

VU Research Portal

Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid

Hoekstra, Coen

published in

Aansprakelijkheid verzekering & schade
2020

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Hoekstra, C. (2020). Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak. *Aansprakelijkheid verzekering & schade*, 2020(6), 224-231. Article 2020/38. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D47A5C&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak

AV&S 2020/38

Dit artikel is een verslag van een empirisch onderzoek naar de vraag hoe de feitenrechter omgaat met private regelgeving bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid uit art. 6:162 lid 2 BW. De auteur heeft de op www.rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken geanalyseerd. Uit het onderzoek blijkt dat de rechter in de grote meerderheid van de gevallen oordeelt in overeenstemming met een voorhanden zijnde private norm en dat hij daar doorgaans een groot gewicht aan toekent. Er lijkt een discrepantie te bestaan tussen de door de onderzoeksresultaten geduide rechtspraak en de bestaande opvatting dat private regelgeving op zichzelf niet beslissend is bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid, maar dat zij slechts een aanwijzing voor de rechter vormt.

1. Inleiding

Dit artikel gaat over de rol van private regelgeving (ook wel: alternatieve regelgeving, private regulering of *soft law* genoemd)² bij de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW. Die rol is niet evident omdat private regelgeving niet afkomstig is van de wetgever. Binding aan een private norm levert in die zin een doorbreking van de klassieke trias politica op.³ Anderzijds levert private regelgeving vaak een zeer welkome concretisering van de zeer vage en abstracte “maatschappelijke betamelijkheid”.

Men zou binnen deze thematiek drie domeinen kunnen benoemen: (i) het denken in de doctrine over de (beperkte) invloed van private regelgeving; (ii) de rechtspraak van de Hoge Raad; en (iii) de omgang van de feitenrechter met private regelgeving. Dit artikel vormt een verslag van een empirisch onderzoek in het derde domein. De onderzoeksvraag

luidt: “hoe gebruiken feitenrechters private regelgeving bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW?”. Ter beantwoording van die vraag heb ik geprobeerd alle relevante gepubliceerde feitenrechtspraak te bestuderen en daarvan een zo compleet mogelijk overzicht te maken. Alvorens op mijn bevindingen in te gaan, maak ik bij wijze van inleiding enkele opmerkingen over de rechtspraak van de Hoge Raad en enkele opvattingen in de doctrine.

In 2015 oordeelde de Hoge Raad in *Achmea/Rijnberg* voor het eerst dat private regelgeving doorslaggevend kan zijn bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid.⁴ Hij besliste dat overtreding van de voor Achmea geldende private regelgeving (de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek) in beginsel leidt tot onrechtmatig handelen.⁵ De toepasselijkheid van de Gedragscode als toetsingskader stond in casu tussen partijen niet ter discussie. Na dit arrest werd in de literatuur wel aangenomen dat wanneer de toepassing van een private norm tussen partijen niet in discussie is, de norm doorslaggevend kan zijn bij het onrechtmatigheidsoordeel.⁶ In het *Meetinstructie*-arrest uit 2018 was de toepasselijkheid van een private norm (de NVM-Meetinstructie) als toetsingskader voor onrechtmatigheid tussen partijen wél in het geding.⁷ A-G Valk vatte in zijn conclusie voor het *Meetinstructie*-arrest de huidige stand van het recht met betrekking tot de rol van private regelgeving bij de invulling van open normen als volgt samen:

“Mijns inziens geldt nog steeds het uitgangspunt dat als in een bepaalde branche of beroepsgroep een bepaalde handelwijze als ongebruikelijk of zelfs ontoelaatbaar wordt beschouwd, dit een omstandigheid is die weliswaar gewicht in de schaal legt, maar op zichzelf niet beslissend is. In enkele arresten lijkt de stap van praktijkregel of gedragscode naar onrechtmatigheid gemakkelijker gezet, maar dat betreft atypische gevallen (in ieder geval atypisch ten opzichte van hetgeen in de onderhavige zaak aan de orde is), namelijk een door de artsen van het aangesproken ziekenhuis zelf opgesteld protocol omtrent medisch verantwoord handelen, waarvan de toepassing eenvoudigweg was ‘vergeten’ (het *Trombose*-arrest),

1 Mr. C.O. (Coen) Hoekstra is als promovendus verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Citeerwijze: C.O. Hoekstra, ‘Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak’, *AV&S* 2020/38, afl. 6.

2 Als begripsomschrijving houd ik de omschrijving van Menting en Vranken aan: “niet-statelijke regels die al dan niet in samenwerking met anderen worden vastgesteld door degenen voor wie de regels bestemd zijn, respectievelijk hun vertegenwoordigers, waarbij het uitvoeren en/of handhaven van en/of het houden van toezicht op deze regels mede door deze groep wordt uitgeoefend”, M.C. Menting & J.B.M. Vranken, ‘Gedragscodes in een meer laagdrempelig privaatrecht in Europa en Nederland’, in: M.C. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema (red.), *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief*. Juridische betekenis, effectiviteit en handhaving. Preadviezen 2013 Uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Paris: Zutphen 2014, p. 43.

3 I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (Mon. Privaatrecht nr. 8), Deventer: Kluwer 2007, p. 104.

4 Eerder achtte de Hoge Raad private regelgeving al wel doorslaggevend in het *Trombose*-arrest. Hier was de private norm cruciaal bij de beoordeling van de vraag of toerekenbaar te kort was geschoten bij de uitvoering van een geneeskundige behandelingsovereenkomst. Hoge Raad, 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377 (*Trombose-arrest*), r.o. 3.3.3.

5 HR 18 april 2014, NJ 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Achmea/Rijnberg*), r.o. 5.2.1.

6 Menting 2016, p.108.

7 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*), r.o. 3.3.

respectievelijk een gedragscode voor verzekeraars met het oog op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde, waarbij voorop staat dat een inbreuk op dat recht onrechtmatig is behoudens een rechtvaardigingsgrond.”⁸

De Hoge Raad besliste evenwel dat overtreding van de private norm door een bij de NVM aangesloten makelaar in beginsel tot onrechtmatigheid leidt omdat derden (in casu de kopers van een huis) in beginsel erop mochten vertrouwen dat NVM makelaars conform de voor hen geldende private regelgeving handelen.⁹ In zowel *Achmea/Rijnberg* als het *Meetinstructie*-arrest liet de Hoge Raad zich echter niet in algemene zin uit over de vraag waarom en wanneer private regelgeving bindend is of kan zijn. Deze vraag is nog steeds onderwerp van discussie in de doctrine.

In dat debat zijn verschillende ‘kleuren’ te onderscheiden wat betreft het gewicht dat toegekend moet worden aan private regelgeving. Zo is de opvatting van A-G Valk in zijn conclusie bij het *Meetinstructie*-arrest¹⁰ terughoudender te noemen dan de opvatting dat in uitgangspunt grote waarde moet worden toegekend aan normen waarover op een constructieve manier is nagedacht door een groep mensen die bij uitstek op het betreffende gebied deskundig is, wanneer de rechter op zoek gaat naar wat ‘de maatschappelijke betamelijkheid’ inhoudt.¹¹ Waar de terughoudendere opvatting zich beter laat verenigen met het klassieke trias denken, laat de ruimere opvatting zich goed verenigen met de idee dat de traditionele wetgevende en rechtsprekende macht niet de enige vormers van (bronnen) van recht zijn, maar velerlei maatschappelijke actoren, zoals bijvoorbeeld: branche-, beroeps- en belangenorganisaties die elkaar over en weer aanvullen en beïnvloeden.¹²

Ondanks deze kleurverschillen ontbreekt het aan concrete en harde stellingname in dit theoretische, veelal in tamelijk abstracte termen gevoerde debat.¹³ Om verder te komen in dit debat heeft men baat bij een empirische analyse van de feitenrechtspraak.¹⁴ Inzicht in wat feitenrechters op dit punt beslissen, is om drie redenen belangrijk. Ten eerste gaat de theorie, kan men zeggen, over hoe het zou moeten zijn, terwijl de feitenrechtspraak laat zien hoe het is. Dat is belangrijk om te weten, alleen al om aan practici een beeld van de praktijk te kunnen schetsen. Ten tweede komt aan een grote hoeveelheid feitenrechtspraak een zeker gezag toe. De discussie over de rol van private regelgeving is met de kennisname van feitenrechtspraak niet ten einde, maar wie wil bepleiten dat de feitenrechters het over het algemeen verkeerd

doen, heeft wel wat uit te leggen. Ten derde kan kennisname van de feitenrechtspraak het debat voeden, in die zin dat sprekende casusposities en motiveringen als katalysator in dit debat kunnen dienen.

Er is al een aantal studies verricht naar de meer empirische aspecten van private regelgeving door de feitenrechter.¹⁵ Een onderzoek dat poogt alle gepubliceerde feitenrechtspraak over specifiek de invloed van private regulering op de onrechtmatigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW te analyseren, bestaat nog niet.

Ik onderzoek de feitenrechtspraak op drie punten:

- (i) Hoe vaak is het oordeel van de feitenrechter in overeenstemming met de voorhanden zijnde private regelgeving?
- (ii) Hoe motiveren feitenrechters de eventuele toepassing van een private norm en hoe motiveren zij afwijking van die norm?
- (iii) Welk gewicht kent de feitenrechter toe aan de private norm bij zijn oordeelsvorming?

In paragraaf 2 licht ik de onderzoeksmethode toe. In paragraaf 3 beschrijf ik de onderzoeksresultaten en licht ik deze nader toe. In paragraaf 4 bespreek ik de betekenis van de onderzoeksresultaten voor enkele bestaande rechtsopvattingen.

2. Methodologie

Als gezegd is doel van dit onderzoek om in kaart te brengen hoe feitenrechters omgaan met de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid in gevallen waarin private regelgeving voorhanden is. Ik heb geprobeerd om alle op www.rechtspraak.nl (hierna: “Rechtspraak.nl”) gepubliceerde zaken waarin deze thematiek speelt te vinden – om ze vervolgens te analyseren.^{16, 17}

8 Concl. A-G W.L. Valk, ECLI:NL:PHR:2018:304, bij HR 13-07-18 ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*), nr. 2.10.
 9 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Meetinstructie*), r.o. 3.4.2-3.4.5.
 10 Valk 2018, nr. 2.10.
 11 J.L. Smeehuijzen, ‘Hoe oordeelt de feitenrechter over strijd met de maatschappelijke betamelijkheid in de zin van art. 6:162 lid 2 BW?’, *Verkeersrecht* 2017/125, p. 354.
 12 A.J. Akkermans, *Beter recht door herziening van de herkomst van rechtsnormen*, NTBR 2011/72, p. 510 e.v..
 13 In gelijke zin over de theoretische aard van het debat: Menting 2016, p. 15.
 14 Zie in gelijke zin: Menting 2016, p. 282.

15 Te noemen is met name Menting 2016, p. 191 e.v.. Zie voorts: I. Giesen, ‘De omgang met en handhaving van ‘meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels’: een analyse van recente rechtspraak’, *WPNR* 2008/6772 en J.L. Smeehuijzen, ‘Hoe oordeelt de feitenrechter over strijd met de maatschappelijke betamelijkheid in de zin van art. 6:162 lid 2 BW?’, *Verkeersrecht* 2017/125.
 16 Gezien de grote hoeveelheid gepubliceerde zaken op Rechtspraak.nl kan ik helaas niet garanderen alle zaken te hebben geïdentificeerd. Er is geen aanleiding om aan te nemen dat de niet-geïdentificeerde zaken zodanig talrijk zijn dat zij de resultaten van mijn onderzoek zouden beïnvloeden.
 17 Om zoveel mogelijk zaken te vinden waarbij bovengenoemde thematiek speelt, heb ik de volgende zoekcriteria gebruikt: “onrechtmatige daad” en “art. 6:162 BW”. Tot de scope van dit artikel behoort echter slechts de onrechtmatige daad waarbij de onrechtmatigheid voortvloeit uit een doen of nalaten in strijd met ongeschreven recht zoals in het maatschappelijk verkeer betaamt. Men spreekt ook wel van: “een handelen of nalaten in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid”, “een handelen of nalaten in strijd met een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm of “een handelen of nalaten in strijd met de te betrachten zorg”. Ik heb daarom eveneens als zoekcriteria gebruikt: “zoals in het maatschappelijk verkeer betaamt”, “maatschappelijke betamelijkheid”, “maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm” en “te betrachten zorg”. Tot slot dient private regelgeving voorhanden te zijn in de zaken die ik voor dit onderzoek gebruik. Hiertoe heb ik de volgende zoekcriteria aan mijn zoekopdracht toegevoegd: “private regelgeving”, “alternatieve regelgeving”, “zelfregulering”, “private norm”, “private normen” en “soft law”. Ook heb ik de benamingen van verschillende soorten private regelgeving aan de zoekopdracht toegevoegd. Deze zoekcriteria zijn: “gedragscode”, “gedragscodes”, “richtlijn”, “richtlijnen”, “reglement”, “reglementen”, “protocol”, “protocollen”, “voorschrift”, “voorschriften”, “aanbeveling” en “aanbevelingen”.

Het verdient opmerking dat lang niet alle rechterlijke uitspraken gepubliceerd worden op Rechtspraak.nl. Het percentage gepubliceerde zaken schommelt tussen 0,8% in 2007¹⁸ en 2,7% in 2018¹⁹ van alle van de rechtbank afkomstige uitspraken en tussen 5,7% in 2007²⁰ en 20,3% in 2018²¹ van alle uitspraken van de gerechtshoven. Een terechte vraag in het verlengde hiervan is of de resultaten van dit onderzoek bij een dergelijke lage publicatiegraad wel een werkelijkheidsgetrouw beeld van de rechtspraak weer geven. Een belangrijk punt om hierbij in overweging te nemen is het feit dat de beslissing of een rechterlijke uitspraak gepubliceerd wordt, niet op willekeur gebaseerd is. In het “Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl” (hierna: “Besluit Selectiecriteria”) zijn algemene criteria opgesteld aan de hand waarvan bepaald wordt of een uitspraak gepubliceerd moet worden. Er is gezien de algemeenheid van de criteria in het Besluit Selectiecriteria geen reden aan te nemen dat de uitspraken die krachtens dat beleid gepubliceerd worden, op de te beoordelen punten anders scoren dan niet (krachtens dat beleid) gepubliceerde uitspraken.²²

Bij de beoordeling van de zaken heb ik allereerst geteld hoe vaak het rechterlijk oordeel in overeenstemming is met de voorhanden zijnde private norm. De vraag naar de eventuele causaliteit tussen de private norm en het rechterlijk oordeel speelt bij deze beoordeling dus nog geen rol. Een oordeel is in dit onderzoek ten eerste in overeenstemming met private regelgeving wanneer een vermeend laedens niet in overeenstemming met voor hem opgestelde private regelgeving handelt en het rechterlijk oordeel luidt dat onrechtmatig gehandeld is. In dit geval zou het dus kunnen zijn dat overtreding van de private norm tot onrechtmatigheid leidt en dat de private norm de te betrachten zorg weergeeft. Ten tweede is een uitspraak in overeenstemming met de private regelgeving als een vermeend laedens wél in overeenstemming met voor hem opgestelde private regelgeving handelt en de rechter tot het oordeel komt dat hij niet onrechtmatig gehandeld heeft. De private norm zou de te betrachten zorg weer kunnen geven nu de vermeend laedens de norm niet overtrad had en niet onrechtmatig handelde.

De tegenhanger van een rechterlijk oordeel in overeenstemming met private regelgeving is een rechterlijk oordeel contrair aan de private regelgeving. Een uitspraak is in dit onderzoek contrair aan private regelgeving wanneer een vermeend laedens niet in overeenstemming met een voor hem opgestelde private norm handelt, maar waarbij de rechter niettemin tot het oordeel komt dat er niet onrechtmatig gehandeld is. In dit geval leidt overtreding van de private norm dus niet onrechtmatig handelen en zijn uitspraak en private norm niet met elkaar in overeenstemming.

Daarnaast is een uitspraak contrair aan private regelgeving wanneer een vermeend laedens in overeenstemming met voor hem opgestelde private regelgeving handelt maar waar de rechter niettemin tot het oordeel komt dat onrechtmatig gehandeld is. In dit geval geeft de private norm immers niet de te betrachten zorg weer.

Ik heb ook geteld of en op welke wijze een rechter motiveert dat zijn oordeel in overeenstemming is met private regelgeving. Tot slot heb ik beoordeeld in welke mate de rechter toekent aan private regelgeving bij het opstellen van zijn oordeel. In dit onderzoek onderscheid ik: “doorslaggevende betekenis”, “materiële betekenis” “geen rol van betekenis” en “rol van betekenis blijkt niet”. Met “materiële betekenis” bedoel ik dat de rechter zelfstandige betekenis toekent aan de private norm, maar dat uit de verdere uitspraak niet blijkt wat voor gewicht hij eraan toekent. Onder “doorslaggevende betekenis” versta ik het geval waarin de rechter louter betekenis hecht aan de private norm of wanneer blijkt dat de rechter meer betekenis hecht aan de private norm dan aan andere bronnen.

Het beoordelen van de rol van betekenis is onvermijdelijk tot op zekere hoogte subjectief: het is een kwestie van uitleg en interpretatie van rechterlijke uitspraken. Om deze subjectiviteit zo goed mogelijk te ecarteren zijn alle uitspraken door twee personen afzonderlijk beoordeeld. Voor zover de beoordelingen niet overeenkwamen is overleg gepleegd en daarna gezamenlijk beslist hoe een uitspraak beoordeeld moet worden.²³

3. Bevindingen

De zoekopdracht leverde ongeveer 1500 hits op. De 1500 zaken zijn niet noodzakelijk unieke zaken. Er kan sprake zijn van een zekere overlap omdat de zoekmachine op Rechtspraak.nl slechts een ‘en-en-zoekfunctie’ en geen ‘of-of-zoekfunctie’ ondersteunt en ik daardoor verschillende zoekopdrachten moest uitzetten. De bruikbare zaken heb ik aan verschillende beoordelingen onderworpen. In totaal heb ik in mijn zoekopdracht 89 relevante zaken gevonden. Deze heb ik gescoord op de in paragraaf 2 benoemde punten.²⁴

3.1 *Het rechterlijk oordeel in overeenstemming met en contrair aan private regelgeving* *Onderzoeksresultaten*

(i) In 68 van de 89 uitspraken (76%) oordeelt de rechter conform de private norm en (ii) in 8 uitspraken (9%) contrair aan de private norm.²⁵ (iii) In 13 van de 89 uitspraken (15%) oordeelde hij noch contrair aan, noch conform de private norm. Het voorgaande betekent dat de rechterlijke uitspraken 68 van de 76 zaken (89%) van de zaken in overeenstemming

18 <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Kengetallen-2011.pdf>, p. 19.

19 <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/kengetallen-2018.pdf>, p. 34-35 en 82.

20 <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Kengetallen-2011.pdf>, p. 19.

21 <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/kengetallen-2018.pdf>, p. 34-35 en p. 113.

22 Zie art. 5 Besluit Selectiecriteria.

23 Te weten: de auteur van dit artikel en prof. mr. J.L. Smeehuijzen, hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

24 De dataset met daarbij de ingevulde scores is op te vragen bij de auteur van dit artikel.

25 Dit zegt op zichzelf niets over de mate waarin de rechter geneigd is de norm te volgen: bij de beoordeling of de uitspraak in overeenstemming is met de private regelgeving blijkt immers nog niet in welke mate de private regelgeving een rol van betekenis speelde.

zijn met de van toepassing zijnde private regelgeving en in 8 van de 76 zaken (11%) contrair aan de private norm.

Toelichting

Ad (i) Bij beschouwing van de onderzoeksresultaten springt als eerste in het oog dat in het overgrote deel van de zaken het rechterlijk oordeel in overeenstemming is met de private regelgeving. Een exemplarische zaak waarbij de rechter conform de private regelgeving oordeelt is een zaak tussen de eigenaar van een springpaard en de organisator van een paardenspringwedstrijd. Tijdens de wedstrijd is het paard over een hindernis gestruikeld en ten val gekomen. Naderhand is het leven van het paard beëindigd.²⁶ In het geschil is de vraag of de organisator van de wedstrijd onrechtmatig heeft gehandeld jegens de eigenaar van het paard door de laatste hindernis niet in de grond te verankeren. Volgens de voorhanden zijnde private regelgeving is de veiligheid van het paard het beste gediend bij in de grond verankerde hindernissen. Het hof beslist dat:

“Naar het oordeel van het hof valt aan [Paarden- en Ponysportvereniging] als organisator van de wedstrijd en eindverantwoordelijke voor de veiligheid, alsmede aan [appellant 2] als bouwer van de hindernis, een ernstig verwijt te maken omtrent het niet vastzetten van de hindernis. Anders dan [Paarden- en Ponysportvereniging] en [appellant 2] hebben betoogd, blijkt uit alle van toepassing zijnde reglementen (...), alsmede uit de instructies voor de hindernisbouwers (...), dat het in het geval van cross country wedstrijden voor de veiligheid van groot belang is dat de mobiele hindernis vast staat, in die zin dat de hindernis bij aanraking met ruiter en paard niet omvalt”.²⁷

Ad (ii) In een kleine minderheid van de gevallen is het rechterlijk oordeel niet in overeenstemming met de materiële norm uit de private regelgeving. Een nadere beschouwing van de zaken waarbij de rechter contrair aan de private norm oordeelt, levert een interessante tweedeling op: In 5 van de 8 zaken oordeelt de rechter dat in de gegeven omstandigheden toch een andere norm dan de private norm geldt en in 3 van de 8 zaken oordeelt de rechter dat de voorhanden zijnde norm uit private regelgeving niet wordt toegepast wegens inhoudelijke mankementen aan de norm. In 4 van de 5 zaken waarbij de rechter vanwege de omstandigheden van het geval toch een andere norm dan de private toepast, oordeelt de rechter dat de private norm in beginsel het juiste toetsingskader biedt. Exemplarisch is een tweetal zaken waarbij de rechter de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (hierna: “GHF”) buiten toepassing laat. De GHF is opgesteld door de Vereniging

Financieringsondernemingen Nederland en geeft regels die onder andere strekken tot de vaststelling van de maximale leencapaciteit van een mogelijke leningnemer. In eerdere zaken werd de materiële norm uit de GHF door de rechter gevolgd.²⁸ In de twee hierop volgende zaken oordeelt de rechter echter dat:

“Naar het oordeel van het hof heeft de rechtbank een juiste maatstaf gehanteerd. [appellante sub 1.] en [appellant sub 2.] hebben zelf onderkend (...) dat het in dit geval om maatwerk ging. Terecht heeft de rechtbank dan ook in haar overwegingen betrokken dat sprake was van een bijzondere situatie, zodat de Gedragscode en de interne normen van [Bankiers] niet beslissend konden zijn.”²⁹

Als gezegd ging de rechter in 3 van de 8 zaken voorbij aan de private normen wegens inhoudelijke gebreken aan de norm. Deze zaken zijn het interessantst omdat de rechter besluit dat de private norm de vermeend laedens niet bindt vanwege redenen die de norm als zodanig betreffen in plaats van concrete omstandigheden waarop de norm betrokken moest worden. Vanwege het belang en het geringe aantal van deze soort zaken bespreek ik alle drie de zaken in de volgende alinea's.

Exemplarisch is ten eerste de zaak waarbij een landeigenaar stelt schade te hebben geleden als gevolg van een ballonlanding op zijn grond, zonder dat hij toestemming voor de landing heeft gegeven. De ballonvaarder stelt op zijn beurt dat de landing niet onrechtmatig is en verwijst hierbij naar de voor hem geldende Gedragscode Ballonvaart. De Gedragscode Ballonvaart is een afspraak gemaakt tussen de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor de Luchtvaart, de Professionele Ballonvaarders Nederland en Land en Tuinbouw Organisatie Nederland. In de Gedragscode Ballonvaart staat dat een ballonvaarder op andermans grond mag landen omdat een ballon krachtens de Wet Luchtvaart is vrijgesteld van de verplichting om te landen op een vliegveld. De kantonrechter maakt natuurlijk korte metten met eventuele toepassing van deze private norm. Hij beslist:

“Dergelijke afspraken gaan niet boven de wet; zij kunnen het in de wet geregelde eigendomsrecht niet beperken.”³⁰

De tweede zaak betreft het geval waarbij een curator van een failliet aansprakelijk wordt gesteld wegens overtreding van de Praktijkregels voor curatoren. In hoger beroep acht het hof Arnhem het niet juist:

“(…) de door Tycho daaraan verbonden gevolgtrekking dat de praktijkregels gezien kunnen worden als een soort gewoonterecht en dat zij een invulling geven aan

26 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 20 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1426, r.o. 4.1.3. Het hof spreekt hier overigens van 'euthanaseren'. Dit lijkt mij, onder andere vanwege de omschrijving van euthanasie zoals neergelegd in art. 293 Sr: opzettelijk het leven van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen beëindigen, onjuist. Het gaat immers om een paard.

27 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 20 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1426, r.o. 4.4.7.

28 Rechtbank Gelderland, 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5231, r.o. 3.38-3.41; Rechtbank Amsterdam, 9 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5835, r.o. 4.3.

29 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 10 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4177, r.o. 7.9; Rechtbank Amsterdam, 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5308, r.o. 4.6-4.8.

30 Rechtbank Midden-Nederland, 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:514, r.o. 2.6.

de zorgvuldigheidnorm van artikel 6:162 BW. (...) De inhoud van de praktijkregels kan dan ook niet meer en zelfs aanmerkelijk minder zijn dan een aanwijzing voor wat een curator rechtens heeft te doen of na te laten.”³¹

De derde zaak betreft een pastoor die een erfenis ontvangt van een overledene die de parochie bezoekt. De pastoor wordt aangesproken door nabestaanden van de overledene. De pastoor mag volgens de voor hem geldende Gedragscode Pastoraat geen erfenis ontvangen van personen tot wie de pastoor in een pastorale betrekking staat.³² Het hof Den Bosch oordeelt dat:

“(...) de kerkelijke regels en in het bijzonder de gedragscode waarop de familie een beroep doet primair interne werking hebben, in de zin dat die primair gericht zijn op de verhouding tussen bijvoorbeeld een pastoor en de kerk. Ook impliceert schending van de regels van het kerkelijk recht of de gedragscode door een pastoor niet dat deze maatschappelijk onbetamelijk handelt als bedoeld in artikel 6:162 BW.”³³

Ad (iii) In 13 zaken oordeelde de rechter noch in overeenstemming met, noch contrair aan de private regelgeving. Dit komt veelal omdat de private regelgeving weliswaar voorhanden was, maar eenvoudigweg niet van toepassing was op het in het geding zijnde feitencomplex. Een exemplarisch voorbeeld van een zaak waarbij dit gold is de zaak waarbij het slachtoffer van een verkeersongeval de aansprakelijkheid van een vermeend laedens afleidde uit een handeling in strijd met de File Gedragscode. De rechtbank oordeelde echter dat de File Gedragscode slechts van toepassing is op verkeer dat zich op de snelweg bevindt en niet – zoals in casu het geval was – op een N-weg.³⁴ Voornoemde zaken bleken uiteindelijk niet direct bruikbaar voor dit onderzoek. De onbruikbaarheid kwam pas aan het licht na onderwerping aan de beoordelingscriteria en hebben daarom toch een plek in de onderzoeksresultaten gekregen.

3.2 Motivering

(i) In 49 van de 68 zaken (72%) waarin de rechter conform de private regelgeving oordeelt, motiveert de rechter niet of en waarom hij die norm gezag toekent. In 8 van de 68 zaken (12%) waarin hij het gezag van de norm wel motiveert, overweegt hij dat de private regelgeving van toepassing is omdat: (a) toepasselijkheid door partijen niet betwist wordt; (b) in 5 van de 68 zaken (7%) motiveert hij het gebruik van de private regelgeving op grond van eerder gebruik door de civiele rechter; (c) in 5 van de 68 (7%) zaken overweegt de rechter dat de private norm in kwestie een breed gedragen norm is; (d) in 4 van de 68 (6%) zaken oordeelt de rechter

dat de private norm van toepassing is wegens zelfbinding; (e) in 2 van de 68 zaken (3%) oordeelt de rechter dat de private regelgeving van toepassing is wegens het gezag van de norm. (ii) In 8 van de 8 zaken (100%) waarbij het oordeel niet in overeenstemming is met de private norm, motiveert de rechter wél waarom hij van de private norm afwijkt.

Toelichting

Ad (i) Het opvallendste resultaat met betrekking tot de motivering van het rechterlijk oordeel waarbij de rechter zijn oordeel in overeenstemming brengt met de private norm is dat hij in de meerderheid van de gevallen (49 van de 67, oftewel 73%) zijn oordeel niet motiveert. Als de rechter zijn oordeel wél motiveert, is die motivering over het algemeen summier. Een uitzondering op deze summiere motivering van de rechter is te vinden in een zaak waarbij de rechtbank de “Code Rendement en Risico. Gedragscode betreffende de voorlichting over het rendement en risico van beleggingsverzekeringen en levensverzekeringen met winstdeling” van toepassing verklaart bij de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidnorm. De rechter hecht in casu met name belang aan het feit dat de private regelgeving is opgesteld door het Verbond van Verzekeraars in samenwerking met de Consumentenbond: vertegenwoordigers van zowel de uiteindelijke gelaedeerden als vertegenwoordigers van de uiteindelijke aansprakelijke verzekeraars.³⁵

Ad (ii) In het verlengde van de constatering dat de rechter overwegend niet motiveert waarom zijn oordeel in overeenstemming is met een private norm is het opvallend dat hij dit wél doet wanneer hij van een dergelijke norm afwijkt. In de vorige paragraaf constateerde ik dat het rechterlijk oordeel in de grote meerderheid der gevallen overeenstemt met de private norm. Overeenstemming met de private norm lijkt dan ook de ‘regel’ te zijn en afwijking daarvan ‘de uitzondering op de regel’. In dat kader is de bevinding dat de rechter toepassing van de ‘hoofdregel’ (toepassing van de private norm) niet motiveert, maar de uitzondering daarop (afwijking van de private norm) wel motiveert, goed te begrijpen.

3.3 Het aan de private norm toegekende gewicht

Onderzoeksresultaten

(i) In 40 van de 68 uitspraken (59%) had de private norm doorslaggevende betekenis bij de totstandkoming van het rechterlijk oordeel. In 15 van de 68 zaken (22%) kwam de private regelgeving materiële betekenis toe. In 5 van de 68 zaken (7%) kwam de private norm geen betekenis toe en in 8 van de 68 (12%) zaken is niet vast te stellen wat voor rol de private regelgeving had.

Toelichting

Ad (i) Een opvallende uitkomst van het onderzoek is dat de rechter in overwegende mate (40 van de 68 zaken of bijna 59%) doorslaggevende betekenis toekent aan de inhoud van private regelgeving bij beoordeling van de vraag

31 Gerechtshof Arnhem, 11 september 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB8620 (Praktijkregels voor Curatoren), r.o. 4.2.

32 Gedragscode Pastoraat 2018, art. 1.6. Te raadplegen via: <https://www.rkkerk.nl/wp-content/uploads/2018/04/Gedragscode-Pastoraat-2018.pdf>.

33 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2650 (Gedragscode Pastoraat), r.o. 6.18.

34 Rechtbank Den Haag, 12 december 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:16332.

35 Rechtbank Den Haag, 28 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7072, r.o. 2.81.

of onrechtmatig gehandeld is. Dit derde resultaat van het onderzoek ondersteunt de stelling dat feitenrechters geneigd zijn private regelgeving toe te passen: zij kennen immers zelfs doorslaggevende betekenis toe aan dergelijke regulering. Opvallend is dat ook in de gevallen waarin de rechter een groot gewicht toekent aan de private norm, hij in de meerderheid van de gevallen niet motiveert waarom hij aan die norm zelfstandige betekenis toekent. Een voorbeeld van een zaak waarbij de rechter doorslaggevende betekenis aan de private norm toekent is die waarin een notaris conform het “Protocol Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van Notariële Dienstverlening” handelt en hierdoor rechtmatig handelt jegens een ontferde eiser. De rechter beslist dat:

“(…) kan worden aangenomen dat het weergeeft wat voor de notaris in april 2006 ook als zorgvuldige werkwijze gold (…). Op grond van al het voorgaande dient te worden vastgesteld dat de notaris haar zorgplicht niet heeft geschonden en geen beroepsfout heeft gemaakt.”³⁶

Een ander voorbeeld betreft een zaak waarbij Vopak (een tankterminal operator gespecialiseerd in de opslag van chemicaliën) zich niet aan de voor haar geldende private norm hield en hierdoor de opslagtank van een containerschip opblies. Vopak handelde onrechtmatig wegens schending van de private norm. De rechter oordeelde dat:

“Het voorgaande betekent dat het terugblazen van lading in de (nagenoeg) volle scheepstank met stikstof, zonder daartoe – in strijd met internationale veiligheidsnormen en in strijd met Vopaks eigen protocollen (…) is in deze specifieke situatie aan te merken als een onrechtmatige daad die naar verkeersopvattingen geheel aan Vopak is toe te rekenen.”³⁷

4. Implicaties voor het debat over de invloed van private normen op de maatschappelijke betamelijkheid

4.1 Een rechterlijk oordeel in overeenstemming met de private norm

In de grote meerderheid van de gevallen oordeelt de rechter in overeenstemming met de private norm.³⁸ Het is belangrijk om op te merken dat voornoemd onderzoeksresultaat weliswaar de rechtspraktijk beschrijft, maar dat dit onderzoeksresultaat niet noodzakelijk een verplichting tot het volgen van een private norm *an sich* inhoudt of inhoudt dat wat in de rechtspraktijk plaatsvindt ook datgene is wat het juiste is. Het onderzoek is niet uitgevoerd om antwoord te geven op de dogmatische en normatieve vraag wat nu de rol van private regelgeving zou moeten zijn bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid (laat staan andere

privaatrechtelijke open normen). Overigens is wat in de rechtspraktijk gebeurt wel een argument voor een grotere rol van betekenis voor private regelgeving in het debat over de toepassing van private normen bij invulling van de onrechtmatige daad. Immers, bepleiting van een terughoudendere toepassing van private regelgeving zou impliceren dat feitenrechters in de grote meerderheid der gevallen op onjuiste wijze met private normen omspringen. Een rolomschrijving van private regelgeving als “in beginsel slechts een aanwijzing voor de rechter”,³⁹ of dat “de stap van praktijkregel of gedragscode naar onrechtmatigheid slechts gemakkelijker gezet wordt in atypische gevallen”⁴⁰, is in het licht van mijn onderzoek een te summiere rol, die niet in overeenstemming is met de huidige rechtspraktijk.⁴¹ De toepassing van private regelgeving door feitenrechters wijst in de richting van een ruimere rol voor private regelgeving bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid.

Wat nader ter adstructie van die conclusie nog het volgende. Men zou kunnen stellen dat de private norm slechts *weergeeft* wat de maatschappelijke betamelijkheid inhoudt, en die norm niet *bepaalt*. Er kan dus een kritische noot geplaatst worden bij de vraag of er wel een oorzakelijk verband bestaat tussen de private norm en de inhoud van de maatschappelijke betamelijkheid in het concrete geval, of dat het slechts om correlatie tussen die twee gaat. Een dergelijk causaliteitsprobleem kent twee mogelijke oorzaken. De eerste oorzaak bevindt zich in de opvatting dat wat de maatschappelijke betamelijkheid in het concrete geval meebrengt, altijd al gegeven was. Mij lijkt dat echter een weinig behulpzame voorstelling van zaken. Natuurlijk is te verdedigen dat in abstracto altijd al gegeven was wat de maatschappelijke betamelijkheid in een gegeven situatie meebrengt. We hoefden die norm alleen nog maar te ‘vinden’. Waar het echter om gaat, is te ontdekken aan welke argumenten de rechter bij zijn zoektocht betekenis toekent of zou moeten toekennen. Als die rechter, bijvoorbeeld op basis van een bepaald technisch protocol, oordeelt dat de laedens bepaalde handelingen in acht had moeten nemen, dan kan men zeggen dat die verplichting ook zonder het protocol had bestaan.⁴² Maar daarmee ontnemt men feitelijk de betekenis aan iedere argumentatie; wat de rechter overweegt doet er niet toe, want de norm stond toch al in de sterren geschreven. Mij lijkt een betekenisvoller benadering aan te nemen dat als de rechter in zijn motivering te kennen geeft dat hij aan dat protocol betekenis heeft toegekend, hij dat ook werkelijk heeft gedaan in die zin dat het protocol van invloed is geweest op de door hem geformuleerde maatschappelijke betamelijkheidsnorm. Anders had de rechter de verwijzing naar die private norm net zo goed kunnen weglaten.

36 Rechtbank Noord-Holland, 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8120, r.o. 4.12 (Stappenplan wilsbekwaamheid).

37 Gerechtshof 's-Gravenhage, 1 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:600, r.o. 31 (Opgeblazen scheepstank).

38 Zie par. 3.1

39 Giesen 2007, p. 117-118; Valk 2018, sub 2.12.

40 Valk 2018, nr. 2.10.

41 Zie in gelijke zin: J.L. Smeehuijzen, annotatie bij HR 13 juli 2018, *NJ 2020/7 (Meetinstructie)*, nr. 22.

42 Zoals bijvoorbeeld in de zaak waar Vopak zich niet aan de voor haar geldende private norm hield en de opslagtank van een containerschip opblies. Gerechtshof 's-Gravenhage, 1 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:600, (Opgeblazen scheepstank).

Een tweede oorzaak voor het causaliteitsprobleem ligt in de mogelijkheid dat een norm, elders neergelegd dan in de private norm in kwestie, de maatschappelijke betamelijkheid reeds gevormd heeft. In dat geval is de maatschappelijke betamelijkheid van het concrete geval reeds geformuleerd *voordat* de private norm ontstond. De private norm geeft dan slechts weer wat al rechtens was. Van invloed van de private norm op de vorming van de maatschappelijke betamelijkheid kan in dat geval geen sprake zijn. Het lijkt mij echter onwaarschijnlijk dat voornoemde situatie zich in dit onderzoek heeft voorgedaan. Is het immers niet aannemelijk dat een rechter die op de hoogte is van een reeds bestaande maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, deze bestaande norm betreft en benoemt in zijn oordeel? Met deze aanname in het achterhoofd zouden dergelijke zaken voor dit onderzoek in de categorie “aan de private regelgeving wordt geen gewicht toegekend [bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid]” geplaatst worden.⁴³ Het gevolg van plaatsing in deze categorie is dat invloed van (de inhoud van de) private norm op de inhoud van de maatschappelijke zorgvuldigheid, van meet af aan al niet werd aangenomen.

4.2 *Waarom past een rechter private regelgeving toe?*

Dit onderzoek blijkt ons weinig te leren over de vraag *waarom* een rechter private regelgeving toepast. Ten eerste omdat de rechter de toepassing van de private norm in meerderheid van de gevallen niet motiveert, en ten tweede voor zover hij dat wel doet, is die motivering tamelijk summier.⁴⁴

Dit punt vergt nadere exploratie. Bezien vanuit de klassieke opvatting over de werking van de trias politica moet een regel om democratische legitimiteit te verkrijgen, afkomstig zijn van de wetgever of worden gevormd door de rechter. Tegenover deze klassieke opvatting staan ruimere opvattingen over de vraag waar democratische legitimiteit aan ontleend kan worden.⁴⁵ Private regelgeving is niet afkomstig van de wetgever en het zou private regelgeving – vanuit het klassieke trias denken bezien – daarom ontbreken aan democratische legitimiteit. Toch blijken rechters die private regelgeving in de grote meerderheid van de gevallen te volgen. Op welke basis doen zij dat dan?

Bij lezing van de feitenrechtspraak dringt zich met name een praktische verklaring op. Rechters worden ten aanzien van een enorme verscheidenheid aan onderwerpen en thema's in staat geacht te beoordelen wat ‘de maatschappelijke betamelijkheid’ inhoudt. Het gaat van bancaire zorgplichten⁴⁶ tot een ‘ontplofende’ olietanker⁴⁷ en alles

wat daar tussenin ligt. Men kan redelijkerwijs niet van een rechter vragen dat hij op al die verschillende terreinen dezelfde kennis en expertise heeft als de actoren die opereren in het desbetreffende maatschappelijk veld. De rechter kan in feite niet anders dan zich verlaten op de normen die hem vanuit die domeinen wordt aangereikt. Wie is de rechter om het beter te weten dan de deskundigen uit het betreffende domein die de norm hebben opgesteld, als de rechter zelf van dat domein geen verstand heeft? Daar komt bij dat partijen over de private norm als zodanig meestal niet debatteren, zodat de rechter niet tot een actieve beoordeling van de geldigheid van de private norm wordt aangezet.

Mijn hypothese zou zijn, op basis van de rechtspraak die in dit onderzoek centraal staat, dat een rechter de private norm onder de volgende omstandigheden toepast: (i) de private norm is de meest concrete norm die hij tot zijn beschikking heeft en daarmee voor hem het meest ‘bruikbaar’; (ii) het gaat om een kwestie voor de beoordeling waarvan bijzondere kennis of expertise van enig maatschappelijk domein vereist is; en (iii) over de private norm als zodanig wordt door partijen niet gedebatteerd.

Maar dat is slechts een hypothese – een hypothese die empirisch valt te onderzoeken door middel van bijvoorbeeld *expert meetings*, een interview met rechters of bijvoorbeeld een enquête onder rechters of opstellers van private regulering. De bevindingen uit dat onderzoek kunnen tot inspiratie dienen bij nadere gedachtevorming over theoretische grondslagen voor de toepassing van private regelgeving.

4.3 *Een parallel met de rol van tuchtrechtspraak in de civiele procedure*

Los van de vraag naar de grondslagen van binding, dringt zich bij lezing van de hier bestudeerde uitspraken de parallel op met de behandeling van tuchtrechtspraak door de burgerlijk rechter. In de literatuur is reeds meermaals een vergelijking gemaakt tussen de van private regelgeving afwijkende uitspraak en de verzwaarde motiveringsplicht die geldt voor de civiele rechter bij een van een tuchtrechtelijk oordeel afwijkende uitspraak.⁴⁸ Uit de jurisprudentie omtrent de invloed van een tuchtrechtelijke uitspraak op een civiele procedure blijkt dat wanneer een rechter afwijkend oordeelt van een tuchtrechtelijke beslissing, de rechter zijn oordeel “zodanig dient te motiveren dat dit, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is”.⁴⁹ Een dergelijke motiveringsplicht geldt formeel niet voor de rechter die afwijkt van een private norm.⁵⁰ Dit onderzoek laat echter zien dat feitenrechters wel naar die norm handelen. Immers, in alle 8 zaken (100% van de gevallen) waarin de rechter afwijkt van de private norm, motiveert hij waarom hij afwijkt van de desbetreffende norm.⁵¹

43 Zie par. 3.3.

44 Zie par. 3.2.

45 Er zijn verschillende opvattingen over democratische legitimiteit. Ik benoem in dit artikel de klassieke opvatting over de trias politica omdat die opvatting de problematiek die speelt met betrekking tot de toepassing van private normen het duidelijkst naar voren brengt. Zie voor een ruimere opvatting bijvoorbeeld: Akkermans 2011.

46 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5106 (*Gedragcode hypothecaire financieringen*).

47 Gerechtshof 's-Gravenhage, 1 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:600 (*Opgeblazen scheepstank*).

48 Zie bijvoorbeeld: K.J.O. Jansen, ‘Verkeersopvattingen en private regelgeving’, *NTBR* 2020,5, afl.2, p. 39; Smeehuizen 2020, nr. 20.

49 Hoge Raad, 12 juli 2002, *NJ* 2003/151, m.nt. F.C.B. van Wijmen (*Van der Woude/Beatrixoord*), r.o. 3.6.3; Hoge Raad 22 september 2017, *RvdW* 2017/1011, 3.3.2.

50 Zie: Jansen 2020, p. 39; Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2019:1037, bij HR 31-01-2020, ECLI:NL:HR:2020:143 (*Gedragcode Pastoraat*), sub 2.5.

51 Zie par. 3.1.

5. Conclusie

De vraag die in dit artikel centraal staat luidt: “hoe gebruiken feitenrechters private regelgeving bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm uit art. 6:162 lid 2 BW?”.

(i) Uit dit onderzoek blijkt dat een rechterlijke beslissing in 95% van de gevallen in overeenstemming is met de voorhanden zijnde private norm. Tot dit percentage komt men wanneer de uitspraken waarin de rechter in overeenstemming met de private norm oordeelt (68 zaken) afgezet worden tegen de uitspraken waarbij de verwerping van de private norm berust op materiële aspecten van de norm zelf (3 zaken).

(ii) In de grote meerderheid van de gevallen motiveert de rechter niet waarom hij een private norm toepast (72%). Voor zover hij het gebruik wel motiveert, is die motivering summier. In de gevallen waarin hij afwijkt van een voorhanden zijnde private norm motiveert hij daarentegen in alle gevallen wél waarom hij van die norm *afwijkt* (100%). Dit lijkt te duiden op een door rechters ervaren motiveringsplicht en lijkt op de verzwaarde motiveringsplicht die geldt voor rechters die afwijken van een tuchtrechtelijke beslissing.

(iii) In 59% van de zaken kent de rechter doorslaggevende betekenis toe aan de private norm. Dat wil zeggen dat het rechterlijk oordeel louter gebaseerd is op de private norm of dat de rechter tot zijn oordeel kwam door meer gewicht toe aan de norm toe te kennen dan aan de andere omstandigheden.

Het onderzoek lijkt erop te duiden dat de private norm in de feitenrechtspraak bijzonder invloedrijk is. Alleen in bijzondere gevallen oordeelt de rechter “in strijd met” de private norm. Waar hij van die norm afwijkt, lijkt hij zich gehouden te achten daarvan in zijn motivering verantwoording af te leggen. De motiveringen in de zaken waarin dat gebeurt doen denken aan de verzwaarde motiveringsplicht die geldt voor rechters die afwijken van een tuchtrechtelijke beslissing.

Er is vervolgonderzoek nodig naar de theoretische vragen van binding aan private normen. In de literatuur wordt nog maar weinig duidelijk hierover. Mede doordat feitenrechters niet of nauwelijks motiveren waarom zij een private norm bij hun oordeelsvorming tot uitgangspunt nemen, leert het onderhavige onderzoek hier weinig over.