

(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een 'ReL'?

NTBR 2018/19

Redactioneel

Er is op dit moment alle aanleiding – geen zorg, ik licht dat hieronder toe – om de vraag naar de verantwoordelijkheid van de privaatrechtelijke wetgever, mede in relatie tot de civiele rechter, opnieuw aan de orde te stellen. Dat betekent in het huidige tijdsgewricht wel dat daarbij tevens een derde groep van (neutraal geformuleerd) 'regelmakers' in de beschouwing moet worden meegenomen. Het gaat dan om de private actoren (als in: de markt, de branches) die bij het uitvaardigen van 'regelgeving' betrokken zijn; kortom, zelfregulering of alternatieve regelgeving.² Dat fenomeen roept namelijk de vraag op: wanneer moet de wetgever optreden en wanneer laat deze private actoren aan het roer?

In het *NJV*-preadvies uit 2007 hanteerde ik de navolgende, ruime definitie:

"Alternatieve regelgeving houdt in dat maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of doen uitvoeren en/of handhaven van de regels, indien nodig binnen een wettelijk of rechterlijk kader."³

Het gaat mij dus om alle vormen van regelgeving die niet van de formele of materiële wetgever afkomstig zijn, dus inclusief zelfregulering.⁴

Dat preadvies is inmiddels elf jaar oud, maar dat er sindsdien veel veranderd is in privaatrechtelijk zelfreguleringsland, kan eigenlijk niet gezegd worden. Uiteraard zijn er wel een paar mooie, brede studies verschenen over dit fenomeen,⁵ maar tot echt baanbrekende inzichten ('eureka' momenten) hebben ook die studies, hoe knap ook, niet geleid. Ik wijs wel speciaal op het proefschrift van Menting,⁶ dat bijvoorbeeld laat zien dat de Hoge Raad in de omgang met zelfregulering niet standvastig is. Kort door de bocht: hij is soms 'omarmend', soms 'terughoudend'; en dus is hij tot nu toe in elk geval niet leidend.⁷ Dat is opmerkelijk. Het is immers kras dat de Hoge Raad nog geen consistente koers bepaald heeft inzake zijn omgang met het fenomeen. En het zal en kan toch ook niet zo zijn dat nu alles wel zo ongeveer gezegd en geschreven is over dit thema? Het gaat hier immers wel om een thema dat in de praktijk steeds belangrijker wordt.⁸

1 Citeerwijze: I. Giesen, '(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht; op zoek naar een 'ReL'', *NTBR* 2018/19. Dit redactioneel is een ingekorte versie van mijn voordracht bij het afscheid van mr. Menno Bouwes van het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Met dank aan Willem van Boom, Rob van Gestel en Lonneke Stevens voor het schaven aan die lezing, en aan Harriët Schelhaas voor haar redactioneel (*NTBR* 2018/10) dat mij verder hielp.

2 Zie I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: W.J. Witteveen e.a., *Alternatieve regelgeving. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007-1*, Deventer: Kluwer 2007, p. 67-168. Hierbij verdient aantekening dat er op internationaal vlak ook heel veel speelt als het om zelfregulering gaat (bijv. CSR codes in 'supply chains', waaronder o.a. L. Vytöpil, *Contractual Control in the Supply Chain*, The Hague: Eleven 2015). Ik focus hier enkel op het nationale spectrum.

3 Giesen 2007, p. 77.

4 Giesen 2007, p. 73. Ik merk op dat vele andere omschrijvingen gekozen hadden kunnen worden.

5 Zie A. Kristic e.a., 'Private normstelling: criteria voor toepassing van private regelgeving in de rechtszaal', *RegelMaat* 2009 (24) 4, p. 199 e.v.; A.J. Akkermans, 'Beter recht door herziening van ons beeld van de herkomst van rechte-normen', *NTBR* 2011/72 (p. 510 e.v.); M.-C. Menting, '(R)Evolutie in het privaatrecht', *NTBR* 2015/16 (p. 104 e.v.); F.C. Bentvelzen, 'Zelfregulering curia novit', *RMThemis* 2016-5, p. 227 e.v. Zie ook M. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema, *Gedragcodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief*, Zutphen: Paris 2013, en H. Swennen & A.G. Castermans, 'Privaatrecht en soft law', *TvP* 2014, p. 805 e.v.

6 Zie M.-C. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-layered Dutch Private Law*, diss. UvT 2016.

7 Een positieve uitzondering vormt HR 18 april 2014, *NJ* 2015/20 (*Achmea/X.*).

8 Zo ook Kristic e.a. 2009; Akkermans 2011, p. 513.

Ik geef u twee voorbeelden die het belang van het thema onderbouwen; twee voorbeelden die meteen de aanleiding vormen voor dit redactioneel. Ten eerste is er de aanstaande regeling voor franchise-overeenkomsten in het BW. De wetgever is hier in eerste instantie de kant van zelfregulering op gaan koersen en koos er dus voor om via de wet enkel het kader aan te reiken. Die wetgever liet het verder aan de branche om dat kader inhoudelijk in te vullen via een gedragscode. In Boek 7, titel 6 BW worden, als we de consultatieversie van het voorstel nog mogen geloven,⁹ twee bepalingen over franchiseovereenkomsten opgenomen. Na enkele definities in art. 7:399f BW, geeft art. 7:399g lid 1 BW aan dat er bij Algemene maatregel van bestuur een gedragscode kan worden aangewezen, indien in die gedragscode bepaalde voorschriften zijn vervat. Vervolgens bepaalt art. 7:399 lid 2 BW dat franchisegevers en franchisenemers de in het eerste lid bedoelde gedragscode toepassen, tenzij in hun specifieke overeenkomst anders is voorzien en die andere aanpak wordt uitgelegd. Daarin herkennen we het 'comply-or-explain'-model dat wel vaker gebruikt wordt.¹⁰ De beoogde Code was er uiteraard ook al – dat is wel zo prettig als de wetgever geen eigen materieelrechtelijke regels heeft opgesteld – namelijk de Nederlandse Franchise Code.¹¹ Na 359 reacties (is dat een nationaal record?) in de consultatieronde volgde in oktober 2017 het bericht dat “Met het oog op de vermelding van franchise in het regeerakkoord, (...) de lopende activiteiten op dat gebied vooralsnog [zullen] worden aangehouden”.¹² In dat regeerakkoord is vervolgens – alsnog, zou ik zeggen – wetgeving aangekondigd.¹³

Als tweede voorbeeld noem ik een geval waarin 'de markt' de wetgever 'tegemeet' kwam toen de wetgever zich terugtrok. Het betreft de *Handreiking Zorgschade*¹⁴ tot stand gebracht onder auspiciën van De Letselschaderaad (DLR), welke in november 2017 is aangeboden aan de minister. Dat gebeurde nadat het plan van de wetgever om het thema zorgschade samen met die vermaledijde vergoeding van affectieschade in het BW te regelen, was gestrand in de consultatiefase vanwege groeiende kritiek op de regeling van zorgschade. DLR is toen namens de branche de uitdaging aangegaan om langs private weg, en zelf gefinancierd, alsnog tot een regeling te komen die recht doet aan de uitgangspunten en doelstellingen van het plan van de wetgever.¹⁵ Dat heeft geresulteerd in de *Handreiking*.

Twee voorbeelden, slechts, maar meer voorbeelden zijn denkbaar;¹⁶ twee voorbeelden waarbij we zien dat de wetgever zich afzijdig houdt of zich terugtrekt. Is dat te billijken, is dat verantwoord? Ja natuurlijk, denkt u als lezer wellicht, want dat is lekker goedkoop. De wetgever laat de markt het werk doen en fte's en uren spenderen aan voorbereiding, overleg, 'drafting', etc. En dat is waar (tenzij het ministerie bijvoorbeeld de subsidie aan DLR weer zou opstarten, voor bewezen diensten). En ja, dat is ook prima omdat wij (althans de politiek) burgerparticipatie, blijkbaar, belangrijk vinden (tenzij het ministerie nog eens zou nadenken over de laatste studie van de WRR inzake het meer en beter betrekken van gedragsinzichten in beleid¹⁷ en daaruit zou meenemen dat het zogenaamde

9 Zie www.internetconsultatie.nl/franchise/details.

10 Het model is bekend van de Nederlandse Corporate Governance Code, zie www.mccg.nl/?page=5178.

11 NFC, zie www.franchise.nl/Franchise-Informatie/Nederlandse-Franchise-Code-ontwerp.

12 Zie www.internetconsultatie.nl/franchise/berichten.

13 Zie het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst', p. 35 (www.kabinetformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst). Dit had ongetwijfeld ook te maken met de vele kritiek op de regeling en de Code, zie o.a. M. de Koning, 'Het 'wettelijk haakje' van de Nederlandse Franchise Code', *NJB* 2017/18 (p. 1251-1257); H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Het wetsvoorstel franchise: better think twice!, *Contracteren* 2017/3, p. 104 e.v.

14 Zie https://deletselschaderaad.nl/wp-content/uploads/Handreiking-Zorgschade_V2-november2017.pdf.

15 Zie <https://deletselschaderaad.nl/activiteit/handreiking-zorgschade/>.

16 Recent nog was er de komst van de Gedragscode kleinzakelijke financiering, zie *Kamerstukken II* 2017/18, 31311, 198.

17 Zie het WRR-rapport *Weten is nog geen doen* (www.wrr.nl/publicaties/rapporten/2017/04/24/weten-is-nog-geen-doen) en de Kabinetsreactie daarop, *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VI, 88.

'doenvermogen' van die participerende burgers niet altijd aan de maat is). En ja, zo'n keuze is ten derde te billijken omdat het wetgevingsproces nu eenmaal een zeer grillig traject is – de steeds weer vastlopende regeling inzake de vergoeding van affectieschade¹⁸ bewijst dat – zodat het vanuit het perspectief van rechtszekerheid voor de markt waarschijnlijk beter is om het zelf te doen, hoe paradoxaal het ook moge klinken dat 'wetgeving' en 'rechtszekerheid' niet matchen.

Of is dat toch niet zo best, die terugtrekkende beweging?¹⁹ ... Natuurlijk is dat niet best! Er is – naast het democratisch tekort dat zelfregulering nu eenmaal aankleeft²⁰ en waar ik onder voorwaarden nog wel overheen zou willen stappen²¹ – ten minste één goede reden om te verdedigen dat wetgevend terugtrekken *niet* te verantwoorden is. Namelijk deze dat de wetgever op die manier de *regie* kwijtraakt. Als je de private partijen zelf aan zet laat, staat de wetgever buitenspel. En dat terwijl het in elk geval tot de verantwoordelijkheid van de wetgever behoort om eindverantwoordelijk voor het complete wetgevingsproces te zijn. Dat begint bij regie voeren.²²

Ik realiseer mij uiteraard dat hier meestal een beleidsmatige keuze in het spel is. Daarbij geldt dat kiezen prima is, mits de keuze bewust gemaakt wordt. Maar gebeurt dat altijd? In beginsel wel, want het staat ook precies zo in de Aanwijzingen voor de regelgeving.²³ Ik neem dat dan ook graag aan, maar maak wel deze voorbehouden. Ten eerste laat het voorbeeld van de Handreiking Zorgschade zien dat er wel degelijk gevallen zijn waarin er *geen* bewuste keuze is gemaakt. De wetgever is 'op sleeptouw' genomen door een ambitieuze brancheorganisatie. Ten tweede past dit 'kiezen voor de markt' precies in het plaatje dat buitenstaanders veelal van de privaatrechtelijke wetgever hebben, namelijk dat er keihard wordt gewerkt met beperkte menskracht, maar ook dat vrijwel alle energie opgaat aan een enkel groot project (ik noem: Kel) en de implementatie van Europese regelgeving. Het gevolg is dat er weinig tijd meer overschiet voor de rest van het privaatrecht, en er dus feitelijk weinig te kiezen valt.

Belangrijker dan deze voorbehouden is echter dat de keuze steeds per individueel wetsvoorstel wordt gemaakt. Het gevolg daarvan is dat het totale beeld niet eenvoudig compleet te krijgen is. Met andere woorden: wie heeft eigenlijk het complete overzicht van de immense reeks van afwegingen tussen 'zelf doen' en 'uitbesteden'? Wie heeft de regie? Dat ligt erg lastig, zeker als we daarbij betrekken dat het ook om voorstellen van de andere ministeries gaat. Zo is de regeling van de franchiseovereenkomst afkomstig van EZ. Mijn advies aan de wetgever zou dus zijn: pak iets vaker bewust de regierol die de wetgever past, en laat het principe van 'zoveel mogelijk legitimiteit' – een zo sterk mogelijke wettelijke basis voor de regels waarmee macht over burgers wordt uitgeoefend – leidend zijn bij de vraag wanneer 'regie' dan gewenst is. Variërend op 'Kel', in één motto uitgedrukt, ga voor de 'REL': Regie en Legitimiteit.

Er zijn nu wellicht lezers die denken: 'Deze auteur, dat is toch die man die normaal altijd op de bres staat voor de civiele rechter, de rechter die rechtsvormend vrijwel onbeperkte vrijheid moet hebben?'²⁴ En dat heeft die rechter toch veel meer als

18 Zie inmiddels *Kamerstukken I* 2017/18, 34257, D.

19 Over de afweging tussen wetgeving of zelfregulering is eerder geschreven, ik verwijs nu slechts naar I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 39-44, en de literatuurlijst aldaar, en bijv. J.M. Smits, 'Wetgeving en andere normenstelsels: zes aanwijzingen aan de Nederlandse wetgever', *RegelMaat* 2015 (30) 5, p. 357-359.

20 Vgl. Giesen 2007, p. 89.

21 Vgl. Giesen 2007, p. 152.

22 Ik heb het dus niet over het 'klassieke' primaat van de wetgever want dat is uitgehold. Vgl. R. van Gestel, 'The 'Deparliamentarisation' of Legislation: Framework Laws and the Primacy of the Legislature', *Utrecht Law Review* 2013, Vol. 9(2), p. 106-122.

23 *Stcr.* 2017, 69426, d.d. 29 december 2017, m.n. Aanwijzing 2.5.

24 O.a. I. Giesen, 'De Hoge Raad versus de wetgever: wie hoedt het privaatrecht', *NTBR* 2014/26 (p. 217-218).

zelfregulering breder ingang vindt,²⁵ dus waarom dan dit pleidooi opeens?' Aan die lezers antwoord ik: u heeft gelijk, dat vind ik ook. Ik ben helemaal niet zo'n volgeling van de wetgever²⁶ want vaak is de wetgever ook niet nodig; de civiele rechter vormt het privaatrecht, dat gaat al jaren prima. Maar toch dit pleidooi, want ik zie ook graag tegenover die sterke rechter een sterke wetgever en sterke marktpartijen staan. Want door het spel van 'kracht' en 'tegenkracht' zijn al die machten bewuster bezig met hun eigen positie, rol en taak, en dat is winst. Daar moeten we dus heen. En daar begint wat mij betreft dan ook de verantwoordelijkheid van de wetgever.

25 De rechter geeft binding aan de zelfontworpen normen, en regelt de rechtsvorming, zie Giesen 2007.

26 Vgl. I. Giesen & H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming', *Ars Aequi* 2006, p. 159-172.