

ARTIKELEN

Private normstelling: criteria voor toepassing van private regelgeving in de rechtszaal

A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen

Inleiding

Dat private regelgeving wezenlijk bijdraagt aan het reguleren van het maatschappelijk verkeer binnen Nederland kan maar moeilijk worden betwijfeld. De gedragscodes voor beroepsgroepen, medische protocollen, de Nederlandse Reclame Code,¹ certificering in de zorg en kinderopvang,² de Code Tabaksblad³ en de Gedragscode Behandeling Letselschade⁴ laten zich niet meer wegdenken bij de regulering van verscheidene beleidsterreinen.⁵ De Nederlandse wetgever hecht groot belang aan het gebruik van private regelgeving, dat ook wel bekend staat onder de noemer 'zelfregulering'. Dit wordt nog eens onderstreept in de 'Aanwijzingen voor de regelgeving'.⁶ In aanwijzing 7 staat te lezen dat overheidsregulering slechts moet worden opgesteld indien het zelfregulerende vermogen van de maatschappij tekortschiet.⁷ De reden dat de Nederlandse wetgever het gebruik van private regelgeving bevordert, is onder meer gelegen in de wil om de zogenaamde regeldruk te verminderen.⁸ Om vergelijkbare redenen stimuleert ook de Europese wetgever het gebruik van private regelgeving. Een van de speerpunten van het programma

1 Zie <www.reclamecode.nl>.

2 Zie <www.hkz.nl>.

3 J.N. Stamhuis, *Conflicting interests in corporate regulation: an exploration of the limits of the interactionist approach to legislation in employee participation and corporate governance* (diss. Groningen), Enschede: Gildeprint Drukkerijen 2006.

4 M. Barendrecht e.a., *Gedragscode behandeling letselschade: goede praktijken bij het regelen van schade*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2006.

5 Zie voor meer voorbeelden I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: *Alternatieve Regelgeving* (Handelingen NJV 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 78-84.

6 Zie de Circulaire van de minister-president van 18 november 1992, *Stcrt.* 2005, 87.

7 Zie ook R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven: naar eigen verantwoordelijkheid binnen kaders* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 23-27.

8 Coalitieakkoord 'Samen Werken, Samen Leven', *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 891, nr. 4, p. 17 e.v. Zie ook: R.A.J. van Gestel & M.L.M. Hertogh, *Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 11 en *Regels op Maat. Eindrapport Commissie Stevens. Slotaanbevelingen aan het kabinet voor de aanpak van regeldruk*, Den Haag 2007.

‘Beter Wetgeven’, dat gericht is op de verbetering en vermindering van Europese regelgeving, is het gebruik van private regelgeving als reguleringsstrategie.⁹ De aanwezigheid en de relevantie van deze private regelgeving in binnen- en buitenland heeft ervoor gezorgd dat het thema private regelgeving inmiddels is uitgegroeid tot een gewichtig academisch thema in Nederland, Europa en daarbuiten.¹⁰ Met Giesen zijn wij van mening dat deze alternatieve wijze van regulering een maatschappelijke realiteit is die ‘we enkel nog kunnen (en dus moeten) aanvaarden en waarmee we zullen moeten (gaan) werken’.¹¹ Hij ziet in een aantal recente arresten van de Hoge Raad de boodschap dat rechters niet moeten vrezten om alternatieve regelgeving te benutten.

In deze bijdrage richten wij ons op de toepassing van private regelgeving in de rechtszaal, waarbij wij ons zullen beperken tot civiele geschillen. Hoe gaat de civiele rechter thans om met het van toepassing verklaren van private regelgeving in een aan hem voorliggend geschil?¹² Zou dat niet beter kunnen, en zo ja hoe? Voor de toepassing van normen door de civiele rechter in de rechtszaal vormt artikel 79 Wet RO de leidraad.¹³ Volgens de standaardoverweging van de Hoge Raad zijn de in een geschil toe te passen normen ‘recht’ in de zin van artikel 79 Wet RO 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’.¹⁴ Deze standaardoverweging van de Hoge Raad is problematisch voor de toepassing van private regelgeving in de rechtszaal. Private regelgeving kent immers geen wettelijke grondslag en is tegelijkertijd niet afkomstig van de wetgevende macht. Het valt dus in beginsel buiten het bereik van ‘recht’ in de zin van artikel 79 Wet

- 9 Zie voor een algemene beschrijving van het ‘Better Regulation’-programma van de Europese Unie: <ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_en.htm> en Interinstitutioneel Akkoord ‘Beter Wetgeven’ (*PbEG 2003 C 321/4*). Voor een kritische beschouwing van het programma: R. Baldwin, ‘Is Better Regulation Smarter Regulation?’, *Public Law* 2005, p. 485-511; J. Wiener, ‘Better Regulation in Europe’, *Duke Law School Working Paper Series* 2006-65, <lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1065&context=duke/fs> en S. Weatherill (red.), *Better Regulation*, Oxford: Hart Publishing 2007.
- 10 Zie bijvoorbeeld het onderzoeksprogramma van The Hague Institute for the Internationalisation of Law (HIIL), <www.hiil.org/index.php?page=private-actors-and-selfregulation>.
- 11 Giesen 2007, p. 89 en I. Giesen, ‘De omgang met en handhaving van “meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels”: een analyse van recente rechtspraak’, *WPNR* 2008, 6772, p. 790. Hartlief heeft zich in een reactie op het preadvies van Giesen kritisch uitgelaten over de aanname dat private regelgeving een gegeven is. Anders dan dat Giesen doet, verdient het voor Hartlief de voorkeur om in een preadvies over zelfregulering, het thema als zodanig te problematiseren. Zie T. Hartlief, ‘Alternatieve Regelgeving in Privaatrechtelijke Verhoudingen. Opmerking bij het preadvies van I. Giesen’, *NJB* 2007, p. 1289.
- 12 Giesen heeft hiervan een beeld willen schetsen met een kleine steekproef van uitspraken van lagere rechters en de Hoge Raad, Giesen 2008, p. 786-790.
- 13 Artikel 79 r.o. geldt niet voor de bestuursrechter. Toch kunnen bij de bestuursrechter dezelfde problemen spelen ten aanzien van gebruik van private regelgeving in de rechtszaal, zie hierover: R.A.J. van Gestel, ‘In de schaduw van het Bestuursrecht’, in: *Privaat bestuur?* (VAR Preadvies 2008), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- 14 Zoals geformuleerd door de Hoge Raad, zie: HR 10 juni 1919, *NJ* 1919, 647 en *NJ* 1919, 650 (*Rogge-arrest*).

RO.¹⁵ Toch kan private regelgeving van grote betekenis zijn voor de uitkomst van een geschil. Interessant is dan ook om te constateren dat de Hoge Raad deze regelgeving buiten artikel 79 Wet RO om weet toe te passen in geschillen.¹⁶ Onduidelijk is echter welke criteria de rechter gebruikt als hij in een concreet geschil afweegt of private regelgeving enige juridische binding heeft en of deze binding enige gevolgen kan hebben voor de partijen die betrokken zijn bij het geschil. De partijen kunnen hierdoor op voorhand geen inschatting maken van wat de juridische status en afdwingbaarheid van de private regelgeving is. Daarmee komt de rechtszekerheid in het geding.

In deze bijdrage doen wij een eerste aanzet tot het ontwikkelen van criteria aan de hand waarvan de rechter een gemotiveerd oordeel kan vormen betreffende de juridische binding van private regelgeving in een concreet geschil.¹⁷ Met behulp van de criteria kan het voor de rechter duidelijk worden waar de privaatrechtelijke regels vandaan komen, waar ze op gebaseerd zijn, wie hebben meegewerkt aan de totstandkoming, hoe groot het draagvlak is en hoe partijen deze regels hanteren in de dagelijkse praktijk. Deze criteria kunnen de rechter meer houvast bieden bij de beantwoording van de vraag wat het juridische gehalte is van de private regelgeving en of deze moet worden toegepast bij het beslechten van een voorliggend geschil. Met het doen van een voorzet voor deze criteria proberen wij een stap vooruit te zetten in het debat over de doorwerking van private regelgeving door enerzijds te betogen dat het überhaupt mogelijk is enige criteria te ontwikkelen en door anderzijds aan te tonen hoe deze eruit zouden kunnen zien. Het laatste woord is in dit debat waarschijnlijk nog niet gesproken, maar de discussie kan zich in de toekomst wel meer richten op het verder operationaliseren van de voorgestelde criteria. Opgemerkt dient nog te worden dat dezelfde problemen aangaande de toepassing van private regelgeving in de rechtszaal ook in het bestuursrecht spelen.¹⁸ De door ons ontwikkelde criteria zijn dan ook niet voorbehouden aan de civiele rechter maar kunnen tevens door de bestuursrechter gebruikt worden indien deze zich moet uitspreken over de toepasselijkheid van private regelgeving.

Eerst wordt in deze bijdrage aan de hand van twee arresten bekeken hoe de civiele kamer van de Hoge Raad op dit moment omgaat met de toepassing van private regelgeving in aan hem voorgelegde geschillen (1). Vervolgens richten wij ons op de formulering van de criteria voor de juridische binding van private regelgeving in de rechtszaal. Om tot dergelijke criteria te komen, vormen de klassieke eisen van de rechtsstaat het vertrekpunt (2). Deze klassieke eisen zullen worden herleid tot enkele fundamentele beginselen, welke vervolgens worden vertaald naar criteria

15 Zie ook: E. Korthals Altes, H.A. Groen & D.J. Veegens, *Asser Serie Procesrecht. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005, p. 162-180.

16 In de volgende paragraaf volgt een weergave van twee van deze geschillen. Zie voor een aantal uitgewerkte voorbeelden uit 2007 ook Giesen 2008.

17 Dit zou kunnen worden vergeleken met de kantonrechttersformule. Zie voor de (recente) discussie hierover verschillende bijdragen in *NJB* 2009, p. 234-242.

18 Zie over problemen van zelfregulering binnen het bestuur: Van Gestel 2008, p. 95-160. Tevens: idem, 'Kenbaarheid van NEN-normen waarnaar in wetten wordt verwezen. Over het wetsbegrip, zelfregulering, "panjurisme" en de vraag wie opdraait voor de kosten van openbaarheid', *NJB* 2009, p. 370-373.

voor de toetsing van de juridische binding van private regelgeving (3). Hoe de ontwikkelde criteria kunnen worden toegepast op private regelgeving wordt aan de hand van de Gedragscode Behandeling Letselschade inzichtelijk gemaakt (4). Waarom juist deze gedragscode wordt betrokken in de analyse wordt aldaar toege- licht. De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (5).

1. De Nederlandse rechter en private regelgeving

Hoe is de Nederlandse rechter tot nu toe omgegaan met de toepassing van private regelgeving in aan hem voorgelegde geschillen? Twee bekende voorbeelden,¹⁹ die illustratief zijn voor de houding die de Nederlandse civiele rechter in de rechtszaal aanneemt ten aanzien van private regelgeving, volgen hierna.

In HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (*Trombose-arrest*) baseert de Hoge Raad de aansprakelijkheid van een arts op de overtreding van een ziekenhuisprotocol. Het protocol schrijft voor dat patiënten na een knieoperatie een tromboseremmend middel toegediend moeten krijgen. In het concrete geval had de betrokken arts dit nagelaten. Enige tijd later wordt bij de patiënt trombose geconstateerd, waarop hij schadevergoeding vordert voor de civiele rechter. Het ziekenhuisprotocol dat in deze zaak centraal staat, kan worden aangemerkt als een nadere private invulling van een algemene zorgplicht.²⁰ De Hoge Raad stelt dat het protocol berust op consensus tussen het ziekenhuis en zijn artsen, met betrekking tot medisch verantwoord handelen en overweegt dat de artsen zich derhalve moeten houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften.²¹ De Hoge Raad baseert vervolgens de aansprakelijkheid van de arts op de overtreding van het protocol. Vranken geeft aan dat de Hoge Raad daarmee in feite de bindende kracht van het protocol erkent en daarmee ook een juridische status aan deze private regelgeving verleent.²²

In HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabo*) neemt de Hoge Raad echter een andere positie in. In het arrest, dat gewezen is na het Trombose-arrest, gaat het om de aansprakelijkheid van een bank voor het niet in acht nemen van een zorgplicht die hij jegens zijn in opties handelende cliënt had. Deze zorgplicht wordt ingekleed via het Reglement voor de Handel op de Optiebeurs (RHO) dat door de optiebranche is ingesteld. Ten aanzien van dit private reglement overweegt de Hoge Raad expliciet en zonder nadere motivering dat de private regels van het RHO geen recht zijn in de zin van artikel 79 Wet RO.²³ Het RHO wordt slechts 'mede van betekenis' geacht

19 Ontleend aan: J.B.M. Vranken, 'Niets in het recht is blijvend, behalve verandering. Een onderzoek naar de betekenis en grenzen van nieuwe vormen van private regelgeving in het privaatrecht', WPNR 2004, p. 1-12, en Giesen 2007, p. 106-109 en 122-124. Zie ook J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel****, een vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 87-93.

20 Deze algemene zorgverplichting volgt uit artikel 7:453 BW betreffende de overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling: 'De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard.'

21 HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (*Trombose-arrest*), r.o. 3.3.3.

22 Vranken 2005, p. 92-93.

23 HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Kouwenberg/Rabo*), r.o. 3.5.3.

voor het bepalen van de omvang van de zorgplicht van de bank.²⁴ Derhalve stelt de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de bank niet vast op grond van een overtreding van de private RHO-normen. In plaats daarvan kiest hij ervoor de aansprakelijkheid van de bank vast te stellen op grond van een aantal relevante gezichtspunten.²⁵

Uit deze twee arresten blijkt dat de Hoge Raad private regelgeving van betekenis acht voor de uitkomst van het geschil. In het Trombose- en het Kouwenberg/Rabobank-arrest vormen het ziekenhuisprotocol, respectievelijk het RHO de concretisering van een algemene privaatrechtelijke zorgplicht.²⁶ Daarmee past de Hoge Raad in feite private regelgeving toe, buiten artikel 79 Wet RO om. De Hoge Raad doet dit echter zonder nader te expliciteren welke criteria hij daarvoor hanteert. Giesen bespreekt een zestal recentere arresten waarin private regelgeving een rol speelt. Hieruit concludeert hij voorzichtig dat de Hoge Raad steeds meer gebruikmaakt van private regelgeving. Er is echter nog geen sprake van een expliciete motivering over de status of juridische bindendheid van deze normen.²⁷ Nu lijkt de situatie te bestaan waarin de rechter zoekende is naar de manier waarop hij de juridische bindendheid kan beoordelen. Dit blijkt ook uit uitspraken van lagere rechters die Giesen weergeeft.

De rechter lijkt te worstelen met de volgende vragen: waar komen de privaatrechtelijke regels vandaan, waar zijn ze op gebaseerd, wie hebben meegewerkt aan de totstandkoming, hoe groot is het draagvlak en hoe hanteren partijen deze regels in de dagelijkse praktijk? Als gevolg hiervan is het voor de partijen die bij het concrete geschil betrokken zijn, evenals voor de opstellers van de private regelgeving, op voorhand niet duidelijk op grond van welke criteria private regelgeving bindend kan zijn. De toepasselijkheid lijkt op dit moment casuïstisch te worden vastgesteld.

Om voor de opstellers en normadressanten van de private regelgeving duidelijkheid te creëren over de bindendheid van deze regels, zullen wij in het navolgende een aantal criteria formuleren aan de hand waarvan het juridische gehalte van private regelgeving kan worden getoetst.²⁸ Deze criteria kunnen tevens als handvatten voor de rechter worden opgevat, waarmee hij een instrument in handen heeft om privaatrechtelijke regelgeving op consequente wijze in zijn oordeel te betrekken. Ons startpunt hiervoor vormt de rechtsstaatgedachte.

24 *Idem*, r.o. 3.6.3.

25 T. Hartlief, 'De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht', in: P.C. Ippel, T. Hartlief & P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht: betekenis en positie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 74.

26 Zie over het Trombose-arrest en ziekenhuisprotocollen, Hartlief 2007, p. 106-110.

27 Giesen 2008, p. 788-791, HR 22 juni 2007, NJ 2007, 520 (*ING/Verdonk q.q.*), HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 644 (*NAK/X.*), HR 29 juni 2007, NJ 2007, 639 (*HBU/Groendijk*), HR 13 juli 2007, RvdW 2007, 705 (*A./Fortis Corporate Insurance*), HR 13 juli 2007, NJ 2007, 505 (*X./Staat*) en HR 7 december 2007, LJV BB9613 (*Man/Vrouw*).

28 Dit geeft bovendien duidelijkheid over de informatie die procespartijen aan de rechter zullen moeten verstrekken indien zij een beroep doen op private regelgeving. Giesen geeft ook aan dat dit de rol van procespartijen is, Giesen 2008, p. 791.

2. De klassieke eisen van de rechtsstaat als vertrekpunt

In het staats- en bestuursrecht wordt de rechtsstaatgedachte ingevuld door vier klassieke eisen, te weten *het legaliteitsbeginsel, machtsverdeling, grondrechten en rechterlijke controle*.²⁹ Deze algemeen geaccepteerde invulling vindt haar oorsprong in de klassiek-liberale visie op onze samenleving: de burger is gepositioneerd tegenover de overheid en moet als zodanig beschermd worden tegen overheidsop treden.³⁰ Met deze klassiek-liberale visie is echter slechts een mogelijke invulling van de rechtsstaatgedachte gegeven.

Al in 1989 ondernam Scheltema een poging om vier beginselen van de rechtsstaatgedachte aan te wijzen die 'bijna algemeen als uitgangspunt worden aanvaard',³¹ en als zodanig losstaan van de klassiek-liberale visie op de samenleving.³² De vier beginselen die Scheltema onderscheidt, zijn: het *rechtszekerheidsbeginsel*, het *gelijkheidsbeginsel*, het *democratiebeginsel* en wat hij noemt het beginsel van de *dienende overheid*.³³ Met het eerste beginsel bedoelt Scheltema dat het recht een bepaalde voorspelbaarheid moet brengen ten aanzien van intermenselijke verhoudingen; zonder voldoende voorspelbaarheid ontbreekt er een kader waarbinnen het maatschappelijk verkeer kan worden afgewikkeld. Onder het gelijkheidsbeginsel verstaat Scheltema de eis dat rechtsregels abstract, dus algemeen zijn geformuleerd. Het democratiebeginsel moet een bepaalde representativiteit van het recht waarborgen: een ieder moet een gelijke mogelijkheid hebben om invloed uit te oefenen op het overheidsop treden, waaronder het vaststellen van regels. Met het beginsel van de dienende overheid bedoelt Scheltema dat de overheid nooit een doel op zichzelf mag zijn, maar dat zij zo goed mogelijk het belang van de leden van de samenleving behoort te bevorderen.³⁴ Rechtsregels zouden derhalve op een doelmatige en doeltreffende manier de belangen van burgers moeten dienen.

De benadering van de beginselen van de rechtsstaat zoals die door Scheltema wordt voorgesteld, heeft veel stof doen opwaaien. Zo hekelst Burkens bijvoorbeeld het for-

29 M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006, p. 16-23 en H.D. Van Wijk, W. Konijnbelt & R.D. Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2002, p. 29-35.

30 Zie ook: M. Scheltema, 'Rechtsstaat en verantwoordelijkheid van burger en bedrijf', *Openbaar Bestuur* 2003, p. 32-36.

31 M. Scheltema, 'De Rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De Rechtsstaat Herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 15.

32 Witteveen en Van Klink hebben ook al eens een voorbeeld van een dergelijke herijking van de rechtsstaatgedachte gegeven. Zie: W. Witteveen & B. van Klink, *De sociale rechtsstaat voorbij. Twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat* (WRR Voorstudies en Achtergronden nr. V116), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002. Zij doen een poging om de rechtsstaat los te zien van zijn statelijke context en ontwikkelen enkele rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven voor de burger om in een samenleving waarin de staatsmacht afneemt een bepaalde rechtsstatelijkheid te garanderen. Witteveen en Van Klink blijven, in tegenstelling tot ons, daarbij het traditionele trias-denkkader als uitgangspunt nemen. Hertogh beschrijft weer een andere invulling van het begrip rechtsstaat, namelijk een empirische invulling ervan. Zie: M. Hertogh, *De levende rechtsstaat. Een ander perspectief op recht en openbaar bestuur*, Utrecht: Lemma 2002.

33 Witteveen & Van Klink 2002, p. 15-22.

34 Scheltema 1989, p. 20-21.

mele karakter van deze beginselen.³⁵ Volgens hem komt de inhoud van de rechtsstaat, dat wil zeggen het gehalte van *rechtvaardigheid*, nauwelijks tot uitdrukking. Ook mist Burkens het beginsel van *vrijheid*. Vrijheid is een noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van de rechtsstaat.

Hierop voortbordurend stelt Van Ommeren voor om naast de beginselen van *rechtszekerheid* en *rechtsgelijkheid* ook *vrijheid* als basisbeginsel van de rechtsstaat te beschouwen.³⁶ De klassieke eisen van de rechtsstaat vormen volgens hem niet meer dan de instrumenten die een realisering van de genoemde beginselen mogelijk maken. Evenals Burkens, schenkt Van Ommeren kort aandacht aan het beginsel van *rechtvaardigheid*. Hij vraagt zich af of een rechtsstaat ook een rechtvaardige staat dient te zijn.³⁷ De onbepaaldheid van het begrip rechtvaardigheid weerhoudt hem er echter van dit begrip als beginsel van de rechtsstaat te formuleren.

In een reflectie op de beginselen van de rechtsstaat stelt Woldring dat rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ondergeschikt zijn aan dat algemene rechtsstatelijke beginsel *rechtvaardigheid*.³⁸ Voorts onderscheidt Woldring nog in navolging van Scheltema het *democratiebeginsel* en het beginsel van de *dienende overheid*. Het laatste beginsel betekent volgens Woldring enerzijds dat de overheid nooit een doel op zichzelf mag zijn, maar dat zij zo goed mogelijk het belang van de leden van de samenleving behoort te bevorderen door op doelmatige en doeltreffende manier de belangen van de burgers te dienen. Anderzijds houdt het in dat de overheid accepteert dat burgers in private gemeenschappen hun eigen zaken regelen en dat die gemeenschappen derhalve hun eigen rechten, vrijheden en verantwoordelijkheden hebben. Evenals Van Ommeren pleit Woldring ten slotte voor het *vrijheidsbeginsel*. In de rechtsstaat moet ieder mens zich in voldoende mate kunnen ontplooiën en voldoende kansen en mogelijkheden krijgen om een waardig bestaan te leiden.³⁹ Uit deze weergave volgt dat het rechtsstaatideaal ingevuld kan worden door een aantal fundamentele beginselen die aan de klassieke eisen van de rechtsstaat voorafgaan. Anders dan de klassieke eisen zijn de beginselen van *vrijheid*, *dienende overheid*, *democratie* en *rechtvaardigheid* niet zonder meer gebaseerd op de klassiek-liberale visie op onze samenleving. Ze zijn abstract, losgeweekt van de traditionele verhouding overheid–burger en lenen zich daarom beter als criteria voor de toepassing van private regelgeving in de rechtszaal. In de navolgende paragraaf wordt verkend hoe de abstracte beginselen teruggebracht kunnen worden tot een aantal concrete criteria die als handvatten kunnen dienen voor de rechter, wanneer hij moet beslissen over de vraag of private regelgeving juridische binding heeft in een aan hem voorliggend geschil.

35 M.C. Burkens, 'Problemen van de Rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De Rechtsstaat Herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 63-71.

36 F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 7-22.

37 Van Ommeren 2003, p. 15.

38 H.E.S. Woldring, 'Filosofische reflectie op beginselen van de rechtsstaat', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 28.

39 Woldring 2003, p. 40.

3. De beginselen vertaald

3.1. *Vrijheid: autonome regelstelling*

Vrijheid is door ons geïdentificeerd als een eerste beginsel voor de rechtsstaat. Vrijheid is niet alleen een noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van de rechtsstaat, zoals Burkens reeds stelde.⁴⁰ Het is ook een noodzakelijke voorwaarde voor burgers om zichzelf – autonoom – regels te kunnen stellen. Vrijheid in die zin levert niet zozeer een voorwaarde op waar private regelgeving aan moet voldoen om te kunnen worden toegepast door de rechter, maar het is een voorwaarde die vooraf gaat aan de totstandkoming van private regelgeving. Maatschappelijke verbanden moeten de mogelijkheid hebben zichzelf regels te stellen. Immers, volgens de zelfbepalingsopvatting, geformuleerd door Voermans, dient het legaliteitsbeginsel, naast het bieden van rechtsbescherming tegen het optreden van bestuur, ook te garanderen dat de rechtsgenoten of normadressanten zelf betrokken worden bij de inhoudelijke bepaling van het recht door een rol te spelen in de inhoudelijke discussie over de inhoud van het recht.⁴¹ Van belang voor de rechter bij de toepassing van private regelgeving in een aan hem voorgelegd geschil, is dat partijen hem tijdens de procedure duidelijk maken dat er al dan niet sprake is van normen die zij zichzelf autonoom hebben gesteld. De rechter zou tijdens het proces de partijen hier expliciet over kunnen bevragen. Van belang zijn vragen als: Zijn de betreffende normen van buitenaf opgelegd? Hoe zijn de normen tot stand gekomen? Is het hanteren van de private normen gebruikelijk in de dagelijkse praktijk? Hebben de partijen ingestemd met de private regelgeving?⁴²

3.2. *Dienende overheid: positie en rol overheid en normsteller*

Als een tweede beginsel voor de rechtsstaat werd het beginsel van de dienende overheid vastgesteld. De inhoud van dit beginsel is tweeledig. Aan de ene kant houdt het beginsel – zoals beschreven door Scheltema⁴³ – in dat de regelsteller nooit het eigen belang voorop mag stellen, maar dat hij zo goed mogelijk het belang van de leden van de samenleving behoort te bevorderen. De belangen van de normadressant dienen altijd te prevaleren boven het belang van de normsteller. In het geval van een ziekenhuisprotocol zou dat betekenen, dat het doel van dit protocol niet mag zijn om de belangen van de opstellers van het protocol (veelal artsen en patiëntenorganisaties) te dienen door bijvoorbeeld fouten van de artsen in te dekken of door de leden van de patiëntenorganisaties een voorkeursbehandeling te geven. Het doel van een protocol moet daarentegen zijn de doelmatige en doeltreffende wijze van belangenbehartiging van alle patiënten waarvoor het protocol geldt.

40 Burkens 1989.

41 W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 18.

42 Het zichzelf stellen van normen hoeft niet in elk geval expliciet onderschreven te worden door alle betrokkenen. Ook een deel van de betrokkenen kunnen instemmen met de private regelgeving, waardoor deze normen tot gemeengoed worden bestempeld. Dit raakt aan het concept van de representativiteit van private regelgeving en wordt hierna behandeld bij het beginsel van democratie.

43 Scheltema 1989, p. 20-22.

Private regelgeving die in maatschappelijke verbanden wordt opgesteld, voldoet bij uitstek aan de tweede betekenis van het beginsel van de dienende overheid zoals Woldring dat omschrijft.⁴⁴ Door het accepteren en faciliteren van de ontwikkeling van normstelling binnen private gemeenschappen, waarborgt de overheid reeds zelf het beginsel van de dienende overheid. Door het geven van ruimte in regelgeving met het bieden van een mogelijkheid tot zelfregulering, doet de overheid een stap opzij voor het private initiatief en maakt zij de totstandkoming van private regelgeving mogelijk.⁴⁵ Ook het bieden van faciliteiten in de vorm van subsidies of openbare gelegenheden waar overleg gevoerd kan worden over op te stellen normen, draagt bij aan de waarborg van de dienende overheid. Tijdens een geschil voor de rechter zouden partijen kunnen proberen aan te tonen op welke manier de overheid de ontwikkeling van de betrokken private regelgeving heeft ondersteund, althans geen bezwaren heeft geuit ten aanzien van het opstellen van de private regels. Tegelijkertijd zouden de partijen bij de rechter moeten kunnen aanvoeren en betogen dat en waarom private regelgeving in een concreet geval al dan niet de belangen van de regelsteller(s) dient, in plaats van de belangen van de normadressant.

3.3. *Democratie: representativiteit en draagkracht*

Als derde beginsel werd het democratiebeginsel geïdentificeerd. Op het eerste gezicht lijken regels die voortvloeien uit private normstelling niet te kunnen voldoen aan dit beginsel. Aan de vorming van deze normen komt immers geen democratisch gelegitimeerde wetgever te pas. Om toch te kunnen voldoen aan het democratiebeginsel, zal het ontbreken van de wetgever gecompenseerd moeten worden. Representativiteit en draagvlak kunnen een dergelijke democratische compensatie bieden.⁴⁶ Wanneer er geen initiatief van de wetgever aan normen ten grondslag ligt, is het belangrijk dat de norm wel voldoende draagvlak heeft in de praktijk. Met Vranken en Giesen menen wij dat van voldoende draagvlak kan worden gesproken als de meerderheid van de belanghebbenden, al dan niet rechtstreeks, instemt met een concrete vorm van private regelgeving.⁴⁷ De mate van representativiteit van de partijen die private regels hebben opgesteld en hebben ingestemd met inhoudelijke

44 Woldring 2003, p. 34-37.

45 Naast de Code Tabaksblat leent de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) zich als voorbeeld voor een manier waarop de overheid in regelgeving ruimte kan geven aan maatschappelijke verbanden om vraagstukken zelfstandig te normeren middels een schikking. De WCAM werd bijvoorbeeld in de Dexia-zaak gebruikt teneinde de Duisenberg-regeling via de rechter verbindend te verklaren. Hierdoor kreeg een groot deel van de cliënten van Dexia's effectenleaseproducten een schadevergoeding toegewezen. Zie verder: I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Tilburg: Universiteit van Tilburg 2007 en Giesen 2007, p. 82.

46 Het draagvlak van private regelgeving zou bijvoorbeeld kunnen worden vergroot als tijdens de totstandkoming van private normen de personen en hun belangenorganisaties actief participeren en naar overeenstemming streven zodat belangen breed gedragen worden. De representativiteit zou verder vergroot kunnen worden door de totstandkomingsprocedure van private regelgeving open te stellen voor een ieder die meent dat zijn belang door de normen zal worden geraakt.

47 I. Giesen & J.B.M. Vranken, 'Uitleiding: de eerste bevindingen', in: I. Giesen & J.B.M. Vranken, *Codificatie en dynamiek. Instrumenten ter begeleiding van de omgang met codificaties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p 227. Zie ook: R.A.J. van Gestel, 'Zelfregulering en democratie: koninkoppel of gevecht om de troon?', in: *Recht en democratie. De democratische verbeelding in het recht*, Antwerpen-New York-Oxford: Intersentia 2004, p. 517.

keuzes, speelt ook een rol. Draagvlak zal er alleen kunnen zijn, wanneer deze vormers van private regelgeving ook werkelijk een afspiegeling hebben gevormd van hun belanghebbenden.⁴⁸ Dit is dan ook hetgeen duidelijk zal moeten worden (gemaakt) voor de rechter.⁴⁹ De vraag is: zijn de private normen opgesteld door een representatieve groep van belanghebbenden en kunnen deze normen rekenen op voldoende draagvlak binnen het maatschappelijk verband waartoe de partij(en) in het geschil behoort (behoren)? Bij deze representativiteit signaleren wij wel een knelpunt. De belanghebbenden die private regelgeving opstellen, vertegenwoordigen immers het deelbelang van hun achterban. In een concrete casus zou de rechter zich hier bewust van moeten zijn en zou moeten pogen om het algemeen belang van de samenleving te laten prevaleren, ook wanneer aan de criteria van representativiteit en draagvlak is voldaan.⁵⁰

3.4. *Rechtvaardigheid: interne moraliteit van het recht*

Het vierde beginsel van de rechtsstaat, rechtvaardigheid, is lastig te duiden. Vastgesteld kan worden dat het uiteenvalt in substantiële en procedurele rechtvaardigheid. In deze bijdrage zullen wij niet ingaan op de inhoudelijke, substantiële kwaliteit en redelijkheid van private regelgeving. Het is aan de rechter om in een concreet geschil toezicht te houden op de verenigbaarheid van private regelgeving met andere rechtsregels en rechtsbeginselen.

De waarborg van procedurele rechtvaardigheid van private regelgeving kan echter wél zonder tussenkomst van de rechter worden verzekerd. In deze bijdrage wordt de invulling van de procedurele rechtvaardigheid gebaseerd op de theorie van Fuller. Een drietal argumenten spelen bij die keuze een rol. In de eerste plaats behoort Fuller tot de denkers die overtuigd zijn van de maatschappelijke vorming van het recht.⁵¹ Door deze zogenaamde 'interactionistische' benadering staat Fuller met zijn theorie open voor private regelgeving, aangezien deze vorm van regelgeving bij uitstek het product is van de maatschappij en haar actoren. Daarnaast gaat Fuller in zijn *The Morality of Law* uit van een noodzakelijk verband tussen de procedurele kant van het recht – het goed gemaakte recht – en de rechtvaardigheid van de

48 Giesen & Vranken 2004, p. 228 en I. Giesen, 'Codificatie en dynamiek in het schadevergoedingsrecht. Een inventarisatie van de mogelijkheden van begeleiding bij de hantering van regels van schadevergoedingsrecht, in het bijzonder via normering', in: I. Giesen & J.B.M. Vranken, *Codificatie en dynamiek. Instrumenten ter begeleiding van de omgang met codificaties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 162-163.

49 Voor de kantonrechter is de betrokkenheid van een telecomaandbieder bij de totstandkoming van de 'code of conduct sms-dienstverlening' voldoende om te oordelen dat deze telecomaandbieder zich ook aan deze gedragscode moet houden, Rb. Leeuwarden 11 februari 2009, LJV BH2709.

50 Op het Europese niveau stond de representativiteit van private regelgeving reeds centraal in zaak T-135/96, *Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises (UEAPME) v. Raad van de Europese Unie* [1998] ECR II-2335. In de zaak protesteerde UEAPME, een Europese werkgeversorganisatie met meer dan een miljoen leden, tevergeefs tegen haar uitsluiting van deelname aan het opstellen van een Europese private regelgeving op het gebied van ouderschapsverlof. Zie ook: P.W. J. Verbruggen, 'Does Co-Regulation Strengthen EU Legitimacy? The Case of the European Social Dialogue', *European Law Journal* 2009, p. 425-441.

51 M.A. Loth & A.M.P. Gaakeer, *Meesterlijk recht: over recht, rechtswetenschap en jurisprudentie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 73.

rechtsorde waar dat recht geldt. Anders gezegd: als het recht goed gemaakt is, dan is het legitiem en dient het te gelden in een bepaalde rechtsorde.⁵² Deze gedachtegang van Fuller is te vergelijken met de premisse van deze bijdrage, namelijk dat wanneer normen van private regelgeving aan bepaalde criteria voldoen, deze door de rechter in de rechtszaal moeten kunnen worden toegepast. Een derde reden voor onze aansluiting bij Fuller is de treffendheid en bruikbaarheid van zijn eisen ter invulling van het begrip procedurele rechtvaardigheid.⁵³

Via de allegorie over de ongelukkige koning Rex presenteert Fuller acht minimale vereisten waaraan goede normen moeten voldoen. Deze principes van de 'interne moraliteit' van het recht vereisen van rechtsnormen dat ze: (1) algemeen zijn, (2) behoorlijk bekendgemaakt en afgekondigd worden, (3) betrekking hebben op toekomstige gedragingen of gebeurtenissen en nooit terugwerkende kracht hebben, (4) helder, begrijpelijk en duidelijk zijn geformuleerd, (5) niet onderling of innerlijk tegenstrijdig zijn, (6) niet het onmogelijke en onhaalbare van de burgers eisen, (7) niet te frequent worden veranderd en (8) als basis voor het handelen van overheidsorganen dienen.⁵⁴

Ook wij spreken ten aanzien van private regelgeving van de *interne moraliteit van private regelgeving*. Onze interne moraliteit van private regelgeving is echter breder en ruimer dan de moraliteit die Fuller beschrijft, aangezien ook de genoemde criteria die de beginselen vrijheid, dienende overheid en democratie impliceren onder de interne moraliteit van private regelgeving vallen. Zij zien vooral toe op de mogelijkheid, de ruimte en het draagvlak om private regels op te stellen en vormen derhalve een zinvolle aanvulling op Fullers eisen. De in deze bijdrage afgeleide criteria voor de juridische binding van private regelgeving in de rechtszaal vormen dan, als het ware, enkele principes van de interne moraliteit van private regelgeving. Zij zijn een voorzet voor een verdere operationalisering om rechters en partijen meer houvast te bieden in een procedure waar private regelgeving een rol in speelt. Samengetvat betreffen zij:

- De mogelijkheid tot regelstelling en de mate waarin partijen in het concrete geschil zichzelf private regels hebben gesteld.
- De positie en rol die de overheid en normsteller van private regelgeving ten aanzien van de normen innemen en vervullen: het accepteren van het bestaan van private regelgeving, het faciliteren van de totstandkoming ervan door de

52 L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press 1969, p. 96. Hart is het fundamenteel oneens met dit concrete uitgangspunt van Fuller, alsmede met zijn algemene koppeling tussen procedurele eisen en rechtvaardigheid. Volgens Hart hebben deze procedurele beginselen alles te maken met de kunst van het wetgeven en niets met de inhoudelijke waarden die het recht realiseert, H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review* 1958, p. 593-629. Zie tevens: L.L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law – A reply to Professor Hart', *Harvard Law Review* 1958, p. 630-672. Zie voor het vervolg van de discussie: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press 1961 en H.L.A. Hart, 'Book Review of: L.L. Fuller, *The morality of Law*, New Haven 1964', *Harvard Law Review* 1965, p. 1281-1296.

53 Fuller 1969, p. 33-39.

54 De laatste eis kan inzake private regelgeving overigens vertaald worden naar: als basis voor het handelen van de opstellers van deze regelgeving dienen. Alle betrokkenen bij het totstandkomingsproces van private regelgeving dienen de door hen gestelde normen bij hun handelen in overweging te nemen. Zie voor de uitwerking van deze principes: Fuller 1969, p. 46-91.

overheid en het dienen van de belangen van de normadressant die moeten prevaleren boven de belangen van de normsteller.

- De mate van draagvlak en representativiteit voor de betreffende private regelgeving; de samenstellers van de norm dienen een werkelijke afspiegeling te vormen van haar adressanten.
- De mate van de interne moraliteit van het recht, oftewel de mate waarin aan de eisen van Fuller is voldaan.⁵⁵

4. Gedragscode Behandeling Letselschade⁵⁶

Hoe kunnen deze principes van de interne moraliteit van private regelgeving nu worden toegepast door de rechter in een concreet geval? Ter illustratie gebruiken wij hier de Gedragscode Behandeling Letselschade (hierna: Gedragscode). Onze keuze voor de Gedragscode is ingegeven door praktische overwegingen. Graag hadden wij de private regelgeving die centraal stond in het Trombose- en Kouwenberg/Rabo-arrest betrokken in onze analyse, om te toetsen of de toepassing van de door ons geformuleerde criteria een andere uitkomst had opgeleverd. Het gebrek aan relevante informatie in deze arresten staat een dergelijke toets echter niet toe. De Gedragscode is een voorbeeld van private regelgeving waarbij veel is geïnvesteerd in de transparantie van het proces van normstelling.⁵⁷ Als gevolg hiervan is veel relevante informatie over de totstandkoming openbaar en kan aan de criteria, zoals wij die voorstellen, worden getoetst. Ook al is de Gedragscode nog niet rechtstreeks in de rechtszaal toegepast, toch is het interessant om te bekijken of de Gedragscode Behandeling Letselschade zich naar onze maatstaven überhaupt zou kunnen lenen voor toepassing door de rechter in een concreet geschil. A-G Spier verwijst in zijn conclusie bij HR 4 april 2008, *LJN BC3569* wel naar de Gedragscode en geeft aan dat de handelwijze van de verzekeringsmaatschappij in deze zaak op gespannen voet staat met een aantal beginselen daaruit. Deze beginselen, die volgens Spier ‘in het licht van art. 3:12 BW rechtens niet zonder betekenis zijn’, worden door de Hoge Raad echter niet beoordeeld; hij komt in zijn beoordeling niet toe aan het middel waar deze beginselen een rol spelen.

De Gedragscode bestaat uit twintig beginselen die ervoor moeten zorgen dat de behandeling van een letselschadeclaim adequaat kan worden geregeld tussen het slachtoffer, zijn belangenbehartiger en de verzekeraar. De code reikt als het ware spelregels aan ter bevordering van de transparante en harmonieuze schaderegeling.

55 Deze principes van de interne moraliteit van private regelgeving worden ook genoemd door de Europese Unie. In 2003 hebben het Europees Parlement, Raad en Commissie een aantal minimumvoorwaarden opgesteld die zij zullen hanteren bij de toepassing van private normen in het Europese domein. Daaronder vallen ook de voorwaarden betreffende eigen initiatief, de verenigbaarheid met de politieke opinie, representativiteit en transparantie. Zie het Interinstitutioneel Akkoord ‘Beter Wetgeven’ van Europees Parlement, Raad en Commissie van 31 december 2003 (*PbEU* 2003, C 321/1), par. 7 e.v.

56 Zie voor de Gedragscode Behandeling Letselschade: <www.letselcode.nl>. Zie ook Giesen 2007, p. 79-80 en daar genoemde bronnen.

57 Zie over dit proces en de werkwijze tijdens het project <www.npp.nl/index.cfm?page=1.col_+Nawoord> en <<https://normering.rechten.uvt.nl>>.

Ten behoeve van een voorspoedig verloop van deze behandeling wordt in de Gedragscode het slachtoffer centraal gesteld. Onderling respect, inzichtelijk en harmonieus overleg, een juist tempo en een probleemoplossende aanpak vormen de belangrijkste uitgangspunten.⁵⁸

Wat betreft de totstandkoming⁵⁹ van de Gedragscode kan worden opgemerkt dat de code onder leiding van de projectgroep Normering Personenschade is opgesteld door slachtofferorganisaties, verzekeraars, belangenbehartigers, het Nationaal Platform Personenschade⁶⁰, organisaties uit de letselschadebranche en voormalige slachtoffers van letselschade. De projectgroep ontving voor het opstellen van de Gedragscode subsidie van het ministerie van Justitie. De Gedragscode werd ontwikkeld aan de hand van wetenschappelijk onderzoek naar procedurele normering van letselschadeafwikkeling. De conceptteksten, geschreven vanuit de theorie, werden aan de praktijk voorgelegd door middel van verschillende expertmeetings. Bepaalde aspecten van de code werden in deelprojecten en diverse werkgroepen – waar vertegenwoordigers van slachtofferorganisaties, belangenbehartigers en verzekeraars aan deelnamen – uitgediept, zodat uiteindelijk twintig procedurele beginselen werden vastgesteld. Voorts is het van belang te vermelden dat via een centraal register partijen zich kunnen aanmelden om aan te geven dat zij instemmen met de Gedragscode.⁶¹ Inmiddels heeft onder andere een flink percentage van verzekeraars een dergelijke instemming gegeven, waaronder het Verbond van Verzekeraars, maar ook expertisebureaus en schaderegelingbureaus zijn in dit register terug te vinden.⁶²

Wanneer wij de principes van de interne moraliteit van private regelgeving naast de Gedragscode leggen, zien wij het volgende. De Gedragscode is het product van het initiatief van diverse private belanghebbenden – slachtoffers, verzekeraars en andere belanghebbenden – op het gebied van letselschadeafwikkeling. Deze belanghebbenden hebben allen de mogelijkheid gekregen en aangegrepen om deel te nemen aan het project en om dusdanig invloed uit te oefenen op de uiteindelijke inhoud van de Gedragscode.⁶³ De groepen van belanghebbenden die gewerkt hebben aan de totstandkoming van de Gedragscode vormen een reële afspiegeling van de

58 Onderzoek van de Vrije Universiteit van Amsterdam wijst uit dat naast financiële overwegingen, de immateriële behoeften, verwachtingen en ervaringen van het slachtoffer zeer belangrijk zijn bij de afwikkeling van letselschade. Zie: A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief. Hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden', *TVP* 2007, p. 103-118.

59 Zie voor meer informatie over de totstandkoming: <<https://normering.rechten.uvt.nl>>.

60 Tegenwoordig 'De Letselschade Raad'.

61 Aanmelden voor en raadplegen van het register kan op <www.npp.nl/index.cfm?page=GBL_module+register>.

62 Inmiddels heeft meer dan 95% van de Nederlandse letselschadeverzekeraars de intentie uitgesproken volgens de code te werken. Zie ook: J.A. Loonstra & K. van Dam, 'Gedragscode Behandeling Letselschade. Het belang van het slachtoffer en de doelstelling van de aansprakelijkheidsverzekeraar', *PIV-Bulletin* 2007, nr. 4.

63 Een aantal onderdelen van de Gedragscode zijn (en blijven) nog steeds in ontwikkeling en belanghebbenden of nieuwe toetreders hebben op de website de mogelijkheid contact op te nemen indien zij vragen of opmerkingen hebben met betrekking tot de code.

adressanten, zij het dat advocaten – hier geen onbelangrijke partij – ontbreken. De vereniging van Letselschade Advocaten heeft zich uiteindelijk als partij teruggetrokken uit de voorbereiding, omdat zij hun cliënten niet bij voorbaat wilden en wellicht konden binden aan de code.⁶⁴

Wat betreft het draagvlak voor de code is dit uiteraard een forse tegenslag. Letselschadeadvocaten zijn immers een belangrijke partij in het oplossen van een concreet geschil. Anderzijds hebben de overgebleven opstellers van de code in hun latere versies nog steeds rekening gehouden met de op- en aanmerkingen die de Letselschade Advocaten in hun brief ter verklaring van hun uittreden, richting de opstellers hebben gemaakt. Bovendien zijn verschillende slachtofferorganisaties wel tot aan de presentatie van de eindversie van de Gedragscode bij de totstandkoming betrokken geweest, zodat zij de nodige belangen van potentiële slachtoffers hebben kunnen laten meewegen. Gesteld kan worden dat de samenstellers van de code representatief zijn voor de groep, voor wie de code van toepassing zou zijn. Derhalve is het aannemelijk dat betreffende de inhoud van de code gesproken kan worden van bepaalde mate van draagvlak in de praktijk. Tevens kan uit de code afgeleid worden dat met deze code vooral gepoogd wordt de belangen van de slachtoffers te dienen. Het doel van de code is het bevorderen van een transparant en voorspoedig verloop van de afwikkeling van de schade. Dat hierbij slachtoffers centraal staan, blijkt uit meerdere beginselen van de code. Woorden als: onderling respect, harmonieus overleg, streven naar passende oplossing voor het slachtoffer, waarborgen bieden aan slachtoffer, een probleemoplossende aanpak, illustreren dit.

Dat de Gedragscode gefaciliteerd is door de overheid, blijkt uit de subsidie die het ministerie van Justitie verleend heeft aan het project. Dit impliceert niet dat de overheid de inhoud van de Gedragscode accepteert, maar is wel een aanwijzing dat het opstellen van een dergelijke code door de overheid feitelijk mogelijk gemaakt wordt. De minister van Justitie geeft bovendien aan dat de letselschadepraktijk een van de eerste terreinen is waar wetgeving en zelfregulering elkaar daadwerkelijk aanvullen.⁶⁵

De Gedragscode voldoet ten slotte ook aan de eisen zoals Fuller die met betrekking tot de procedurele rechtvaardigheid formuleert. De Gedragscode is algemeen opgesteld en kan van toepassing zijn op elke letselschadeafwikkeling. Tevens is de code voor iedereen raadpleegbaar, helder, begrijpelijk en niet innerlijk tegenstrijdig. De totstandkomingsprocedure is inzichtelijk gemaakt en over elke (toekomstige) wijziging van de code (zal) wordt door de samenstellers uitleg (worden) gegeven. Bovendien is de code door de eenvoud van de beginselen zeer handzaam in de praktijk. Vermeldenswaardig in dit verband is dat het Nationaal Platform Personenschade reeds een Bemiddelingsloket heeft geopend waar de partijen in een letselschadedossier aan een jurist van het Bemiddelingsloket advies kunnen vragen over de passende conflictoplossing in het concrete geval. De Gedragscode dient daarbij als basis.

64 Zie voor een volledige weergave van de argumenten: <<https://normering.rechten.uvt.nl/upload/111020051134796199977397.pdf>>.

65 Toespraak minister Hirsch Ballin bij het congres van het Nationaal Platform Personenschade op 7 november 2008, <event.deregistratiebalie.nl/npp/presentaties/SP-NPP-hirsch%20ballin.pdf>.

Ook al is een van de gedachten achter de Gedragscode het voorkomen dat elke letselschadebehandeling in een juridisch geschil uitmondt, het is altijd mogelijk om – indien het overleg op basis van de code om wat voor reden dan ook niet tot het gewenste resultaat leidt – het geschil aan een rechter voor te leggen. In dat geschil zou onder andere het al dan niet respecteren van de Gedragscode een rol kunnen spelen. Met de door ons beschreven criteria heeft de rechter een instrument om duidelijkheid te vergaren over onder meer de totstandkoming, draagvlak en procedurele rechtvaardigheid van de Gedragscode. Hiermee kan hij bij de bepaling van de juridische bindendheid van de code rekening houden. De rechter zou in dat geval – gezien de mate waarin de code voldoet aan de door ons geformuleerde criteria – gemotiveerd over kunnen gaan tot de toepassing van deze vorm van private regelgeving in een aan hem voorgelegd geschil. Er zijn verschillende scenario's denkbaar. Indien een letselschadeadvocaat de code niet respecteert, terwijl hij zich van tevoren niet gebonden heeft aan de Gedragscode, zal de rechter op een andere manier over de bindendheid van de code oordelen, dan indien een verzekeraar niet conform de Gedragscode handelt, terwijl deze zich hier vooraf aan gecommitteerd heeft. De manier waarop de Gedragscode in het maatschappelijk veld wordt nageleefd, kan mede van invloed zijn op het oordeel van de rechter. De code of een andere vorm van private regelgeving zou afhankelijk van de mate waarin het voldoet aan de geformuleerde criteria, een beleidsregelachtige functie kunnen vervullen en naar analogie hiermee, ondanks het feit dat het niet de status van algemeen verbindend voorschriften heeft, toch publiekrechtelijk en indien bekendgemaakt ook algemeen geldend kunnen zijn.⁶⁶

5. Conclusie

In deze bijdrage is stilgestaan bij de manier waarop private regelgeving thans toepassing vindt in de rechtszaal. Hoewel private regelgeving in beginsel buiten het bereik van 'recht' in de zin van artikel 79 RO valt, wordt het toch toegepast in geschillen. Daarmee lijkt de reikwijdte van het rechtsbegrip van artikel 79 RO te eng geformuleerd om voldoende rekenschap te geven aan het toegenomen gebruik en belang van private regelgeving in de samenleving. Dit gebruik en belang van deze private normstelling noopt de rechter juist tot toepassing van private regelgeving in gerechtelijke procedures. Het is echter onduidelijk op grond van welke criteria de rechter de juridische bindendheid van private regelgeving toetst en welke gevolgen dit kan hebben voor de betrokken partijen.

De door ons geformuleerde criteria bieden de rechter meer houvast bij beantwoording van de vraag of private regelgeving juridisch bindend kan zijn bij het beslechten van een voorliggend geschil. Deze eerste aanzet zal nog verdere operationalisering behoeven, maar is een stap vooruit in het debat over de doorwerking van private regelgeving. Toch toont deze bijdrage aan dat het mogelijk is om enige handvatten

66 Zie artikel 1:3 lid 4 en artikel 3:42 Algemene wet bestuursrecht. Vergelijk: F.J. van Ommeren, 'Bestuurswetgeving en haar alternatieven: een verkenning van beleidsregels, algemene voorwaarden van de overheid en normalisatienormen als prototypen', *RegelMaat*, 2008, afl.3, p. 79-80; tevens: Van Gestel 2009, p. 372.

A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen

voor de rechter te formuleren en biedt het tevens een richting ten aanzien van de manier waarop deze geformuleerd zouden kunnen zijn. De mate van juridische bindendheid is onder meer afhankelijk van de totstandkoming, het draagvlak en de navolging van de private regelgeving in het maatschappelijk veld en kan derhalve variëren. In ieder geval zou het aanwenden van deze criteria het de rechter eenvoudiger maken een beslissing te nemen omtrent het juridische gehalte van private regelgeving. Tegelijkertijd maakt het gebruik van deze criteria het transparanter waarom de rechter in een concreet geval private regelgeving al dan niet in zijn oordeel betreft.