

Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen

Prof. mr. I. Giesen¹

Inhoud

1	<i>Inleiding en probleemstelling</i>	71
2	<i>Wat is alternatieve regelgeving in het privaatrecht?</i>	73
2.1	Inleiding: 'privaatrechtelijke' terminologie	73
2.2	Definities en kenmerken	74
	<i>Definities</i>	74
	<i>Kenmerken van alternatieve regelgeving</i>	74
	<i>Keuze voor ruimte</i>	77
2.3	Enkele mogelijke vormen van alternatieve regelgeving	78
2.4	Enkele voorbeelden van alternatieve regelgeving in het privaatrecht	78
2.5	Twee uitvoeriger omschrijvingen	84
	<i>Medische protocollen</i>	84
	<i>Rechtersregelingen</i>	85
2.6	Het proces van alternatieve regelgeving	86
2.7	Voordelen en nadelen	86
2.8	Wanneer alternatieve regelgeving?	87
2.9	Is alternatieve regelgeving 'recht' te noemen?	87
2.10	Wat volgt: rechtsgevolgen en denkmodellen	89
	<i>Te bespreken vragen...</i>	89
	<i>... via twee denkmodellen</i>	90

1. Met dank aan 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 dit preadvies, aan Rogier van Bijnen, Menno Bouwes, Liesbeth Enneking, Marco Loos, Rianka Rijnhout 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 preadvies. Tot slot bedank ik graag Jan Vranken die het thema van dit preadvies op de (althans: mijn) agenda zette en mij voorzag van tips en bronnenmateriaal. Literatuur en rechtspraak verschenen voor 12 januari 2007 werd waar nodig verwerkt.

3	<i>De rechtskracht van alternatieve regelgeving: gebondenheid</i>	91
3.1	<i>Inleiding</i>	91
3.2	<i>Theoretische vergezichten</i>	92
	<i>Alternatieve regelgeving zonder binding?</i>	93
	<i>Grondslag voor binding: de wet</i>	95
	<i>De tweede grondslag: consensus</i>	97
	<i>Een derde grondslag</i>	100
	<i>De keuze vóór binding in het licht van (nogmaals) enkele nadelen van alternatieve regelgeving</i>	104
	<i>Afronding</i>	106
3.3	<i>Praktijk: medische protocollen</i>	106
3.4	<i>Praktijk: procesrechtelijke alternatieve regelgeving</i>	110
	<i>Inleiding</i>	110
	<i>De stand van zaken momenteel</i>	110
	<i>Excursie: een blik op art. 79 RO</i>	111
	<i>Terug naar het hoofdspoor: gevolgen voor de binding aan rechtersregelingen</i>	113
	<i>Binding van derden</i>	115
	<i>Conclusie</i>	116
4	<i>Alternatieve regelgeving en rechtsvorming</i>	116
4.1	<i>Inleiding</i>	116
4.2	<i>Interne rechtsvorming</i>	117
4.3	<i>Theorie inzake (externe) rechtsvorming</i>	118
	<i>Introductie</i>	118
	<i>Een 'standaardplaatje' inzake rechtsvorming</i>	118
	<i>Rechtsvorming en de invloed van alternatieve regelgeving: de brugfunctie en een parallel pad met de bindingsvraag</i>	121
	<i>Problemen inzake rechtsvorming via alternatieve regelgeving</i>	124
	<i>Afronding</i>	126
4.4	<i>Praktijk: medische protocollen</i>	127
4.5	<i>Praktijk: procesrechtelijke alternatieve regelgeving</i>	128
	<i>Inleiding</i>	128
	<i>Stimulering van alternatieve regelgeving in het procesrecht</i>	129
	<i>Tegenwerpen</i>	130
	<i>Procesrechtelijke rechtsvorming via alternatieve regelgeving</i>	131
	<i>Het principe: specifieke geschillen en rechtsvorming</i>	132
4.6	<i>Nadelen en een mogelijke oplossing: de coalitie van samenwerkende rechtsvormers</i>	133
	<i>Introductie</i>	133
	<i>Mogelijk nadelige kanten van rechtsvorming via alternatieve regelgeving</i>	133
	<i>Alternatieve regelgeving als rechtsvorming: interactie met andere rechtsvormers</i>	135

5	<i>Niet-naleving en handhaving van alternatieve regelgeving</i>	137
5.1	Inleiding	137
5.2	Nakoming	137
5.3	Handhaving	138
5.4	Belonen en straffen: privaatrechtelijke remedies	139
5.5	Parallele handhaving	141
6	<i>Richtlijnen voor alternatieve regelgeving?</i>	142
6.1	Primaire en secundaire regels	142
	<i>Inleiding</i>	142
	<i>Belang</i>	143
6.2	Richtlijnen via Aanwijzingen voor de Alternatieve Regelgeving (AvdAR)?	143
	<i>Richtlijnen nodig?</i>	143
	<i>Geen wettelijke normering</i>	145
	<i>Wél AvdAR</i>	147
6.3	Inhoud van de Aanwijzingen	148
7	<i>Afronding</i>	151
	<i>Literatuurlijst</i>	153

'Regulation of self-regulation is the new challenge.'

Julia Black (Black 2001, p. 104)

1 Inleiding en probleemstelling²

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.

De notie van 'alternatieve regelgeving' heeft veel te maken met hetgeen vaak onder de noemer 'zelfregulering' of aanverwante termen³ door het juridische leven gaat. Ook ik gebruik beide termen door elkaar.

Waar het hierna 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.

2. Veel van de verzamelde en beschreven informatie en diverse uitwijdingen, interessante details en extra voorbeelden die oorspronkelijk aan de tekst toegevoegd waren, konden niet in dit uiteindelijke preadvies worden opgenomen. Soms heb ik zelfs hele paragrafen (alsnog) eruit gelaten. Die teksten zijn wel integraal te vinden in de uitvoeriger versie die onder de titel '*Alternatieve regelgeving en privaatrecht*' in de reeks Monografieën Privaatrecht zal verschijnen (Kluwer, Deventer 2007).
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. De term 'soft law' is bijv. in Europeesrechtelijk verband populair, zie Senden 2003.

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,⁴ 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 dje 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,⁵ en (2) wat is dan de mogelijke (positieve of negatieve) bijdrage van alternatieve regelgeving aan de rechtsvorming in het privaatrecht?

Beide vragen worden besproken vanuit het perspectief van de betrokken maatschappelijke groeperingen en de civiele rechter (en niet vanuit de regulerende overheid),⁶ en ik zal beide vragen mede vanuit een normatief gezichtspunt benaderen: zou er binding moeten zijn en zou er rechtsvormende invloed moeten zijn?⁷

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.⁸ 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 (nader) regulering van privaatrechtelijke kwesties of aandachtsgebieden.

4. 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.
5. Voor Lindahl 2006, p. 39, is dit het principiële punt dat zelfregulering oproept.
6. Stamhuis 2006, p. 25, zou waarschijnlijk zeggen dat mijn perspectief meer een 'bottom-up approach' t.o.v. zelfregulering behelst dan een 'top-down approach'.
7. 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, de totstandkoming, de betrokkenen, 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.
8. Voor een recent voorbeeld daarvan, zie Barendrecht Van Zeeland 2007, p. 4. Over de opkomst en ontwikkeling van alternatieve regelgeving ook Lobel 2005, bijv. p. 264-265 en 272.

De verdere opbouw ziet er als volgt uit. Hierna komt eerst kort aan bod wat alternatieve regelgeving eigenlijk is (§ 2). Ik bespreek onder andere de terminologie, noem voorbeelden, en enkele voor- en nadelen. Vervolgens ga ik 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 (§ 3 en § 4). Een andere mogelijk, daarmee samenhangend probleem, dat van de handhaving van alternatieve regelgeving, wordt nog kort in § 5 besproken. De uit het voorgaande voortvloeiende conclusies, inclusief enkele denklijnen voor de toekomst, en een afronding volgen in § 6 en § 7. Belangrijk is nog 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.⁹ Daarbij spelen mijns inziens twee mogelijke denkkaders of modellen een sturende rol (zie § 2.10)

2 Wat is alternatieve regelgeving in het privaatrecht?

2.1 Inleiding: 'privaatrechtelijke' terminologie

De toepassing van het concept alternatieve regelgeving op het privaatrecht vergt – bijvoorbeeld om bestaande voorbeelden daarvan beter te kunnen positioneren en om het van soortgelijke verschijnselen te kunnen onderscheiden – dat enige specifiek toegespitste terminologie besproken wordt. 'Alternatieve regulering' is een term welke in het preadvies van Witteveen¹⁰ 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.¹¹

9. Vgl. Van Heffen-Oude Vrielink Brandsen 2004, p. 36.

10. Witteveen 2007.

11. 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.

Wezenlijk is verder dat het bij zelfregulering om een vorm van collectiviteit gaat.²⁵ 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.'*²⁶

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.²⁷ Dat contract vervangt immers het regelend recht van het BW. Zo ver wil ik hier echter niet gaan,²⁸ want dan is het concept zelfregulering eindeloos breed en dus betekenisloos geworden.²⁹ 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'.³⁰ 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.³¹

Naast het voorgaande is voor zelfregulering, ten vierde, nog wezenlijk dat degene die reguleert, ook (zelf) gereguleerd wordt. Zelfregulering heeft

25. Page 1986, p. 144, wijst daar indringend op. Zie ook Stamhuis 2006, p. 37, en Scott 2006, p. 132.
26. Black 1996, p. 27. Zij onderscheidt dit van 'individualized regulation', zoals regulering voor een enkel bedrijf.
27. Dat betekent dat de forumkeuze of rechtskeuze in het ipr 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.
28. Ware 1999 spreekt in deze gevallen over 'privatizing law', hetgeen licht verwarring kan wekken.
29. 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.
30. Van Schooten-van der Meer 1997, p. 17. Vgl. ook Ogus 2000, p. 588, die spreekt over 'collective restraint, other than that following directly from government' (mijn curs., IG).
31. 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.

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).³² 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'.³³ Men spreekt in dit verband ook over 'responsive regulation' of over 'reflexive regulation' als tegengesteld aan 'command and control regulation'.³⁴ Alternatieve regelgeving dient daarmee dus als alternatief voor dergelijke vormen van 'command and control' regulering,³⁵ hetgeen ook hierin tot uitdrukking komt dat het steeds gaat om 'bottom-up lawmaking' en niet om 'top-down lawmaking'.³⁶

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.*³⁷

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

32. Zo ook Stamhuis 2006, p. 37.

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

34. Collins 1999, p. 65.

35. Laclé-Meuwese 2006, § 1.

36. 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.

37. 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.

valt,³⁸ bijvoorbeeld omdat het handig kan zijn de sancties af te stemmen op de aard van de onderliggende regeling.³⁹ Bovendien sluit een definitie van alternatieve regelgeving die ook handhaving omvat, goed aan bij de min of meer gangbare omschrijving van 'regulering' (normen stellen, nakoming monitoren en afdwingen).⁴⁰

Daarmee is ook 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.⁴¹ Alternatieve regelgeving omvat hierna dus alternatieve regulering, zelfregulering en non-regulering.

2.3 Enkele mogelijke vormen van alternatieve regelgeving

[Deze paragraaf is niet in dit preadvies opgenomen, maar is wel te vinden in de uitvoeriger versie ervan die onder de titel 'Alternatieve regelgeving en privaatrecht' in de reeks Monografieën Privaatrecht zal verschijnen (Kluwer: Deventer 2007)]

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 (tucht-rechtelijke) 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 Nederlandse⁴² privaatrecht?⁴³ Die vraag stellen staat echter bijna gelijk aan wetenschappelijke zelfmoord voor iemand met de neiging om volledig te willen zijn. Er

38. 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.

39. Vgl. Schut 1972, p. 362.

40. Parker e.a. 2004, p. 1. Vgl. ook Black 2004, p. 34.

41. Zie Witteveen 2007.

42. In het buitenland zijn ook legio voorbeelden te vinden. Ik noem hier slechts de 'Restatements' van het A.L.I. 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.

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

bestaan te veel voorbeelden om zelfs maar te proberen volledigheid na te streven.⁴⁴ Ik zal die valkuil dan ook omzeilen en hierna alleen enkele aansprekende voorbeelden noemen en vervolgens (§ 2.5) twee voorbeelden iets uitvoeriger beschrijven.⁴⁵

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).

Uit het ondernemingsrecht is de Code Tabaksblat natuurlijk meer dan vermeldenswaard,⁴⁶ hetgeen overigens niet betekent dat deze niet zeer kritisch bejegend wordt, zowel qua inhoud als qua instrument van zelfregulering (die status wordt bestreden).⁴⁷ Maar ook daarbuiten wordt nagedacht over nieuwe vormen van regulering in het ondernemingsrecht.⁴⁸

In het licht van de Boeken 3 én 6 BW memoreer ik de Gedragscodex hypothecaire financieringen waaraan eigenlijk alle grote banken zich verbonden hebben. Een geschillencommissie wikkelt twistpunten over hypotheekverstrekking af.⁴⁹

Tot de inmiddels bekendere voorbeelden van procedurele normering op het terrein van het schadevergoedingsrecht behoort de Gedragscodex Behandeling Letselschade die al in de opstartfase veel belangstelling en ook politieke steun kreeg, maar tevens kritisch bejegend is.⁵⁰ Deze code is

44. 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. De hierna genoemde 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.

45. De twee voorbeelden die ik in § 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 § 3 en 4, terwijl het bovendien een materieelrechtelijk en een procesrechtelijk geval betreft zodat er ook van enige spreiding sprake is.

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

47. 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 (rechtsvergelijkend) Wymeersch 2005.

48. Zie *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 752, 2, p. 18 e.v. Statuten van een rechtspersoon zijn geen alternatieve regelgeving. Een andere opvatting zou die notie, net zoals bij de overeenkomst (§ 2.2), te ver oprekken.

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

50. Barendrecht e.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 Weterings 2004, p. 144 e.v., die ook de positie van de critici (veelal belangenbehartigers) in perspectief plaatst (p. 150).

erop gericht de afwikkeling van letselschadegevallen zo goed en snel mogelijk te laten verlopen.⁵¹ Vergelijkbare initiatieven zijn eerder en elders al ingevoerd⁵² of aanbevolen.⁵³

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.⁵⁴ De genoemde BW-bepalingen komen voort uit een tweetal Europese richtlijnen die zelfregulering expliciet toestaan.⁵⁵

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.⁵⁶ 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.

Deze regeling is niet gebruikt tot op heden, en dus wil ik er verder weinig woorden aan vuil maken,⁵⁷ 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).⁵⁸ De vraag

51. Zie naast de code zelf bijvoorbeeld ook het themanummer van *TVP* (TVP 2005-4) en *Weterings* 2004, m.n. p. 176 e.v.
52. 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.).
53. Zie ook het rapport van de Commissie-Borghouts 2004, m.n. p. 47-49, en *Weterings* 2004, p. 102.
54. Meer informatie o.a. bij *Verkade* 1993; *Mentink* 2006, p. 159 e.v., en *Lacé/Meuwese* 2006, II.4.4. Voor de situatie in Engeland, zie *BRTF* 2000, p. 9 e.v., en vgl. *Prosser* 2006, p. 267.
55. Zie bijv. art. 5 Richtlijn 84/450/EEG, waarover *Verkade* 1993, p. 18. In de overige lidstaten van de EU treffen we vergelijkbare zelfreguleringsinitiatieven aan, zoals de 'Werberat' in Duitsland, zie *Ruess* 2003, p. 215-216.
56. Zo ook *Vranken* 2001, p. 252-253. Anders: *Van Driel* 1989, p. 155, en *Dresden* 2004, p. 34.
57. Vgl. *Loos* 1998, p. 92 en p. 242-243, inzake mogelijke redenen. *Weterings* 2004, p. 142, noemt dit een 'ultimum remedium'. 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, 2006-2007, 29 279, nr. 41, p. 18*.
58. 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.

is dan ook of er hier werkelijk sprake is van zelfregulering.⁵⁹ Het antwoord 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, maar juist dat de marktpartijen samen met de overheid tot een regeling komen,⁶⁰ neig ik ernaar om hier wel nog van zelfregulering 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.⁶¹ Algemene voorwaarden zijn in hun gebruikelijke vorm tevens een oertype van zelfregulering.⁶² 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).⁶³ 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 opgesteld⁶⁴ maar zijn door hem overgenomen van zijn branche- of beroepsvereniging.

59. 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.

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

61. Vgl. Slawsom 1971, p. 529.

62. Nader Asser-Vranken 2005, nr. 88-90. Over zelfregulering en algemene voorwaarden is ook bij Van Bijnen 2005 veel terug te vinden.

63. 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.

64. 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.

Gerelateerd aan Boek 7 BW, en vooral de overeenkomst van opdracht en de geneeskundige behandelingsovereenkomst, zijn de als alternatieve regelgeving te beschouwen gedragsregels voor advocaten, notarissen, en accountants die in het tuchtrecht zijn neergelegd,⁶⁵ en daarnaast specifiek de medische protocollen voor medici (zie § 2.5).⁶⁶

Uit het arbeidsrecht (art. 7:610 e.v. BW) is de kantonrechters-formule natuurlijk een bekend fenomeen. De regel is ook ver buiten het arbeidsrecht bekend.⁶⁷ 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.

Waar een CAO voor ons thema echt wezenlijk wordt, is waar deze algemeen verbindend verklaard wordt door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,⁶⁸ 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. 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.

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 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 een veel breder bereikt krijgt en ook andere slachtoffers kan binden.

65. Voor medici: Leenen-Gevers-Biesart 2002, p. 16-17. Voor accountants: Koolmees 2005, p. 458-461 en *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 397 (voorstel voor een Wet tuchtrechtspraak accountants).

66. Ook de reisbranche werkt aan een gedragscode, zie *Kamerstukken II*, 2005-2006, 27 879, nr. 14, p. 6.

67. Recentelijk kritisch daarover Bender 2006.

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

Ook buiten het BW zijn er diverse voorbeelden van privaatrechtelijk georiënteerde zelfregulering te vinden.⁶⁹ Het recht inzake privacy is geregeld in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), maar 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.⁷⁰

Uit het burgerlijk procesrecht noem ik het Landelijke rolreglement (voor rechtbanken en voor kantongerechten), de Leidraad onpartijdigheid⁷¹, het rapport Voor-werk II inzake de afwikkeling van proceskosten, etc. Ik kom op deze en andere voorbeelden zo nog terug (§ 2.5).⁷²

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.

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).⁷³

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.⁷⁴ Daarnaast wordt in diverse Europese richtlijnen ruimte gelaten aan verdere (rechts)ontwikkeling via zelfregulering.

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

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

70. Zie bijv. over reguleringsinstrumenten inzake privacy, vooral ten aanzien van e-commerce, Van Esch 2000.

71. 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.

72. 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.).

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

74. Zie Van Vliet 2005, p. 190.

dan dat.⁷⁵ 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'.

2.5 Twee uitvoeriger omschrijvingen

Medische protocollen

In het gezondheidsrecht spelen de zogenaamde medische protocollen of richtlijnen een belangrijke rol.⁷⁶ 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'.⁷⁷ Het betreft duoorschriften die geen rechtsregel zijn maar die artsen beroepsmatig in acht behoren te nemen.⁷⁸

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.⁷⁹ Medische protocollen hebben een zekere mate van abstractie⁸⁰ maar blijken relevant te zijn voor beantwoording van de vraag of een arts eventueel aansprakelijk is als er tijdens de behandeling iets mis gegaan is (zie § 3.3 en § 4.4).⁸¹

75. Mijns inziens zijn bijv. rechtersregelingen (zie § 2.5) een vorm van alternatieve regelgeving, hoewel de rechters vooral zichzelf, het staatsorgaan 'de rechterlijke macht', reguleren zodat de term 'zelfregulering' hier niet past (anders dan de term alternatieve regelgeving). Daarbij speelt uiteraard mee dat die regulering voor rechters uitstraling heeft naar de (handelwijze van) procespartijen en hun advocaten.

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

77. Biesart/Gevers 1999, p. 6. Vgl. verder Giard 2005, p. 154 e.v.

78. 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.

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

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

81. 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 nt. Van Wijmen en HJS (X. ZAO).

Een voorbeeld van een protocol is dat van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie die een model voor de omgang met gevallen van (vermeende) whiplash heeft opgesteld.⁸² Dit model wordt inmiddels gebruikt (en wordt daarmee dus ook 'erkend') in de lagere rechtspraak.⁸³

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 beslissing van zaken'.⁸⁴ 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 § 3.4).

Het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken⁸⁵ en het Landelijk reglement voor de civiele rol van de kantonsectoren zijn de bekendste voorbeelden van rechtersregelingen. Andere rolreglementen betreffen de gerechtshoven (voor familie zaken) en de rechtbanken voor scheidingen en alimentatieprocedures.⁸⁶ Daarnaast noem ik nog de Checklist dagvaarding in rolzaken sector civiel, de Beslagsyllabus inzake de omgang met conservatoir beslag, de Liquidatietarieven, het Rapport Voorwerk II inzake buitengerechtelijke kosten,⁸⁷ 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.⁸⁸ 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 uit-

82. Ook de KNMG, het Nederlands Huisartsen Genootschap, etc. zijn actief bij het ontwikkelen van protocollen, zie Biesart/Gevers 1999, p. 9.

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

84. Teuben 2004, p. 7.

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

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

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

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

zondering van de Leidraad deskundigen in civiele zaken, (nog) niet openbaar gemaakt zijn en dat ook voorlopig niet (schijnen) te worden.⁸⁹

2.6 Het proces van alternatieve regelgeving

[Deze paragraaf is niet in dit preadvies opgenomen, maar is wel te vinden in de uitvoeriger versie ervan die onder de titel 'Alternatieve regelgeving en privaatrecht' in de reeks Monografieën Privaatrecht zal verschijnen (Kluwer: Deventer 2007)]

2.7 Voordelen en nadelen

Zelfregulering of alternatieve regelgeving mag dan wel gelijk gesteld worden aan 'volwassen gedrag'⁹⁰ en wellicht zelfs 'nagenoeg altijd de voorkeur'⁹¹ verdienen, maar het is zeker geen kuur voor alle kwalen, en zal dat ook niet worden.⁹² 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.⁹³ Bovendien kan 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.⁹⁴ Maar, alternatieve regelgeving kan wel – zo wordt gesteld of verondersteld – een bijdrage leveren aan verbetering van de manier waarop regels menselijk gedrag sturen, en nageleefd worden.⁹⁵ Ook de (meest effectieve) wijze van totstandkoming van nadere regels kan bevorderd worden.⁹⁶ De mogelijke bijdrage daaraan hangt natuurlijk nauw samen met de voor- en nadelen die verbonden zijn aan zelfregulering.

89. 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.

90. Bartels/Kroeze 1993, p. 620.

91. 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.

92. Zie bijv. Van Erp-Verberk 2004, p. 216-217. Witteveen 1994, p. 118, stelt dat zelfregulering dezelfde problemen kent als regelgeving door de overheid.

93. Ogus 1995, p. 98-99.

94. Black 2001, p. 123.

95. Sceptisch echter Black 2001, p. 123: het probleem van gedragsbeïnvloeding is 'assumed away'.

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

In navolging van Eijlander en Voermans⁹⁷ 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.

2.8 Wanneer alternatieve regelgeving?

[Deze paragraaf is niet in dit preadvies opgenomen, maar is wel te vinden in de uitvoeriger versie ervan die onder de titel 'Alternatieve regelgeving en privaatrecht' in de reeks Monografieën Privaatrecht zal verschijnen (Kluwer: Deventer 2007)]

2.9 Is alternatieve regelgeving 'recht' te noemen?

In Duitsland is in de rechtspraak over zogenaamde DIN-normen bepaald dat deze geen rechtsnormen zijn, maar private, technische regelingen die 'Empfehlungscharakter' 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

97. 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 Dijk 2006, p. 155-156, en Barendrecht/Van Zeeland 2007, p. 6, alsmede Kornet 2006, p. 392-395.

toekomende 'Rechtsnormqualität'.⁹⁸ 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.⁹⁹ De traditionele rechtsbronnenleer is in die opvatting dan niet meer voldoende, pluralisme is de nieuwe norm.¹⁰⁰

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.¹⁰¹ Deze vraag is daarom relevant omdat de binding aan alternatieve regelgeving in bepaalde gevallen hiervan lijkt af te (kunnen) hangen.¹⁰² Ik ga in § 3.4 dan ook kort nader in op de eisen die art. 79 RO stelt.

De vraag of er sprake kan zijn van (rechtsvormende) beïnvloeding door regels die als alternatieve regelgeving te boek staan, komt onder de noemer rechtsvorming in § 4 aan bod. Die invloed kan er mijns inziens ook zijn als er verder geen sprake is van 'recht' in de hier bedoelde officiële zin van het woord (zie ook § 3 en § 4) zodat met het antwoord op de 'art. 79 RO'-vraag zeker niet alles gezegd is over de invloed van alternatieve regelgeving.¹⁰³ Bovendien is toetsing in cassatie op begrijpelijkheid in elk geval mogelijk.¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵

98. 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.

99. Ladeur 2000, p. 98.

100. Ladeur 2000, p. 99.

101. 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.

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

103. Als exemplarisch voorbeeld noem ik alvast het arrest *Kouwenberg Rabobank* (HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 nt. C.E. du Perron. 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.

104. 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.

105. 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.

Ter relativering van de discussie over art. 79 RO herhaal ik hier echter 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 § 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 wetgever te allen tijde (alsnog) inspringen en het zelfreguleringssysteem afschaffen of wijzigen.

2.10 Wat volgt: rechtsgevolgen en denkmodellen

Te bespreken vragen...

Alternatieve regelgeving komt veel voor, komt steeds vaker voor, en de mogelijkheden zijn nog niet eens uitgeput.¹⁰⁶ 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 van praktische aard, maar deels ook van theoretische aard zijn.¹⁰⁷ Een probleem bij zelfregulering is immers, algemeen gesteld, het democratisch gehalte ervan. Onze democratische uitgangspunten en de machtenscheiding 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.¹⁰⁸

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

107. 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.

108. 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).

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 machtenscheiding). 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 machtenscheiding verwaarloosbaar zou zijn. In het hierna volgende staat dan ook centraal hoe de omgang met alternatieve regelgeving door de (civiele) rechter geregeld is of zou moeten zijn.¹⁰⁹

... via twee denkmodellen

Bij beantwoording van de in § 1 genoemde onderzoeksvragen dienen zich naar mijn mening twee mogelijke denkrampen (kaders, denkmodellen of concepten) aan waar het gaat om de omgang met alternatieve regelgeving.¹¹⁰ Iemand's 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.¹¹¹

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

109. Wat niet te vinden zal zijn, is een verhandeling over reflexief recht en het autopoietisch (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 ontlenuen. Blijkens Wilthagen 1992, p. 131, vindt Teubner dat overigens zelf ook.

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

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

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.¹¹² Denk aan transparantie, een behoorlijke participatiegraad en (de verdeling van) verantwoordelijkheden welke bij voorbaat geregeld zijn.¹¹³ 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 hogerhand of in elk geval uit andere hoek, enige nadere voorwaarden of eisen worden gesteld.¹¹⁴ Naast deze procedurele of formele eisen, staat dan nog steeds de materiële vrijheid (ook weer tot de grens van wat de openbare orde en de goede zeden gebieden, uiteraard).

3 De rechtskracht van alternatieve regelgeving: gebondenheid

3.1 Inleiding

'Het succes van zelfreguleringinitiatieven 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.¹¹⁵ Om nu die handhaving ter hand te kunnen nemen,¹¹⁶ of om zelfs maar een begin daarmee te kunnen maken,¹¹⁷ zal degene bij wie gehand-

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

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

114. 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.

115. 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.

116. 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 § 5 hierna.

117. 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 Tabaksblat, 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.

haafd wordt of moet worden, wel op enig moment aan de normen zoals opgelegd, gebonden moeten zijn (geweest).¹¹⁸ 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.¹¹⁹

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 § 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.¹²⁰ 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 het eerste geval terughoudend verdedigd wordt.¹²¹ Bovendien treedt met de komst van de derde ook een meer publiek belang (derdenbescherming) naar voren.¹²²

3.2 Theoretische vergezichten

Een van de belangrijke principiële punten die alternatieve regelgeving oproept, betreft de grondslag van haar juridische binding, zo stelt Lindahl.¹²³ Daarbij gaat hij ervan uit dat binding op zichzelf 'inherent' is aan zelfregulering.¹²⁴ 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).¹²⁵

118. Het vertrekpunt daarbij is veelal dat zelfregulering effectiever is dan overheidsregulering, vgl. Ruess 2003, p. 228; Van Heffen-Oude Vrielink Brandsen 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.

119. Los van de vraag naar binding staan verdere handhavingsperikelen en de effectiviteit van mogelijke handhavingsmechanismen hier niet principiële 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 § 5.

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

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

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

123. 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.

124. Lindahl 2006, p. 41.

125. Zie Asser-Vranken 2005, nr. 91.

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?¹²⁶ 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.¹²⁷

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.¹²⁸ 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).

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.¹²⁹ De normen gelden echter slechts tussen betrokkenen,¹³⁰ zij die (indirect) ingestemd hebben. Op dezelfde lijn zit Hijmans die ervan uit gaat dat als er geen sprake is van binding, er geen zelfregulering is. Vrijblijvende instrumenten rekent hij niet tot zelfregulering.¹³¹

In de definitie van zelfregulering zoals Van Driel die hanteert, ligt besloten dat, ondanks de niet-statelijkheid ervan, de regels voortkomend uit

126. 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.

127. Vgl. ook Köhne 2000, p. 133, en Mörth 2004a, p. 192 (sprekend over een 'highly contested issue'). Een vergelijkbare conclusie geldt voor Europese vormen van 'soft law', zie Senden 2003, p. 22.

128. Asser-Vranken 2005, nr. 87. In die zin ook Van Dijk 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.

129. Geelhoed 1993, p. 49.

130. Geelhoed 1993, p. 50.

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

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'.¹³²

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,¹³³ terwijl vaak als nadeel van zelfregulering gewezen wordt op het gebrek aan verbindende kracht.¹³⁴ 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.¹³⁵

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.'¹³⁶ 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 door dat er wel een zekere richtlijn bestaat.

Voor zover de rechterlijke macht betrokken is bij dit soort niet-bindende aanbevelingen, ligt de zaak niet 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.

132. Zie Van Driel 1989, p. 2.

133. 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). Vgl. ook Ahrne-Brunsson 2004, p. 171.

134. Vgl. Cuijpers 2004, p. 215.

135. 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.

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

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.¹³⁷ 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.¹³⁸ 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. Voor nu staat zo wel vast dat echte zelfregulering (uiteindelijk) bindend is, althans achteraf bindend kan worden of is te maken.¹³⁹

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?¹⁴⁰ 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.¹⁴¹

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

137. 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.

138. Vgl. de definitie bij Mörth 2004, p. 6, waaruit blijkt dat zelfregulering niet bindend is maar wel 'practical effects' kan hebben.

139. 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.

140. 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.

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

regulering is een bekend voorbeeld.¹⁴² Andere beroepsbeoefenaren kennen vergelijkbare regelingen.¹⁴³

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.¹⁴⁴

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 '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 Tabaksblat¹⁴⁵ kunnen hier model staan.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ Voordeel hiervan is dat op deze wijze 'free rider' gedrag tegen kan worden gegaan.¹⁴⁹

142. 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.).

143. 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.

144. 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.

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

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

147. Vgl. ook Tabaksblat 2004, p. 109.

148. 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.

149. Vgl. Van Gestel 2000, p. 24; Dresden 2004, p. 201.

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:¹⁵⁰

'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.¹⁵¹ Kiest men voor zelfregulering, dan kiest men voor horizontale verhoudingen tussen individuen en dus voor de wederkerigheid die daarbij hoort.¹⁵² 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).¹⁵³

Die vrijheid, die autonomie (of zelfwetgeving)¹⁵⁴, is echter wel een bepaalde autonomie in Lindahls 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.¹⁵⁵ 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

*autonome
afpraak*

150. Lindahl 2006, p. 41.

151. 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.

152. Lindahl 2006, p. 41. Vgl. ook Schwarez 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 is een hedendaags voorbeeld.

153. 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 Akermark 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.

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

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

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).¹⁵⁶ Lindahl vat dit alles zo samen dat een norm slechts een rechtsnorm is 'wanneer zij een plaats krijgt in de eenheid van een rechtsorde'. Die eenheid van rechtsorde, en het waarborgen ervan, bepaalt in welke mate pluraliteit (verschillende vormen van recht, zoals zelfregulering naast gewone wetgeving) wordt toegestaan.¹⁵⁷

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.¹⁵⁸ 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.¹⁵⁹ Het enige probleem is, zo analyseert Vranken, dat ook die alternatieve regelgeving altijd weer en alsnog 'door' het schema, langs de sluisen van de wetgever of rechter moet.¹⁶⁰

Los van deze inbeddingsproblematiek en een enkele kanttekening die nog bij de positie van de autonomiegedachte heden ten dage gemaakt zou kunnen worden,¹⁶¹ staat vast dat via de notie van contractsvrijheid aan vele regels, aan vele 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 wellicht¹⁶² ook een hoge mate van naleving) bereikt worden op vele terreinen.¹⁶³ Daarbij gaat het overi-

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

157. Lindahl 2005, p. 1892.

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

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

160. Nogmaals Asser-Vranken 2005, nr. 93.

161. 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.

162. 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.

163. 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.

gens 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'.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ Op die wijze kan de door de vereniging aanvaarde alternatieve regelgeving ook bindend worden voor de individuele leden.

Het voorbeeld van statuten is belangrijk omdat veel zelfregulering binnen stichtingen of verenigingen¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷ 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.¹⁶⁸ Dat betekent dat de meerderheid van een groep de minderheid kan binden, net zoals dat bij gewone wetgeving gebeurt.¹⁶⁹

Binding kan derhalve voortvloeien uit instemming of toestemming.¹⁷⁰ 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

164. 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.

165. 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.

166. 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 (§ 2.2), te ver oprekken.

167. 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 spreken over 'consensus building'.

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

169. Zie Leijten 1997, p. 189.

170. 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.

instemming niet gegeven is,¹⁷¹ is die partij in beginsel ook niet gebonden aan welke norm of standaard dan ook.¹⁷²

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.¹⁷³ 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).¹⁷⁴ Indachtig 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.¹⁷⁵ 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).

Op deze wijze vindt er derhalve een 'receptie' van alternatieve regelgeving plaats via bijvoorbeeld het aansprakelijkheidsrecht of via andere open normen.¹⁷⁶ Op basis van art. 3:15 BW geldt vervolgens hetzelfde buiten het

171. Daarbij komt dan nog als voorwaarde dat een eventuele binding ook gerelateerd is aan de organisatiegraad van de betrokkenen (de betrokken vorm van zelfregulering moet voldoende mensen binden), zie Slagter 1988, p. 94.

172. 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.

173. 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 stramen ook opduiken, vgl. *Voluntary Codes* 1998, p. 27 voor Canada. Zie ook Wymeersch 2005, nr. 5-6.

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

175. 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.

176. 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).

algemene vermogensrecht, zodat dezelfde ‘truc’ bijvoorbeeld ook kan worden toegepast op en via art. 2:8 en 9 BW¹⁷⁷ en 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.¹⁷⁷ Ik weet uiteraard dat de ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ (ten 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.¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹

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 kunnen bepalen, zonder tussenkomst van art. 3:12 BW.¹⁸⁰ 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.¹⁸¹

177. Vgl. Bartman 2004, p. 124-125; Das 2004, p. 128; Wymeersch 2005, nr. 6, en *Kamerstukken II*, 2003-2004, 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.

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

179. 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.

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

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

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

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.¹⁸³ Als voorbeeld noem ik de doorwerking van een medisch protocol via de medische zorgplicht dat hierna (§ 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.¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵ Alternatieve regelgeving kan wellicht zelfs eerder als 'gewoonte' geduid worden¹⁸⁶ 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).¹⁸⁷ 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,¹⁸⁸ en die pluraliteit bij alternatieve regelgeving ook aanwezig kan zijn, vind ik het verkieslijk om (ook) bij de in Nederland levende rechtsovertuigingen aan te (kunnen) haken.

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

183. 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.

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

185. 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.

186. 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.

187. 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.

188. 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.

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.¹⁸⁹

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 gezegd kunnen worden dat binding aan alternatieve regelgeving ingebouwd is in het privaatrechtelijke systeem.¹⁹⁰

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.¹⁹¹ Die richtlijnen speelden dus een – weliswaar bescheiden, maar toch – rol bij de invulling van de open norm 'wanbeleid'.

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 uiteindelijk niet de bron van de binding, want die binding berust in wezen op de invulling van de norm door de rechter.¹⁹²

189. Asser-Scholten 1974, p. 109.

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

191. Zie Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, N/ 1980, 71 (Batco).

192. 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.

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.¹⁹³

Voor de lezer die nu een vlammend betoog verwacht waarin het voorgaande ontzenuwd wordt en waarin alsnog tot een niet in het schema te vinden route of 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.¹⁹⁴), 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.¹⁹⁵

Waarom
ada
mint!

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.

193. Asser-Vranken 2005, nr. 93.

194. 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.

195. Vgl. ook Giesen/Vranken 2004, p. 225 en p. 227, alsmede McHarg 2006, p. 85.

Handlijk is ook autonomie - aspect
→ van markt overeen I. Giesen

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.¹⁹⁶ Ten eerste verwijs ik nogmaals naar de nadelen verbonden aan zelfregulering zoals besproken in § 2.7, maar roep ik ook de daar al genoemde voordelen in herinnering. Specifiek gerelateerd aan de kwestie van 'binding' memoereer 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.¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸

POV!

Gerelateerd aan de invloed die iemand zou kunnen hebben op de tot stand te brengen normen, is de notie dat die normen concurrentiebeperkend 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.¹⁹⁹ Als deze en andere correctiemechanismen benut worden, dan is een ruime binding aan alternatieve regelgeving mijns inziens goed verdedigbaar en maatschappelijk wenselijk.

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

197. 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. Ook Snyder 2003, p. 433-434, wijst op de gevoeligheid voor invloed vanuit de sector; men zit gevangen in het web van de achterban.

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

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

Afronding

Afrondend merk ik nog op, aansluitend bij de hetgeen aan de start van deze paragraaf 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.²⁰⁰ 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.²⁰¹

3.3 Praktijk: medische protocollen

In § 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).²⁰² 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.²⁰³

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'.²⁰⁴ 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 aansprake-

200. 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.

201. Zie nader § 5 en nu reeds Franken 2002, p. 305. Zie ook Van Schooten-van der Meer 1997, p. 177.

202. Biesart Gevers 1999, p. 6.

203. 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.

204. Biesart Gevers 1999, p. 16 en 27. Zie ook De Groot 2006, p. 109 en p. 112.

lijkheid werkt (opnieuw omdat de bijzondere omstandigheden van het geval bepalend zijn).²⁰⁵

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.²⁰⁶ In een arrest van 2 maart 2001 is de Hoge Raad²⁰⁷ 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.²⁰⁸

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 de 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.'

205. 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 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.
206. 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.
207. HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 nt. Van Wijmen en JBMV (MC Leeuwarden/In 't Hout). Zie ook Asser-Vranken 2005, nr. 84, en De Groot 2006.
208. 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.

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 beide termen door elkaar gebruiken,¹² 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 § 2.2. en § 2.4).¹³

2.2 Definities en kenmerken

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 dat begrip,¹⁴ en dat deze variëren van beperkt tot ruim, zodat (blijkbaar) de maatvoering inzake zelfregulering kan verschillen.¹⁵

Geen van de mij bekende definities voor alternatieve regelgeving of zelfregulering is echter algemeen geaccepteerd, mede omdat de invulling van wat zelfregulering is, afhangt van het land waarover gesproken wordt (en de wetgevingstraditie in dat land).¹⁶ 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.

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

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

13. 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.

14. 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.

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

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

wijze van tegenstelling.¹⁷ In de woorden van Black: 'Whatever self-regulation is, it is not state regulation.'¹⁸ Deze tegenstelling krijgt dan ook nog eens extra cachet doordat er diverse tussenvormen tussen overheids- en zelfregulering genoemd worden als typen van zelfregulering.¹⁹

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.²⁰ 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 de groei van het aantal toezichthouders.

Ten tweede gaat het steeds om 'privaatrechtelijke' verschijnselen zodat ook het onderscheid publiek/privaatrecht een rol schijnt te spelen.²¹ 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).²² Dat alles laat echter onverlet, en daar gaat het mij nu om, dat er naast de traditionele 'publieke wetgever' (enkelvoud²³) 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.²⁴

17. 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).
18. Black 2001, p. 113. Zie over dit en de hierna genoemde kenmerken van zelfregulering ook p. 116-118.
19. 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 § 6.
20. Kritisch te dien aanzien Van Erp/Verberk 2004, p. 220 e.v., die claimen dat de overheid wel betrokken moet zijn (bij certificering).
21. 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.
22. Lindahl 2006, p. 40, noemt dat de privatisering van het publiekrecht. Het publieke en private domein lopen door elkaar, aldus Walker 2006, p. 349.
23. Als we afzien van een hiërarchie van wetgevers op internationaal niveau.
24. Asser-Vranken 2005, nr. 78, p. 87, noemt dit de privatisering van het privaatrecht.

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.²⁰⁹

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 opstellen van de voorschriften.²¹⁰ 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.²¹¹ 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.²¹² 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.²¹³ 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,²¹⁴ juist wel langs de weg van de 'invulling van de open norm' bin-

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

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

211. Kastelein 2003, p. 92.

212. 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.

213. 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.

214. In de conclusie van De Vries Lentsch-Kostense (nr. 8) voor HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 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.

dend 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 protocol scheidt overigens alleen rechten, geen plichten voor de patiënten, zodat de bindingsvraag feitelijk niet relevant zal zijn vanuit patiëntenperspectief.²¹⁵

Op het eerste gezicht contrair aan hetgeen zojuist naar voren is gebracht, betoogt Van Wijmen in zijn noot onder het arrest dat richtlijnen (waartoe protocollen behoren) niet verbindend zijn. Het zijn onverbindende handlingsinstructies, omdat de arts er van af mag wijken.²¹⁶ 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) anders 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 moeilijk aanvaardbaar' is om rechtskracht aan dit soort regels te geven.²¹⁷

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.

215. Vgl. Korthals Altes 2005, p. 920.

216. Zie zijn noot onder HR 1 april 2005, NJ 2006, 377 (X./ZAO), en De Groot 2006, p. 112 (ondersteunende functie).

217. De tegenwerping is van De Groot 2006, p. 110, die de bedoelde realiteit lijkt te willen 'wegpoetsen' door grote woorden (de rechtsstaat) in de strijd te werpen, maar vervolgens niet aanvoert waarom 'de rechtsstaat' hier in gevaar zou zijn.

3.4 Praktijk: procesrechtelijke alternatieve regelgeving

Inleiding

In het burgerlijk procesrecht is al enige tijd een toename in het gebruik van zelfreguleringsinstrumenten zichtbaar (§ 2.5). Gegeven het voorgaande theoretische kader, laat zich ook hier de vraag stellen in hoeverre de resultaten van rechterlijke samenwerking (rechtersregelingen) bindend zijn, en voor wie deze dan bindend zijn.²¹⁸ Daarbij doel ik in eerste instantie op de binding voor de gereguleerde 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.

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'.²¹⁹ Binding is daarmee uit den boze. Dat is ook de opvatting van Mak, die vreest dat de rechterlijke onafhankelijkheid in het geding is.²²⁰ Het is echter de vraag of dat alles wel helemaal juist en acceptabel is,²²¹ ook omdat we al eerder (§ 3.2) hebben gezien dat binding uiteindelijk toch, ook als het bestaan ervan ontkend wordt, van belang is.

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

218. De *bevoegdheid* van de rechter om rechtersregelingen te ontwikkelen (let wel: dat is iets anders dan *de bindende kracht* van die regelingen voor rechters 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 ontlenen aan art. 35 Rv, en aan art. 23 lid 3 en 94 RO, waarover Teuben 2004, p. 96.

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

220. 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.

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

Teuben heeft in geen probleem!

I. Giesen

geval niet aan binding van de rechter aan een rechtersregeling in de weg staat.²²² 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.²²³ 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,²²⁴ dat die binding niet absoluut is (deze strekt tot de grens van de beslissingsruimte van de rechter, en afwijken ervan is toegestaan)²²⁵ en dat het gaat om 'voorafgaande' binding (het gaat om keuzes die voorafgaand aan een geschil gemaakt worden, anders dan bij precedentwerking).²²⁶ 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.²²⁷

Excursie: een blik 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. Deze vraag is in de rechtspraak regelmatig aan bod geweest en in de literatuur ook recent nog uitvoerig beschreven.²²⁸ 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 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'.²²⁹

Materieel is de norm sindsdien niet gewijzigd en is derhalve nodig dat er een wettelijke grondslag aanwezig is, dat het een naar buiten werkende,

222. Teuben 2004, p. 31 en p. 53.

223. HR 28 juni 1996, NJ 1997, 495 m.nt. HJS (Rolrichtlijnen); Teuben 2004, p. 103, en § 2.9. Daarbij verdient nog opmerking dat Teuben (2004, p. 9) een ruime omschrijving van binding hanteert.

224. 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 (i.a.p., p. 104-105).

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

226. Teuben 2004, p. 107.

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

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

229. 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.

algemene regeling betreft en dat deze genoegzaam bekend is gemaakt.²³⁰ Een algemeen verbindend verklaarde CAO valt bijvoorbeeld onder deze norm, net als de Nadere regeling toezicht effectenverkeer 1995.²³¹

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,²³² 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.²³³

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.²³⁴ En hetzelfde geldt voor het Liquidatietarief rechtbanken en hoven (na overleg tussen NVvR en NOvA tot stand gekomen).²³⁵ 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):²³⁶

'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.'

230. Zie recent HR 24 november 2006, *RvdW* 2006, 1109 (Renzenbrink/Van Lanschot Bankiers).

231. 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).

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

233. 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.

234. 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.).

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

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

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 regelgeving' betreft. Dat is op zichzelf echter ook bij de voornoemde rolrichtlijnen het geval zodat daarin mijs inziens geen dragende reden gelegen kan zijn.²³⁷

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?²³⁸ 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.²³⁹ Dit betekent ook dat het uiteindelijk aan de Hoge Raad is om te bepalen – en liefst daarover een eigen intern beleid te ontwikkelen – of deze zich wel of niet iets gelegen zal laten liggen aan alternatieve regelgeving, of hij daarover controle wil uitoefenen of niet.²⁴⁰

Mikken we op
waar
zich toe
heeft

Terug naar het hoofdspoor: gevolgen voor de binding aan rechtersregelingen

Dit gezegd zijnde, moet vervolgens bekeken worden hoe ver dit alles nu strekt. 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 interpretatieruimte²⁴¹ komt deze vraag uiteindelijk neer op een keuze tussen het benadrukken van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en consistentie, die hier via de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging 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. Uiter-

als me ken
uit meer
op de rol
i op de
mogelijk
welke?
Verenigd?

237. 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 dat dat het geval is.
238. 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.
239. 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.
240. 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, vgl. De Commissie Deetman 2006, p. 19-20.
241. 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.

aard wordt de ruimte die er is voor bindende rechtersregelingen zodoende sterk beperkt door Teuben.

Gezien mijn opvatting over de taak van de rechter – zie § 4.3, en in het volle besef dat iedereen hierin een eigen positie zal innemen – zou ik hier zelf anders 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.²⁴² Rechtsvorming hoeft wat mij betreft dan ook niet gekoppeld te zijn aan een concreet geschil.²⁴³ 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).²⁴⁴

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') precedentwerking²⁴⁵ van rechterlijke uitspraken.²⁴⁶ = 3^e wijze v binding

Wat mij betreft gaat het bij deze precedentwerking om een vorm van binding die gelijk is aan de eerder (§ 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.²⁴⁷ 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 § 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 loopt via

242. 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. Anders: Mak 2006, p. 378-379.

243. Zie § 4.3, en vooral Giesen-Schelhaas 2006, doch ook al Vranken-Giesen 2003 en Giesen 2002.

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

245. 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.

246. Teuben 2004, p. 306 (t.a.v. de Hoge Raad) en p. 308 (t.a.v. de Hoven).

247. Teuben 2004, p. 295, p. 302, p. 314, en met voorbeeld op p. 307.

de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging en/of art. 79 RO. Daarbij staat voor Teuben voorop dat de binding beperkt is tot de beslissingsruimte die er oorspronkelijk was. Waar er ruimte was die door de regeling is ingekaderd, daar kan binding zijn. Daarbuiten niet. Het gaat hier dus om de bevoegdheid tot een regeling te komen.²⁴⁸

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. Deze insteek is mede mogelijk omdat ook in dat geval de binding van de rechter in wezen beperkt is doordat die rechter 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 en dient gemotiveerd te worden – is mijns inziens helder en behoeft geen nadere uitwerking.²⁴⁹

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?²⁵⁰

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.²⁵¹ Zijn eigen, tevoren gemaakte afspraken zal ook de rechter moeten nakomen. Sterker nog, hij zal dat ook ambtshalve moeten.²⁵²

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

248. Teuben 2004, p. 180 en eerder al p. 96 e.v.

249. Zie nader Teuben 2004, p. 181 e.v.

250. Daarover Teuben 2004, p. 186 e.v.

251. 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.

252. 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).

regeling houden. Dat wordt ook in die documenten opgenomen (vgl. bijv. art. 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.²⁵³

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.

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.²⁵⁴ Steeds meer actoren dragen bij aan de (niet meer hiërarchisch gerangschikte) rechtsontwikkeling, zodat de gewone wetgever niet langer exclusief is,²⁵⁵ als dat ooit al het geval is geweest. Ook Scholten gaf immers al een plek aan het maatschappelijk gebeuren bij de rechtsvinding.²⁵⁶ Tegelijk zien we dat er nu al op allerlei terreinen 'alternatieve regelgevers' functioneren en deze ook rechtsvormend opereren.²⁵⁷

Ook is de tendens zichtbaar dat er bij alternatieve regelgeving vaak een wens bestaat om een eigen conflictoplossingsstelsel op te zetten als alternatief voor de gang naar de gewone rechter.²⁵⁸ Deze ontwikkeling betekent

253. 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. Vgl. verder nog Köhne 2000, p. 138.

254. Witteveen Gribnau 2005, p. 3.

255. Hirsch Ballin 1999, p. 26-27.

256. 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.

257. Het is onmiskenbaar dat bijv. de kantonrechtersformule of de alimentatienormen rechtsvormend zijn (geweest), zie ook Barendrecht 2005, p. 341-342 (opsomming van alternatieve 'rechtsvormers').

258. Vgl. ICC 1984, p. 13 en Strömholm 1971.

ook, net als bij mediation,²⁵⁹ 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.²⁶⁰ 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.²⁶¹

Daaraan voorafgaand rijst echter nog de vraag hoe rechtsvorming binnen een vorm van zelfregulering (ik noem dat verder 'interne rechtsvorming') geschieden 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?

De vraag die ik hierna bespreek, is deze: wat voor een invloed heeft alternatieve regelgeving op de (externe) rechtsvorming langs de gewone rechtsvormende kanalen van wetgever en rechter (§ 4.3). Daarna ga ik specifiek in op de medische protocollen (§ 4.4) en de rechtersregelingen (§ 4.5) als voorbeelden van alternatieve regelgeving.

4.2 Interne rechtsvorming

[Deze paragraaf is niet in dit preadvies opgenomen, maar is wel te vinden in de uitvoeriger versie ervan die onder de titel 'Alternatieve regelgeving en privaatrecht' in de reeks Monografieën Privaatrecht zal verschijnen (Kluwer: Deventer 2007)]

259. Zie daarover Vranken 2001, m.n. p. 249 (met verdere verwijzingen).

260. Strömholm 1971, p. 234. Zie ook nog Giesen 2004, p. 161.

261. Vranken 2001, p. 252.

4.3 Theorie inzake (externe) rechtsvorming

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.'*²⁶²

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.

*Een 'standaardplaatje' inzake rechtsvorming*²⁶³

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.²⁶⁴

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.²⁶⁵

262. Lindahl 2006, p. 39.

263. Het navolgende put ik uit Giesen Schelhaas 2006. Met dank aan Harriët Schelhaas.

264. De laatste decennia is de Europese wetgever uiteraard steeds belangrijker geworden.

265. 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.'

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.²⁶⁶ We zullen overigens nog zien dat er daarmee ook ruimte is gegeven aan rechtsvorming door alternatieve regelgeving. 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.

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.

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.²⁶⁷ 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.²⁶⁸ 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*-arrest²⁶⁹ gedeeltelijk laten doorschermen, voor zover dat mogelijk is in één arrest, hoe hij hier zelf tegenaan kijkt.

266. Vgl. Martens 2000, p. 748, en recent Struycken 2007, p. 763-764.

267. Vgl. bijv. ook Sieburgh 2005, p. 906 e.v.

268. Zie bijv. Snijders 2001, p. 21; Asser 2005, p. 223, met verdere verwijzingen, en Scheltema 2006, p. 196.

269. Zie HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (Kindertaxi).

Het is aan de wetgever – en niet aan de rechter – aldus de Hoge Raad 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 rechts-politieke grenzen daarvan). 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.²⁷⁰ 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?²⁷¹

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 eerder²⁷² 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.²⁷³

Meer specifiek is de vraag die rijst of er sprake is of kan gaan zijn van concurrentie²⁷⁴ 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.²⁷⁵ Als mogelijke oplossing of uitweg zou aan ‘meer en nauwere samenwerking’ gedacht kunnen worden,²⁷⁶ 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 § 4.6). Wat eerst nog open staat, is een nadere probleemanalyse van de situatie waarin die derde speler inderdaad betrokken raakt.

270. Zie ook Hoge Raad 2005, op p. 8, alsmede Haak 2000, p. 713.

271. 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.

272. Zie Giesen/Schelhaas 2006.

273. 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.

274. De term ‘concurrerende rechtsvorming’ leen ik van De Lange 1999, die dit beeld overigens gebruikt voor de verhouding wetgever-rechter.

275. Giesen/Schelhaas 2006, p. 159-161 en p. 165-167

276. Nogmaals Giesen/Schelhaas 2006, vooral p. 167 e.v.