

Hoe oordeelt de feitenrechter betamelijkheid in de zin van Een jurisprudentieonderzoek

Prof. mr. J.L. Smeehuijzen *

125



* Hoogleraar privaatrecht Vrije Universiteit.

1. Inleiding

Of een gedraging al dan niet in strijd is met ‘de maatschappelijke betamelijkheid’ van art. 6:162 lid 2, is de centrale vraag van het aansprakelijkheidsrecht. Het is tegelijkertijd een van de meest problematische vragen. Want hoe bepaalt de rechter of is gehandeld in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid? Het begrip is in de wet niet gedefinieerd. Dat kan ook niet, want de inhoud is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het is onmogelijk al die omstandigheden in een werkbare definitie te vangen. Maar hoe verloopt dan de rechterlijke oordeelsvorming op dit punt? Het is nog niet zo eenvoudig literatuur te vinden die dit inzichtelijk maakt. Er bestaan veel tamelijk beschouwende stukken, en die helpen ons verder in de gedachtevorming. Maar om werkelijk vat op de materie te krijgen, moet men ook een niveau concreter kijken. Om echt te leren begrijpen hoe het gaat, moet men zich begeven in de werkplaats van het onrechtmatige daadsrecht; in de feitenrechtspraak. Want de vraag of een handeling in strijd is met de maatschappelijke betamelijkheid, is bij uitstek een feitelijke vraag.¹⁾

1. Althans wat betreft de weging van de feiten door de rechter. Of hij de juiste maatstaf aanlegt is wel een rechtsvraag.

over strijd met de maatschappelijke art. 6:162 lid 2 BW?

Wat het inzicht dus kan verdiepen, is een bestudering van de oordeelsvorming door de feitenrechter. Dat is wat dit artikel beoogt. Het is gebaseerd op rechtspraak die de afgelopen 10 jaar in het tijdschrift Jurisprudentie Aansprakelijkheidsrecht is gepubliceerd. Getracht is herhaald door rechters bewandelde motiveringspaden te benoemen en met voorbeelden te illustreren.²⁾

In grote lijnen is het beeld als volgt. Rechters lijken voortdurend op zoek naar mogelijkheden om hun oordeel over maatschappelijke betamelijkheid te 'objectiveren'. Dat bevreemdt niet, want de maatschappelijke betamelijkheid is naar zijn aard een objectief criterium – het gaat er niet om wat de individuele rechter vindt, het gaat er om wat maatschappelijk onbetamelijk is. De rechter zoekt de toepasselijke norm daarom bij voorkeur in een buiten hem zelf gelegen bron. Als die externe bron er niet is, of als die maar beperkt richting geeft, dan komt het aan op zijn eigen, onvermijdelijk subjectieve oordeel. Dat moment stelt de rechter het liefst zo lang mogelijk uit.

De in de bestudeerde feitenrechtspraak veel voorkomende bronnen zijn (i) rechtspraak van de Hoge Raad, (ii) wetgeving, (iii) vormen van 'maatschappelijke normvorming' en (iv) tuchtrechtspraak. Voorts (v) spelen in de rechterlijke oordeelsvorming deskundigen een heel belangrijke rol. Die categorieën worden hierna achtereenvolgens besproken, waarna tot slot kort op hun onderlinge verhouding wordt ingegaan.

2. Bron 1: Rechtspraak van de Hoge Raad

De traditioneel sterkst benadrukte bron voor invulling van de maatschappelijke betamelijkheid is de rechtspraak van de Hoge Raad. Bij wijze van introductie is over die rechtspraak het volgende te zeggen.

De onrechtmatige daad is te beschouwen als een 'maatschappelijke botsing' tussen partijen. Dat kan zich voordoen in letterlijke zin, bijvoorbeeld in het verkeer, maar het is meestal een botsing in overdrachtelijke zin. De gedraging van de een veroorzaakt schade aan de ander, en de vraag is of de veroorzaker die schade moet betalen.

Nu is het zo dat bepaalde type botsingen zich in het maatschappelijk verkeer met enige regelmaat voordoen. Wat dan gebeurt, is dat een van

die zaken het op enig moment tot de Hoge Raad brengt en de Hoge Raad een aantal gezichtspunten formuleert die de feitenrechter bij zijn beoordeling in ogenschouw moet nemen. Zo weet ook de rechter in toekomstige vergelijkbare gevallen wat de norm is. Dat heet, zo weten wij allen, precedentwerking.

Het bekendste voorbeeld van precedentwerking bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm is 'gevaarzetting'. Dat de ene partij schade lijdt doordat een andere partij een gevaarlijke situatie in het leven roept, is een probleem zo oud als de mensheid. De Hoge Raad heeft zich in het verleden over dit probleem gebogen en in het beroemde kelderluik-arrest³⁾ vier gezichtspunten geformuleerd die de rechter in ogenschouw moet nemen om te beoordelen of de gevaarzetters onrechtmatig heeft gehandeld – de 'kelderluikcriteria'. In de loop der jaren heeft zich het probleem van gevaarzetting bovendien in verschillende varianten voorgedaan, en voor die varianten heeft de Hoge Raad ook weer beoordelingskaders gegeven (sport- en spelsituaties, aansprakelijkheid van de terreinbeheerder; aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen; zuiver nalaten⁴⁾).

Nu is als gezegd 'gevaarzetting' het bekendste gevalstype waarvoor de Hoge Raad gezichtspunten heeft ontwikkeld. Die bekendheid geeft soms aanleiding tot het misverstand dat de kelderluikcriteria een soort algemene invulling geven aan de maatschappelijke betamelijkheidsnorm. Dat is niet zo. Er zijn veel meer typen maatschappelijke botsingen die zich herhaald voordoen en waarvoor de Hoge Raad gezichtspunten heeft ontwikkeld. Een andere is 'hinder'. Ook voor beantwoording van de vraag of het veroorzaken van hinder in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid is, heeft de Hoge Raad een eigen beoordelingskader gegeven. Hetzelfde geldt voor, bijvoorbeeld: beroepsfouten, bestuurdersaansprakelijkheid, onrechtmatige beslaglegging, onrechtmatige publicaties, onrechtmatige overheidsdaad, profiteren van wanprestatie, 'derdenwerking' van contracten.⁵⁾ Dit is geen uitputtende opsomming.



Maatschappelijke betamelijkheid is naar zijn aard een objectief criterium.



2. Zie in meer beschouwende zin over de inhoud van zorgvuldigheidsnormen en over de rechterlijke werkzaamheid bij het formuleren daarvan Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/74.
3. HR 5 november 1965, NJ 1966/136.
4. Verwezen zij wat betreft de arresten over deze gevalstypen naar de handboeken en de commentaren op art. 6:162 BW.
5. Verwezen zij wat vindplaatsen betreft opnieuw naar de handboeken en de commentaren.



Richtinggevend vermogen van Hoge Raad-rechtspraak.



Wat een rechter zich dus steeds zal afvragen, is of het geval waarmee hij wordt geconfronteerd, een type geval is waarover de Hoge Raad zich heeft uitgelaten.

Dat resulteert dan in overwegingen als de volgende. *“Of hinder jegens derden onrechtmatig is, hangt af van de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend en de mogelijkheid en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te treffen (vgl. o.m. HR 15 februari 1991, NJ 1992/639, HR 3 mei 1991, NJ 1991/476 en HR 21 oktober 2005, NJ 2006/418).”⁶⁾*

Dit soort overwegingen treft men in de JA van de afgelopen 10 jaar met grote regelmaat. Zij laten zien dat Hoge Raad-rechtspraak in belangrijke mate richting geeft aan de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid door feitenrechters.

Bedacht zij evenwel, en dat is een wezenlijk punt, dat aan het richtinggevend vermogen van Hoge Raad-rechtspraak bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid in een concrete casus ook heel belangrijke beperkingen zitten. Ik noem er twee.

Ten eerste. De Hoge Raad geeft weliswaar gezichtspunten, maar die gezichtspunten zijn op zichzelf ook nog zo ruim en open, dat zij bepaald niet tot enig oordeel *dwingen*. Natuurlijk, de kelderluik-criteria zijn een concretisering ten opzichte van de algemene maatschappelijke betamelijkheid, maar zij geven de rechter niet meer dan een algemene aanwijzing. De afweging van die omstandigheden moet door de feitenrechter zelf worden verricht. Het echt lastige element van zijn beslissing, de weging van de omstandigheden, wordt hem niet uit handen genomen.

Denk ook, bijvoorbeeld, aan de norm voor de beroepsbeoefenaar: die moet volgens de Hoge Raad⁷⁾ handelen zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot verlangd kan worden. Dat is een concretere norm dan de maatschappelijke betamelijkheid. Maar echt concreet is ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’ bepaald nog niet.

Dan de tweede beperking. Wij zagen dat bepaalde typen maatschappelijke botsingen zich vaak voordoen, zodat over die typen normvorming door de Hoge Raad kan plaatsvinden. Maar er zijn ook talloze ‘unieke maatschappelijke botsingen’; situaties die zich niet eerder hebben voorgedaan en waarover de Hoge Raad zich dus ook nooit eerder heeft kunnen uitlaten. Een aantal voorbeelden.

- Een man schakelt de politie in bij het zoeken naar de plaats waar zijn door mishandeling om het leven gekomen dochter begraven is, maar de politie handelt niet erg adequaat⁸⁾: *“Wel heeft de politie onrechtmatig gehandeld door de twijfels*

van A omtrent de juistheid van de aangewezen vindplaats niet serieus te nemen en hierop geen actie te ondernemen.”

- Een patiënt klaagt voortdurend en bij allerlei instanties over zijn zorgverlener⁹⁾: *“(…) slechts in een uitzonderlijk geval [kan] het indienen van een klacht tot een schadevergoedingsplicht leiden, bijvoorbeeld indien een valse klacht wordt ingediend of een klacht wordt ingediend met het (enig) doel de reputatie van degene tegen wie de klacht zich richt, te beschadigen.”*
- Een woonark kan niet meer bij de werf komen voor onderhoud wegens het door handelen van het Hoogheemraadschap buiten gebruik raken van een sluis¹⁰⁾: *“Het hof oordeelt dat, gelet op de door het Hoogheemraadschap verschaft informatie en het achterwege laten van een adequate waarschuwing, het Hoogheemraadschap wel onrechtmatig handelt door, nu de woonark dringend aan onderhoud toe is, iedere hulp te weigeren.”*

Dit zijn allemaal voorbeelden van nog niet eerder door de Hoge Raad beoordeelde typen maatschappelijke botsingen. De variëteit aan dit soort ‘unieke’ maatschappelijke botsingen is oneindig. In de eerste plaats doordat het maatschappelijk leven oneindig veelvormig is, maar ook doordat zich in een veranderende samenleving steeds nieuwe, niet eerder beoordeelde gevalstypen zullen voordoen. Denk alleen al aan onrechtmatig gedrag op internet.

3. Bron 2: wettelijke bepalingen door ‘samenwerking’ en ‘reflexwerking’

Ook wettelijke bepalingen blijken prominent te figureren bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid door de feitenrechter. Op het eerste gezicht zou men zich daarover kunnen verbazen: strijd met de wet is immers een aparte onrechtmatigheidscategorie (de onrechtmatigheidscategorieën van art. 6:162 lid 2 zijn: inbreuk op een recht, strijd met de wet en strijd met de maatschappelijke betamelijkheid). Men zou in de jurisprudentie overwegingen over wettelijke bepalingen dus verwachten onder de categorie ‘strijd met de wet’ en niet onder de categorie ‘strijd met de maatschappelijke betamelijkheid’. Hoe kan het dan dat wettelijk bepalingen een wezenlijke rol spelen bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid? Dat is vanwege mechanismen die men “samenwerking” en “reflexwerking” van wettelijk bepalingen zou kunnen noemen. Hierna volgt van beide categorieën uitleg.

“Samenwerking” van wettelijke bepalingen en andere omstandigheden van het geval

Het kan zich voordoen dat de vraag of een wettelijke bepaling is geschonden voor de beoordeling van de onrechtmatigheid weliswaar van belang is, maar niet op zichzelf doorslaggevend.

6. JA 2013/164, ECLI:NL:GHSHE:2013:4067.

7. HR 9 november 1990, NJ 1991/26 ECLI:NL:HR:1990:AC1103 (Speeckaert/Gradener).

8. Rechtbank Rotterdam, 24 november 2010, JA 2011/17, LJN B07164.

9. Rechtbank Utrecht 30 december 2009, JA 2010/21, LJN BK8014

10. Gerechtshof 's-Gravenhage 15 december 2009, JA 2010/42, LJN BK9805.

De vraag of die schending heeft plaatsgevonden, wordt dan door de feitenrechter wel in ogenschouw genomen bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid, maar hij betreft daarbij ook nog andere omstandigheden. Soms is daarbij het oordeel over schending van de wet heel dominant, soms niet. Hieronder volgen drie voorbeelden: in het eerste voorbeeld is schending van de wet bijna zelfstandig beslissend, in het laatste speelt de wet een marginale rol. De tweede zit er tussenin.

Het eerste voorbeeld¹¹. De Raad voor Rechtsbijstand eist (steekproefsgewijs) dat advocaten hun cliëntdossiers in kopie aan de Raad verstrekken. De Raad voor Rechtsbijstand beoogt daarmee de kwaliteit van de door de advocaten geleverde gefinancierde rechtsbijstand te beoordelen. De advocaten willen die dossiers niet geven, omdat dit naar hun oordeel strijdt met hun geheimhoudingsplicht. De eis van de Raad voor Rechtsbijstand is daarom onrechtmatig, zo stellen zij. De geheimhoudingsplicht van advocaten is onder andere neergelegd in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Het Hof geeft de advocaten gelijk. Het Hof overweegt: *“Met artikel 9 lid 4 Wbp wordt voorgeschreven deze afgifte, (...), achterwege te laten voor zover daardoor een geheimhoudingsplicht wordt geschonden. Een dergelijke schending is in dit geval aan de orde (...).”*

Wij zien hier dat de onrechtmatigheid niet direct gebaseerd kan worden op de wet, omdat op zichzelf de gedraging van de Raad voor Rechtsbijstand – het verlangen van afgifte van die dossiers – nog niet in strijd is met de Wet bescherming persoonsgegevens. De geheimhoudingsplicht rust op de advocaten, niet op de Raad voor Rechtsbijstand. Maar door van advocaten afgifte te verlangen, dwingt de Raad de advocaten hun geheimhoudingsplicht te schenden en daarmee in strijd met de wet te handelen. En advocaten dwingen in strijd met de wet te handelen, dat is in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid.

Het oordeel van het Hof over schending van de wet (van de Wbp) is hier voor het onrechtmatigheidsoordeel in feite beslissend: als afgifte van de dossiers in strijd is met de Wbp, dan is de eis aan advocaten die dossiers af te geven onrechtmatig. We zien ook dat 90% van de overwegingen van het Hof gaat over uitleg van de wet. Andere omstandigheden spelen nauwelijks een rol.

Het tweede voorbeeld¹². De bestuurder van een BV laat die BV bemiddelen bij beleggingen. Dat bemiddelen is echter, op grond van de Wet toezicht effectenverkeer (Wte), verboden bij gebreke van een vergunning. De BV heeft die vergunning niet. De Rechtbank overweegt: *“Door de bedrijfsactiviteiten aldus uit te breiden en daarmee in strijd te handelen met de Nederlandse wetgeving, heeft [de bestuurder] dusdanig onzorgvuldig gehandeld dat dit hem persoonlijk als een onrechtmatige daad te verwijten is.”* De bestuurder handelt zelf niet in strijd met de

Wte, omdat niet hij zelf, maar de BV zonder vergunning bemiddelt bij beleggingen. Maar dat de bestuurder feitelijk de BV in strijd met de wet laat handelen, is wel in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid.

Hier is de constatering dat de vennootschap in strijd heeft gehandeld met de wet voor de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid essentieel. Als de BV niet in strijd met de wet had gehandeld, zou de bestuurder nooit aansprakelijk zijn. Die aansprakelijkheid is immers gebaseerd op het feit dat hij de BV in strijd met de wet laat handelen. Maar: dat de BV in strijd met de wet handelt, is op zichzelf nog niet doorslaggevend. Wat de rechter zich ook moet afvragen, is welke bijdrage de bestuurder aan dat handelen heeft geleverd. Het is goed denkbaar dat de bestuurder voor het in strijd met de wet handelen van de BV niet aansprakelijk is, eenvoudig omdat hem als bestuurder voor dat handelen van de BV een onvoldoende zwaar verwijt kan worden gemaakt. Pas nadat de rechtbank constateert dat de bestuurder dat met de wet strijdige handelen min of meer of zelf heeft geïnitieerd en georkestreerd, oordeelt zij dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is. Naast de omstandigheid dat de BV in strijd met de wet heeft gehandeld, is dus voor invulling van de maatschappelijke betamelijkheid een onderzoek naar de rol van de bestuurder onmisbaar.¹³

Het derde voorbeeld¹⁴ – een geval waarin de wet bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid een rol speelt, maar een marginale. Tijdens het vrijzwemmen in een zwembad is iemand verdronken. De nabestaanden stellen dat het zwembad is tekortgeschoten in zijn toezichtverplichting. Onder andere zou er een verplichting bestaan het zwembad van sensoren en een hoge stoel te voorzien. De rechtbank vindt in de omstandigheden van het geval geen aanleiding een dergelijke verplichting aan te nemen. En: *“Evenmin is in de Whvbz en het daarop gebaseerde Bhvbz een dergelijke verplichting opgenomen”*. Hier wordt door de rechter bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid wel aan de wet gerefereerd, maar heeft die referentie eerder de functie van een bevestiging van wat de rechter zelf op grond van de omstandigheden ook al vond, dan dat de wet voor dat oordeel van materiële betekenis is.¹⁵

“Reflexwerking” van wettelijke bepalingen

Dan de tweede route waarlangs wettelijke bepalingen van invloed kunnen zijn op de inhoud van de maatschappelijke betamelijkheid: de reflexwerking. Wat er bij reflexwerking gebeurt, is dat de rechter bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid inhoudelijke inspiratie put uit een bepaling die strikt genomen niet (of nog niet) van toepassing is.¹⁶ Twee voorbeelden.

Tijdens het schoonmaken van een sluis raakt de bij dat schoonmaken gebruikte boot zwaar beschadigd.¹⁷ De staat wordt in zijn hoedanig-

11. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, JA 2013/156, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0644.
12. Rechtbank Zeeland-West-Brabant 1 mei 2013, JA 2013/125, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ8906.
13. Nadere voorbeelden zijn Rechtbank Dordrecht 3 februari 2010, JA 2010/43, LJN BL2330; Hoge Raad 6 december 2013, JA 2014/23, ECLI:NL:HR:2013:1586; Hoge Raad 3 april 2015, JA 2015/73, ECLI:NL:HR:2015:831; Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 januari 2014, JA 2014/50 C/12/86475/HA ZA 12-297; Rechtbank 's-Gravenhage, 10 april 2013, JA 2013/115, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7901; Kantonrechter Tilburg, 11 april 2012, JA 2012/120, LJN BW3199; Rechtbank Utrecht, 17 augustus 2011, JA 2011/183, LJN BR6197; Rechtbank Dordrecht, 3 februari 2010, JA 2010/43, LJN BL233.
- Men ziet deze figuur – waarbij de vraag naar strijd met de wet essentieel maar niet doorslaggevend is – ook vaak bij beoordeling van overheids-handelen. Het gaat dan in belangrijke mate om de vraag of de overheid een wettelijke bevoegdheid heeft, maar daarnaast speelt ook nog een belangrijke rol de wijze waarop de overheid met die bevoegdheid is omgegaan. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 21 juni 2016, JA 2016/145, ECLI:NL:GHAMS:2016:2389 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 2 augustus 2011, JA 2011/158, LJN BR3933.
14. Rechtbank Utrecht, 6 april 2011, JA 2011/78, LJN BQ0077.
15. Tot op zeker hoogte vergelijkbaar Rechtbank 's-Gravenhage 10 april 2013, JA 2013/115 ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7901: *“Ook heeft benadeelde niet onrechtmatig gehandeld door geen opstalverzekering voor de opbouw af te sluiten, omdat geen wettelijke verplichting tot het afsluiten van een dergelijke verzekering bestaat.”*
16. Het begrip “reflexwerking” is een concept dat met name bekendheid heeft verworven in het kader van de grijze en zwarte lijst bij algemene voorwaarden. Die lijsten gelden strikt genomen alleen in verhoudingen met consumenten, maar aan hun inhoud wordt ook daarbuiten waarde toegekend – met name in verhoudingen die gelijkenis vertonen met verhoudingen waarbij een consument is betrokken (denk bijvoorbeeld aan ‘kleine ondernemers’).
17. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, JA 2015/164, ECLI:NL:GHSHE:2014:1734.

18. Rechtbank Amsterdam, 30 september 2009, JA 2010/36, LJN BK0988.
19. Het Europese recht is in toenemende mate een bron voor reflexwerking. Zo zochten rechtbank en hof bij de invulling van het begrip “in het verkeer” brengen aansluiting bij rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, omdat die rechtspraak het begrip “in het verkeer” definieert. Die rechtspraak heeft evenwel betrekking op de productaansprakelijkheid van art. 6:185 BW en niet op art. 6:162 BW. Toch gebruikte het Hof – terecht, naar de Hoge Raad oordeelde – hem als inspiratiebron bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid (Hoge Raad 13 januari 2017, JA 2017/44, ECLI:NL:HR:2017:32).
20. Een ander voorbeeld van reflexwerking is: Rechtbank Amsterdam, 30 september 2009, JA 2010/36, LJN BK0988.
21. De Hoge Raad heeft zich uitgelaten over de status van medische protocollen in zijn arrest van 1 april 2005, NJ 2006/377 (Protocol-II): “Een protocol voor medische behandeling geeft een richtlijn die in beginsel in acht moet worden genomen, maar waarvan soms kan en in bepaalde gevallen ook moet worden afgeweken, waarbij als maatstaf heeft te gelden dat aan de patiënt de zorg behoort te worden verleend die in de omstandigheden van het geval van een redelijk bekwaam arts mag worden verlangd. Deze maatstaf brengt enerzijds mee dat een afwijking van het protocol door een arts moet kunnen worden beargumenteerd, maar anderzijds dat het volgen van het protocol niet zonder meer meebrengt dat de arts juist heeft gehandeld.”
22. Hoge Raad, 2 mei 2014, JOR 2014/236, ECLI:NL:HR:2014:1056.
23. Gerechtshof Leeuwarden, 26 juni 2012, JA 2012/150, LJN BW9768.
24. Rechtbank Limburg, 10 september 2014, JOR 2014/319, ECLI:NL:RBLIM:2014:7819.
25. Kantonrechter Zwolle, 18 april 2006, JA 2006/89, LJN AWS290.
26. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2015, JA 2015/54, ECLI:NL:GHARL:2015:719.
27. Rechtbank Midden-Nederland, 10 juni 2015, JA 2015/131, ECLI:NL:RBMNE:2015:3972.
28. Gerechtshof 's-Gravenhage, 1 maart 2016, JA 2016/155, ECLI:NL:GHDHA:2016:600.
29. Rechtbank 's-Gravenhage, 5 oktober 2016, JA 2017/28, ECLI:NL:RBDHA:2016:11931.
30. Rechtbank 's-Gravenhage, 8 december 2016, JA 2017/34, ECLI:NL:RBDHA:2016:15167.
31. Expliciet over de waarde en betekenis van deze Gedragscode: Hoge Raad, 18 april 2014, JA 2014/65, ECLI:NL:HR:2014:942; Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 21 juli 2015, JA 2015/141, ECLI:NL:GHSHE:2015:2770. Zie ook Rechtbank Noord-Nederland, 26 november 2014, JA 2015/119, ECLI:NL:RBNNE:2014:6661 en Rechtbank Limburg, 30 november 2016, JA 2017/29, ECLI:NL:RBLIM:2016:10506.
32. Gerechtshof Amsterdam, 29 maart 2016, JA 2016/185, ECLI:NL:GHAMS:2016:1170.

heid van beheerder van de sluis aangesproken tot schadevergoeding. De vraag is welke norm de rechter bij de beoordeling van het handelen van de Staat moet aanleggen. Het Hof put hier voor uit ‘artikel 7.1 van de Richtlijnen Vaarwegen 2011’. Daar staat in dat de beheerder het ontwerp van de objecten en het bedienproces zo doet uitvoeren dat de kans op ongevallen minimaal is. Die bepaling ziet evenwel alleen op vaarverkeerssituaties en de “sluisschoonmaaksituatie” valt daar niet onder. Het Hof overweegt echter: “*Dat in de onderhavige zaak geen sprake was van een vaarverkeerssituatie laat naar het oordeel van het hof onverlet dat aan bedoelde regelgeving, waaraan inzichten omtrent veiligheid ten grondslag liggen, aanknopingspunten kunnen worden ontleend voor de vaststelling van wat in het onderhavige geval aan zorg van de Staat jegens de bemanning of de eigenaar van de AGW I verwacht mocht worden.*”

We zien de rechter hier een bepaling gebruiken waarvan hij zelf zegt dat die niet van toepassing is – de Richtlijn ziet alleen op vaarverkeerssituaties en daarvan is hier geen sprake. Dat gebruik is toch gerechtvaardigd, omdat de Richtlijn geacht kan worden ook maatschappelijke opvattingen over niet-vaarverkeerssituaties te weerspiegelen.

Iets vergelijkbaars gebeurt in een zaak¹⁸⁾ waar de consument zijn bank (Alex) verwijt hem voor zekere risico's niet te hebben gewaarschuwd: “*De rechtbank oordeelt dat hoewel vóór 1 januari 2007 geen expliciete wettelijke verplichting bestond de consument te waarschuwen (...), zoals thans opgenomen in art. 4:24 Wft, kan worden aangenomen dat uit de op Alex (...) rustende bijzondere zorgplicht voortvloeide dat Alex ook vóór 1 januari 2007 gehouden was A te waarschuwen.*” Opnieuw: een niet direct toepasselijke wettelijke bepaling (in dit geval: een nog niet geldende bepaling) helpt de rechter de maatschappelijke betamelijkheid te concretiseren.^{19) 20)} Tot zover de invloed van wettelijke regels op invulling van de maatschappelijke betamelijkheid.

4. Bron 3: maatschappelijke normvorming

Dan de derde bron. Stelt u zich in de schoenen van de rechter: u vraagt zich af wat in het voorliggende geval de maatschappelijke betamelijkheid inhoudt. U heeft zelf weinig middelen of aanknopingspunten om die maatschappelijke betamelijkheid vast te stellen. Dan blijkt dat door een groep mensen die bij uitstek op dat terrein deskundig is op een constructieve manier is nagedacht over de toepasselijke norm. Denk bijvoorbeeld aan artsen die hebben geformuleerd hoe een medische ingreep moet plaatsvinden of aan wegenbouwers en overheden die samen hebben nagedacht over de eisen die men aan een weg mag stellen. Betreft u deze “maatschappelijke normvorming” (ook wel “veldnormen” genoemd) dan in uw oordeel?

Maatschappelijk normvorming is om twee redenen een aantrekkelijk bron om uit te putten. Ten eerste is de inhoudelijke legitimatie van die norm veelal overtuigend, omdat zij voortkomt uit, en breed wordt gedragen binnen, het domein waar zij moet worden toegepast. Het ‘democratisch gehalte’ is hoog, evenals het ‘deskundigheidsgehalte’, zo kan men zeggen. Ten tweede zijn deze normen veelal tamelijk specialistisch en specifiek, zodat zij de rechter, meestal sterker dan de vrij abstracte Hoge Raad-rechtspraak, duidelijke aanknopingspunten bieden in zijn oordeelsvorming.

Een bekend voorbeeld vormen de al genoemde medische protocollen of richtlijnen. In vrijwel alle zaken over medische aansprakelijkheid is een van de eerste vragen: is er een richtlijn of protocol van toepassing? Overwegingen als deze zijn vervolgens aan de orde van de dag: “*De rechtbank leidt uit de landelijke richtlijnen af dat het ziekenhuis de gebruikelijke gang van zaken voor deze ingreep heeft gevolgd en eiseres hieromtrent niet onvoldoende heeft voorgelicht.*” Nu de richtlijn gevolgd is, oordeelt de Rechtbank dat niet onrechtmatig is gehandeld.²¹⁾

Een ander voorbeeld bieden de richtlijnen van wat het CROW (Centrum voor Regelgeving en Onderzoek in de grond-, water-, en Wegenbouw en de verkeerstechniek) heet. Het CROW is een non-profit organisatie voor overheden en het bedrijfsleven. Het bestuur van CROW bestaat uit afgevaardigden van diverse brancheorganisaties, zoals Bouwend Nederland, Rijkswaterstaat, de provincies, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en de waterschappen. Het CROW brengt publicaties zoals richtlijnen en systematieken uit.

Als de rechter wordt geconfronteerd met de vraag of een weg al dan niet gebrekkig is, zoekt hij steun in die richtlijnen van het CROW – met overwegingen als de volgende: “*Uit het gegeven dat de verzakking volgens de CROW richtlijn aan te merken was als een ernstige oneffenheid, volgt dat deze vermoed moet worden een gevaarlijk gebrek te vormen.*”

Er zijn veel meer voorbeelden te vinden van invulling van de maatschappelijke betamelijkheid met behulp van ‘maatschappelijke normvorming’. Een niet-uitputtende opsomming uit de JA van de afgelopen 10 jaar: de integriteitscode van NVB²²⁾, de regels van de Fédération Internationale de Ski²³⁾, De Gedragscode van de Belgische federatie van de financiële sector Febelfin²⁴⁾, de gedragscode voor skaters in het verkeer²⁵⁾, het door Bureau Jeugdzorg gehanteerde protocol²⁶⁾, de richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgezondheidskunde²⁷⁾, internationaal algemeen aanvaarde ‘safety checklists’ in de scheepvaart²⁸⁾, Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Instellingen²⁹⁾, de toepasselijke NEN-norm³⁰⁾, de Gedragscode persoonlijke aansprakelijkheid³¹⁾, de Gedrags- en Beroepsregels Registeraccountants³²⁾.

Deze producten van maatschappelijke normvorming zijn in de genoemde rechtspraak behulpzaam bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid.³³⁾ Daarmee is niet gezegd dat zij als bron steeds onproblematisch zijn. Over hun herkomst, representativiteit, totstandkoming en reikwijdte kan discussie³⁴⁾ bestaan. Over die mogelijke discussie is veel meer te zeggen dan het bestek van dit artikel toestaat: Een enkel voorbeeld³⁵⁾: “De richtlijn is immers, naar tussen partijen vast staat, vastgesteld met het oog op de inwerkingtreding van de WION door een breed samengesteld, technisch geschoold gezelschap waarin zowel opdrachtgevers, (grotere) grondroeders als beheerders vertegenwoordigd waren. Dat kleine grondroeders zoals [X] niet vertegenwoordigd waren doet aan de waarde van die richtlijn niet af.”³⁶⁾ Een “kleine grondroeder” had hier, zo zal duidelijk zijn, de relevantie van de richtlijn betwist, nu kleine grondroeders bij de opstelling van de richtlijn niet betrokken waren. De rechtbank wendt de richtlijn toch aan. Deze laatste kanttekening over mogelijke discussies doet niet af aan de kernobservatie van deze paragraaf: vormen van maatschappelijk normvorming zijn een belangrijke bron bij concretisering van de maatschappelijke betamelijkheid.

5. Bron 4: het oordeel van ‘derden’ (tuchtrechters en deskundigen) over de voorliggende zaak

De drie bronnen die tot dusverre aan de orde kwamen – rechtspraak van de Hoge Raad, wetgeving en vormen van maatschappelijke normontwikkeling – liggen alle op een ‘hoger niveau’ dan de zaak die de rechter moet beslissen. Zij hebben algemene betekenis en zijn niet tot stand gekomen met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Er zijn evenwel ook bronnen waarvan de rechter gebruik maakt bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid die juist wél liggen op het niveau van de te beslissen zaak en waarbij wél de omstandigheden van die zaak in overweging zijn genomen. Het gaat hierbij met name om tuchtrechtspraak en de deskundige. Over die twee het volgende.

Tuchtrechtspraak

Soms vindt gesteld onrechtmatig gedrag plaats binnen de context van beroepsuitoefening – denk bijvoorbeeld aan het handelen van artsen, notarissen, advocaten en accountants. Het komt dan voor dat de groep beroepsbeoefenaren waarvan de ‘aangeklaagde beroepsbeoefenaar’ deel uit maakt, de kwaliteit van de beroepsuitoefening bewaakt door middel van tuchtrecht. Als in zo’n geval de tuchtrechter zich over het ter discussie staande handelen van de beroepsbeoefenaar heeft uitgesproken, dan hecht ver-

volgens de civiele rechter waarde aan dat oordeel bij de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid.³⁷⁾

Aldus spelen tuchtuitspraken regelmatig een rol in de overwegingen van feitenrechters bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid.³⁸⁾ Het is zelfs zo dat het verkrijgen van een oordeel van de tuchtrechter vaak een bewuste tactiek van de eisende partij is ter voorbereiding op een civiele zaak, omdat men via de tuchtrechter een goedkoop, snel en gezaghebbend oordeel kan krijgen over het ter discussie staande handelen. Als de tuchtrechter dan inderdaad oordeelt dat tuchtrechtelijk verwijtbaar is gehandeld, dan staat de eiser in de civiele procedure al met 1-0 voor.

De deskundige

Vaak is voor invulling van de maatschappelijke betamelijkheid geen specialistische kennis vereist. Denk aan de vraag of de ene buurman met zijn kraaiende hanen aan de andere buurman onrechtmatige hinder toebrengt. De voor dat type casus door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten laten zich zonder bijzondere kennis toepassen. Maar het tegendeel kan zich ook voordoen: invulling van de maatschappelijke betamelijkheid vergt juist wél specialistische kennis.

De rechter is in deze gevallen niet tot oordeelsvorming in staat zonder de hulp van een deskundige. Een voorbeeld³⁹⁾: het hondje van de buurvrouw van eiser komt in een lift bekneeld te zitten. Eiser probeert het hondje te helpen, maar valt hierbij in de liftschacht, waarbij hij ernstig letsel oploopt. Onderzoek, uitgevoerd door het Liftinstituut, wijst uit dat er geen mankementen waren en dat de lift voldeed aan alle geldende veiligheidsvoorschriften. De rechter had niet zelf kunnen beoordelen of er mankementen aan de lift waren en of aan de geldende veiligheidsvoorschriften was voldaan.

Uiteraard is de rechter, ook als hij gebruik maakt van een deskundige, uiteindelijk zelf degene die oordeelt of al dan niet in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid is gehandeld. Maar in die oordeelsvorming speelt het oordeel van de deskundige wel een zeer belangrijke rol, alleen al omdat de rechter over het algemeen onvoldoende kennis heeft om gemotiveerd tot een andersluidende opvatting te komen.⁴⁰⁾ Niet voor niets is in de rechtspraak uitgemaakt dat de rechter niet ongemotiveerd aan een deskundigenoordeel voorbij mag gaan.

In de in JA gepubliceerde rechtspraak over de afgelopen 10 jaar valt op hoe frequent de deskundige figureert. Partijen debatteren onder andere over kwesties als: (on)partijdigheid van de deskundige⁴¹⁾, aan deskundigenbericht te stellen eisen⁴²⁾, de bevoegdheid van de deskundige⁴³⁾, status rapport gezamenlijk aangezochte deskundige⁴⁴⁾, mogelijkheid te reageren op deskundigenrapport⁴⁵⁾, en het ‘blokkeringsrecht’ bij deskundigenberichten⁴⁶⁾.

33. Zie uitvoerig over de CROW-richtlijnen in het bijzonder: P. Oskam & J.S. Overes, “De juridische status en het gebruik van CROW-richtlijnen bij verkeersaansprakelijkheidszaken”, VR (afl. 6) 2015/60.
34. Zie diepgaand over het fenomeen van ‘maatschappelijke regulering’ en de invloed daar van op het burgerlijk recht A. J. Akkermans, “Beter recht door de herziening van ons beeld van de herkomst van rechtsnormen”, NTBR 2011/72.
35. Zie ook Accountantskamer, 12 augustus 2016, JOR 2016/318, ECLI:NL:TACAKN:2016:82. Te wijzen valt ook op een zaak waarin de Insolad praktijkregels centraal stonden. De Hoge Raad oordeelde dat die Insolad-regels niet voor alle curatoren gelden, zodat zij niet of maar beperkt de maatschappelijke betamelijkheid voor niet-aangesloten curatoren bepalen. Er kunnen veel meer vragen spelen. Deze regels gelden echter alleen voor Insolad-leden en niet voor alle curatoren. In tegenstelling tot enkele lagere gerechten (bijv. Rb. Overijssel 4 september 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2291) heeft de Hoge Raad de Praktijkregels van Insolad (nog) geen algemeen regelscheppend karakter meegegeven. In het arrest ING/Verdonk q.q. (HR 22 juni 2007, JOR 2007/222, m.nt. JJvH) vindt de Hoge Raad met het hof de juridische reikwijdte van de Insolad Praktijkregels te onduidelijk.
36. Gerechtshof Amsterdam, 20 september 2016, JA 2016/171, ECLI:NL:GHAMS:2016:3860.
37. De Hoge Raad heeft zelfs overwogen (in het zogenaamde Telfout-arrest: HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532, r.o. 3.6.3.) dat als de civiele rechter in zijn oordeel afwijkt van dat van het tuchtcollege, hij dat zodanig moet motiveren dat zijn oordeel, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is. Hij kan dus, kort gezegd, wel afwijken, maar als hij dat doet, moet hij uitleggen waarom.
38. Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 9 februari 2017, JA 2017/64, ECLI:NL:RBZWB:2017:851; Rechtbank Amsterdam, 18 november 2015, JA 2016/3, ECLI:NL:RBAMS:2015:7955; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 17 november 2015, JA 2016/1, ECLI:NL:GHARL:2015:8711; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2015, JA 2015/54, ECLI:NL:GHARL:2015:719; Rechtbank Noord-Nederland (Sector kanton) zp Groningen, 11 februari 2014, JA 2014/58, ECLI:NL:RBNNE:2014:673.
39. Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 19 maart 2014, JA 2014/91, ECLI:NL:RBZWB:2014:1973.
40. Zie A.J. Akkermans, L.G.J. Hendrix, A.J. Van, “De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken”, TVP 2009 (afl. 3), p. 89-99.
41. Rechtbank Midden-Nederland, 25 oktober 2016, JA 2017/35, ECLI:NL:RBMNE:2016:5718; Rechtbank Limburg, 13 mei 2015, JA 2015/122, ECLI:NL:RBLIM:2015:4054.
42. Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, 9 augustus 2016, JA 2016/177, ECLI:NL:GHSHE:2016:3619; Rechtbank Rotterdam, 17 juni 2015, JA 2015/125, ECLI:NL:RBROT:2015:4250.
43. Rechtbank Midden-Nederland, 26 november 2014, JA 2015/31, ECLI:NL:RBMNE:2014:6751.
44. Rechtbank Rotterdam, 7 november 2012, JA 2013/77, LJN BY2564.
45. Rechtbank Utrecht, 1 augustus 2012, JA 2012/202, LJN BX5635.
46. Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, 19 juni 2012, JA 2012/143, LJN BW8927.



De omstandigheden van het geval.



Welbeschouwd is het niet verrassend dat over (de rol van) de deskundige veel processuele strijd bestaat. Feitelijk verplaatst immers een cruciaal onderdeel van de oordeelsvorming zich van het domein van de rechter naar het domein van de deskundige. Uitgangspunten die voor rechterlijke oordeelsvorming gelden, zoals hoor- en wederhoor, onpartijdigheid en motiveringsplicht, zijn daardoor tot op zekere hoogte ook van toepassing op de deskundige. Daarmee worden tevens de mogelijke verschillen van mening over de betekenis van die uitgangspunten in concrete casusposities binnen boord gehaald.⁴⁷⁾

6. De verhouding van de verschillende bronnen tot elkaar

Na het voorgaande rijst wellicht de vraag hoe de bronnen waaruit de rechter put, zich tot elkaar verhouden.

Vooropgesteld zij dat er lang niet altijd meerdere bronnen zijn. Het komt voor dat er alleen rechtspraak van de Hoge Raad is, het komt voor dat er alleen relevante wetgeving is, het komt voor dat er alleen 'maatschappelijke' normvorming is en het komt ook voor dat er alleen op het concrete casusniveau geoordeeld is. Het komt, overigens, ook voor dat er helemaal geen bronnen zijn. De rechter kan zich dan in zijn beoordeling op niets anders baseren dan de omstandigheden van het geval.

Voor zover er meerdere bronnen zijn, verloopt veelal hun 'instructieniveau' van abstract naar concreet. Een goed voorbeeld bieden medische fouten. De Hoge Raad geeft daarvoor de heel algemene aanwijzing dat het er om gaat of is gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar verwacht mocht worden. Op een concreter niveau is er, ter invulling van die norm, een product van maatschappelijke normvorming: het medisch protocol. Op het casusniveau zal een medisch deskundige oordelen over de vraag of onder de gegeven omstandigheden in overeenstemming met het protocol is gehandeld – en zo niet, of daarvoor een rechtvaardiging bestaat. Gedrieën helpen die bronnen de rechter in zijn oordeelsvorming.

Het bestaan van meerdere bronnen lijkt in de rechtspraak nooit een probleem te zijn. Voorbeelden van 'tegenstrijdige bronnen' zijn er niet of nauwelijks. De verklaring daarvoor is waarschijnlijk dat de bronnen zich op verschillende abstractieniveaus bevinden, waardoor zij eerder samenwerken dan onderling strijden – zie als voorbeeld de vorige alinea.

7. Niettegenstaande het voorgaande: de omstandigheden van het geval zijn cruciaal

Tot slot, ter voorkoming van misverstand: een stuk als het onderhavige zou het beeld kunnen

oproepen van een soort stappenplan; het wekt wellicht de suggestie dat het oordeel over een casuspositie uiteindelijk besloten ligt in buiten de rechter gelegen bronnen, en dat de rechter het antwoord door die bronnen gedictieerd krijgt. Dat, nu, zou bepaald geen juist beeld zijn.

Er zijn wel gevallen waarin een externe bron in sterke mate richting geeft aan oplossing van de casus – men moet dan met name denken aan tuchtuitspraken en deskundigenoordelen. Maar in de grote meerderheid van de gevallen, met name als de rechter aangewezen is op de meer algemene bronnen (rechtspraak, wet, maatschappelijke normvorming), doen die bronnen niet meer dan de rechter op weg helpen. Som een klein stukje (bijvoorbeeld: de norm van de 'redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsbeoefenaar'; die zegt nog vrijwel niets); soms een heel eind (de wettelijk bepaling over geheimhoudingsplicht voor advocaten; die loste de casus voor een groot deel op (par. 3)), maar zelden tot het eindpunt.

Het moeilijkste, meest ongrijpbare, maar voor veel juristen ook het spannendste moment in de oordeelsvorming, volgt na kennisname van de externe bronnen. Dat is de weging van de omstandigheden van het geval. Over die stap is in rechtsfilosofische zin veel te zeggen, met name vanwege zijn subjectieve karakter; het gaat om fundamentele kwesties als wat rechtvaardigheid is en wie bepaalt wat dat is. Die vragen gaan het bestek van dit artikel te buiten. Laat ik volstaan met een enkel voorbeeld⁴⁸⁾ ter illustratie van het betrekkelijke richtinggevend vermogen van buiten de rechter gelegen bronnen.

Een ziektekostenverzekeraar doet onderzoek naar het declaratiegedrag van tandartsen. Daaruit blijkt dat 55 van de 7000 tandartsen in Nederland anderhalf keer zoveel als gemiddeld declareren. De ziektekostenverzekeraar vraagt naar aanleiding daarvan nadere informatie op bij een van die 55 tandartsen. De betreffende tandarts weigert die informatie te geven, weigert überhaupt met de verzekeraar in gesprek te gaan, waarna de verzekeraar aan 600 patiënten van de tandarts een brief schrijft met de volgende tekst:

"Geachte heer/mevrouw,

De verzekeraar vindt goede en betaalbare zorg belangrijk en draagt hier graag aan bij. Dit doen wij op verschillende manieren. Eén van deze manieren is het bijhouden van de kosten en de kwaliteit van tandartspraktijken. Tandartsen die in hun declaratiegedrag afwijken van hun collega's, vragen wij wat hiervan de reden is. Waar nodig zoeken wij samen met de tandarts een oplossing om de kosten naar beneden te krijgen zonder dat dit ten koste gaat van de kwaliteit van de behandelingen.

Uw tandarts

Uw tandarts declareert een bovengemiddeld aan-

47. Zie over deze problematiek onder andere G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, diss. VU, 2008.

48. Gerechtshof Arnhem Leeuwarden 15 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5653, *GJ* 2014/122.

tal behandelingen per verzekerde bij ons. Wij hebben over onze vragen contact met hem opgenomen. Hij heeft ervoor gekozen deze niet te beantwoorden.

Gevolgen voor u

Het is mogelijk dat u bij uw tandarts met hogere kosten te maken krijgt. Als uw tandarts onnodig hoge kosten bij ons declareert, moet u mogelijk meer bijbetalen.

Wat kunt u doen?

Wij vinden het belangrijk dat u ervan op de hoogte bent dat uw tandarts een bovengemiddeld aantal behandelingen per verzekerde bij ons declareert. Als u bij uw tandarts wilt blijven, dan kan dat. De kosten van uw behandelingen vergoeden wij volgens de verzekeringsvoorwaarden van uw zorgverzekering.

Hebt u vragen?

Of wilt u eventueel hulp bij het vinden van een andere tandarts? Neem dan gerust contact met ons op via het telefoonnummer dat bovenaan deze brief staat. Wij helpen u graag."

De tandarts stelt zich op het standpunt dat de verzekeraar jegens hem in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid heeft gehandeld door deze brief aan zijn patiënten te sturen. Hoe gaat het hof in zijn oordeelsvorming te werk? Een geval als dit is niet door de Hoge Raad beoordeeld, maar voor een enigszins verwant probleem, namelijk de vraag wanneer een perspublicatie onrechtmatig is, heeft hij wel gezichtspunten geformuleerd. Een deel van die gezichtspunten is hier ook bruikbaar, maar een deel ook niet en de gezichtspunten die wel bruikbaar zijn, zijn nog zeer algemeen.

Het hof hecht vervolgens belang aan de wettelijke context, in de zin dat hij van belang acht op basis van welke wettelijke bevoegdheid de verzekeraar doet wat hij heeft gedaan, en welke alternatieven het wettelijk stelsel hem voor zijn handelen eventueel bood.⁴⁹⁾ Vervolgens blijkt over de aanwending van de verschillende bevoegdheden te zijn nagedacht door de branche: er is een gedragscode van brancheorganisatie Zorgverzekeraars Nederland genaamd 'Protocol materiële controle', met daarin een stappenplan. Ook dat betreft het hof in zijn oordeel.⁵⁰⁾ Zo wordt het hof vanuit verschillende niveaus gevoed bij zijn oordeelsvorming: door rechtspraak van de Hoge Raad, door de wet en door maatschappelijke normvorming. Wordt hem daarmee de oplossing van de casus op een presenteerblaadje aangereikt? Bepaald niet.

In zekere zin moet het moeilijkste deel van de toets nog beginnen. Uit de overwegingen van het hof valt op te maken dat onder andere de volgende vragen een rol hebben gespeeld in zijn oordeelsvorming. Heeft de verzekeraar bij herhaling informatie gevraagd? Hoe intensief heeft de verzekeraar getracht met de tandarts in

gesprek te komen? Was er nog een andere manier voor de verzekeraar om de gewenste informatie te achterhalen? Heeft de verzekeraar de tandarts gewezen op de gevolgen van zijn weigering met de verzekeraar in gesprek te gaan? Wat was de reden voor het weigeren van het geven van informatie of het in gesprek treden met de verzekeraar door de tandarts? Is het versturen van de brief passend in de verzekeringsrelatie tussen de verzekeraar en haar verzekerden?

Net zo wezenlijk zijn de precieze bewoordingen van de door de verzekeraar gestuurde brief. Bijvoorbeeld: bevat de brief de suggestie dat het bovengemiddelde declaratiegedrag van de tandarts onoorbaar of fraudeleus is? En specifiek ten aanzien van het aanbod aan het eind van de brief behulpzaam te zijn bij het vinden van een andere tandarts: is dat in wezen een poging om patiënten te bewegen een goedkopere tandarts te kiezen?

Ongeveer 80% van de overwegingen van het hof gaat over deze feitelijke vragen. De boodschap van deze paragraaf zal duidelijk zijn: de objectieve bronnen zijn hier belangrijk voor het oordeel, zij hebben een concreter kader geschapen dan de enkele 'maatschappelijke betamelijkheid' van art. 6:162 lid 2, maar minsten zo belangrijk is de weging van de omstandigheden van het geval. Overigens achtte het hof verzending van de brief niet onrechtmatig.

8. Conclusie

De rechter zoekt bij invulling van de 'maatschappelijke betamelijkheid' van art. 6:162 zo veel mogelijk aansluiting bij objectieve bronnen. De in de afgelopen 10 jaar in de JA gepubliceerde rechtspraak gehanteerde bronnen zijn: (i) rechtspraak van de Hoge Raad; (ii) wetgeving; (iii) typen 'maatschappelijke normontwikkeling' en (iv) 'externe' oordelen over de voorliggende casus. Over die verschillende bronnen is het volgende te zeggen.

- (i) Rechtspraak van de Hoge Raad figureert veelvuldig, maar geeft veelal een tamelijk abstract beoordelingskader. Anders gezegd: die rechtspraak leert de rechter maar beperkt hoe hij het voorliggende geval moet beslissen. Bovendien bestaat over lang niet alle door de rechter te beoordelen gevalstypen gedrag rechtspraak van de Hoge Raad.
- (ii) Wettelijk bepalingen helpen veelvuldig bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid, ofwel doordat schending van een wettelijke regel in combinatie met de omstandigheden van het geval wordt gezien ('samenwerking' genoemd), ofwel doordat niet direct van toepassing zijnde regels toch worden geacht aanknopingspunten te bieden voor de inhoud van de maatschappelijke betamelijkheid ('reflexwerking' genoemd);



Zoveel mogelijk aansluiting zoeken bij objectieve bronnen.



49. Het hof overweegt bijvoorbeeld: "In dat kader heeft zij gegevens opgevraagd bij [de tandarts], waartoe zij op grond van artikel 88 van de Zorgverzekeringswet en de artikelen 7.5 lid 1 en artikel 7.2 onder i jo 7.3 lid 2 van de Regeling Zorgverzekering bevoegd was".

50. "De Regeling zorgverzekering noch het Protocol materiële controle schrijft dwingend voor welke middelen de zorgverzekeraar moet gebruiken voor een materiële controle."



Belangrijke aanknopingspunten in de oordeelsvorming van de rechter.



(iii) Voor zover er producten van maatschappelijke normontwikkeling bestaan op het aan de orde zijnde terrein – denk bijvoorbeeld aan protocollen en richtlijnen – maakt de rechter daar gebruik van. Het voordeel is dat zij over het algemeen een tamelijk concreet beoordelingskader bieden. Over representativiteit, strekking en reikwijdte kan discussie bestaan. (iv) Het komt voor dat ‘derden’ zich uitlaten over door de rechter te beoordelen casusposities. De meest voorkomende voorbeelden zijn tuchtrechtspraak en deskundigenoordelen. Die oordelen zijn op zichzelf niet beslissend, maar in de praktijk wel heel belangrijk. Veelal zijn er bij invulling van de maatschappelijke betamelijkheid meerdere bronnen beschikbaar. Dat geeft zelden problemen van samenloop. De verklaring daarvoor is

waarschijnlijk dat de bronnen zich op verschillende abstractieniveaus bevinden, waardoor zij eerder samenwerken dan onderling strijden.

Deze publicatie wil niet suggereren dat de hier geïdentificeerde bronnen op zichzelf zaken zouden beslissen; ze bieden de rechter belangrijke aanknopingspunten in zijn oordeelsvorming, maar uiteindelijk geven de omstandigheden van het geval de doorslag. Dat geldt althans voor de bronnen rechtspraak van de Hoge Raad, wettelijke bepalingen en vormen van maatschappelijke normvorming. Waar derden zich hebben uitgelaten over de zaak ligt het anders, omdat die derden in hun oordeelsvorming de omstandigheden van het geval al hebben betrokken.