *Handboek Gezondheidsrecht Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Bohn Stafleu Van Loghum: Houten/Diegem 2000

Leenen/Gevers/Biesart 2002

H.J.J. Leenen, bewerkt door J.K.M. Gevers, M.C.I.H. Biesart, *Handboek Gezondheidsrecht Deel II. Gezondheidszorg en recht*, Bohn Stafleu Van Loghum: Houten/Diegem 2002

Leijten 1997

M. Leijten, *Grondrechten en handhaving van zelfregulering*, in: H.R.B.M. Kummerling, S.C. van Bijsterveld, *Grondrechten en zelfregulering*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1997

Lindhahl 2005.

H. Lindahl, Privaatrecht is publiekrecht: Vranken en de privatisering van het burgerlijk recht, *NJB* 2005/36, p. 1892 e.v.

Lindhahl 2006

H.K. Lindahl, Zelfregulering: rechtsvorming, democratie en reflexieve identiteit, *RM Themis* 2006/2, p. 39 e.v.

Lindijer 2006

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde*, diss. RuG, Kluwer: Deventer 2006

Lloyd/Freeman 1985

Lord Lloyd of Hampstead, M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 5th ed., London: Stevens & Sons 1985.

Lobel 2005

O. Lobel, The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 07-27, University of San Diego, December 2005 <http://ssrn.com/abstract=723761>

Loos 1996

M.B.M. Loos, Toekomst voor de standaardregeling?, in: J.M. van Buren-Dee, E.H. Hondius, P.A. Kottenhagen-Edzes (red.), *Consument zonder grenzen*, Kluwer: Deventer 1996

Loos 1998

M.B.M. Loos, *De energieleveringsovereenkomst*, diss. UU, Kluwer: Deventer 1998

Lorz 2002

R.A. Lorz, Die Erhöhung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte gegenüber berufsrechtlichen Einschränkungen der Berufsfreiheit, *NJW* 2002, p. 169 e.v.

Loth 2001

M.A. Loth, Rechterlijke samenwerking en rechtsvinding, in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Gouda Quint: Deventer 2001, p. 111 e.v.

Loth 2005

M.A. Loth, Rechtseenheid in veelvoud. Over de toenemende complexiteit van een schijnbaar eenvoudig begrip, *AA* 2005, p. 676 e.v.

LSA 2004

LSA bestuur, Reactie LSA op brief minister Donner aan de Tweede Kamer, *L&S* 2004/3, p. 17 e.v.

Van Luyn/Du Perron 2004

M. van Luyn, C.E. du Perron. *Effecten van de zorgplicht*, Kluwer: Deventer 2004

Mak 2006

E. Mak, De structuur van effectiviteit en onafhankelijkheid, *Trema* 2006/9, p. 373 e.v.

Malsch 1996

M. Malsch, De verhouding tussen deskundige en cliënt: wetgeving en zelfregulering, *RegelMaat* 1996/1, p. 11 e.v.

Marcussen 2004

M. Marcussen, OECD Governance through Soft Law, in: U. Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar: Cheltenham, UK 2004, p. 103 e.v.

Martens 2000

S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, *NJB* 2000, p. 747 e.v.

Mentink 2006

J.H. Mentink, *Veel raad, weinig baat. Een onderzoek naar nut en noodzaak van de Nederlandse Raad voor de Journalistiek*, Ad. Donker: Rotterdam 2006

Mertens 2006

R.F.H. Mertens, *Appartementen. Monografieën BW*, Kluwer: Deventer 2006

Van Mierlo 2004

Th. J.M. van Mierlo, Zelfregulering op de consumentenmarkten zorg en onderwijs: een verkenning, *TvC* 2004/4, p. 125 e.v.

Mörth 2004

U. Mörth, Introduction, in: U. Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar: Cheltenham UK 2004, p. 1 e.v.

Mörth 2004a

U. Mörth, Conclusions, in: U. Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar: Cheltenham UK 2004, p. 191 e.v.

Mulder/Baarsma 2006

J. Mulder, B. Baarsma, Goed(koop) geregeld?. Het gebruik van een kostenbatenmethodiek bij de beoordeling van (zelf)regulering, Themnummer *RdW* 2006, p. 149 e.v.

NCC 2000

National Consumer Council, *Models of Self-Regulation*, NCC: London 2000, http://www.ncc.org.uk/regulation/models_self_regulation.pdf

Nikoltchev 2006

S. Nikoltchev, A European Perspective of Self-Regulation in the Media, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 269 e.v.

Nieuwenhuis 2000

J.H. Nieuwenhuis, De kunst van het zaklopen, *NJB* 2000, p. 687 e.v.

NPP 2006

NPP aanbevelingen Studievertraging en Zelfwerkzaamheid, *PIV-Bulletin*, 2006/9, p. 6 e.v.

Ogus 1995

A. Ogus, Rethinking Self-Regulation, *Oxford Journal of Legal Studies* 1995, p. 97 e.v.

Ogus 2000

A. Ogus, Self-Regulation, in: B. Bouckaert, G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 587 e.v.

Page 1986

A.C. Page, Self-Regulation: The Constitutional Dimension, *Modern Law Review* 1986, p. 141 e.v.

Parker/Braithwaite 2003

C. Parker, J. Braithwaite, Regulation, in: P. Cane, M. Tushnet, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford University Press: Oxford 2003, p. 119 e.v.

Parker e.a. 2004

C. Parker e.a., Introduction, in: C. Parker (e.a.), *Regulating Law*, Oxford University Press: New York 2004, p. 1 e.v.

Peeters 1994

M.G.W.M. Peeters, Marktconforme zelfregulering, in: Ph. Eijlander (e.a.)(red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994, p. 125 e.v.

Peters 1994

J.A.F. Peters, Zelfregulering en organisatievorming, in: Ph. Eijlander (e.a.)(red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994, p. 137 e.v.

Pijnacker Hordijk 2006

E.H. Pijnacker Hordijk, Private handhaving als alternatief voor overheidshandhaving, mede in het licht van overheidsaansprakelijkheid, *O&A*, 2006/1-2, p. 31 e.v.

Philipsen 2003

N.J. Philipsen, *Regulation of and by Pharmacists in the Netherlands and Belgium: An economic Approach*, diss. UM, Intersentia: Antwerpen 2003

Polak 1979

J.M. Polak, Dient verandering te worden gebracht in de wijze van voorberei-

ding en totstandkoming van wetgeving?, in: J.M. Polak, M. Scheltema, *Handelingen 1979 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1, eerste stuk, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1979

Polak 1985

J.M. Polak, *Theorie en Praktijk der rechtsvinding*, AA 1985, p. 734 e.v.

Polak 1986

J.M. Polak, *Aanwijzingen voor zelfregulering?* in: *Bestuur en norm. Bundel opstellen opgedragen aan R. Crinca Le Roy*, Kluwer: Deventer 1986, p. 213 e.v.

Polak 2000

J.M. Polak, *Jaarverslagen en rechterlijke rechtsvorming*, NJB 2000, p. 719

Pontier 1998

J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, 4e druk, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1998

Porter/Ronit 2006

T. Porter, K. Ronit, *Self-regulation as policy process: The multiple and criss-crossing stages of private rule-making*, *Policy Sciences* 2006, p. 41 e.v.

Prins 2006

C. Prins, *Voetbalellende*, NJB 2006, p. 1677

Prosser 2006

T. Prosser, *Self-Regulation, Politics and Law: the Example of the Media*, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 247 e.v.

Raaijmakers 2004

M.J.G.C. Raaijmakers, *Codificatie en dynamiek in het ondernemingsrecht*, in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *Codificatie en dynamiek*, BJu: Den Haag 2004, p. 99 e.v.

Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, *De toekomst van het ondernemingsrecht: back to basics*, AA 2006, p. 792 e.v.

Renckens 2003

M.L.M. Renckens, *Naar een vlottere letselschaderegeling*, VR 2003/6, p. 181 e.v.

Reurich 2005

L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Kluwer: Deventer 2005

Rijnhout 2006

R. Rijnhout, *De aansprakelijkheid van de wegbeheerder bij eenzijdige verkeersongevallen*, Wetenschapswinkel Rechten: Utrecht 2006

Rijkema 2001

P. Rijkema, *Rechttersrecht*, BJu: Den Haag 2001

RMO 2002

Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Bevrijdende kaders. RMO Advies 24*, RMO: Den Haag 2002

Rogmans 1999

B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen. Monografieën Nieuw BW*, 2^e druk, Kluwer: Deventer 1999

De Ru 1984

H.J. de Ru, Georganiseerde regelgeving: organisatierechtelijke kanttekeningen bij deregulering, *Handelingen 1984 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1984, p. 55 e.v.

Ruess 2003

P. Ruess, Das Recht der Werbung zwischen Staats- und Selbstkontrolle, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002*, Richard Boorberg Verlag: Stuttgart 2003, p. 209 e.v.

Rüetschi 2003

D. Rüetschi, Ärztliches Standesrecht in der Schweiz, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002*, Richard Boorberg Verlag: Stuttgart 2003, p. 231 e.v.

Scheltema 2005

M. Scheltema, *Het recht van de toekomst*, Kluwer: Deventer 2005

Scheltema 2006

M. Scheltema, Staatsrecht zonder staat?, *NJB* 2006/4, p. 192 e.v.

Schepel 2005

H. Schepel, *The Constitution of Private Governance, Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon 2005

Van Schooten-van der Meer 1997

J. van Schooten-van der Meer, *Regelvorming in de rechtsstaat*, Twente University Press: Twente 1997

Schroeder 2003

H.P. Schroeder, Die lex mercatoria – Rechtsordnungsqualität und demokratische Legitimation, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002*, Richard Boorberg Verlag: Stuttgart 2003, p. 259 e.v.

Schulz/Held 2004

W. Schulz, T. Held, *Regulated Self-Regulation as a Form of Modern Government*, John Libbey Publishing: UK 2004

Schut 1972

G.H.A. Schut, Wetsnorm en gedragscodes, *RM Themis* 1972, p. 362 e.v.

Schwarcz 1995

S.L. Schwarcz, A fundamental inquiry into the statutory rulemaking process of private legislatures, *29 Ga. L. Rev.* 909 (1994-1995)

Schwarcz 2002

S.L. Schwarcz, Private Ordering, *97 Nw. U. L. Rev.* 319 (2002-2003)

Schwartz/Scott 1995

A. Schwartz, R.E. Scott, The Political Economy of Private Legislatures, *143 U. Pa. L. Rev.* 595 (1994-1995)

Scott 2002

C. Scott, Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance, *29 Journal of Law and Society* 2002, p. 56 e.v.

Scott 2006

C. Scott, Self-Regulation and the Meta-Regulatory State, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 131 e.v.

Senden 2003

L. Senden, *Soft law in European Community Law*, diss. UvT 2003

Senden 2005

L. Senden, Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005, <http://www.ejcl.org/>

Sieburgh 2005

C.H. Sieburgh, Het civiele parket bij de Hoge Raad. Het juiste midden?, *AA* 2005, p. 906 e.v.

Slagter 1988

W.J. Slagter, Zelfregulering als basis voor privaatrechtelijk tuchtrecht, in: H.J.

Snijders (e.a.) (red.), *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, Gouda Quint: Arnhem 1988, p. 91 e.v.

Slawson 1971

W.D. Slawson, Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power, 84 *Harv. L. Rev.* 529 (1970-1971)

Smartengeldgids 2006

M. Jansen (red.), *Smartengeld*, 16^e druk, ANWB: Den Haag 2006

Smith 2005

C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, BJu: Den Haag 2005

Smits 2006

J.M. Smits, Europese integratie in het vermogensrecht, in: *Europese integratie. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2006-I*, Kluwer: Deventer 2006, p. 57 e.v.

Snijders 2001

H.J. Snijders, Rechterlijke samenwerking in het burgerlijk recht; een tussenstand en voorzichtige vooruitblik, in: C.P.M. Cleiren, G.K. Schoep, *Rechterlijke samenwerking*, Gouda Quint: Deventer 2001, p. 15 e.v.

Snijders 2005

W. Snijders, Ongeregeldheden in het vermogensrecht (I), *WPNR* 6607 (2005), p. 79 e.v.

Snijders 2007

W. Snijders, Een blik op het BW, *NJB* 2007/1, p. 10 e.v.

Snyder 2003

D.V. Snyder, Private Lawmaking, 64 *Ohio State Law Journal* 371 (2003)

Soeteman 2006

A. Soeteman, Rechtsfilosofie en rechtstheorie, *AA Katern* 100, p. 5625

Stamhuis 2006

J.N. Stamhuis, *Conflicting Interests in Corporate Regulation*, diss. RuG 2006

Stein/Rueb 2005

P.A. Stein, A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 15^e druk, Kluwer: Deventer 2005

Strömholm 1971

S. Strömholm, "Public" Rule-Making, and "Private": The Swedish Experience, in: *Scandinavian Studies in Law 1971*, Almqvist & Wiksell: Stockholm 1971

Struycken 2007

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. RU, Kluwer: Deventer 2007

Tabaksblat 2004

M. Tabaksblat, Het rapport van de Commissie corporate governance, *Ondernehmensrecht* 2004/4, p. 109 e.v.

Teuben 2004

K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (process)recht*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 2004

De Temmerman/De Kezel 2002

B. de Temmerman, E. de Kezel, Normering in België: de indicatieve tabel, *TVP* 2002, p. 103 e.v.

Timmerman 1997

L. Timmerman, Zelfregulering in de sfeer van het vennootschapsrecht, *De NV* 1997, p. 69 e.v.

Tjittes 2005

R.M. Tjittes, Hoe verkeerd doen de civielrechtelijke wetenschap en rechtspraak het eigenlijk?, *NJB* 2006/36, p. 1879 e.v.

Trubek/Trubek 2006

D.M. Trubek, L.G. Trubek, New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry or Transformation, Legal Studies Research Paper Series No. 1022, University of Wisconsin 2006, <http://ssrn.com/abstract=908229>

Tzankova/Weterings 2003

I.N. Tzankova, W.C.T. Weterings, *Preprocessuele afwikkeling van personenschadeclaims*, BJU: Den Haag 2003

Tzankova 2005

I.N. Tzankova, *Strooischade*, Sdu: Den Haag 2005

Tzankova 2007

I.N. Tzankova, *Toegang tot recht bij de afwikkeling van massaschade*, diss. UvT, Kluwer: Deventer 2007

Van Uden 2006

F. van Uden, Klokkenluiden: tussen zelfregulering en Amerikaanse toestanden, *AA* 2006, p. 33 e.v.

Uniken Venema 2001

H.Æ. Uniken Venema, Het landelijk reglement voor de civiele rol bij de recht-

banken, in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Gouda Quint: Deventer 2001, p. 139 e.v.

Vademecum 2005

Nederlandse Orde van Advocaten, *Vademecum Advocatuur. Deel II, Wet- en regelgeving*, Sdu: Den Haag 2005

Van Veen 2002

E-B. van Veen, *De WGBO*, 3^e druk, Sdu: Den Haag 2002

Vegter 2005

M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, Sdu: Den Haag 2005

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, 6^e druk, Kluwer: Deventer 2005

Verkade 1993

D.W.F. Verkade, *Zelfregulering in de reclame*, AA 1993, p. 14 e.v.

Vermeulen 2006

J. Vermeulen, *Aanscherping van de veiligheid binnen sport met behulp van zelfregulering voor en door sportorganisaties*, AA 2006, p. 692 e.v.

Verschuuren 2004

J.M. Verschuuren, *Codificatie en dynamiek in het milieurecht*, in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *Codificatie en dynamiek*, BJU: Den Haag 2004, p. 65 e.v.

Visser/Tsoutsanis 2006

D.J.G. Visser, A. Tsoutsanis, *De volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken*, *NJB* 2006/34, p. 1940 e.v.

Van Vliet 2005

L.P.W. van Vliet, *De financiëlezekerheidsvereenkomst, een tussenbalans*, *NTBR* 2005, p. 190 e.v.

Voluntary Codes 1998

Government of Canada, *Voluntary Codes. A Guide for Their Development and Use*, Canada <http://strategis.ic.gc.ca/volcodes>

Vranken 2000

J.B.M. Vranken, *Toeval of beleid?*, *NJB* 2000/1, p. 1 e.v.

Vranken 2001

J. Vranken, *ADR en de gevolgen voor rechterlijke rechtsvorming: een verwaarloosde samenleving*, in: E.J. Broers, B. van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, BJU: Den Haag 2001

Vranken/Giesen 2003

J.B.M. Vranken en I. Giesen, 'Inleiding en verantwoording', in: J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: BJu 2003, p. 1 e.v.

Vranken/Giesen 2004

J.B.M. Vranken, I. Giesen (red.), *Codificatie en dynamiek*, BJu: Den Haag 2004

Vranken/Weterings 2000

J.B.M. Vranken & W.C.T. Weterings, Organisatie van massaliteit, *TVP* 2000, p. 54 e.v.

De Vrey

R.W. de Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law*, diss. UU 2005

Vrieze 2005

G. Vrieze, Zijn rechters zonder gedragscode nog wel te vertrouwen?, *Trema* 2005/4, p. 139 e.v. en *Trema* 2005/5, p. 194 e.v.

De Vroom 1989

B. de Vroom, Zelfregulering, in: W. Derksen, Th.G. Drupsteen, W.J. Witteveen (red.), *De terugtred van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1989, p. 267 e.v.

Wagemans 2002

A.W. Wagemans, Zelfreguleringsinitiatieven, in: R.E. van Esch, J.E.J. Prins, *Recht en elektronische handel*, Kluwer: Deventer 2002, p. 61 e.v.

Walker 2006

N. Walker, Epilogue: On Regulating the Regulation of Regulation, in: F. Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International: The Netherlands 2006, p. 345 e.v.

Ware 1999

S.J. Ware, Default Rules from Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration, 83 *Minn. L. Rev.* 703 (1998-1999)

Westerman 2003

P. Westerman, *Twee pleidooien voor formalisering*, BJu: Den Haag 2003

Westerman 2006

P. Westerman, De onmogelijkheid van deregulering, *NJB* 2006/3, p. 132 e.v.

Weterings 2004

W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, BJu: Den Haag 2004

Wiarda/Koopmans 1999

G.J. Wiarda, *3 typen van rechtsvinding. Bewerkt en van een nabeschuiving voorzien door mr. T. Koopmans*, 4^e druk, Tjeenk Willink: Zwolle 1999

Wilthagen 1992

T. Wilthagen, Recht in een gesloten samenleving. Het debat over reflexief recht en autopoiesis, *RdW* 1992/1, p. 119 e.v.

Witteveen 1994

W.J. Witteveen, Communicatie bij zelfregulering, in: Ph. Eijlander (e.a.)(red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, Tjeenk Willink: Zwolle 1994, p. 105 e.v.

Witteveen 2007

W.J. Witteveen, Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever, in: *Alternatieve regelgeving. Preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging*, Kluwer: Deventer 2007, p. 1 e.v.

Witteveen/Gribnau 2005

W. Witteveen, H. Gribnau, Maatschappelijke rechtsvorming, in: H. Gribnau (red.), *Maatschappelijke rechtsvorming*, BJU: Den Haag 2005, p. 1 e.v.

Wymeersch 2005

E. Wymeersch, Enforcement of Corporate Governance Codes, ECGI, Law Working Paper No. 046/2005, <http://ssrn.com/abstract=759364>

Trefwoordenregister

(verwezen wordt naar paragraafnummers)

Aansprakelijk(heid)	§ 2.5.1, § 3.2.6, § 3.3, § 4.4, § 4.6.2, § 5.2.2
Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving (AvdAR)	§ 6.2.1, § 6.2.2, § 6.2.3, § 6.3, § 7
Accountability	§ 5.1
Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht	§ 4.5.3
Advocaten	§ 3.4.1
Advocatenwet	§ 3.2.3
Afstemming van de rechtsvorming	§ 4.6.3
Algemeen verbindend verklaring	§ 2.4, § 3.4.5
Algemene voorwaarden	§ 2.3, § 2.4, § 4.5.2, § 5.2.2, § 5.2.3
Alimentatienormen	§ 2.9.2, § 2.9.3, § 3.4.3
Alternatieve regelgeving	§ 2.1, § 2.2.3, § 6.2.1, H.7
Alternatieve regulering	H.1, § 2.1, § 2.2.3
Arbitrage	§ 2.4
Arbitrale vonnissen	§ 6.3
Artikel 79 RO, recht in de zin van	§ 2.9.2, § 3.4.2
Autonomie	§ 3.2.3, § 3.2.4, § 3.2.6, § 3.2.7
Bankgaranties	§ 2.4
Beleidsruimte	§ 3.4.4
Belonen	§ 5.2.3
Beperkte model	§ 2.10.2
Bevoegdheid	§ 3.4.4, § 4.3.5
Bevoegdheidsregels	§ 6.1.1
Bewijsrecht	§ 4.4
Billijkheid	§ 3.2.6, § 4.3.3
Bindend advies	§ 6.3
Binding	§ 3.1, § 3.2.1, § 3.2.2, § 4.3.3, § 4.5.5, § 6.3
Bouwrecht	§ 2.4
Bron van recht	§ 3.2.3, § 3.2.4
Brugfunctie	§ 4.3.3
Buitengerechtelijke kosten	§ 2.4
CAO('s)	§ 2.4, § 2.9.2, § 2.9.3, § 3.2.3
Cassatie	§ 2.9.2
Certificatie	§ 2.4
Code Tabaksblat	§ 2.4, § 3.2.3, § 3.2.6
Codificatie(s)	§ 3.2.5, § 4.5.2, § 6.2.1
Collectieve private handhaving	§ 5.2.2
Collectiviteit	§ 2.2.2
Command and control	§ 2.2.2, § 2.7
Common frame of reference (CFR)	§ 2.4
Compliance	§ 5.2.1, § 5.2.2
Concurrentie	§ 3.2.4, § 4.3.2
Concurrentiebepkend	§ 3.2.7
Concurrentie van rechtsvormers	§ 2.10.2
Contract(en)	§ 2.2.2, § 3.2.3, § 3.2.4

Consensus	§ 3.2.3, § 3.2.4, § 3.2.5, § 3.2.6, § 3.3, § 4.2
Consumentenautoriteit	§ 5.2.2
Consumentenrecht	§ 2.8
Contractsvrijheid	§ 3.2.5
Convenanten	§ 2.2.2
Co-regulering	§ 3.2.6
Corporate social responsibility	§ 2.4
Corporatisme	§ 2.7, § 4.3.1
Credit card industry	§ 5.1
Default rule(s)	§ 2.7, § 3.2.3, § 5.1
Defensief handelen	§ 4.6.2
Defensive medical lawyering	§ 4.6.2
Definities	§ 2.2.1, § 2.2.3
Democratisch tekort	§ 2.10.1
Democratische legitimatie	§ 2.8, § 3.2.6, H.7
Denkmodellen	§ 2.9.3, § 2.10.2, § 6.2.1, § 6.2.2
Derde(n)	§ 2.8, § 3.1, § 3.2.6, § 3.3, § 3.4.1, § 3.4.5
Derde rechtsvormende macht	§ 4.3.5
Deregulering	H.1
E-commerce	§ 2.4
Eenheid van rechtsorde	§ 3.2.4, H.7
Effectiviteit (van de handhaving)	§ 2.2.2, § 3.1
Erkenning	§ 3.2.3
Extensieve uitleg	§ 4.2
Feitelijke binding	§ 3.2.2
Formalistische uitleg	§ 4.2
Free rider gedrag	§ 3.2.3
Fuik van de standaardprocedure	§ 4.5.2
Fundamentele herbezinning	§ 3.4.5, § 4.5.2
Gedragscode	§ 3.2.3
Gedragscode behandeling letselschade	§ 2.4, § 2.8, § 3.2.2, § 6.1.1, § 6.1.1
Gedragscode hypothecaire financieringen	§ 2.4
Gedragsnormen	§ 6.1.1
Gedragsregels	§ 2.4
Gelijkheidsbeginsel	§ 3.4.2, § 3.4.4
Gemeenschap	§ 2.4
Gemengde commissie	§ 4.5.2, § 4.5.3
Geneeskundige behandelingsovereenkomst	§ 2.4
Geschillen binnen het geschil	§ 4.5.3
Geschillencommissie	§ 2.4
Gewoonte	§ 3.2.6
Gewoonterecht	§ 3.2.6, § 4.3.5
Gezondheidsrecht	§ 2.3
Grondslag	§ 3.2.1, § 3.2.3, § 3.3
Grondwet	§ 3.2.5
Handelingsinstructies	§ 3.3
Handhaving	§ 2.2.3, § 3.1, § 4.5.3, § 5.1, § 5.2.2, § 5.2.2, § 5.2.3, § 6.3
– private	§ 5.1, § 5.2.1, § 5.2.2
Handhavingsmechanisme	§ 3.2.6
Handhavingstekort	§ 4.5.3

Handleidingen	§ 2.5.2, § 3.4.4
Hinder-leerstuk	§ 4.6.2
Hoge Raad, taakopvatting van de	§ 2.9.3
Hoge Raad, rechtsvormende taak van de	§ 4.3.2
Huurrecht	§ 2.4
Instituut Asbestslachtoffers	§ 2.4
Interpretatieruimte	§ 3.4.4
Kantonrechtformule	§ 2.4, § 2.5.2, § 2.9.3, § 3.2.5, § 3.4.1, § 3.4.4
Kenmerken	§ 2.2.2
Keurmerk	§ 5.2.3
Keuze	§ 2.8
Keuzemenu	§ 6.3
Kring van Kantonrechters, aanbeveling van	§ 2.9.3
Kosten/baten-analyse	§ 2.7, § 2.8
Landelijk rolreglement	§ 2.4, § 2.5.2, § 3.4.1, § 3.4.5, § 4.5.4
Lando-principles	§ 2.4, § 3.2.6
Legaliteit	§ 2.8, § 5.1
Legaliteitsbeginsel	§ 3.2.5
Legitimatie	§ 2.10.2, § 4.5.5
Legitimiteit	§ 4.3.3
Leidraad onpartijdigheid	§ 2.4, § 3.4.1
Letselschade	§ 2.4
Lobby	§ 3.2.7
Locale rechtsvorming	§ 4.3.4
Maatschappelijke rechtsvorming	§ 4.1
Maatschappelijke zorgvuldigheid	§ 3.2.6
Maatstaven van redelijkheid en billijkheid	§ 3.2.6
Machtenscheiding	§ 2.7, § 2.9.3, § 2.10.1
Marktfalen	§ 2.8
Mededinging	§ 2.7
Mediation	§ 2.4, § 4.1, § 4.3.4, § 4.5.2
Meerpartijovereenkomst	§ 2.2.2
Meta-regulering	§ 6.2.3
Meta-toezicht	§ 5.1
Minimumnormen	§ 4.6.2
Modelregeling arts-patiënt	§ 2.4, § 3.2.2
Modificatie	§ 6.2.1, § 6.2.3
Motief	§ 2.8
Motivering	§ 4.3.3
Nadelen	§ 2.7, § 2.10.1, § 3.2.7
Nakoming	§ 5.2.1
Nakomingsgarantie	§ 5.2.2
Naleving	§ 5.1, § 5.2.1
Netwerksamenleving	§ 4.6.3
Niet-naleving	§ 6.3
Nietig	§ 5.2.3
Non-regulering	§ 2.1, § 2.2.3
Normalisatie	§ 2.4
Normatieve verwachting	§ 3.2.6

Normering van schadevergoeding	§ 2.4
NVvR	§ 2.9.2, § 3.4.3
Omkeringsregel	§ 4.3.3, § 4.4
Onafhankelijkheid	§ 3.4.2, § 3.4.4
Oneerlijke handelspraktijken	§ 2.4
Ongelijkheid	§ 3.2.7
Ongerechtvaardigde verrijking	§ 2.4, § 3.2.2
Online dispute resolution	§ 2.4
Onrechtmatige daad	§ 5.2.3
Opdracht	§ 2.4
Open norm(en)	§ 2.7, § 3.2.2, § 3.2.6, § 3.3, § 4.3.3, § 4.4, § 4.5.4, § 4.6.2, § 5.2.3, § 5.2.4
Openbaar	§ 2.5.2
Openbare orde en goede zeden	§ 2.10.2, § 5.2.3
Openbare orde model	§ 2.10.2
Overeenkomst	§ 2.4, § 3.2.4, § 3.2.6
Overheidsbemoeyenis	§ 2.3
Overheidsdrang	§ 4.5.1
Pacta sunt servanda	§ 3.3.4
Paradigmawisseling	H.1
Parallele handhaving	§ 5.2.4
Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)	§ 4.3.5, § 4.6.3, § 6.1.1, § 6.2.3
Pluralisme	§ 2.9.1
Pluraliteit	§ 3.2.4, § 3.2.6, § 4.3.4
Pre action protocols	§ 4.5.2
Precedenten	§ 4.3.4
Precedentwerking	§ 3.2.6, § 3.4.4, § 3.4.4, § 4.5.5
Primaire regels	§ 6.1.1
Privaatrechtelijke remedies	§ 5.2.3
Private wetgevers	§ 2.2.2
Privacy	§ 2.4, § 3.3.3
Procedurele richtlijnen	§ 6.3
Procedurele vereisten	§ 2.10.2
Procedurele voorschriften	H.7
Procesreglementen	§ 2.4
Proces	§ 6.2.1, H.7
Protocol	§ 3.2.6, § 3.3, § 3.4.4, § 4.3.3, § 4.6.2, § 4.6.2
Protocollen, medische	§ 2.4, § 2.5.1, § 3.3, § 3.4.5, § 4.4, § 4.5.2
Public goods	§ 2.7
Publiciteit	§ 5.2.3
Publiek belang	§ 3.1
Raad voor de Rechtspraak	§ 4.5.2, § 4.5.3
Raad van Toezicht	§ 4.3.3
Raad voor de Journalistiek	§ 2.4
Rampenbestrijding	§ 3.3
Randvoorwaarden model	§ 2.10.2
Rapport Voor Werk II	§ 2.5.2, § 3.4.1
Rechterlijke onafhankelijkheid	§ 3.4.1
Rechterlijke samenwerking	§ 4.5.5
Rechtersregelingen	§ 2.3, § 2.5.2, § 3.4.1, § 3.4.4, § 4.5.2, § 4.5.4, § 5.2.3
Rechtsbron(nen)	§ 2.9.3, § 3.2.4, § 3.2.4, § 3.2.6, § 4.3.5
Rechtseenheid	§ 2.9.2, § 3.4.1
Rechtseenheidsgedachte	§ 3.4.4

Rechtsgelijkheid	§ 2.8
Rechtskracht	§ 2.10.1
Rechtsovertuigingen	§ 3.2.2, § 3.2.6, § 4.3.3
Rechtspersoon	§ 3.2.4
Rechtsppluralisme	H.1
Rechtsvormende invloed	§ 2.10.1
Rechtsvormend potentieel	§ 4.3.4
Rechtsvormende taak (van de rechter)	§ 4.3.4, § 4.5.5
Rechtsvormer(s)	§ 3.2.4, § 4.3.1
Rechtsvormers, particuliere	§ 4.1
Rechtsvorming	H.1, § 3.4.4, § 4.1, § 4.3.2, § 4.4, § 6.3
- interne	§ 4.1, § 4.2
- externe	§ 4.1, § 4.3.1
Rechtszekerheid	§ 2.8, § 2.9.2, § 3.4.4, § 4.3.4, § 4.4
Reclame	§ 2.4, § 3.2.6, § 5.2.3, § 6.1.1
Recofa(-richtlijnen)	§ 2.4, § 2.5.2, § 3.4.1
Redelijkheid en billijkheid	§ 3.2.6, § 4.3.3
Reflexwerking	§ 3.2.6
Regeldruk	H.1
Regulatory competition	§ 5.1
Regulering	H.1, § 2.2.3, § 2.8, § 2.10.1, § 4.3.1, § 5.1, H.7
- private	§ 5.1
Reguleringsvormen	§ 2.8
Representativiteit	§ 4.3.3
Restatement	§ 2.4
Richtlijnen	§ 3.3
Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten	§ 2.4
Rolrichtlijnen	§ 2.9.2, § 2.9.3
Rolrichtlijnen-arrest	§ 3.4.2, § 3.4.3
Royement	§ 5.2.3
Ruime model	§ 2.10.2
Samenwerken, samenwerking	§ 4.3.5, § 4.6.3
Sanctionering	§ 6.3
Schadeverzekeringsbedrijf	§ 4.3.3
Schaduw van de toekomst	§ 5.2.1
Schema wetgeving-rechtspraak	§ 3.2.4, § 3.2.6, § 4.3.3, H.7
Secundaire regels	§ 6.1.1
Smartengeldgids	§ 2.4, § 3.2.2
Soft law	H.1, § 3.2.2, § 3.2.6
Splitsing van appartementsrechten	§ 2.4
Standaardregeling	§ 2.4, § 3.3.3
Statuten	§ 3.2.4
Stille verpanding	§ 2.4
Straffen	§ 5.2.3
Suggererende normen	§ 3.2.2
Taak van de rechter	§ 3.4.4
Taakopvattingen	§ 3.4.3
Technische normen	§ 2.4
Technische regelingen	§ 2.9.1
Terugkoppeling	§ 4.6.3
Terugtrekkende overheid	§ 2.2.2
Toegang tot de rechter	§ 5.2.2
Toetsingsverbod	§ 3.2.5

Tort Law, European principles of	§ 2.4, § 3.2.6
Trias politica	§ 3.4.1, § 4.3.4, § 4.3.5, § 4.6.3
Tussentijds appèl	§ 4.5.3
Tuchtrecht(elijk)	§ 2.4, § 2.9.1, § 4.6.2
Tuchtrechtelijk oordeel	§ 4.3.3
Tuchtrechtspraak	§ 5.2.2, § 5.2.4
Uitleg	§ 4.1, § 4.3.4
Uitstralende werking	§ 6.2.2, H.7
Unidroit-principles	§ 2.4, § 3.2.6
Vage normen	§ 2.2.2, § 3.2.4, § 4.3.2
Vage regel	§ 4.3.4
Verhouding wetgever/rechter	§ 4.3.2, § 5.1
Verhoudingen tussen de rechtsvormers	§ 4.3.4
Verkeersopvattingen	§ 3.2.6, § 4.3.3
Vertrouwensbeginsel	§ 3.4.5, § 3.4.5
Verzekeringsrecht	§ 3.2.6
Voordelen	§ 2.7, § 3.2.7
Vrijwaring	§ 3.3, § 4.4, § 4.6.2
Wanprestatie	§ 5.2.3
Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM)	§ 2.4, § 3.2.3
Wet op het consumentenkrediet (WCK)	§ 2.4
Wetgever-plaatsvervanger	§ 4.5.5
Wettelijke normering	§ 6.2.2
Whiplash(zaak)	§ 2.5.1, § 4.4
Wettelijk geconditioneerde	§ 2.3
Wettelijke regeling	§ 3.2.3
Wrongful life	§ 4.3.2
Zelfregulering	§ 2.1, § 2.2.3, § 2.6
- afgedwongen	§ 2.3
- eenzijdige	§ 2.3
- expliciete	§ 2.3
- ex-post	§ 2.4
- extern	§ 2.3
- gemandateerde	§ 2.3
- gesanctioneerde	§ 2.3
- impliciete	§ 2.3
- intern	§ 2.3
- tweezijdige	§ 2.3
- vervangende zelfregulering	§ 2.3
- vrijwillige	§ 2.3
- wettelijk geconditioneerde	§ 6.2.2
- zuivere	§ 3.2.3, § 3.2.4
Zorgplichten	§ 2.7, § 4.4
Zorgvuldigheidseisen	§ 4.3.3
Zorgvuldigheidsnorm	§ 3.2.6, § 4.3.3, § 4.4