

De omgang met en handhaving van 'meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels': een analyse van recente rechtspraak



Prof. mr. I. Giesen

1 Inleiding

Sinds enige tijd staat het privaatrechtelijke gebruik van voorschriften die hun basis vinden in zelfregulering of alternatieve regelgeving, opnieuw in de belangstelling. In de (lagere) rechtspraak duikt regelmatig en – doch dat is wellicht alleen optisch het geval – steeds vaker de vraag op hoe de rechter moet omgaan met de 'normen' (aanwijzingen, protocollen, wijsheden of leefregels) van bepaalde beroepsgroepen, maatschappelijke groeperingen of branches. Nu eens wordt een beroep door één van de partijen op dergelijke regels afgewimpeld ('niet van belang voor de beoordeling'), dan weer worden dergelijke 'maatschappelijke normen' dankbaar benut om tot een uitspraak te (kunnen) geraken. Enige lijn lijkt er voorshands echter niet te zitten in het gebruik ervan.

Wat volgt, is ten eerste een inventarisatie van de recente ontwikkelingen dienaangaande in (lagere) rechtspraak. Voor de (mogelijkheden tot) handhaving van de maatschappelijke normen zoals die zijn opgenomen in dit soort vormen van alternatieve regelgeving, is deze ontwikkeling wezenlijk. Die handhaving staat of valt namelijk met het wel of niet (mogen en willen) benutten van die normen door de rechterlijke macht.

2 De kwestie: maatschappelijke normen volgen of niet volgen?

Mede door de agendering als onderwerp voor de *NJV*-preadviezen van 2007 stond alternatieve regelgeving (ook wel: zelfregulering) opeens ook privaatrechtelijk in de belangstelling.¹ Hoewel soms onder een andere noemer, zoals 'meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels',² was dit overigens eerder al een belangrijk thema.³ Het gaat hierbij om het idee en de realiteit⁴ – te kort gezegd – dat regels niet (meer) enkel en alleen door de overheid worden bedacht en uitgevaardigd, maar dat er daarnaast alternatieve bronnen bestaan voor het ontwikkelen van gedragsregels of gedragsnormen waaraan mensen zich ook conformeren, namelijk het maatschappelijke veld waarin die specifieke mensen zich bewegen. Vanuit dat sociale veld, vanuit de eigen groep, komen voorschriften (verder ook: maatschappelijke normen) tot stand die dan voortaan (mede) te gelden hebben als normen waaraan de leden van de groep dienen te voldoen.

Er ontstaan en bestaan zodoende dus meerdere 'normstelsels' naast elkaar, en daarmee rijst uiteraard heel in het algemeen de vraag naar de onderlinge verhoudingen tussen die stelsels. Enigszins abstract, maar wel raak wat mij

betreft, gaat het volgens Enschedé bij die verhouding om onderling dulden, aanvaarden, incorporeren, en – met name – om respecteren.⁵ In concrete geschillen blijft dat echter toch lastig werken voor de rechter, zoals het navolgende overzicht van enkele in de afgelopen anderhalf jaar⁶ gepubliceerde uitspraken – vooral op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht – laat zien. Zo is het de vraag of dat 'respecteren' van maatschappelijke normen bijvoorbeeld ook het daadwerkelijk *handhaven* ervan omvat, of is dat een stap te ver? Omdat handhaving van maatschappelijke normen komt met, en in wezen gelijk staat aan, de binding aan die normen,⁷ moeten we eerst die binding in de recente rechtspraak nader analyseren (par. 3-5). Daarna zal ik trachten die ontwikkeling te duiden (par. 6) en rond ik af (par. 7).

* Hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht, raadsheer-plaatsvervanger te 's-Hertogenbosch, en medewerker van dit blad. (I.Giesen@law.uu.nl)

Met dank aan Rob van Gestel en Steven Bartels voor de in de loop der tijd aangereikte informatie en aan Willem van Boom voor nuttige feedback. Deze bijdrage werd eind mei afgesloten.

1. W.J. Witteveen, I. Giesen & J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving*. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 137^e jaargang/2007-I, Kluwer: Deventer 2007. Daarover ook uitvoeriger I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Monografieën Privaatrecht Deel 8, Kluwer: Deventer 2007. Zie ook nog van recenter datum het verslag van de vergadering: Konijnenbelt en Kurstjens, *NJB* 2007, p. 1747 e.v., alsmede *Alternatieve regelgeving. Verslag van de op 8 juni 2007 te Haarlem gehouden algemene vergadering*. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 137^e jaargang/2007-II, Kluwer: Deventer 2008, en Van Ommeren, *RegelMaat* 2008/3, p. 79 e.v.
2. Zie bijv. de KNAW-rede uit 1984 van Enschedé (Ch.J. Enschedé, *Over de meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels*, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, Nieuwe reeks, Deel 47 – no. 5, Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij: Amsterdam 1984) waarnaar de titel van dit stuk verwijst.
3. Vgl. bijv. Enschedé, *a.m.*, en Giesen, *a.m.*, p. 2, met verwijzingen. In het buitenland speelt deze discussie ook, zie recent bijv. Röthel, *JZ* 2007, p. 755, en G. Bachmann, *Private Ordnung*, Mohr Siebeck: Tübingen 2006.
4. Hoewel de realiteitswaarde van de importantie die alternatieve regelgeving wat mij betreft inmiddels bekleedt en in de toekomst nog zal bekleden, ook wel betwist wordt, zie met name Hartlief, *NJB* 2007, p. 1288 e.v. Over deze discussie ook Van der Graaff en Van Mierlo, *TvC* 2007-6, p. 181 e.v.
5. Enschedé, *a.m.*, p. 13-14.
6. Grofweg de periode (vanaf 1 februari 2007) na de inhoudelijke afronding van het hiervoor genoemde *NJV*-preadvies (tot mei 2008) wordt bestreken; deze rechtspraakanalyse is dus een vervolg op de eerder al in *NJV*-verband besproken (lagere) rechtspraak waarvan Kouwenberg/Rabobank (HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. Du Perron) wellicht het bekendste is, mede door de bespreking in *Asser-Vranken****, nr. 79 e.v.
7. Giesen, *a.m.*, p. 130. Aldaar (vanaf p. 123 e.v.) zijn ook enkele andere gedachten mijnerzijds inzake vrijwillige nakoming en handhaving van gedragscodes opgenomen.

3 Lagere rechtspraak: soms wel...

Soms wordt door de rechter in zijn vonnis of arrest expliciet (of iets minder expliciet) aansluiting gezocht en gevonden bij een gedragscode, richtlijn, rechtersregeling of een andere maatschappelijke norm. De betrokkenen zijn vervolgens gebonden aan die maatschappelijke normen, en de rechter handhaaft deze normen 'en passant' ook nog eens. Naast elders al beschreven voorbeelden⁸ wijs ik op de volgende gevallen die ik afgelopen jaar – soms min of meer toevallig – ben tegen gekomen.

In een wrongful birth en wrongful life zaak gebruikte de Rechtbank Utrecht de in de beroepsgroep algemeen aanvaarde normen (r.o. 4.2), te weten de 'Beroepsomschrijving Verloskundigen' en het 'Verloskundig Vademecum'. Op basis van de daarin opgenomen indicaties werd beslist dat de verloskundige geen fout heeft gemaakt door de zwangere vrouw niet door te verwijzen om een echoscopie te laten houden.⁹ Aansprakelijkheid werd aldus afgewezen. De Rechtbank Zutphen verhoogde daarentegen het bedrag aan toe te kennen smartengeld omdat de verzekeraar door de klachten ten onrechte niet als ongevalsgevolg te erkennen, in strijd handelde met de gedragsregels bij behandeling van personenschade (Bedrijfsregeling no. 15).¹⁰

Bij de afwikkeling van een postwhiplash-zaak benutte de Rechtbank Amsterdam de richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie om te bepalen dat er hier geen sprake was van een postwhiplash-syndroom.¹¹ De rechtbank meent dat het hier gaat om een 'in voldoende mate hanteerbare en aanvaardbare toetssteen', mede ook omdat een zekere objectivering door deze richtlijnen wenselijk wordt geacht (r.o. 5.5).¹² Omdat de klachten echter anderszins wel ongevalsgerelateerd zouden kunnen zijn, wordt verder geprocedeerd. Deze uiteindelijk indirecte wijze van gebruik (immers: de deskundige benut ze in zijn rapportage, de rechter benut vervolgens de bevindingen van de deskundige) van juist deze whiplashrichtlijnen zien we ook terug in een arrest van het Hof Den Bosch. Het Hof overweegt daarbij eerst dat de benadeelde ingestemd heeft met een beoordeling op basis van die richtlijnen, en vervolgens dat deze weliswaar niet geheel onomstreden zijn maar dat ze wel bij de vaststelling van de ter beoordeling voorliggende subjectieve klachten 'dienstig kunnen zijn'.¹³

Soms blijft de erkenning of acceptatie van de binding aan een protocol of richtlijn nogal impliciet, maar moet de doorwerking ervan toch aangenomen worden. Zo bijvoorbeeld in een arrest van het Hof Den Haag waarin de 'omkeringsregel' niet werd toegepast omdat slechts de algemene norm van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) geschonden werd geacht 'en er geen sprake is van de schending van een norm die een patiënt tegen een specifiek gevaar beoogt te beschermen zoals wanneer in een protocol gedragsregels zijn vastgelegd'.¹⁴ Hier wordt derhalve uitgesproken dat normaal gezien schending van een richtlijn of protocol wel een bepaald rechtsgevolg zal

hebben, maar dat die situatie zich nu niet voordoet. Een minder impliciete vorm van doorwerking, door de fuik van een ander leerstuk, komen we tegen als een gedragsregel voor advocaten door Rechtbank Den Haag als een vorm van gewoonterecht binnen de advocatuur wordt aangemerkt en dan via art. 6:248 lid 1 de overeenkomst tussen partijen aanvult.¹⁵

4 Maar soms ook niet...althans niet zonder meer

4.1 Soms dus niet

In andere gevallen besluit de rechter echter als de kwestie aan hem voorgelegd wordt, geen aansluiting te zoeken bij dergelijke maatschappelijke normen. Een recent voorbeeld is een uitspraak van de Rechtbank Groningen waarin in een medische aansprakelijkheidszaak een richtlijn (i.c. van de Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie) niet gevolgd werd, niet enkel omdat die richtlijn ten tijde van de gebeurtenis nog niet gold, maar ook (en dus ten overvloede, zie r.o. 2.5) omdat een richtlijn 'een richtsnoer [biedt] en geen dwingende regels voor medisch handelen in individuele gevallen'.¹⁶ Aansprakelijkheid wordt echter alsnog aangenomen, omdat de arts niet aan zijn aanvullende stelplicht (de gemotiveerde betwisting van art. 149 Rv) had voldaan.

Een tweede voorbeeld betreft een zaak waarin een medewerker (A) ten val komt in de hal van een kantoor net nadat aldaar de vloer gedweild is door een onderhoudsmedewerker (B). De medewerker stelt dat door B. gehandeld is in strijd met een aanbeveling van de Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten. De rechter overweegt dat het hier om aanbevelingen gaat en dat zo'n aanbeveling 'geen veiligheidsnorm [is] waar B verplicht is zich aan te houden, laat staan dat het een norm is waar een derde, zoals A, zich op kan beroepen'. Het niet volgen van de aanbeveling is dus onvoldoende voor aansprakelijkheid, welke ook op de overigens aangevoerde gronden wordt afgewezen.¹⁷

8. Vgl. de voorbeelden in Giesen, *a.m.*
9. Rb. Utrecht 10 januari 2007, *LJN*: AZ 6197 (X./Verloskundigenpraktijk).
10. Rb. Zutphen 7 november 2007, *J.A.* 2008, 13 (X./OVZ).
11. Zie over die recent vernieuwde richtlijnen o.a. de bijdragen van Van den Doel en Endelijk, in *TJP* 2008, p. 1 e.v. en p. 6 e.v.
12. Rb. Amsterdam 13 december 2006, *LJN*: AZ 5732 (A./Winterthur). Voor andere voorbeelden ten aanzien van het wel benutten van deze richtlijn, zie Giesen, *a.m.*, p. 106.
13. Hof Den Bosch 31 oktober 2006, *J.A.* 2007, 12 (X./Amev Schadeverzekeringen) r.o. 4.12.
14. Hof Den Haag 18 december 2007, *J.A.* 2008, 20 m.nt. Van Schoonhoven (Zelfmoordpoging).
15. Rb. Den Haag 10 juli 2007, *LJN*: BA 9210 (A. Advocaten/B.). Zie ook Giesen, *a.m.*, vooral p. 70-71.
16. Rb. Groningen 4 mei 2005, *J.A.* 2007, 131 (X./AZG). In het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad inzake medische protocollen (zie nader Giesen, *a.m.*, m.n. p. 77-81) is die overweging minstgenomen opmerkelijk.
17. Rb. Amsterdam 22 november 2006, *J.A.* 2007, 7 (Gladde vloer).

Het meest markante voorbeeld is echter zonder twijfel een arrest van het Hof Arnhem uit september 2007,¹⁸ want daarin wordt de afwijzing van het gebruik van maatschappelijke normen (hier: de Praktijkregels van de Vereniging Insolventierechtadvocaten Insolad¹⁹) bij de beoordeling van de vraag of de curator aansprakelijk, is niet alleen fraai verwoord doch ook behoorlijk principieel neergezet.²⁰ Een wat langer citaat (r.o. 4.2) maakt dat duidelijk:

‘De praktijkregels zelf houden uitdrukkelijk in dat zij slechts beogen richting te geven en geen dwingend karakter hebben en ook Tycho (de appelland, *IG*) onderschrijft dat in de op deze grief gegeven toelichting. Daar voegt zij echter aan toe dat de praktijkregels een vastlegging zijn van wat in kringen van curatoren als heersende leer geldt en van de gebruikelijke normen en waarden die curatoren in hun werk toepassen. Dat acht het hof juist, maar niet juist acht het de door Tycho daaraan verbonden gevolgtrekking dat de praktijkregels gezien kunnen worden als een soort gewoonterecht en dat zij een invulling geven aan de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. In de praktijkregels kunnen (en zullen) zeker normen voorkomen die ook als rechtens geldend moeten worden beschouwd, maar die gelding ontlene zij niet aan de praktijkregels doch aan de in de samenleving heersende rechtsopvattingen omtrent hetgeen maatschappelijk betamelijk is. Regels die door curatoren gebruikelijk worden nageleefd (wat nog niet eens noodzakelijkerwijs impliceert dat ze door curatoren ook als rechtsregels gezien worden), kunnen niet uit dien hoofde gelden als algemene rechtsregels die ook derden (zoals bijvoorbeeld Fisser B.V.) zich moeten laten tegenwerpen en waaraan ook derden (zoals bijvoorbeeld Tycho) rechten kunnen ontlene. De inhoud van de praktijkregels kan dan ook niet meer en zal soms aanmerkelijk minder zijn dan een aanwijzing voor wat een curator rechtens heeft te doen of na te laten. Een exacte afgrenzing van situaties waarop de praktijkregels wel of juist ook niet “toepasselijk” zijn, is daarom niet mogelijk en is evenmin nodig.’

Het Hof verenigt zich aldus met het oordeel van de rechtbank dat de praktijkregels slechts beogen richting te geven en geen dwingend karakter hebben. Daarbij wordt de gedachte dat het om gewoonterecht gaat of zou kunnen gaan, met luide instemming van annotator Bartman,²¹ verworpen, anders dan Rechtbank Den Haag (hiervoor besproken) dat deed.²² De aansprakelijkheid van de curator wordt uiteindelijk afgewezen. Ik betoogde zelf eerder al dat er langs deze weg wel degelijk binding aan richtlijnen, aanbevelingen protocollen, etc. kan ontstaan, net zoals ik binding via de open zorgvuldigheidsnorm mogelijk acht, hetgeen het Hof eveneens lijkt af te wijzen.²³ Ik zal dat standpunt hier niet opnieuw uitwerken, doch merk wel nog op dat ik niet direct het verschil zie tussen mijn visie en de situatie die het Hof wél voorstelbaar acht,

namelijk dat die gelding ontleend wordt ‘aan de in de samenleving heersende rechtsopvattingen omtrent hetgeen maatschappelijk betamelijk is’. Immers, wat is dat anders dan een invulling van zorgvuldigheidsnorm, zo vraag ik me af.

4.2 *Althans, toch weer wel een beetje...*

Het hier besproken arrest is overigens eveneens zo markant omdat – wat er verder ook zij van de principiële afwijzing zoals net besproken – het Hof niet veel verderop in zijn redenering de ingeroepen maatschappelijke norm (de Praktijkregels) toch weer als (ondersteunend) argument benut. Het Hof overweegt immers in r.o. 4.9:

‘De praktijkregels manen de curator slechts tot terughoudendheid bij het verstrekken van informatie als daartoe geen wettelijke verplichting bestaat en het niet door het belang van de boedel of een zwaarwegend maatschappelijk belang gevorderd wordt. Dat derden die informatie niet voor eigen (mits, zoals in dit geval, te respecteren) belangen zouden mogen gebruiken, valt niet in te zien. Het hof is van oordeel dat de curator de praktijkregels (nog daargelaten hun slechts richtinggevende en niet dwingende karakter) in acht genomen heeft. Het is als een zwaarwegend maatschappelijk belang te beschouwen dat in het burgerlijk geding de relevante feiten zo goed mogelijk kunnen worden vastgesteld en dat de waarheidsvinding niet door het wegmaken of verborgen houden van bewijsmateriaal (nogmaals: waarvan de deugdelijkheid door Tycho op geen enkele wijze is bestreden) wordt gesaboteerd.’

Hier wordt niet alleen in het eerste deel van het citaat een Praktijkregel nader uitgelegd, tevens leunt het Hof op die zo uitgelegde regel om het betoog van de appelland in een der grieven te doen falen. Daarbij wordt inderdaad nogmaals herhaald en duidelijk gemaakt dat het om richtinggevende en niet dwingende regels gaat, maar toch: het naleven van de regels wordt hier gehonoreerd met een afwijzing van de ingeroepen aansprakelijkheid. De maatschappelijke norm heeft dan derhalve in elk geval enige uitstraling.

18. Hof Arnhem 11 september 2007, *JOR* 2007/316 m.nt. Bartman (Tycho/Hijmans q.q.).
19. Vgl. daarover in meer algemene zin bijv. J.J. van Hees, *De integere curator*, in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Onderneming en integriteit*, Kluwer: Deventer 2007, p. 160-162.
20. Wellicht voelde het Hof zich daarbij gesteund door het hierna nog te bespreken arrest HR 22 juni 2007, *NJ* 2007, 520 m.nt. Van Schilfgaarde (ING/Verdonk q.q.).
21. Bartman ziet graag dat ten aanzien van de Code Tabaksblad dezelfde ferme regel wordt aangenomen.
22. Rb. Den Haag 10 juli 2007, *LJN*: BA 9210 (A. Advocaten/B.).
23. Zie het betoog in Giesen, *a.m.*, p. 56-77.

5 De Hoge Raad: zonder nadere motivering gebruik maken van...

5.1 Inleiding

Is de lagere rechtspraak op dit vlak wellicht verdeeld omdat deze te weinig oog heeft voor wat de Hoge Raad in deze voorstaat, of speelt hier misschien mee dat de Hoge Raad zelf nog onvoldoende richting geeft of heeft kunnen geven? Het is vooral dat laatste deel van de vraag dat hierna besproken wordt. Hoe gaat de Hoge Raad het laatste jaar om met alternatieve regelgeving? Wordt alternatieve regelgeving gebruikt? Wordt dat gebruik dan ook voldoende verantwoord? En zo ja, hoe dan? Een zestal arresten geeft een gedeeltelijk positief beeld.

5.2 De *Insolad* praktijkregels

In een eerste hier te bespreken arrest, gewezen op 22 juni 2007,²⁴ draaide het geschil om de bevoegdheid van de curator om vorderingen te innen zonder de stil pandhouder daarvan tevoren in kennis te stellen. In de procedure had de bank een beroep gedaan op de zojuist al gememoreerde 'praktijkregels' (specifiek: art. 7.2) van *Insolad*, maar het Hof wees dat beroep af omdat 'de juridische reikwijdte van die regels onduidelijk is' en deze regels 'bovendien niet zien op de onderhavige situatie'. In cassatie klaagt de bank daarover. Op het voor dit betoog springende punt van de praktijkregels beslist de Raad (in r.o. 3.5) specifiek dat het Hof het beroep op die normen voldoende gemotiveerd verworpen heeft:

'Los van de door het hof mede in aanmerking genomen juridische status van die praktijkregels, heeft het hof niet onbegrijpelijk geoordeeld dat een situatie als de onderhavige niet door (art. 7.2 van) die praktijkregels wordt bestreken.'

Helder is dusdoende dat de niet-toepasselijkheid van de betreffende praktijkregel in casu beslissend was, met als (wellicht positief ervaren) neveneffect dat de Raad dus op de *juridische status* van die regels niet nader hoefde in te gaan. En dat gebeurde dus ook niet, zodat dit arrest ons wat dat aangaat niet echt verder helpt.

Wat wellicht wel (een beetje) helpen kan, is echter dat de Hoge Raad, door op deze wijze te beslissen, in elk geval niet meegaat met A-G Wuisman die de status van de praktijkregels wel bespreekt, en slechts beperkt waarde daaraan hecht. Wuisman concludeert dat het oordeel van het Hof (volgens de A-G: dat de regels niet zodanig algemeen aanvaard en onomstreden zijn dat niet naleving in beginsel een onzorgvuldige handeling is) juist is, gelet ook op de typering van de regels door de beroepsgroep zelf.²⁵ Bedoelde typering is dan deze dat de regels 'richtinggevend' zijn, dat er nog geen sanctionerende taak voor (het bestuur van) *Insolad* ligt, en dat het gewenst is om eerst de werking van de regels in de praktijk af te wachten.²⁶ Als gezegd, de Hoge Raad neemt die gedachte niet over, en daaruit zou men allicht kunnen afleiden dat

de Raad zich niet met het oordeel van zijn A-G kon verenigen. Daar staat echter tegenover dat het helemaal niet nodig was voor de Hoge Raad om zich over die visie van de A-G uit te spreken, omdat de al gememoreerde niet-toepasselijkheid voldoende was voor verwerping van de klacht. Wel wordt zo duidelijk dat de Raad in elk geval niet fel tegen een zekere juridische status voor alternatieve regelgeving gekant blijkt te zijn, want als dat wel zo zou zijn, dan had men dat oordeel hier gemakkelijk kunnen laten volgen.

5.3 *Het certificeringsreglement NAK*

Bij arrest van 29 juni 2007²⁷ werd een onrechtmatige daadsvordering beoordeeld (en toegewezen) op basis van het zogenaamde Certificeringsreglement van de Nederlandse Algemene Kwaliteitsdienst Tuinbouw (NAK) en de nadere uitleg van dat reglement door de civiele rechter, zonder dat er enige nadere discussie omtrent de bindende kracht van dat reglement gevoerd wordt. Het Hof oordeelde, kort gezegd, dat de inspecties van NAK niet aan de eisen uit het certificeringsreglement voldeden, zodat certificering niet had mogen plaatsvinden, en de Hoge Raad verwerpt het beroep tegen 's Hofs oordeel. Aangezien het reglement in kwestie is opgesteld in samenwerking met de betrokkenen in de markt en externe deskundigen,²⁸ zou een beschouwing over de aard en binding van deze regels op zichzelf in de rede hebben gelegen. Het cassatiemiddel ging daar echter niet op in met als gevolg dat de Hoge Raad weinig kon uitrichten, maar indien werkelijk gewenst had de A-G of de Raad zelf het gebruik en de doorwerking van het reglement natuurlijk kunnen nuanceren, op zijn minst ('hoewel niet bindend, mocht het hof bij beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag rekening houden met...').

5.4 *De Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen*

Ook op 29 juni 2007 wees de Hoge Raad een derde voor deze materie relevant arrest, in een zaak die betrekking had op de Wet bescherming Persoonsgegevens, meer bepaald de omvang van de plicht voor een verantwoordelijke om een overzicht van verwerkte persoonsgegevens te verschaffen aan de persoon wiens gegevens het betreft (art. 35 Wbp). Hoe ver die plicht reikt, is in dit geval mede afhankelijk van de Gedragscode Verwerking Persoons-

24. HR 22 juni 2007, *NJ* 2007, 520 m.nt. Van Schilfgaarde (ING/Verdonk q.q.).

25. Zie de conclusie van Wuisman voor HR 22 juni 2007, *NJ* 2007, 520 m.nt. Van Schilfgaarde (ING/Verdonk q.q.), nr. 2.7.

26. Zie de conclusie van Wuisman voor HR 22 juni 2007, *NJ* 2007, 520 m.nt. Van Schilfgaarde (ING/Verdonk q.q.), nr. 2.3.3. Overigens, in dat laatste schuilt wel een mogelijke cirkelredenering. De A-G verwijst naar de typering door de beroepsgroep, terwijl de beroepsgroep wil afwachten hoe er in de praktijk, bijv. in rechterlijke uitspraken en in uitspraken van A-G's en dergelijke, met de regels wordt omgesprongen.

27. HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 644 (NAK/X.).

28. Het gaat daarbij dus niet om de aanwijzing van het NAK bij AmvB als keuringsinstelling waarvoor dan het 'keuringsreglement' geldt.

gegevens Financiële Instellingen, aldus de Hoge Raad.²⁹ Die gedragscode, als concretisering van de regels uit de Wbp voor de financiële sector, is opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken en het Verbond van Verzekeraars en betreft volgens het College bescherming persoonsgegevens (Cbp) een juiste uitwerking van de Wbp. Op basis daarvan stelt de Hoge Raad (zie r.o. 3.7): 'De omvang en de invulling van het recht (...) een overzicht te ontvangen (...) hangen derhalve mede af van hetgeen hierover is bepaald in de Gedragscode en daarnaast van de omstandigheden van het geval.' De Hoge Raad gaat hierbij niet verder in op de (al dan niet bindende) status van deze gedragscode, maar hij gebruikt wel een aantal bepalingen uit die Code om de beslissing in deze zaak te grondvesten. De partijen hebben (wederom) ook geen aanleiding voor nadere discussie daarover gegeven, men heeft het niet aan de orde gesteld.

A-G Verkade is zich hiervan bewust, zo blijkt, maar gaat toch zelf nader in op die 'status'-vraag. Een gedragscode die vergezeld gaat van een verklaring van het Cbp dat die code een juiste uitwerking is van de wettelijke bepalingen (vgl. art. 25 Wbp), ontleent wat hem betreft niet louter aan die verklaring de status van 'recht' in de zin van art. 79 RO.³⁰ De 'mist' die het gebruik van dit soort codes vooralsnog lijkt te omringen, toont zich hier in volle glorie, want gegeven die inschatting van Verkade in het licht van de functie van art. 79 RO (alleen 'recht' in de zin van die bepaling is toetsbaar in cassatie middels een rechtsklacht³¹) is het minst genomen vreemd te noemen dat dezelfde code dan in de overwegingen van de Hoge Raad zo prominent naar voren wordt geschoven (bij de beoordeling van rechtsklachten) zonder welke referentie dan ook aan art. 79 RO. Wellicht dat het ontbreken van een partijdebat eraan bijgedragen heeft dat er niet over gerept wordt, maar dan nog moet bij de Raad de overtuiging hebben bestaan dat het hier om 'recht' gaat, zodat het om bindende regels gaat.

A-G Verkade is daarmee echter nog niet klaar met zijn status-analyse. Wat hem betreft is de rechter niet gebonden aan de gedragscode, ook niet na een instemmende verklaring. Wat rest aan 'binding', is dat het hierbij om een gezichtspunt kan gaan of om een essentiële stelling die de rechter zal moeten bespreken.³² Dat de omvang en de invulling van het in casu ter discussie staande recht op een overzicht volgens de Hoge Raad mede afhangt van hetgeen bepaald is in de code, lijkt echter duidelijk verder te gaan dan dat het louter een gezichtspunt zou zijn. Dat geldt temeer daar vervolgens de normen uit de code zonder meer als verplichtend gepresenteerd worden. Hier bestaat dus een discrepantie tussen A-G en Raad zonder dat daarover een discussie wordt gevoerd.

5.5 GAVO-voorschriften, informatieverstrekking aan media en een rechterregeling

Bij arrest van 13 juli 2007 accordeert de Hoge Raad³³ in een aansprakelijkheidszaak het gebruik van de 'om-

keringsregel' door het Hof in een geval van een brand die ontstond in een kleine (kinder)slaapkamer waarbij een noodgeiser (zonder van een mantel te zijn voorzien) laag bij de grond was geplaatst, zulks in strijd met de zogenaamde Voorschriften voor Aardgasinstallaties GAVO 1987 (de GAVO-voorschriften, een NEN-norm³⁴). De Hoge Raad overweegt in casu onder andere dat het Hof zijn oordeel (het toepassen van de 'omkeringsregel') heeft gebaseerd en heeft kunnen baseren op schending van (onder meer) de GAVO-voorschriften (zie r.o. 3.3.5). Over achtergrond en status van de GAVO-voorschriften wordt met geen woord gerept.

Dat laatste gebeurde echter wel, hoewel summier, in een tweede arrest³⁵ van dezelfde dag, betreffende een zaak waarin aan de orde was het geval dat in een strafzaak publiekelijk (in persberichten en ter terechtzitting) mededelingen waren gedaan over strafbare feiten waarvan een met name genoemde (rechts)persoon werd verdacht. De vraag rees of de Staat zodoende in strijd met de onschuldpresumptie en dus onrechtmatig had gehandeld jegens de verdachte. Het in acht nemen van die onschuldpresumptie is nader geregeld in een (toenmalige, inmiddels aangevulde en vervangen) 'Richtlijn informatieverstrekking strafzaken aan media door politie en Openbaar Ministerie' uit 1992, welke door de Hoge Raad zonder verdere toelichting als recht in de zin van art. 79 RO wordt gezien (r.o. 3.5.3). Toetsing door de Hoge Raad aan die richtlijn levert dan op dat het Hof ten onrechte meende dat de onschuldpresumptie niet geschonden was, omdat de persberichten naar het oordeel van de Raad te weinig terughoudend en zakelijk waren (r.o. 3.5.4). Anderzijds volgt uit die Richtlijn dat het vermelden van de naam van de verdachte (rechts)persoon niet onrechtmatig was, zoals het Hof ook beslist had (r.o. 3.5.6). Dat die Richtlijn hier gevolgd wordt, is uiteraard logisch als eenmaal aanvaard is dat het daarbij om recht in de zin van art. 79 RO gaat, maar dat dat zonder toelichting geschiedt, is opmerkelijker.

Bij arrest van 7 december 2007 besliste de Hoge Raad³⁶ dat het Hof terecht overwogen had dat de man in de te beslissen alimentatiezaak zijn draagkracht moest toelichten

29. HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 639 (HBU/Groendijk).

30. Zie de conclusie van Verkade voor HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 639 (HBU/Groendijk), nr. 4.13. Zie ook Giesen, *a.m.*, p. 26.

31. Zie bijv. Giesen, *a.m.*, p. 45 en 46, met verdere verwijzingen.

32. Daarnaast ziet de A-G nog ruimte voor een contractuele binding van de verantwoordelijke indien deze verwijst naar de Gedragscode in zijn contractuele betrekking met de klant, zie de conclusie van Verkade voor HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 639 (HBU/Groendijk), nr. 4.14.

33. Zie HR 13 juli 2007, *RvdJ* 2007, 705 (A./Fortis Corporate Insurance).

34. Deze zijn inmiddels vervangen door: *Nederlandse norm NEN 2078 (nl) Eisen voor industriële gasinstallaties* van het Nederlands Normalisatie-Instituut (Delft 2001). Over dit soort standaarden uitvoerig G.M.J. Evers, *Blind vertrouwen*, BJu: Den Haag 2002, en H. Schepel, *The Constitution of Private Governance*, Hart Publishing: Oxford/Portland, Oregon 2005.

35. HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 505 (X./Staat).

36. HR 7 december 2007, *LJN*: BB9613 (Man/Vrouw).

door middel van tijdige overlegging van stukken, overeenkomstig het 'Uniform reglement van de gerechtshoven voor rekestprocedures'. Vervolgens echter constateert de Raad dat het Hof op onjuiste wijze invulling heeft gegeven aan art. 5 lid 5 uit dat reglement door zonder nadere toetsing de stukken van de man, als zijnde te laat ontvangen, te retourneren. In casu wordt, en dat zal niet verbazen want dat is inmiddels gebruikelijk, een uniform procesreglement, een rechttersregeling dus, toegepast en als leidraad voor de beslissing gebruikt. Over de status van deze rechttersregeling en het hoe en waarom van een eventuele binding van de rechter daaraan, wordt in deze zaak echter (opnieuw) met geen woord gerept.

6 Een poging tot duiding van het voorgaande

6.1 Inleiding

Wat valt er nu over dit alles te zeggen? Is de rechterlijke macht onderling verdeeld als het om het gebruik en de toepassing, en dus de bindende kracht, van alternatieve regelgeving gaat? Zo ja, loopt die verdeeldheid langs hiërarchische lijnen of overal dwars doorheen? En heeft de gewenste uitkomst van de zaak dan eventueel nog invloed op het wel of niet benutten en handhaven van alternatieve regelgeving, doordat bijvoorbeeld het niet benutten van richtlijnen e.d. tot het afwijzen van vorderingen leidt? Laten we nader bezien waartoe het voorgaande ons kan leiden (daarbij past natuurlijk nog de waarschuwing dat niets zeker is of kan zijn op basis van deze veel te kleine 'steekproef').

6.2 Alternatieve regelgeving gedicteerd door de gewenste uitkomst?

Om met de misschien wel meest vergaande mogelijke consequentie te starten: heeft het wel of niet gebruiken van alternatieve regelgeving invloed op de uitkomst van een zaak? Het is wat mij betreft significant, hoewel de basis voor die conclusie niet heel breed is, dat het juist wel of niet gebruiken van alternatieve regelgeving in de rechterlijke oordeelsvorming niet duidt op het vervolgens niet of wel uiteindelijk toewijzen van het gevorderde (veelal: accepteren van (een verzwaarde) aansprakelijkheid of een hogere schadevergoeding). De lagere rechters die alternatieve regelgeving in hun oordeel betrekken, komen vervolgens tot wisselende oordelen (geen aansprakelijkheid; toewijzing van smartengeld; geen whiplash, en dus minder vergoeding; geen omkeringsregel aanvaarden; wel aanvulling van de overeenkomst). De rechter die de richtlijnen, etc. buiten hun oordeelsvorming wensen te houden, beslissen evenzeer verdeeld (wel of geen aansprakelijkheid). Er zit dus weinig lijn in aan de ene kant de uitkomst van de zaak en aan de andere kant het wel of niet gebruiken van protocollen, richtlijnen en andere vormen van zelfregulering.

Die uitkomst stemt uiteraard tevreden en zou niet nader besproken hoeven worden als niet de mogelijkheid dat die

uitkomst anders zou luiden, meteen ook zoveel weerstand zou oproepen. Want was dit (te weten: het zoeken naar een bepaald resultaat via het wel of niet gebruiken van alternatieve regelgeving) wel de achtergrond van de geconstateerde onenigheid in de rechtspraak, dan zou dat ernstig te betreuren zijn geweest. Alternatieve regelgeving zou dan slechts oneigenlijk gebruikt worden. En die uitkomst zou te meer onwenselijk zijn geweest omdat de rechter dan blijkbaar zijn eigen oordeel hoger zou aanslaan dan dat van de betrokken groep of branche of breder: de maatschappij. Als dat bijvoorbeeld zou gebeuren in de medische sfeer, zou de wereld waarschijnlijk – en terecht – te klein zijn. Dan is het echter tevens niet meer dan logisch dat hetzelfde moet gelden voor andere takken van sport, bedreven door andere specialisten, zoals financiële instellingen, officieren van justitie, landbouwers, etc.

6.3 Ruimhartig gebruik door de Hoge Raad

Een lijn die wel degelijk te bespeuren valt, hoewel, nogmaals, van een echte steekproef geen sprake kan zijn, is dat de Hoge Raad opeens afgelopen periode (want oudere rechtspraak leek een veel wisselender beeld te geven³⁷) ruimhartig gebruik is gaan maken van alternatieve regelgeving. In de zes besproken arresten wordt immers drie maal geaccordeerd dat de lagere rechter dat soort regelgeving benut heeft en gaat men mee in het verder uitleggen van de maatschappelijke normen in kwestie. In twee gevallen (die betreffende de gedragscode inzake persoonsgegevens en inzake de richtlijn informatieverstrekking strafzaken aan media) is het zelfs zo dat het de Hoge Raad zelf is die de alternatieve regelgeving van stal haalt en invoegt in de redenering, alwaar het betreffende Hof dat voordien niet gedaan had. Daarbij werd bovendien, een onmiskenbaar signaal in dezelfde richting, in het geval van de Gedragscode persoonsgegevens de andersluidende mening en waarschuwing ('alternatieve regelgeving bindt niet, het is een gezichtspunt') van de A-G genegeerd. In een ander geval (Praktijkregels Insolad) werd de redenering van de A-G tegen het gebruik van alternatieve regelgeving min of meer genegeerd.

De boodschap die daaruit naar voren komt, is wat mij betreft onmiskenbaar deze: rechters, wees niet al te bevreesd en *benut alternatieve regelgeving!* Benut de door de maatschappij zelf aangereikte normen als aanwijzingen voor de invulling van allerlei open normen.³⁸ De al te grote mate van terughoudendheid bij de lagere rechter zoals die in het voorgaande geconstateerd is, is daarmee dus – althans daar heeft het alle schijn van – misplaatst en kan achterwege blijven.³⁹ Naast het feit dat deze insteek vrij

37. Zie de rechtspraak zoals besproken in Giesen, *a.m.*, m.n. hoofdstuk 3.

38. Zie eerder al Giesen, *a.m.*, p. 117-118.

39. Dat wil uiteraard niet zeggen dat er geen nadelen verbonden zijn aan alternatieve regelgeving, vgl. daarover Giesen, *a.m.*, p. 35-39, p. 101-103, p. 116-119 en p. 75-76, waar o.a. het gevaar van concurrentiebeperking aan bod komt. Ik meen echter, zie de genoemde pagina's, dat die nadelen te ondervangen zijn.

nieuw is, is een belangrijke reden waarom deze boodschap vooralsnog geen vaste grond heeft gevonden (zodat er wellicht zelfs reden zou zijn om te twifelen aan de juistheid van die achterliggende boodschap), mijns inziens vooral deze dat de Raad tot nog toe niet expliciet genoeg geweest is. Door middel van een *expliciete motivering* in een van de besproken zaken, of in een eerstkomende nieuwe zaak, had die twijfel wegenomen kunnen worden, of kan dat alsnog gebeuren.

6.4 Dit kan de privaatrechtelijke handhaving versterken

Een dergelijke expliciete motivering ten aanzien van de ruimte die er is om alternatieve regelgeving te benutten, is mijns inziens mede nodig en nuttig omdat met een toenemend gebruik van alternatieve regelgeving door de rechterlijke macht – en de versterkte binding aan die regelgeving ten gevolge daarvan – ook de handhaving van privaatrechtelijke regels in de vorm van maatschappelijke normen, gediend kan worden. Door een steviger binding aan maatschappelijke normen zullen immers ook de mogelijkheden tot (privaatrechtelijke) handhaving van dergelijke regelgeving, via de open normen die het privaatrecht rijk is, verbeteren. De binding aan en handhaving van maatschappelijke normen verloopt nu eenmaal parallel en gelijktijdig.⁴⁰ Uiteindelijk zal daarmee de (naar haar aard: privaatrechtelijke) handhaving in het privaatrecht meer en meer handhaving *door en via* gedragscodes, richtlijnen, protocollen, e.d. worden, en daarmee dus *privaatrechtelijke* handhaving blijven, maar wel (nog meer dan nu reeds) ook ‘zelfreguleringshandhaving’ worden. Meer concreet valt onder die ‘zelfreguleringshandhaving’ bijvoorbeeld te scharen dat alternatieve regelgeving over het algemeen beter vrijwillig nageleefd wordt dan ‘gewone’ regelgeving, zodat handhaving door een (al dan niet speciaal opgericht) ‘handhavingsorgaan’ minder snel nodig zal zijn.⁴¹ De handhaving van de privaatrechtelijke maatschappelijke normen die door de betrokkenen zelf ontwikkeld zijn, zal naar het zich laat aanzien dus gediend zijn met een verdere erkenning van hun juridische status, want die handhaving ontstaat dan nog eerder min of meer vanzelf (via vrijwillige naleving). Ook zal een explicietere binding aan alternatieve regelgeving bijvoorbeeld betekenen dat de betrokkenen eerder en uitvoeriger zelf zullen (gaan) nadenken over handhaving voor die resterende gevallen dat vrijwillige nakoming toch mocht achterblijven. Men zal dan eventueel zelf een beloningssysteem, sanctiearsenaal en/of een sanctieprocedure willen opstellen (bijvoorbeeld via monitoring, klachtencommissie, nakomingsgarantie, geschillencommissie, tuchtrechtelijk systeem, royement, etc.), zodat de eigen achterban ook hier zelf de regels en procedures kan vaststellen en een beroep op de civiele rechter, en daarmee de reguliere handhaving langs de weg van de onrechtmatige daad (of eventueel wanprestatie), vervolgens meestal achterwege kan blijven.⁴²

Wat mij betreft ligt op het vlak van deze ‘zelfreguleringshandhaving’ ook de ruimte voor verdere verbetering ten opzichte van de bestaande situatie van (dure, complexe, trage) privaatrechtelijke handhaving (bij en door de civiele rechter). Dat die handhaving gebrekkig is, ligt nu eenmaal (nog steeds) in de aard van de reguliere privaatrechtelijke handhaving besloten.⁴³ Van een dergelijke verbetering zouden dan vervolgens zowel de partijen in kwestie als de maatschappij in zijn geheel (minder vaak een beroep op die rechter nodig) profiteren.

6.5 Rol van procespartijen

Voor procespartijen is het overigens wel zaak om de (lagere) rechter in deze terwille te zijn, door deze te voorzien van de benodigde informatie met betrekking tot de betrokken alternatieve regelgeving. Er is immers zoveel alternatieve regelgeving in omloop dat de rechter dat alles onmogelijk zelf kan verzamelen en toepassen, of er zelfs maar kennis van kan nemen, laat staan dat hij uit eigener beweging deze regelgeving zonder verdere hulp kan en zal handhaven. De procespartijen dienen dus zelf aan te reiken wat de lagere rechter moet weten; in die zin doet men er goed aan, al is het maar voor de zekerheid, om alternatieve regelgeving eerder als een (aan te brengen) ‘feit’ dan als (een bekend verondersteld) ‘recht’ te beschouwen.

In het verlengde daarvan past het dan ook om in de nabije toekomst – teneinde de hiervoor geschetste situatie te kunnen bereiken – in cassatie de alternatieve regelgeving expliciet in de middelen te betrekken en desnoods de al dan niet bindende status ervan, evenals eventuele nadelen ervan, ter discussie te stellen. Dat biedt de Hoge Raad dan in elk geval de mogelijkheid om gefundeerd kennis te nemen van het debat daaromtrent, er op basis van zo’n degelijk fundament gemotiveerd over te besluiten en er wellicht zelfs in iets bredere zin over te beslissen (‘aangezien alternatieve regelgeving in zijn algemeenheid...’ of ‘hoewel zelfregulering in beginsel niet...’, etc.), mocht men dat verkiezen, hetgeen ik hoop. De handhaving van alternatieve regelgeving zou, dat moge inmiddels duidelijk zijn, daarbij gebaat zijn. Als de aard van regelgeving niet al in eerste aanleg of hoger beroep aan de orde is gesteld,

40. Zie nogmaals Giesen, *a.w.*, p. 130.

41. Giesen, *a.w.*, p. 125. Zie ook nog p. 124-130 over handhaving van zelfreguleringsnormen.

42. De hoge vlucht die de praktijk van (consumenten)geschillencommissies genomen heeft de laatste jaren, ondersteunt en illustreert dit.

43. Hoewel in het verleden regelmatig getracht is om de civiele procedure te versnellen, versimpelen en efficiënter te maken, laatstelijk door de Commissie Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht. Zij zetten daarbij overigens stevig in op het benutten van de kansen die zelfregulering biedt, zie 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, p. 247 e.v., en 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, vooral aanbeveling 11.5.d. Over zelfregulering door de commissie nader: Giesen, *TCR* 2006/4, p. 103-109.

is het lastiger een oordeel daaromtrent van de Hoge Raad uit te lokken, zelfs indien de Raad, zoals blijkt uit het voorgaande, niet schroomt om desnoods op eigen initiatief alternatieve regelgeving ter hand te nemen en als leidraad te aanvaarden.

6.6 Conclusie

Samengevat betekent de voorgaande rechtspraakanalyse voor de *handhaving* van alternatieve regelgeving wat mij betreft vooral dat (a) de binding aan alternatieve regelgeving nu al verder gaat dan wellicht wordt aangenomen (althans in de lagere rechtspraak), en dat in het verlengde daarvan (b) de mogelijkheden tot handhaving van dergelijke regelgeving door de civiele rechter beter zijn dan tot nu toe gedacht, omdat binding en handhaving parallel lopen, zodat (c) een beroep op de in de betrokken groep heersende maatschappelijke normen met steeds meer succes mogelijk is. Alleen het besef dat dit alles het geval is, lijkt nog niet volledig doorgedrongen te zijn. Ongetwijfeld zal de tijd dat besef vanzelf doen groeien, maar het zou verstandig handelen van procespartijen zijn om dat moment niet lijdzaam af te wachten, maar om veeleer te proberen zelf actief die ontwikkeling aan te sturen (onder het motto 'besef is goed, controle is beter').

7 Afrondend

Als we in rechte nu en in de toekomst iets willen of moeten met maatschappelijke (informele) normen, en daar ben ik van overtuigd, dan moeten we die voorschriften, regels en normen – Enschedé zei het eerder al – respecteren. Respecteren betekent dat we ermee werken, dat we die regels handhaven, zowel in goede als in slechte tijden, en dus niet alleen als dat zo toevallig goed uitkomt. In 1984 besloot Enschedé zijn KNAW-rede over dit onderwerp zeer stellig: 'De rechtsorde kan niet optimaal functioneren, tenzij zij (...) ten opzichte van andere normstelsels haar positie juist bepaalt.'⁴⁴ Dat nu, is blijkens het voorgaande voor het privaatrechtelijke terrein nog steeds niet voldoende het geval. Het is dus hoog tijd om nog meer consistentie te gaan bewerkstelligen; het is tijd dat er – vooral explicieter en gemotiveerder dan thans het geval is – leiding aan de lagere rechtspraak wordt gegeven. Gezien de thematiek, die naar haar aard nu eenmaal niet des wetgevers is (die werd nu juist omzeild door de keuze voor alternatieve regelgeving), ligt deze uitdaging in eerste instantie onvermijdelijk bij de Hoge Raad.

44. Enschedé, *a.m.*, p. 20.